



---

# **Gutachten der Wettbewerbskommission vom 19. April 2010**

in Sachen

Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich

gemäss Art. 47 KG betreffend

## **531-0008: Spitalplanung 2012**

Gegenstand: Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Spitalplanung  
(Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 21. Dezember 2007)

---

## I Sachverhalt

1. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gelangte mit Schreiben vom 9. Juni 2009 an den Präsidenten der Wettbewerbskommission (Präsident) mit der Bitte, ein Gutachten nach Art. 47 KG über die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Spitalplanung 2012 zu erstellen. Eine erste Stellungnahme des Sekretariates der Wettbewerbskommission (Sekretariat) wurde der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich am 6. Juli 2009 zugestellt.
2. Mit Schreiben vom 12. November 2009 hielt die Gesundheitsdirektion an ihrem Gutachtensgesuch fest und begründete dies mit dem Wunsch des Kantons Zürich, die Rechtslage bezüglich der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Hinblick auf die anlaufenden Planungsphase nicht nur des Kantons Zürich, sondern auch der anderen Kantone abschliessend zu klären.
3. Sollte das Kartellgesetz anwendbar sein, so könnten die Kantone als marktbeherrschendes Unternehmen nach Art. 4 Abs. 2 KG qualifiziert werden. In Folge dessen müssten sie jeden einzelnen Planungsentscheid in einem Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG der Wettbewerbskommission (WEKO) melden, um so bei einer möglichen unzulässigen Verhaltensweise eine Sanktion nach Art. 49a Abs.1 KG zu vermeiden.
4. Hintergrund (Revision KVG): Die eidgenössischen Räte haben am 21. Dezember 2007 die Revision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung<sup>1</sup> im Bereich der Spitalfinanzierung beschlossen, welche am 1. Januar 2009 in Kraft trat<sup>2</sup>. Neben anderen Änderungen wird die Spitalfinanzierung leistungsorientiert ausgestaltet (Abgeltung der gesamten Kosten [Investitions- und Betriebskosten] mittels diagnosebezogenen Fallpauschalen), eine freiere Spitalwahl eingeführt und alle Listenspitäler unabhängig von ihrer Trägerschaft in Sachen Abgeltungssystem einander gleichstellt<sup>3</sup>. Dadurch sollen der Wettbewerb unter den Leistungserbringern verstärkt<sup>4</sup> und der Kostenanstieg gebremst werden, indem Anreize zur kosteneffizienten Leistungserbringung gesetzt und Überkapazitäten abgebaut werden. Insofern ist eine der Zielsetzungen der Revision die Regelung des Zusammenwirkens von staatlicher Planung und Wettbewerbselementen, indem mit der Spitalplanung einerseits die bedarfsgerechte Versorgung der Versicherten sichergestellt und andererseits der Rahmen für eine optimierte Ressourcennutzung und damit den Wettbewerb im Bereich der Leistungserbringung geschaffen werden soll<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Krankenversicherungsgesetz (KVG); SR 832.10.

<sup>2</sup> AS 2008 2049 ff.

<sup>3</sup> Vgl. CARLO CONTI anlässlich der KVG-Tagung der Universität St. Gallen vom 27. August 2009, Die neuen Spitalplanungen: Auslegeordnung aus Sicht der Gesundheitsdirektorenkonferenz, Folie 2.

<sup>4</sup> Vgl. auch LUKAS RICH, die geplante Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung im Kanton Zürich – eine kritische Betrachtung, in: Jusletter vom 19. Januar 2009, S. 1 ff., Rz. 1 sowie Rz. 10.

<sup>5</sup> Vgl. Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung), BBl 2004 5564 E. 1.5., Politische Zielsetzungen der Bereinigung der Gesetzgebung, dritter Aspekt. Die WEKO hat stets den Wunsch nach mehr Wettbewerb im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vertreten und sich in diesem Zusammenhang für die Einführung eines monistischen Finanzierungssystems verbunden mit der Aufhebung des Vertragszwangs stark gemacht. Daran hält die WEKO auch heute fest, da sie zentral für möglichst effiziente und wettbewerbsorientierte Spitaldienstleistungen im Bereich der Grundversicherung sind.

5. Auch die Bestimmungen zur Spitalplanung erfuhren im Rahmen der KVG-Revision Änderungen- bzw. Neuerungen (vgl. Art. 39 KVG sowie die entsprechenden Passagen der zugehörigen Verordnung, insbesondere Art. 58a ff. KVV<sup>6</sup>). Der von den Räten verabschiedete Text bestätigt in den Hauptbereichen das bestehende System. Geblieben ist der Auftrag der Kantone zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung und, quasi als dessen Pendant<sup>7</sup>, derjenige zur Spitalplanung. Das zentrale Instrument zur Umsetzung der Planung sind nach wie vor die Spitallisten und Leistungsaufträge<sup>8</sup>. Neu sind die Kantone jedoch dazu verpflichtet, ihre Planungen zu koordinieren (Art. 39 Abs. 2 KVG) und wurde der Bundesrat beauftragt, seine bisherige Entscheidungs-Praxis aufzuarbeiten und einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu erlassen<sup>9</sup> (Art. 39 Abs. 2 KVG). Diesen Anforderungen gemäss Art. 39 KVG müssen die kantonalen Planungen spätestens drei Jahre nach dem Einführungszeitpunkt der neuen Finanzierungsregelungen („Einführung spätestens am 31. Dezember 2011 abgeschlossen“) entsprechen (vgl. Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung] Abs. 1 i.V.m. 3). Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein. Neu beurteilt zudem das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen gemäss Art. 39 KVG<sup>10</sup>.

6. Neben diesen Änderungen im Rahmen der Revision werden von gewissen Seiten Wechselwirkungen zwischen dem neuen Finanzierungsregime und der Spitalplanung der Kantone aufgrund des engen inneren Zusammenhangs der beiden Bereiche erwartet. So kommt dem Listenplatz heute eine verstärkte Bedeutung zu, entscheidet er doch nicht mehr nur über die Frage, wer zulasten der Grundversicherung Leistungen erbringen darf<sup>11</sup>, sondern – zufolge Einführung der dual-fixen Finanzierung – auch über deren Entschädigung, sprich den Erhalt des „Sockelbeitrages“ (Kantonsanteil der Finanzierung bei OKP<sup>12</sup>-Leistungen durch Listenspitäler, vgl. Art. 49a Abs. 1 und 2 KVG). Entsprechend ist die Aufnahme auf die Spitalliste nach Art. 39 KVG für ein Spital, sei es ein öffentlich oder privat betriebenes, zentral. Eine Nichtaufnahme bedeutet einen erheblichen Wettbewerbsnachteil im Kampf um die Gunst der Patienten im Bereich von OKP-Leistungen, muss doch der Patient für die Kosten der Behandlung je nach Status des Spitals gänzlich oder zumindest teilweise selbst aufkommen.

---

<sup>6</sup> Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV); SR 832.102.

<sup>7</sup> Vgl. Amtl. Bull. NR 2007 N 531, Humbel Näf zu den Übergangsbestimmungen (22.03.2007) sowie N 1771, Fehr Jacqueline zu Art. 41 Abs. 1 (4.12.2007). Weiter Botschaft (zit. in Fn. 5) 5567/5568.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Art. 58b Abs. 4 sowie 58e KVV.

<sup>9</sup> Vgl. Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV) – Vorgesehene Änderungen per 1. Januar 2009 – Änderungen und Kommentar im Wortlaut, (zit. Fn. 2), II 2.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 53 Abs. 1 KVG. Bislang amtete der Bundesrat als einzige Beschwerdeinstanz in Sachen kantonale Planungsbeschlüsse.

<sup>11</sup> Neben den Listenspitälern werden inskünftig sogenannte Vertragsspitäler Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbringen können, welche zumindest zu 45% durch die Krankenversicherer aus der Grundversicherung vergütet werden. Dies gilt für jene Spitäler, welche mit den Versicherer einen entsprechenden Vertrag über die Vergütung von Leistungen abgeschlossen haben (vgl. Art. 49a Abs. 4 KVG).

<sup>12</sup> Obligatorische Krankenpflegeversicherung, OKP.

7. Infolge der geschilderten Problematik wird zudem nicht nur von privater Seite eine einseitige Berücksichtigung der bislang öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler gegenüber den Privatspitälern auf den Listen befürchtet<sup>13</sup>. Ein solches Vorgehen würde den mit der Revision im Bereich der Spitalfinanzierung u.a. avisierten verstärkten Wettbewerb unter den Leistungserbringern gefährden. Dies wiegt umso schwerer, als auch Auswirkungen auf den Zusatzversicherungsbereich, dessen gewollte Wettbewerbsorientierung unbestritten ist<sup>14</sup>, nicht verhindert werden können<sup>15</sup>. Die vom Status des Spitals abhängige Kostenbeteiligung des Kantons und der OKP bedeutet ein finanzielles Interesse des Zusatzversicherers, seine zusatzversicherten Patienten in Listenspitälern (allenfalls Vertragsspitälern) behandeln zu lassen<sup>16</sup>.

## II Verfahren gemäss Art. 47 KG

8. Gemäss Art. 47 KG verfasst die WEKO für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Dieses kann in Form eines ausführlichen Berichts oder einer summarischen Stellungnahme abgefasst werden<sup>17</sup>.

9. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, welche als Gesuchstellerin auftritt, ist als Behörde gemäss Art. 47 KG zu qualifizieren. Die vorgebrachte Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Spitalplanung nach revidiertem Krankenversicherungsgesetz bildet den Gegenstand vorliegenden Gutachtens.

10. Im Folgenden wird zunächst kurz auf das Ergebnis eines bereits im Jahre 1996 erstellten Gutachtens, welches sich mit dieser Frage zu befassen hatte, hingewiesen und im Anschluss, nach einem kurzen Überblick über den Ablauf der Planung, die Situation unter dem neuem Krankenversicherungsgesetz beurteilt.

---

<sup>13</sup> MATTIG spricht die verständliche Tendenz der Kantons-/Gemeindepolitiker an, sich für den Bestand der kantons- und gemeindeeigenen Spitäler einzusetzen (Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Dissertation 2003, S. 40, 3.4.4.). Vgl. darüber hinaus Amtl. Bull. NR 2007 N 414, Humbel Näf Ruth (20.03.2007), die als unweigerliche Folge der Mehrfachfunktion der Kantone Zielkonflikte anführt, namentlich wenn es um die Gleichbehandlung von eigenen Spitälern und Privatkliniken geht. Weiter N 427, Fehr Jacqueline (20.03.2007), welche sich explizit für eine subsidiäre Berücksichtigung der Privatspitäler im Rahmen der Planung ausspricht und weitere Redner.

<sup>14</sup> RETO JACOBS, Gesundheitswesen und Kartellgesetz, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 1 ff., Rz. 13 unter Verweis auf RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 51, Rz. 33 ff.

<sup>15</sup> Der Umstand, dass zusatzversicherte Patient bei einem stationären Aufenthalt die Kosten aus der OKP ebenfalls nur dann rückerstattet erhalten, wenn sie sich in einem Listen- (oder Vertrags-) spital behandeln lassen, führt zur Präferenz derselben durch die Versicherer und Patienten. Vgl. dazu auch das „Gesuch um ein Gutachten gemäss Art. 47 KG/Spitalplanung 2012“ vom 9. Juni 2009 der Gesundheitsdirektion Kanton Zürich, Rz. 7.

<sup>16</sup> Vgl. Gesuch (zit. in Fn. 15), Rz. 8.

<sup>17</sup> RPW 1997/4 (Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission), S. 595, Rz. 13.

### III Gutachtensauftrag

#### 1. Grundsätzliches – Gutachten 1996

11. Die Wettbewerbsbehörden hatten bereits früher die Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes<sup>18</sup> auf den Bereich der Spitalplanung im Rahmen eines Gutachtens zu beurteilen<sup>19</sup>. Die Schweizerische Kartellkommission stellte damals fest, dass die stationäre Gesundheitsversorgung eine öffentliche Aufgabe der Kantone sei und in diesem Bereich eine staatlich gelenkte Wirtschaft herrsche<sup>20</sup>. Das Kartellgesetz komme aber nur dann zur Anwendung, wenn ein Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit einem Wettbewerbsregime unterworfen sei. Wenn sich der Gesetzgeber dafür entschlossen habe, einen Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit von der Wettbewerbsordnung auszunehmen und diesen staatlich zu regeln, bleibt für die Anwendbarkeit kartellrechtlicher Grundsätze nur beschränkter Raum<sup>21</sup>.

12. Soweit hingegen die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt, das heisst Spielraum für wirtschaftliches Handeln lässt, untersteht dieser Bereich dem Kartellgesetz. Entsprechend ist stets darauf abzustellen, ob der Gesetzgeber mit den jeweiligen Bestimmungen beabsichtige, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten<sup>22</sup>.

13. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern das Kartellgesetz heute auf den Bereich der stationären Gesundheitsversorgung, konkret denjenigen der Planung, Anwendung finden kann.

#### 2. Ablauf der Spitalplanung

14. Das Instrument der Planung dient allgemein der ziel- und zukunftsorientierten staatlichen Aufgabenerfüllung sowie der Koordination staatlichen Handelns<sup>23</sup>. Planung ist ein Prozess aus mehreren Phasen, der sich von der Problemanalyse und Zielfindung, über das Festlegen/die Auswahl der geeigneten Massnahmen und Mittel (zum Erreichen der angestrebten Entwicklung) sowie die Umsetzung bis schlussendlich der Kontrolle der Zielerreichung erstreckt.

15. Im Gesundheitswesen ist die Spitalplanung das Pendant zum weitreichenden Versorgungsauftrag, welcher den Kantonen im Bereich der stationären Gesundheitsversorgung zukommt<sup>24</sup>: Diese haben für eine bedarfsgerechte Grundversorgung im Bereich der sozialen Krankenversicherung besorgt zu sein.

16. Nach Praxis des Bundesrates gehört zur Spitalplanung eine Bedarfsanalyse sowie die Zuweisung und Sicherung der entsprechenden Kapazitäten durch Leistungsaufträge an die in die Liste aufgenommenen Spitäler; die Planung bedarf einer laufenden Überprüfung. Für die Zuweisung und Sicherung der Kapazitäten sind die Angebote der Leistungserbringer zu evaluieren und Lösungsvarianten für eine bedarfsgerechte Versorgung zu erarbeiten. Die Suche nach der im Sinne einer Gesamtbetrachtung wirtschaftlich günstigsten Lösung muss auf Grund objektiver Kriterien erfolgen und hat dem Gebot der Kostenwahrheit zu entspre-

---

<sup>18</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, in der bis zur Revision (beschlossen am 20.06.2003, in Kraft seit 1.04.2004) geltenden Fassung.

<sup>19</sup> Gutachten erstattet von der Schweizerischen Kartellkommission gestützt auf Art. 27 des Kartellgesetzes (KG) im Auftrag des Bundesamtes für Justiz vom 13. März 1996, VKKP 1996/3, S. 183 ff.

<sup>20</sup> Vgl. VKKP 1996/3 (Gutachten 1996; zit. in Fn. 19), S. 183 f., B.1.a.

<sup>21</sup> VKKP 1996/3 (Gutachten 1996; zit. in Fn. 19), S. 184, B.1.b.

<sup>22</sup> Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 539 f.

<sup>23</sup> Vgl. dazu THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 46, 3.1.

<sup>24</sup> Vgl. dazu die in Fn. 7 aufgeführten Wortprotokolle.

chen, wobei sich die Auswahl nicht allein nach Kriterien der Wirtschaftlichkeit richten darf. Bei der Wahl der planerischen Varianten besteht Auswahlermessen, sofern die verschiedenen Lösungen die Voraussetzungen in Bezug auf Spitalplanung und die Spitalliste (Bedarfsdeckung, Koordination, Publizität, Transparenz) sowie deren Ziele (optimale Ressourcennutzung und Eindämmung der Kosten) erfüllen<sup>25</sup>.

17. Der Prozess der Spitalplanung durch die Kantone gestaltet sich demnach in zwei Phasen, welche voneinander zu unterscheiden sind<sup>26</sup>. Zunächst muss gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG die sogenannte Bedarfsplanung (Bedarfsermittlung) vorgenommen werden<sup>27</sup>. In einer zweiten Phase stellt der Kanton den ermittelten Bedarf sicher (Bedarfssicherung), indem er eine Auswahl zwischen den verschiedenen möglichen Leistungserbringern trifft<sup>28</sup>. Dies erfolgt durch die Vereinbarung von Leistungsaufträgen mit den ausgewählten Spitälern und die Erstellung der Spitalliste. In beiden Phasen haben sich die Kantone an einheitliche, durch den Bundesrat erlassene Planungskriterien zu halten<sup>29</sup>, wobei insbesondere Qualität und Wirtschaftlichkeit der einzelnen potenziellen Leistungserbringer zu beachten sind.

### **3. Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Spitalplanung**

18. Für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf einen Sachverhalt müssen grundsätzlich zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Einerseits müssen die zur Diskussion stehenden Wirtschaftssubjekte Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG (Geltungsbereich) darstellen, andererseits dürfen keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 KG bestehen.

#### **3.1. Geltungsbereich des Kartellgesetzes (Art. 2 KG)**

19. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Entsprechend können auch öffentlich-rechtliche Körperschaften als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert werden, sofern sie in Konkurrenz mit privaten unternehmerisch am Markt auftreten.

20. Die Kantone sind nicht nur zuständig für das Gesundheitswesen und insbesondere für die Planung im Hinblick auf eine bedarfsgerechte Versorgung mit stationären Spitaldienstleistungen (vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG i.V.m. Art. 117 BV<sup>30</sup>, vgl. auch vorne Rz. 5), sondern treten daneben als Betreiber von Spitälern auf, genehmigen Tarifverträge und legen die Tarife nötigenfalls anstelle der Tarifpartner fest (vgl. Art. 46 Abs. 4 sowie Art. 47 KVG)<sup>31</sup>. Den Kantonen kommt insofern eine problematische Mehrfachrolle zu, wobei die Unterstellung unter den sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes für jeden einzelnen Tätigkeitsbereich separat zu prüfen und beurteilen ist. So wurde bereits in der Untersuchung Ta-

---

<sup>25</sup> Entscheid des Schweizerischen Bundesrates vom 17. Februar 1999 (auch erschienen in *Kranken- und Unfallversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis [RKUV]* 2/1999, S. 169 ff.), VPB 64.13, E. 3.2. (vgl. [http://www.vpb.admin.ch/deutsch/cont/aut/aut\\_1.1.1.html](http://www.vpb.admin.ch/deutsch/cont/aut/aut_1.1.1.html)).

<sup>26</sup> So auch TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO, *Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag*, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), *Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld*, Zürich 2010, S. 71 ff., Rz. 30.

<sup>27</sup> Vgl. KVV – Änderungen und Kommentar (zit. Fn. 2), S. 7, Art. 58b KVV.

<sup>28</sup> Vgl. dazu UELI KIESER, *Spitalliste und Spitalfinanzierung*, in: *AJP* 1/2010, S. 61 ff., S. 65; siehe auch Art. 58b Abs. 4 KVV.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG i.V.m. Art. 58a ff. KVV.

<sup>30</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV]; SR 101.

<sup>31</sup> Vgl. *Amtl. Bull. NR 2007 N 414, Aufzählung der Funktionen durch Humbel Näf Ruth* (20.03.2007).

rifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern<sup>32</sup> bezogen auf den Kanton Luzern bestätigt, dass dieser in seiner Funktion als Betreiber der Spitäler im fraglichen Bereich als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren und folglich diesem unterstellt ist<sup>33</sup>.

21. *In casu* stellt sich, wie erwähnt, die Frage, ob das Kartellgesetz auf den Bereich der Planung und dabei insbesondere den Kanton als Planer Anwendung findet. Das Krankenversicherungsgesetz trägt den Kantonen in Art. 39 Abs. 1 lit. d, e und Abs. 2 KVG die Spitalplanung und die Erstellung von Spitallisten auf, wobei sie für eine bedarfsgerechte Grundversorgung besorgt sein müssen. Wie oben ausgeführt, kann im Rahmen der Spitalplanung zwischen der Phase der Bedarfsplanung (-ermittlung) und der Umsetzung der Bedarfsplanung, der Bedarfssicherung, unterschieden werden.

22. Bei der *Bedarfsplanung* tritt der Kanton nicht als Anbieter oder Nachfrager von medizinischen Dienstleistungen auf, sondern evaluiert die Bedürfnisse seiner Wohnbevölkerung nach stationären Spitaldienstleistung. Dies dient der Sicherstellung der Grundversorgung, was dem gesetzlichen Auftrag entspricht. Beim Planungsentscheid stehen Bedarfsüberlegungen und damit eine Mengensteuerung, weiter die Vermeidung respektive der Abbau von Überkapazitäten sowie die Ziele der Wirtschaftlichkeit und Qualität im Vordergrund<sup>34</sup>. Somit handelt der Kanton in dieser Phase hoheitlich und nicht unternehmerisch.

23. Bei der *Bedarfssicherung* muss der Kanton zwischen verschiedenen Anbietern von stationären Spitaldienstleistungen auswählen und diese Auswahl in Form der Spitalliste konkretisieren. In der Rechtsprechung gestützt auf das alte Krankenversicherungsgesetz wurde wiederholt festgestellt, dass es sich beim Listenentscheid um einen primär politischen Entscheid handelt<sup>35</sup>. Diese Einschätzung mag wohl auch unter dem neuem Krankenversicherungsgesetz mangels anderweitiger Indizien noch zutreffend sein. Gegenständlich wird mit der Planung die Frage des Zutritts zum Markt geregelt, welcher seinerseits möglichst wettbewerbsorientiert ausgestaltet sein soll<sup>36</sup>. Welcher Leistungserbringer zulasten der obligatorischen Grundversicherung Leistungen erbringen kann, richtet sich nach dem durch die kantonale Planung/Liste zugewiesenen Leistungsauftrag<sup>37</sup>. Zugelassen ist, wer auf der Liste des Wohnkantons der Versicherten oder auf der Liste des Kantons, in dem die ständige Einrichtung des Leistungserbringers liegt, aufgeführt ist<sup>38</sup>.

24. Neu wurde hingegen mit der Revision der Spitalfinanzierung der Listenentscheid zudem mit der Frage der Finanzierung verknüpft. Ob der Kantonsanteil zu leisten ist, hängt nicht mehr von der Trägerschaft des Spitals, sondern von der Leistung des vom Patienten aufgesuchten Spitals ab. Entsprechend wurde die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung und damit die Angebotssteuerung mit einem Abgeltungselement verknüpft<sup>39</sup>. Eine effektiv bedarfsgerechte Planung seitens des Kantons würde bedeuten, dass dieser diejenigen Dienstleistungen auswählt, welche er sodann (zu 55%) finanziert. Der Kanton kommt

---

<sup>32</sup> RPW 2008/4 (Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern), S. 547, Rz. 27. Vgl. auch RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 521, Rz. 69 ff.

<sup>33</sup> Vgl. zu dieser Problematik auch RPW 1998/3 (Gasversorgung Rothenburg), S. 425 ff., Rz. 40 f.

<sup>34</sup> Vgl. dazu THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 30, 3.3.2.1 i.V.m. S. 34, 3.4.1.

<sup>35</sup> ANTOINE ROGGO/DANIEL STAFFELBACH, Interkantonale Spitalplanung und Kostenträgung – Stellenwert der „geschlossenen Spitalliste“ im Falle von „medizinischem Grund im weiteren Sinne“, in: AJP 2006/3, S. 267 ff., II A. (am Ende) unter Verweis auf BGE K 71/05 vom 28.12.2005.

<sup>36</sup> Vgl. vorne Rz. 4.

<sup>37</sup> Vgl. darüber hinaus zu den Vertragsspitalern vorne Fn. 11.

<sup>38</sup> Botschaft betreffend Änderung der Spitalfinanzierung (zit. in Fn. 5), 5576, Art. 41 Abs. 1.

<sup>39</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen unternehmerischer Tätigkeit auch WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, in: Peter Gauch (Hrsg.), AISUF 129, Freiburg 1994, S. 9.

damit der Vorstellung/Idee eines Nachfragers sehr nahe<sup>40</sup>. Andererseits spielen beim Listenentscheid neben der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringer aber nach wie vor auch Bedarfsüberlegungen und damit eine Mengensteuerung sowie weiter die Vermeidung respektive der Abbau von Überkapazitäten eine Rolle<sup>41</sup>. Dem Kanton kommt bei der Umsetzung der Bedarfsplanung zudem ein erheblicher Ermessensspielraum zu.

25. Es könnte insofern auch unter dem neuem Krankenversicherungsgesetz davon ausgegangen werden, dass der Kanton nicht im klassischen Sinne selbst Produkte oder Dienstleistungen nachfragt, sondern die notwendigen Gesundheitsdienstleistungen zugunsten seiner Kantonsbevölkerung mittels Planung sicherstellt und hoheitlich handelt<sup>42</sup>. Dafür sprechen auch die parlamentarischen Debatten zur Revision der Spitalfinanzierung, in welchen der Gegensatz zwischen kantonalen Planungen (...) und dem Wunsch nach einer Leistungsfinanzierung ohne Wettbewerbsverzerrungen erkannt wurde<sup>43</sup>.

26. Dazu kommt, dass gemäss Art. 53 KVG gegen die entsprechenden Beschlüsse der Kantonsregierungen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich ist. Ohne sich in diesem Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtsnatur der Spitallisten<sup>44</sup>, dem Ergebnis der kantonalen planerischen Tätigkeit, festlegen zu müssen, kann jedenfalls von der öffentlich-rechtlichen Natur derselben ausgegangen werden.

27. Mit dem Gesagten könnte somit einerseits davon ausgegangen werden, dass der Kanton – trotz seiner Mehrfachrolle<sup>45</sup> – in seiner Funktion als Planer insgesamt (und damit sowohl in der Phase der Bedarfsermittlung als auch der Bedarfssicherung) in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hoheitlich tätig ist. Andererseits könnte argumentiert werden, dass er faktisch der Idee eines Nachfragers sehr nahe kommt. Ob hingegen seine öffentliche Funktion oder aber die Unternehmereigenschaft im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG überwiegt<sup>46</sup>, kann hier offen bleiben, da die Frage und Prüfung von vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 KG zur Nichtanwendbarkeit des Kartellgesetzes führt.

---

<sup>40</sup> Der Kanton „beschafft“ mittels Planung die für die Grundversorgung der Kantonsbevölkerung notwendigen Gesundheitsdienstleistungen, welche er sodann auch bezahlt.

<sup>41</sup> Vgl. dazu THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 30, 3.3.2.1 i.V.m. S. 34, 3.4.1.

<sup>42</sup> Die Frage, inwiefern öffentliches Beschaffungsrecht (welches ein wettbewerbsorientiertes, auf eine rationelle Ressourcennutzung sowie Transparenz und Gleichbehandlung ausgerichteteres Verfahren bestmöglich gewährleisten könnte) anwendbar ist und falls ja, inwiefern dies als ein Indiz für die Nachfragereigenschaft des Kantons gewertet werden könnte, kann hier offen bleiben, hat doch der Gesetzgeber explizit eine Planung (und damit den Gegensatz eines wettbewerbsorientierten Verfahrens) sowie Freiraum der Kantone bei der Umsetzung derselben vorgesehen hat. Vgl. auch hinten Fn. 59.

<sup>43</sup> Amtl. Bull. NR 2007 N 431, Guisan Yves (21.03.2007), N 1771, Fehr Jacqueline (4.12.2007) sowie Amtl. Bull. SR 2007 N 754, Schwaller Urs (24.09.2007).

<sup>44</sup> Vgl. dazu THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 38 ff., 3.4.3.

<sup>45</sup> Vgl. auch vorne Rz. 20. Der Kanton muss als Betreiber von Spitälern betriebswirtschaftlich denken, als Planer hingegen objektiv und transparent anhand von Qualität, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit entscheiden. Gerade wegen dieser schwierigen Aufgabe ist ein faires und transparentes Verfahren zentral.

<sup>46</sup> Anders RETO JACOBS (zit. in Fn. 14), Rz. 5.



### 3.2. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG)

28. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

29. Ob Vorschriften bestehen, welche die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen, ist durch Auslegung der entsprechenden Bestimmungen im Einzelfall zu beurteilen. Nach der bisherigen Praxis der WEKO ist das Vorhandensein solcher Vorschriften nicht leichthin anzunehmen<sup>47</sup>. Es ist von Folgendem auszugehen: wird die Entscheidungsfreiheit eines Unternehmens gesetzlich nicht dahingehend beschränkt, dass es zur reinen Umsetzung der Vorschriften gezwungen ist, grundsätzlich Raum für die Anwendung des Kartellgesetzes besteht<sup>48</sup>.

30. Ging der gesetzgeberische Wille nicht auf die Schaffung einer ganzheitlichen Markt- und Preisordnung (lit. a), so beschränkt sich der Vorbehalt auf die Zuweisung bestimmter öffentlichen Aufgaben an einen Unternehmensträger (lit. b) und kann sich dieser nur für den engen Bereich der spezifischen Aufgabenerfüllung auf den Vorbehalt berufen. Soweit die Erfüllung der Aufgabe entsprechend noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, ist das Kartellgesetz uneingeschränkt anwendbar<sup>49</sup>.

31. Vorschriften gemäss Art. 3 KG können sich grundsätzlich sowohl aus Bundes- wie auch aus kantonalem Recht ergeben. Da eine Ausschaltung des Wettbewerbs hingegen stets eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bedeutet, bedürfen abweichende Vorschriften i.S.v. Art. 3 KG einer Verfassungsgrundlage<sup>50</sup>. Kantonales Recht ist von der WEKO akzessorisch auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen<sup>51</sup>.

32. In der Zwischenverfügung in Sachen Untersuchung „Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern“ betreffend Bestand und Tragweite vorbehaltener Vorschriften in der Zusatzversicherung wurde festgehalten, dass der Bund im Bereich der Krankenversicherung seine Regelungskompetenz gemäss Art. 117 BV mit Erlass des Krankenversicherungsgesetzes wahrgenommen hat. Kantonale Bestimmungen sind nur noch möglich, wenn der Bundesgesetzgeber Kompetenzen an die Kantone delegiert oder einen Bereich bewusst nicht geregelt hat<sup>52</sup>.

33. Gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG sind die Kantone für die Spitalplanung und die Führung der Spitallisten zuständig. Privatspitäler sind angemessen in die Planung einzubeziehen (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Mit der Aufnahme in die Spitalliste legt der Kanton, wie erwähnt, fest, wer zur Leistungserbringung zulasten der Grundversicherung zugelassen ist und bei Leistungserbringung den Kostenanteil des Kantons beanspruchen kann. Neu erlässt der Bundesrat zudem einheitliche Planungskriterien auf Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG). Diesem Auftrag des Gesetzgebers ist der Bundesrat mit den Artikeln 58a ff. der Krankenversicherungsverordnung nachgekommen. Weiter haben die Kantone ihre Planungen zu koordinieren. Neben diesen Grundlagen auf Bundesebene finden

---

<sup>47</sup> RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 514, Rz. 20 m.w.H.

<sup>48</sup> OLIVIER SCHALLER/CHRISTOPH TAGMANN, Kartellrecht und öffentliches Recht – neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, in: AJP 6/2004, S. 704 ff., II. 2.1.

<sup>49</sup> Jürg Borer (Hrsg.), Kartellgesetz, Komm. Ausgabe 2005, Art. 3, Rz. 5.

<sup>50</sup> Vgl. in diesem Sinne RETO JACOBS (zit. in Fn. 14), Rz. 16.

<sup>51</sup> RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 516, Rz. 31.

<sup>52</sup> RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 516, Rz. 36.

sich weitere Bestimmungen zu den Spitalplanungen in Kantonsverfassungen sowie in den Gesundheits- und Spitalgesetzgebungen<sup>53</sup>.

34. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass den Kantonen gestützt auf Art. 39 KVG i.V.m. Art. 117 BV grundsätzlich die verfassungsmässige Kompetenz zur Spitalplanung zukommt und entsprechend die Frage, wer zulasten des Kantons Leistungen erbringen darf, nicht dem freien Wettbewerb überlassen ist. Gemäss Art. 3 KG ist das Kartellgesetz auf diesen Bereich nicht anwendbar. Ob hingegen lit. a oder b einschlägig ist, kann hier offen bleiben, darf doch der Kanton bei der Regelung grundsätzlich nicht über das hinaus gehen, was erforderlich und verhältnismässig ist und sind ihm durch die Verfassungsgrundsätze und Bundesrecht enge Grenzen gesetzt.

35. Die Kantone haben bei der Umsetzung der Spitalplanung die genannten Vorgaben seitens des Bundes (KVG und KVV) sowie den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 BV zu berücksichtigen. Damit ist auch dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen Rechnung zu tragen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Wettbewerb als Auswahlkriterium zur Bestimmung der Leistungserbringer ausgeschaltet wurde und mit der Planung ein Element der Mengensteuerung Aufnahme in das Gesetz fand.

36. *Spitalplanung und Ungleichbehandlungen zwischen ehemals öffentlichen/öffentlich subventionierten und privaten Spitälern:* In Zusammenhang mit der eingangs genannten Befürchtung der einseitigen (bis ausschliesslichen) Berücksichtigung der bislang öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler auf den Listen kann damit angemerkt werden, dass einem kantonalen Monopol im Spitalwesen bereits die im Krankenversicherungsgesetz vorgesehene angemessene Berücksichtigung von Spitälern unter privater Trägerschaft und damit Bundesrecht entgegensteht<sup>54</sup>. Der Spitalplanungsartikel des KVG will keine Monopole<sup>55</sup>. Die Kantone sind bei der Umsetzung des Planungsauftrages zudem, wie gesagt, an den auf Verfassungsstufe normierten Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und damit Wettbewerbsneutralität gebunden. Dem stehen Bestimmungen, welche die vorrangige respektive gar ausschliessliche Berücksichtigung öffentlicher und öffentlich subventionierter Spitäler im Rahmen der Spitalplanung eines Kantons vorsehen würden, entgegen.

37. *Spitalplanung und Wahl der Umsetzungsmethode:* Weiter gilt es zu bedenken, dass mittels der Planung ein möglichst wettbewerbsorientiertes System (Stärkung des Wettbewerbsgedanken in der sozialen Krankenversicherung) gewährleistet werden sollte<sup>56</sup>. Ohne die Berücksichtigung der entsprechenden Grundprinzipien auch bei der Spitalplanung würde die Stossrichtung der Revision bis zu einem gewissen Grad unterlaufen. Das Krankenversi-

---

<sup>53</sup> Vgl. THOMAS MATTIG (zit. in Fn. 13), S. 33, 3.3.5.

<sup>54</sup> Vgl. RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 516, Rz. 61 sowie Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG. Eine Verdrängung der Privatkliniken aus dem Spitalmarkt durch die Kantone mittels Anpassungen der Spitallisten steht nicht nur zu den Zielen der neuen Spitalfinanzierung, sondern auch zur Bestimmung von Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG im Widerspruch (vgl. LUKAS RICH (zit. in Fn. 4), Rz. 10.

<sup>55</sup> HANSPETER KUHN, Die Arztpraxis zwischen Staat und Markt, in: Barbara Hürlimann/Tomas Poledna/Martin Rübel (Hrsg.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, S. 173, 2.3.2.2.1.

<sup>56</sup> Vgl. vorne Rz. 4 sowie Rz. 23. Weiter die folgende Wortprotokolle: Amtl. Bull. NR 2007 N 1771, Fehr Jacqueline (4.12.2007; Das Gesundheitswesen funktioniert nach dem Prinzip des regulierten Wettbewerbs); Amtl. Bull. SR N 754, Fetz Anita (24.09.2007; Ziel sei ein „Spitalmarkt Schweiz“); sowie Botschaft (zit. in Fn. 5) 5579: Die Rechtfertigung für die Ausdehnung der neuen Finanzierungsregel auch auf private Trägerschaften besteht in der Gleichbehandlung der Spitäler und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Die gesamte Bedarfskapazität wird demselben Finanzierungsregime unterstellt.

cherungsgesetz enthält wenig Vorgaben, wie die Spitalplanung durch die Kantone umzusetzen ist. Es ist ihnen überlassen, welche Umsetzungsmethoden sie wählen, solange diese den Erfordernissen der Qualität und Wirtschaftlichkeit (welche für die Aufnahme von Spitälern auf die Spitallisten ausschlaggebend sein müssen<sup>57</sup>) sowie den vom Bundesrat erlassenen Vollzugsbestimmungen entsprechen<sup>58</sup>.

38. Die genannten Kriterien/Ziele lassen sich am besten mittels eines auf Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb unter den Leistungserbringern ausgerichteten Ausschreibungsverfahrens und somit nach den Prinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts erreichen. Dies wurde auch vom Parlament erkannt<sup>59</sup>. Auch wenn sodann Vorbehalte gegenüber der Geeignetheit eines solchen Verfahrens analog dem öffentlichen Beschaffungsrecht für die Auswahl komplexer Spitaldienstleistungen gehegt und auf eine entsprechende Vorgabe an die Kantone verzichtet wurde, so ist ein solches Vorgehen doch nicht ausgeschlossen. Den Kantonen steht ein entsprechendes Vorgehen offen<sup>60</sup>. Zudem wird spätestens mit den massgeblichen Daten für die DRG<sup>61</sup> sowie der schweizweiten Geltung derselben ein geeigneter Massstab zur Messung der Wirtschaftlichkeit und damit für Betriebsvergleiche vorliegen<sup>62</sup>. Eine Vergabe von Spitaldienstleistungen nach öffentlichem Beschaffungsrecht ist demnach nicht nur denkbar, sondern auch praktikabel. Entsprechend sollte die Vergabe der Leistungsaufträge und damit die Aufnahme auf die Spitalliste in einem fairen Wettbewerb unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots erfolgen<sup>63</sup>. Diese Vorgehensweise würde es erlauben, den potentiellen Leistungserbringern – unabhängig von ihrer Rechtsform und Trägerschaft – die notwendige Gleichbehandlung und Transparenz bezüglich der Auswahlkriterien zu gewähren<sup>64</sup>.

39. Mit dem Gesagten ist zu fordern, dass die Definition der DRG und ihre Einführung vor der Erstellung der Spitalliste (und damit der Spitalplanung<sup>65</sup>) erfolgen muss. Weiter sollte die Spitalplanung eine minimale Grundversorgung sicherstellen, um eine Unterversorgung zu

---

<sup>57</sup> Amtl. Bull. NR 2007 N 531, Humbel Näf Ruth (22.03.2007).

<sup>58</sup> Vgl. Botschaft betreffend Änderung der Spitalfinanzierung (zit. in Fn. 5), 5567 f.; entsprechend TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO (zit. in Fn. 26), Rz. 28.

<sup>59</sup> Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde der Antrag eingebracht, dass die Auswahl der Leistungserbringer in einem Verfahren analog zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen erfolgen soll; dies aus Gründen der Qualitätssteigerung, Erhöhung des Wettbewerbs durch Transparenz sowie kostengünstigeren Leistungen (Amtl. Bull. NR 2007 N 429, Stahl Jürg [20.03.2007]).

<sup>60</sup> Vgl. auch Humbel Näf Ruth, die anmerkt, es sei den Kantonen freigestellt, ein solches Verfahren zu wählen (Amtl. Bull. NR 2007 N 430).

<sup>61</sup> Diagnose Related Groups, DRG.

<sup>62</sup> Grundsätzlich sollte im Rahmen einer allfälligen Vergabe, bei Formulierung der Leistungsaufträge etc. auf die Wahl von Kriterien verzichtet werden, welche den Wettbewerb mittel- und langfristig behindern könnten. Kritisch können beispielsweise Mindestfallzahlen, eine unnötige Mengensteuerung, die Einflussnahme auf Investitionen etc. sein.

<sup>63</sup> Vgl. auch TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO (zit. in Fn. 26), Rz. 30.

<sup>64</sup> Der „Leitfaden zur leistungsorientierten Spitalplanung“ unterscheidet zwischen *Musskriterien*, welche alle Leistungserbringer erfüllen müssen, um überhaupt am Vergabeprozess teilnehmen zu können, und *Zuschlagskriterien*, welche sodann den Ausschlag für den definitiven Abschluss der Leistungsvereinbarungen geben sollen (Bericht des Arbeitsausschusses „Leistungsorientierte Spitalplanung“ zuhanden des Vorstandes der Schweizerischen Gesundheitsdirektorenkonferenz, Bern, Juli 2005, S. 52 ff.).

<sup>65</sup> Die Übergangsbestimmungen sehen diesbezüglich die Erstellung der Spitalplanung bis spätestens drei Jahre nach Einführung der leistungsbezogenen Pauschalen vor (vgl. vorne Rz. 5).

vermeiden, nicht aber dazu benutzt werden, die Anzahl der Spitaldienstleistungen nach oben zu limitieren.

40. Die Berücksichtigung dieser Elemente – d.h. erstens die Durchführung eines transparenten, nachvollziehbaren Ausschreibungsverfahrens basierend auf DRG als Auswahlkriterium vor dem Erstellen der Spitallisten sowie zweitens eine Planung, die eine minimale Grundversorgung vorsieht – führt zu den vom Gesetzgeber gewünschten wettbewerbsverstärkenden Effekten. Mittels eines beschaffungsähnlichen Verfahrens können die effizientesten Spitäler oder Spitalabteilung auf die kantonalen oder überkantonalen Listen gelangen, was längerfristig zu sinkenden Preisen sowie einer Reduktion von Überkapazitäten zufolge Ausscheidens der nicht rentablen Spitäler/Spitalabteilungen aus dem Markt führen wird.

41. *Spitalplanung und Zusatzversicherungsbereich:* Der Vollständigkeit halber bleibt abschliessend anzumerken, dass den Kantonen im Bereich der Zusatzversicherungen grundsätzlich keine Planungskompetenz zusteht. Auswirkungen auf diesen können sich hingegen wie bisher zunächst daraus ergeben, dass durch Zusatzversicherte ausgelöste Leistungen der Grundversicherung im Rahmen der Planung zu berücksichtigen sind<sup>66</sup>. Weiter werden aber inskünftig auch gelistete Privatspitäler den Kantonsbeitrag für von ihnen erbrachte OKP-Leistungen erhalten. Sie erlangen dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber nicht gelisteten, ebenfalls im Zusatzversicherungsbereich tätigen Spitälern<sup>67</sup>: erbringen diese OKP-Leistungen, beteiligt sich der Kanton nicht an den Kosten für dieselben, die Finanzierung ist maximal zu 45% gewährleistet<sup>68</sup>. Entsprechend bedeutet die vom Status des Spitals abhängige Kostenbeteiligung des Kantons ein finanzielles Interesse des Zusatzversicherers, seine zusatzversicherten Patienten in Listenspitälern behandeln zu lassen<sup>69</sup>. Insofern bestehen trotz an sich unzulässiger Planung des Zusatzversicherungsbereichs derart starke Wechselwirkungen zwischen demselben und der Spitalplanung, dass Wettbewerbsverzerrungen im Bereich der Leistungserbringung allgemein und insbesondere im Bereich der Zusatzversicherungen zu befürchten sind. Entsprechend ist auch in diesem Zusammenhang die Bedeutung und Tragweite eines transparenten, möglichst wettbewerbsorientierten Verfahrens zu betonen.

42. Die Wettbewerbsbehörden unterstreichen die Bedeutung einer möglichst wettbewerbsfreundlichen Umsetzung der neuen Bestimmungen zur Spitalfinanzierung, um trotz der durch das Krankenversicherungsgesetz vorgegebenen Beschränkungen Wettbewerb im Bereich der Leistungserbringung zu ermöglichen.

---

<sup>66</sup> RPW 2006/3 (Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung), S. 516, Rz. 51.

<sup>67</sup> Demgegenüber waren unter dem altem Krankenversicherungsgesetz alle privaten Spitäler dem gleichen Regime unterstellt und entsprechend im Wettbewerb mit den bislang öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern gleichermassen benachteiligt.

<sup>68</sup> Vgl. vorne zu den Vertragsspitälern Fn. 11.

<sup>69</sup> Vgl. vorne Rz. 7.

### 3.3. Fazit

43. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Kartellgesetz auf die Spitalplanung gemäss Art. 39 KVG auch nach der Revision der Spitalfinanzierung nicht anwendbar ist. Der Kanton stellt zugunsten seiner Kantonsbevölkerung eine bedarfsgerechte Versorgung sicher. Auch wenn davon ausgegangen werden könnte, dass er entsprechend Spitaldienstleistungen nachfragt, so handelt er dabei auf der anderen Seite doch hoheitlich in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Ob hingegen seine öffentliche Funktion oder aber die Unternehmereigenschaft im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG überwiegt, kann zufolge vorbehaltener Vorschriften gemäss Art. 3 KG, welche zur Nichtanwendbarkeit des Kartellgesetzes führen, offen bleiben. Nichtsdestotrotz müssen aber wettbewerbspolitische Grundsätze auch im Rahmen der Spitalplanung Berücksichtigung finden. Die Auswahl der Leistungserbringer, die eigentliche Bedarfssicherung, hat in einem möglichst transparenten, wettbewerbsorientierten Verfahren zu erfolgen, sollen die mit der Revision der Spitalfinanzierung angestrebten Entwicklungen und Ziele erreicht werden. Die Wettbewerbsbehörden erwarten entsprechend eine wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung der Spitalplanung seitens der Kantone.

44. Für das Erstellen des vorliegenden Gutachtens werden von der WEKO keine Gebühren erhoben (Art. 53a Abs. 1 lit. c KG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GebV-KG).

### Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Walter A. Stoffel  
Präsident

Dr. Rafael Corazza  
Direktor