forum
gesundheitsrecht
droit de la santé

Herausgeber:
Tomas Poledna, Reto Jacobs

Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld

16

Schulthess § 2009

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2009
ISBN 978-3-7255-5969-5

www.schulthess.com

Vorwort

Das Gesundheitswesen kämpft mit steigenden Kosten. Die Politik ringt nach Lösungen und präsentiert laufend neue Regulierungsansätze, welche mehr Wettbewerb mit sich bringen sollen oder diesen einschränken wollen. Dabei zeigt sich, dass zahlreiche Fragen des geltenden Rechts noch zu wenig untersucht sind. Der vorliegende Band widmet sich einigen aktuellen und wenig beleuchteten Kernfragen aus dem Bereich des Gesundheitsrechts und des Wettbewerbs. Es geht um Fragen der Personenfreizügigkeit, insbesondere der Anerkennung ausländischer Ausbildungsausweise. Weiter untersucht werden die Auswirkungen des Kartellrechts, vorab im Bereich der Tarifverträge der Spitäler. Erstmals vertieft dargestellt wird die Anwendbarkeit des Submissionsrechts im Gesundheitsbereich, insbesondere für den Bereich der Spitalplanung. Ein weiterer Beitrag widmet sich einem hochbrisanten Thema, den Kickbacks im ärztlichen Bereich. In den letzten Wochen hat das Thema des Wettbewerbs unter Krankenversicherern die Politik beherrscht. Ein Beitrag widmet sich diesem Bereich und zeigt auf, wie die rechtliche Regelung aussieht und welche Schwächen bestehen. Der Zugang zu Daten im Gesundheitswesen ist eines der Kernprobleme des Gesundheitswesens. Eine neue Perspektive, nämlich den Zugang zu den Wirtschaftsdaten der Konkurrenten gestützt auf die neuen Öffentlichkeitsgesetze zeigt ein weiterer Beitrag auf. Die Beiträge stammen von erfahrenen und führenden Praktikern sowie Hochschuldozenten des Gesundheitsrechts. Wir möchten allen, die zu diesem Band beigetragen haben, ganz herzlich danken und hoffen, einen nicht nur aktuellen, sondern weiterführenden Beitrag geleistet zu haben zum Dauerbrennerthema «Gesundheit und Wettbewerb».

Zürich, im November 2009

Tomas Poledna Reto Jacobs

Inhaltsübersicht

Reto Jacobs

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Zürich

Gesundheitswesen und Kartellgesetz 1

Matthias Oesch

PD Dr., LL.M., Assistenzprofessor in Bern und Rechtsanwalt in Zürich

Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt 21

Markus Moser

Dr. iur.

Wettbewerb unter Krankenkassen 45

Tomas Poledna

Prof. Dr. iur., Titularprofessor Universität Zürich und Rechtsanwalt in Zürich

Philipp do Canto

Lic. iur., Rechtsanwalt in Zürich

Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag 71

Felix Uhlmann

Prof. Dr., Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich

Transparenz und Zugang zu Daten als Voraussetzung für den Wettbewerb 111

WALTER FELLMANN

Prof. Dr., Rechtsanwalt in Luzern, nebenamtlicher ordentlicher Professor für Privatrecht an der Universität Luzern

Arzt als Unternehmer – Kickbacks und ihre Grenzen 135

Gesundheitswesen und Kartellgesetz

Dr. Reto Jacobs, LL.M., Rechtsanwalt in Zürich

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 1

B. Geltung des Kartellgesetzes 2
1. Unternehmen als Anknüpfungspunkt 2
2. Keine Geltung des KG für hoheitliches Handeln 3

C. Ausnahmsweise Nichtanwendung des KG aufgrund vorbehaltener Vorschriften 5
1. Grundsatz von Art. 3 Abs. 1 KG 5
2. Verfassungsrechtliche Schranken zum Erlass vorbehaltener Vorschriften 6

D. Konsequenzen der Geltung des KG
1. Konsequenzen für die Kantone 10
2. Konsequenzen für die Versicherer 10

E. Zusammenfassung 15

A. Einleitung

Die Gesundheitsversorgung wird auch heute noch weitgehend als staatliche Aufgabe verstanden. Entsprechend gross ist der Einfluss der Politik, und das Gesundheitswesen ist einer der am stärksten regulierten Bereiche der Wirtschaft. Die Regulierung dient nicht nur dem Schutz der Polizeigüter, sondern mit der Regulierung werden auch die Menge und die Preise medizinischer Produkte und Dienstleistungen gesteuert. Als Folge dieser Regulierung ist der Wettbewerb unter den Anbietern stark eingeschränkt. Deshalb geht man traditionell davon aus, dass dem Wettbewerb im Gesundheitswesen nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. 1

2 Dagegen bezweckt das Kartellgesetz[1] (KG) den Schutz des wirksamen Wettbewerbs[2]. Dies aufgrund der Überzeugung des Verfassungs- und des Gesetzgebers, dass der Wettbewerb als Koordinationsmechanismus in der Regel zu den volkswirtschaftlich besten Ergebnissen führt[3]. Das KG gilt grundsätzlich für alle wirtschaftlichen Aktivitäten. Damit stellt sich die Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang das KG auch im Bereich des Gesundheitswesens zur Anwendung kommt. Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat zu dieser Frage in den vergangenen Jahren weitere wegweisende Entscheide gefällt. In diesen Entscheiden kam die WEKO nicht nur zum Schluss, dass das KG im Gesundheitswesen durchaus zur Anwendung kommt, sondern auch, dass der Kanton als Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen dem KG untersteht. Mit dem vorliegenden Beitrag soll aufgrund der neuen Rechtsprechung der Frage nachgegangen werden, in welchen Bereichen des Gesundheitswesens das KG anwendbar ist und welche Konsequenzen sich daraus für die Marktteilnehmer ergeben.

B. Geltung des Kartellgesetzes

1. Unternehmen als Anknüpfungspunkt

3 Das KG kennt keine Bestimmungen, mit denen ganze Branchen vom Geltungsbereich des KG ausgenommen würden. Vielmehr gilt das KG grundsätzlich in allen Branchen und in allen Märkten. Für die Geltung knüpft Art. 2 Abs. 1 KG an den Begriff des Unternehmens an. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform[4]. Art. 2 Abs. 1 KG stellt weiter klar, dass neben den natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts die Rechtsformen des öffentlichen Rechts ebenfalls als Unternehmen qualifizieren können. Das KG geht somit von einem funktionalen Unterneh-

1 SR 251.

2 Vgl. Art. 1 KG.

3 Zur verfassungsrechtlichen Diskussion vgl. Vallender, Komm. BV, Art. 94 Rz. 14 ff.; Jacobs, Komm. BV, Art. 96 Rz. 4.

4 Vgl. Art. 2 Abs. 1bis KG.

mensbegriff aus. Entscheidend sind weder die rechtliche Form noch die Eigentümer des Unternehmens, sondern allein die wirtschaftliche Realität[5].

Der Unternehmensbegriff setzt auch keine bestimmte Rechtsform voraus. 4
Daher qualifizieren auch natürliche Personen, die eine unternehmerische Tätigkeit ausüben, als Unternehmen i.S. des KG[6]. Dies gilt im Bereich des Gesundheitswesens z.B. für Ärztinnen, Apotheker, Therapeutinnen etc. In den Geltungsbereich des KG fällt auch die unternehmerische Tätigkeit des Staates, und zwar sowohl als Anbieter wie auch als Nachfrager. Dies ist im Bereich des Gesundheitswesens z.B. bei den öffentlichen Spitälern mit ihrem medizinischen Angebot der Fall. Die WEKO geht in ihren jüngeren Entscheiden denn auch ohne Weiteres davon aus, dass die öffentlichen Spitäler unabhängig von ihrer Rechtsform und unabhängig von ihrer Eigenständigkeit als Unternehmen i.S. von Art. 2 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind[7].

2. Keine Geltung des KG für hoheitliches Handeln

Die Geltung des KG für unternehmerisches Handeln des Staates bedeutet al- 5
lerdings nicht, dass jede staatliche Aktivität im Bereich des Gesundheitswesens in den Geltungsbereich des KG fällt. Erfasst werden lediglich unternehmerische Handlungen, das heisst Handlungen, mit denen der Staat als Anbieter oder Nachfrager auftritt. Im Gegensatz dazu fallen hoheitliche Handlungen nicht in den Geltungsbereich des KG. Dies gilt auch dann, wenn die hoheitlichen Handlungen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. So haben z.B. die kantonalen Voraussetzungen für eine Praxisbewilligung durchaus Auswirkungen auf den Wettbewerb, da nur jene Praxen überhaupt in den Markt eintreten können, welche die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen. Da das

---

5 Noch anders BGE 127 II 32 ff. (Schweizerische Meteorologische Anstalt), wonach das KG nicht gelte für öffentlich-rechtliche Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Der Gesetzgeber hat diesen Entscheid des Bundesgerichts mit der letzten KG-Revision korrigiert (vgl. heute Art. 2 Abs. 1bis KG). Vgl. dazu Schaller/Tagmann, Kartellrecht und öffentliches Recht, 705.

6 Vgl. aus der Praxis der WEKO z.B. RPW 2004, 346 (selbständige Sprecher); RPW 2003, 277 (selbständige Fahrlehrer); vgl. auch Schaller/Tagmann, Kartellrecht und öffentliches Recht, 706.

7 Vgl. RPW 2008, 546 Rz. 26. Vgl. dazu auch Schaller/Tagmann, Kartellrecht und öffentliches Recht, 706, die ebenfalls davon ausgehen, dass die öffentlich-rechtlichen Spitäler ohne eigene Rechtspersönlichkeit spätestens seit der Aufnahme von Art. 2 Abs. 1bis KG in den Geltungsbereich des KG fallen.

Aufstellen und die Durchsetzung der Bewilligungsvoraussetzungen aber keine unternehmerische Tätigkeit ist, gilt das KG für diesen Bereich nicht.

6 Das Gleiche gilt für die Entscheide der Kantone im Bereich der Spitalplanung[8]. Diese wirken sich zwar auf den Wettbewerb aus, indem sie weitgehend festlegen, welche Spitäler Leistungen zulasten der Grundversicherung abrechnen können[9]. Die Auswirkungen der Spitalplanung gehen sogar noch über den Bereich der Grundversicherung hinaus, da die Spitalplanung indirekt auch die Behandlung zusatzversicherter Patienten beeinflusst[10]. In der Funktion als Spitalplaner tritt der Kanton aber nicht als Unternehmen auf. Insbesondere wäre es falsch, den Kanton in seiner Rolle als Spitalplaner als Nachfrager medizinischer Dienstleistungen zu bezeichnen. Denn in seiner Rolle als Planer fragt der Kanton keine Leistungen nach, sondern stellt unter Berücksichtigung der bundesrechtlichen Vorgaben eine adäquate medizinische Versorgung sicher. Das Erstellen der Spitalplanung ist deshalb keine unternehmerische Tätigkeit, sondern eine dem Kanton vom Bundesgesetzgeber auferlegte hoheitliche Aufgabe. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kanton mit seinen Spitälern selber Anbieter stationärer Leistungen ist.

7 Da die Spitalplanung keine unternehmerische Tätigkeit des Kantons ist, gilt das KG in diesem Bereich nicht. Deshalb kann sich ein im Rahmen der Spitalplanung nicht berücksichtigtes Spital weder an die WEKO[11] noch an ein Zivilgericht[12] wenden und geltend machen, die vom Kanton vorgenommene Selektion sei kartellrechtswidrig. Dafür steht dem nicht berücksichtigten Spital das im KVG vorgesehene Verfahren zur Verfügung[13]. Aus der fehlenden Geltung des KG für den Bereich der Spitalplanung folgt weiter, dass die WEKO auch nicht von sich aus gegen einen Kanton verfügen kann, selbst

---

8 Gl.M. allerdings mit anderer Begründung MATTIG, Spitalplanung, 138.

9 Vgl. aber auch Art. 49a Abs. 4 KVG, wonach eine teilweise Übernahme der Kosten eines Nicht-Listenspitals möglich ist, sofern der Versicherer mit diesem einen Vertrag geschlossen hat. In diesem Fall darf der Versicherer dem Spital aber aus der Grundversicherung nicht den vollen Tarif, sondern lediglich den Anteil gemäss Art. 49a Abs. 2 KVG vergüten.

10 Diese Auswirkungen sind darauf zurückzuführen, dass auch jener Patient, der überobligatorische Spitalleistungen bezieht, einen Teil der Kosten aus der Grundversicherung rückerstattet erhält (vgl. Art. 25 Abs. 2 Bst. e KVG). Dies allerdings nur dann, wenn die Behandlung in einem Spital erfolgt, das sich auf der Spitalliste befindet (bzw. mit dem der Versicherer einen Vertrag geschlossen hat; vgl. Art. 49a Abs. 4 KVG).

11 Vgl. Art. 26 f. KG.

12 Vgl. Art. 12 ff. KG.

13 Vgl. Art. 53 KVG.

wenn die WEKO den Planungsentscheid des Kantons für falsch hält. Die WEKO ist keine «Oberaufsichtsbehörde», die alle Entscheide, die irgendeinen Einfluss auf den Wettbewerb haben können, einer zweiten Überprüfung unterziehen könnte. Genauso wenig wie z.B. die WEKO intervenieren kann, wenn die kantonale Behörde einer Apotheke die Betriebsbewilligung entzieht, kann die WEKO den Spitalplanungsentscheid des Kantons überprüfen oder gar korrigieren. In beiden Fällen handelt es sich um hoheitliches und nicht um unternehmerisches Handeln des Kantons. Nur Letzteres wird vom KG erfasst und fällt in die Kompetenz der WEKO bzw. der das KG anwendenden Zivilgerichte.

C. Ausnahmsweise Nichtanwendung des KG aufgrund vorbehaltener Vorschriften

1. Grundsatz von Art. 3 Abs. 1 KG

8 Der KG-Gesetzgeber war sich bewusst, dass es Fälle gibt, in denen das KG nicht anwendbar sein soll. Dies ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 KG. Danach ist das KG dort nicht anwendbar, wo andere Rechtsvorschriften den Wettbewerb ausschliessen, indem sie eine staatliche Preis- oder Mengenordnung begründen oder einzelne Unternehmen mit besonderen Rechten ausstatten. Die WEKO und die Rechtsmittelinstanzen legen diesen Vorbehalt sehr eng aus[14]. Die anderen Rechtsvorschriften müssen den Ausschluss des Wettbewerbs geradezu bezwecken. Dies setzt einen bewussten Entscheid des Gesetzgebers voraus. Zudem ist immer zu prüfen, ob der Ausschluss tatsächlich den gesamten Wettbewerb erfasst oder ob er sich lediglich auf Teilbereiche bezieht. Verbleibt trotz der Regulierung noch Raum für (Rest-)Wettbewerb, so ist das KG auf diesen (Rest-)Wettbewerb anwendbar. Daher ist das KG selbst in stark regulierten Märkten – zumindest teilweise – anwendbar.

9 Als vorbehaltene Vorschriften stehen – gerade im Bereich des Gesundheitswesens – öffentlich-rechtliche Bestimmungen im Vordergrund. Dies schliesst aber nicht aus, dass auch zwingende privatrechtliche Bestimmungen einen partiellen Wettbewerbsausschluss bewirken und damit Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG darstellen können[15]. Im Allgemeinen wird davon ausgegan-

[14] Vgl. dazu etwa RPW 2006, 514 Rz. 19 ff.

[15] Vgl. Borer, Kommentar KG, Art. 3 Rz. 3.

gen, dass sich vorbehaltene Vorschriften sowohl aus dem Bundes- wie aus dem kantonalen Recht ergeben können. Dies ist im Grundsatz zwar richtig, jedoch ist zu beachten, dass die Verfassung die Kompetenz der Kantone zum Erlass solcher Vorschriften stark einschränkt.

2. Verfassungsrechtliche Schranken zum Erlass vorbehaltener Vorschriften

2.1 Kompetenzordnung und derogatorische Kraft des Bundesrechts

10 Art. 3 Abs. 1 KG ist keine Kompetenznorm. Dieser Artikel ermächtigt weder den Bund noch die Kantone dazu, Vorschriften zu erlassen, die den Wettbewerb ausschliessen. Art. 3 Abs. 1 KG stellt lediglich klar, dass Behörden, die das KG anwenden, bestehende Vorschriften zu beachten haben, mit denen der Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausgeschlossen wird. Wollen Bund oder Kantone solche Vorschriften erlassen, so können sie dies nur innerhalb der durch die Verfassung vorgegebenen Kompetenzordnung tun.

11 Gemäss Art. 3 BV sind die Kantone souverän, soweit die Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Für den Bund gilt somit das System der Einzelermächtigung durch die Verfassung[16]. Diese Kompetenzordnung ist vom Bund beim Erlass vorbehaltener Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu beachten. Verfügt der Bund gemäss Verfassung über eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz, so bedeutet dies allerdings noch nicht, dass er berechtigt ist, vorbehaltene Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu erlassen. Wie nachfolgend gezeigt, ist die verfassungsrechtliche Kompetenz für den Bund zwar notwendig, aber nicht hinreichend, um vorbehaltene Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu erlassen. Insbesondere hat auch der Bund den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beachten.

12 Räumt die Verfassung dem Bund eine Kompetenz ein und macht der Bund von dieser Kompetenz Gebrauch, so folgt aus der derogatorischen Kraft des Bundesrechts[17], dass der Kanton kein dem Bundesrecht widersprechendes kantonales Recht setzen kann. Beabsichtigt ein Kanton den Erlass von Vorschriften im Kompetenzbereich des Bundes und hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz bereits Gebrauch gemacht, so ist im Detail zu prüfen, ob das Bundesrecht eine abschliessende Regelung aufgestellt hat. Ist dies der

[16] Vgl. Schweizer, Komm. BV, Art. 3 Rz. 10 ff.

[17] Vgl. Art. 49 BV.

Fall, so hat der Kanton keine Möglichkeit mehr, ergänzende Vorschriften aufzustellen, was impliziert, dass er auch keine vorbehaltenen Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG schaffen kann.

13 Zu diesem Schluss kam die WEKO in einem Zwischenentscheid, der den Bereich der Zusatzversicherungen im Kanton Luzern betraf[18]. Die WEKO hatte zu prüfen, ob im Bereich der Zusatzversicherungen kantonale Vorschriften zu Tarifen und zu Kollektivverhandlungen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts widersprachen. Die Überlegungen der WEKO dazu lassen sich wie folgt zusammenfassen: Art. 117 BV erteilt dem Bund die nachträglich derogatorische Kompetenz, Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung zu erlassen[19]. Der Bund hat von dieser Kompetenz im Bereich der Krankenversicherung durch den Erlass des KVG Gebrauch gemacht. Das KVG enthält explizite Vorschriften für die Tariffestsetzung durch die Kantone und lässt Kollektivverhandlungen zu. Allerdings regelt das KVG nur den Bereich der Grundversicherung. Nach Auffassung der WEKO folgt aus der engen Verknüpfung von Grund- und Zusatzversicherung nicht, dass die Tarif- und Verhandlungsvorschriften des KVG auch im Bereich der Zusatzversicherung gelten. Vielmehr deuten Entstehungsgeschichte und Wortlaut des KVG darauf hin, dass Zusatzversicherungen durch das Privatrecht geregelt sind und dem VVG und dem VAG unterstehen. Die WEKO kam zum Schluss, dass diese beiden Gesetze für die Zusatzversicherung eine abschliessende Regelung aufstellen, womit es dem Kanton untersagt ist, eigene Vorschriften aufzustellen. Auch die dem Kanton zustehende Kompetenz im Bereich der Gesundheitsversorgungen ändert gemäss WEKO nichts daran, dass der Bund in Bezug auf die Zusatzversicherungen eine abschliessende Regelung getroffen habe. Folglich sei es den Kantonen wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts untersagt, vorbehaltene Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu erlassen. Macht es der Kanton trotzdem, so werden die Vorschriften von der WEKO nicht beachtet[20].

14 Dieser Entscheid der WEKO zeigt, dass die bundesrechtliche Kompetenzordnung die Möglichkeit der Kantone, vorbehaltene Vorschriften zu erlassen, einschränkt. Die WEKO weigert sich zu Recht, dem KG die Anwendung auf-

18 RPW 2006, 516 Rz. 33 ff.

19 Vgl. Poledna, Komm. BV, Art. 117 Rz. 3.

20 Vgl. RPW 2006, 519 Rz. 58.

grund von Vorschriften zu versagen, die in Verletzung der bundesrechtlichen Kompetenzordnung erlassen wurden.

2.2 Bindung an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

15 Die Wirtschaftsfreiheit nimmt in der schweizerischen Bundesverfassung insofern eine besondere Stellung ein, als Art. 94 Abs. 1 BV Bund und Kantone explizit verpflichtet, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beachten[21]. Damit bringt der Verfassungsgeber die zentrale Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit für die schweizerische Wirtschaftsordnung zum Ausdruck[22]. Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV können Bund und Kantone grundsätzlich nur Vorschriften erlassen, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) kann zwar wie die anderen Grundrechte unter Beachtung der Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Für qualifizierte Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit – solche, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen – braucht es zusätzlich zu den Voraussetzungen von Art. 36 BV eine Verfassungsgrundlage oder eine Abstützung in den kantonalen Regalrechten[23]. Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, werden deshalb auch als Abweichungen bzw. grundsatzwidrige Massnahmen bezeichnet. Als grundsatzwidrig gelten insbesondere Massnahmen, die sich gegen den freien Wettbewerb richten, indem sie die zentralen Marktmechanismen von Angebot und Nachfrage und die daraus resultierende Preisbildung ausschalten[24]. Aus Art. 94 BV wird in Lehre und Rechtsprechung der Schluss gezogen, dass der Verfassungsgeber damit den Entscheid für eine Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs getroffen habe[25].

16 Art. 94 Abs. 4 BV verlangt eine Verfassungsgrundlage, wenn der Gesetzgeber vom Prinzip des freien Wettbewerbs abweichen will. Liest man Art. 3 Abs. 1 KG im Kontext von Art. 94 Abs. 4 BV, so ist die Parallelität offensichtlich: Art. 3 Abs. 1 KG erklärt das KG ausnahmsweise für nicht anwendbar, wenn der Gesetzgeber den Wettbewerb für diesen Bereich ausgeschaltet hat. Eine Ausschaltung des Wettbewerbs bedeutet aber immer eine Abweichung vom

[21] Vgl. daneben auch Art. 35 BV, der den Staat generell verpflichtet, die Grundrechte zu verwirklichen.

[22] Vgl. Vallender, Komm. BV, Art. 94 Rz. 4.

[23] Art. 94 Abs. 4 BV.

[24] Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 1068.

[25] Vgl. Vallender, Komm. BV, Art. 94 Rz. 5; BGE 132 I 287.

Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Art. 94 Abs. 4 BV setzt für solche Abweichungen – und damit auch für den Erlass von Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG – eine Verfassungsgrundlage oder einen Bezug zu den kantonalen Regalrechten voraus. Bund und Kantone sind somit im Entscheid, ob sie Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG erlassen wollen, nicht frei. Vielmehr sind sie dazu nur dann berechtigt, wenn die Verfassung sie dazu ermächtigt oder wenn sie sich als Kantone auf die Regalrechte berufen können.

17 Diese Überlegungen zeigen, dass die Möglichkeit von Bund und Kantonen, vorbehaltene Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu erlassen, durch die Bindung an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit stark eingeschränkt ist. Wollen Bund und Kantone anstelle des Wettbewerbs eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, so müssen sie durch die Verfassung dazu ermächtigt sein, oder die Kantone müssen sich auf ihre Regalrechte abstützen können. Der Bund verfügt über einzelne solche Ermächtigungen[26]. Hinzu kommt, dass die gerichtliche Überprüfung der Frage, ob der Bund über eine entsprechende Verfassungsermächtigung verfügt, wegen der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit eingeschränkt ist[27]. Entsprechend wäre auch eine vom Bund in Missachtung von Art. 94 Abs. 4 BV errichtete staatliche Markt- oder Preisordnung von der WEKO als rechtsanwendende Behörde zu beachten.

18 Den Kantonen ist es – abgesehen von den praktisch wenig bedeutsamen Regalrechten – weitgehend untersagt, vorbehaltene Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG aufzustellen. Da die BV zugunsten der Kantone keine Abweichungskompetenzen enthält, sind sie an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebunden[28], es sei denn, der abweichungsberechtigte Bundesgesetzgeber delegiere die Kompetenz zum Erlass vorbehaltener Vorschriften rechtmässig an den Kanton. Ansonsten haben die Kantone kaum Möglichkeiten, vorbehaltene Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu erlassen. In der kartellrechtlichen Literatur wurden diese Schranken des kantonalen Gesetzgebers bisher kaum thematisiert. Ohne nähere Begründung wurde davon ausgegangen, dass vorbehaltene Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG auch im kantonalen

[26] Für eine Übersicht vgl. VALLENDER, Komm. BV, Art. 27 Rz. 60 ff.; zur Frage, ob Art. 117 BV den Bund ermächtigt, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen, vgl. POLEDNA, Gesundheitsrecht und Wettbewerb, 34 ff.

[27] Vgl. Art. 190 BV.

[28] Vgl. VALLENDER, Komm. BV, Art. 27 Rz. 59.

oder kommunalen Recht enthalten sein können[29]. Es ist das Verdienst der WEKO, dass sie sich in der Zwischenverfügung i.S. Zusatzversicherungen Kanton Luzern erstmals vertieft mit dieser Frage beschäftigt und überzeugend hergeleitet hat, weshalb kantonales Recht in aller Regel keine vorbehaltenen Vorschriften i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG aufstellen kann[30]. Dieser Entscheid wird weit über das Gesundheitswesen hinaus Auswirkungen haben[31].

19 Während die WEKO bundesrechtliche Vorschriften nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfen kann[32], ist sie gehalten, kantonales Recht, das einen Vorbehalt i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG begründen könnte, im Einzelfall akzessorisch auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen[33]. Stellt die WEKO dabei fest, dass der Kanton in Missachtung von Art. 94 Abs. 4 BV eine staatliche Markt- oder Preisordnung errichtet hat, so hat die WEKO solchen Vorschriften die Anwendung zu versagen.

D. Konsequenzen der Geltung des KG

1. Konsequenzen für die Kantone

20 Die neue Praxis der WEKO hat für die Kantone weitreichende Konsequenzen, die bis heute noch wenig Beachtung gefunden haben. Dies mag daran liegen, dass es sich bei den beiden Entscheiden der WEKO «lediglich» um einen Zwischenentscheid[34] und einen Einstellungsentscheid[35] handelte. Beide Entscheide enthalten aber wegleitende Ausführungen, welche die Praxis der nächsten Jahre prägen werden. Einige der wichtigen Konsequenzen sollen nachfolgend dargestellt werden.

---

29 Vgl. etwa Carcagni et al., Kartellgesetz, Art. 3 Rz. 2; Carron, CR Concurrence, Art. 3 Rz. 22.; vgl. aber auch Schaller/Tagmann, Kartellrecht und öffentliches Recht, 707, die darauf hinweisen, dass vorbehaltene Vorschriften auf ihre Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit zu überprüfen seien. So auch Vogel, Staat als Marktteilnehmer, 188 f.

30 RPW 2006 520, Rz. 59 ff.

31 Zu denken ist insbesondere an den Bereich der Elektrizitätswirtschaft, in dem sich immer wieder die Frage stellt, ob und in welchem Umfang kantonale oder kommunale Vorschriften den Wettbewerb einschränken oder gar ausschalten können (vgl. dazu BGE 129 II 535; BGE 132 I 289 ff.).

32 Art. 190 BV.

33 Vgl. Vogel, Staat als Marktteilnehmer, 189.

34 RPW 2006, 513 ff.

35 RPW 2008, 544 ff.

Aus Art. 49 BV und Art. 94 Abs. 4 BV ergeben sich für den Kanton als Gesetzgeber weitreichende Schranken. Faktisch kann der Kanton kaum noch Vorschriften erlassen, welche die Anwendung des KG einschränken. Denn obwohl der Bereich der Gesundheitsversorgung weitgehend in die Kompetenz des Kantons fällt, hat er bei der Regulierung dieses Bereichs einerseits die derogatorische Kraft des Bundesrechts und andererseits den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beachten. Daher ist es dem Kanton insbesondere untersagt, die Gesundheitsversorgung dem Wettbewerb zu entziehen und der staatlichen Planung zu unterstellen. Bedürfnisklauseln, Preisregulierungen, Angebotsplanung und andere Steuerungselemente von Angebot und Nachfrage stehen dem Kanton deshalb nicht zur Verfügung. Der Kanton kann daher – ausserhalb des ihm aufgrund des KVG delegierten Bereichs – weder Tarife festlegen noch verlangen, dass sich die Leistungserbringer an einen vom Kanton vorgegebenen Tarif halten. Auch die Pflicht, verhandelte Tarife dem Kanton zur Genehmigung vorzulegen, wäre mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nicht zu vereinbaren. Erlässt der Kanton in Missachtung der verfassungsrechtlichen Schranken trotzdem solche Vorschriften, so vermögen diese keinen Vorbehalt i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen. Das KG bleibt anwendbar. 21

Wie bereits erläutert, stellen die öffentlichen Spitäler unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Eigenständigkeit Unternehmen i.S. des KG dar. Dies bedeutet insbesondere, dass das KG auf die öffentlichen Spitäler und damit auf den Kanton als deren Träger oder Eigentümer anwendbar ist. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn das Marktverhalten des öffentlichen Spitals ganz oder teilweise durch politische Prozesse gesteuert und über Handlungsformen des öffentlichen Rechts umgesetzt wird. So ist es z.B. denkbar, dass die Tarife eines öffentlichen Spitals durch eine Behörde in der Form einer Verordnung erlassen werden. Dies macht den Tarif aber nicht zu einer vorbehaltenen Vorschrift i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG. Auch dieser Tarif ist einer kartellrechtlichen Überprüfung zugänglich. 22

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des KG auf die Tarife öffentlicher Spitäler bedeutet aber noch nicht, dass jeder dieser Tarife auch tatsächlich einer kartellrechtlichen Überprüfung unterzogen werden kann. Das KG kennt bekanntlich keine umfassende Preiskontrolle. Kartellrechtlich heikel sind primär Preisabsprachen zwischen Konkurrenten[36] und die Preise marktbeherrschen- 23

[36] Vgl. Art. 5 Abs. 3 KG.

der Unternehmen[37]. Mit Bezug auf Preisabsprachen hat der Kanton insbesondere darauf zu achten, dass er die privaten Spitäler nicht dazu anhält, kantonale Tarife einzuhalten. Eine den privaten Spitälern auferlegte Pflicht, gewisse Tarife nicht zu unterbieten, wäre als Preisabsprache unter Konkurrenten zu qualifizieren und dürfte kaum gerechtfertigt werden können[38]. Das Gleiche würde etwa für eine Regelung gelten, welche staatliche Leistungen (z.B. Subventionen) davon abhängig macht, dass das private Spital die kantonalen Tarife einhält. Ausserhalb des KVG darf der Kanton auf die Preisgestaltung der privaten Spitäler keinen Einfluss nehmen. Macht er es trotzdem, so besteht die Gefahr, dass dies als unzulässige Preisabsprache i.S. von Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert wird.

24 Kartellrechtlich kritisch sind Preisabsprachen bekanntlich nur dann, wenn die an der Absprache beteiligten Unternehmen voneinander unabhängig und damit Konkurrenten sind. Stehen dagegen mehrere Unternehmen unter einheitlicher Kontrolle, so kann es zwischen diesen Unternehmen zu keinen kartellrechtlich relevanten Preisabsprachen kommen[39]. Dies ist typischerweise bei Unternehmen der Fall, die zum gleichen Konzern gehören, denn diese stehen miteinander nicht im Wettbewerb. Den einzelnen Unternehmen des Konzerns wird wegen ihrer Abhängigkeit die Unternehmenseigenschaft i.S. von Art. 2 KG abgesprochen. Dagegen wird der Konzern als Ganzes als Unternehmen qualifiziert, der in den Geltungsbereich des KG fällt.

25 Die WEKO hatte sich im Entscheid Zusatzversicherungen Kanton Luzern erstmals mit der Frage zu beschäftigen, ob mehrere öffentliche Spitäler, die dem Kanton gehören, als wirtschaftliche Einheit zu betrachten sind. Die WEKO bejahte dies, da der Kanton Luzern die öffentlichen Spitäler kontrolliere und die Gesundheitsdirektion eine Stellung einnehme, die mit jener der Geschäftsleitung in einem privatrechtlichen Konzern vergleichbar sei[40]. Etwas missverständlich ist die Formulierung der WEKO, wonach nicht nur von Bedeutung sei, dass der Kanton die Spitäler kontrollieren könne, sondern auch, dass der Kanton von dieser Kontrollmöglichkeit Gebrauch mache. Die Möglichkeit, ein Unternehmen zu kontrollieren, reicht aus, um im kartellrechtlichen Sinn einen Konzern zu begründen. Die tatsächliche Ausübung der

37 Vgl. Art. 7 KG.

38 Zur Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz vgl. Art. 5 Abs. 2 KG.

39 Es gilt das sogenannte Konzernprivileg (vgl. dazu etwa von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rz. 1245; Zäch, Kartellrecht, Rz. 256).

40 Vgl. RPW 2008, 546 Rz. 26 ff.

Kontrolle ist keine Voraussetzung für die Begründung eines Konzerns[41]. Dies bedeutet, dass auch jene Spitäler dem «Kantons-Konzern» zuzurechnen sind, die über umfassende Autonomie verfügen oder die in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft ausgegliedert worden sind. Solange der Kanton die Möglichkeit hat, das Spital direkt oder indirekt zu kontrollieren, sind das Spital und dessen Verhalten ihm zuzurechnen. Dies hat für den Kanton den Vorteil, dass er all seinen Spitälern umfassende Vorgaben machen kann. So kann er z.B. verlangen, dass alle seine Spitäler die gleichen Tarife verrechnen. Eine solche konzerninterne Preisabsprache ist kartellrechtlich ohne Bedeutung.

Die Qualifikation als Konzern bringt für den Kanton aber nicht nur Vorteile mit sich. Dadurch, dass der Kanton mit all seinen Spitälern als Einheit betrachtet wird, stellt sich insbesondere die Frage, ob der Kanton über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die WEKO hatte auch diese Frage erstmals im Entscheid i.S. Zusatzversicherungen Kanton Luzern zu beantworten. Dabei kam sie zum Schluss, dass die Spitäler des Kantons derart wichtig seien, dass der Kanton als marktbeherrschend zu qualifizieren sei[42]. 26

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es sich auf dem relevanten Markt in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann[43]. Als relevanten Markt betrachtete die WEKO den Markt für die im Privat- und Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen in den Kantonen Luzern und Nidwalden. Auf diesem Markt verfügen die öffentlichen Spitäler des Kantons Luzern nach Einschätzung der WEKO über einen Marktanteil von rund 45%. Der Marktanteil allein gibt nach Auffassung der WEKO die tatsächliche Marktstellung des Kantons aber nicht korrekt wieder. Dies aufgrund des Umstandes, dass die Versicherer faktisch gezwungen seien, mit den öffentlichen Spitälern des Kantons Verträge abzuschliessen. Die freie Spitalwahl sei heute eines der zentralen Merkmale der Zusatzversicherungen. Wollten die Versicherer ihren Kunden Zusatzversicherungen verkaufen, so müssten sie die freie Spitalwahl anbieten können, was die Versicherer zwinge, zumindest mit allen wichtigeren Spitälern Verträge zu schliessen. Dieser faktische Kontrahierungszwang bestehe insbesondere gegenüber den Spitälern des Kantons, da diese in der Region über das umfassendste Angebot an Medizinaldienstleis- 27

41 Vgl. Ducrey, SIWR V/2, 236 f.

42 RPW 2008, 572 Rz. 152 ff.

43 Zum Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens vgl. etwa Borer, Kommentar KG, Art. 4 Rz. 15 ff.; Köchli/Reich, Kartellgesetz, Art. 4 Rz. 26 ff.

tungen verfügten. Daraus resultiere eine marktbeherrschende Stellung des Kantons[44].

28 Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung allein ist kartellrechtlich zwar unproblematisch. Jedoch ergeben sich aus einer solchen Marktstellung umfassende Verhaltenspflichten, die den unternehmerischen Spielraum marktbeherrschender Unternehmen spürbar einschränken. So verbietet Art. 7 Abs. 1 KG generell den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, und Art. 7 Abs. 2 KG zählt einige solcher missbräuchlicher Verhaltensweisen exemplarisch auf. Für den Bereich des Gesundheitswesens dürfte insbesondere Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG von Bedeutung sein, der es marktbeherrschenden Unternehmen untersagt, unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen zu erzwingen. Daraus ergibt sich für die WEKO die Möglichkeit, die Preise der marktbeherrschenden Spitäler auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Dazu gehört nicht nur die absolute Höhe der Preise, sondern auch die Überprüfung allfälliger Quersubventionierungen. Marktbeherrschenden Unternehmen ist es nämlich untersagt, für einzelne Produkte oder Dienstleistungen überhöhte Preise zu verlangen, um damit andere Produkte oder Dienstleistungen quer zu subventionieren[45]. Ein marktbeherrschendes Spital, das mit der Behandlung zusatzversicherter Patienten die Preise subventioniert, die es gegenüber grundversicherten Patienten verrechnet, verstösst damit gegen das KG. Missbräuchlich ist dabei nicht die Quersubventionierung an sich, sondern das Erzwingen unangemessener Preise im Bereich der Zusatzversicherungen.

29 Im konkreten Fall hat die WEKO zwar noch darauf verzichtet, die Tarife der öffentlichen Spitäler des Kantons Luzern einer vertieften Prüfung zu unterziehen, da die aktuelle Datenlage dafür nach Auffassung der WEKO noch nicht ausreichte. Aus den von der WEKO gewählten Formulierungen geht aber hervor, dass sie grundsätzlich bereit ist, solche Überprüfungen vorzunehmen, wenn die entsprechenden Daten dazu vorhanden sind.

30 Eine weitere Konsequenz der marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen Spitäler ist die Unterstellung unter das Preisüberwachungsgesetz (PüG). Die-

---

44 RPW 2008, 578 Rz. 169 f.

45 Zur Praxis der WEKO zu Quersubventionierungen vgl. etwa RPW 2004, 443 ff. Rz. 160 (Swisscom ADSL); RPW 2005, 58 Rz. 24, 75, 134 (Swisscom Directories); RPW 1999, 451 f. Rz. 119, 121, (Schweizerische Meteorologische Anstalt); RPW 1997, 170 Rz. 57 (Telecom PTT/Blue Window).

ses knüpft an den Begriff des marktmächtigen Unternehmens an[46]. Auch wenn damit terminologisch eine Differenz zum KG besteht, das vom «marktbeherrschenden Unternehmen» spricht, wird in der Literatur richtigerweise davon ausgegangen, dass Marktmacht i.S. des PüG gleich zu verstehen ist wie Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG[47]. Während der Preisüberwacher die Tarife im Bereich der Grundversicherung seit Langem überprüft, hat der Entscheid der WEKO i.S. Zusatzversicherungen im Kanton Luzern klargestellt, dass der Preisüberwacher auch im Bereich der Zusatzversicherungen befugt ist, die Tarife zu überprüfen. Voraussetzung ist auch hier, dass die Spitäler über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, was bei den wichtigeren Spitälern regelmässig der Fall sein dürfte.

2. Konsequenzen für die Versicherer

31 Aus der marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen Spitäler ergibt sich für die Marktgegenseite ein Anspruch auf nicht-missbräuchliches Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens. Dies bedeutet für die Versicherer nicht nur, dass sie gegenüber den öffentlichen Spitälern einen Anspruch auf angemessene Preise und sonstige Geschäftsbedingungen haben[48], sondern auch, dass sie sich auf das in Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG statuierte Diskriminierungsverbot berufen können. Daraus folgt zwar nicht, dass die öffentlichen Spitäler mit allen Versicherern die exakt gleichen Verträge abschliessen müssen, jedoch müssen allfällige Ungleichbehandlungen sachlich gerechtfertigt werden können[49].

32 Mit dem Entscheid i.S. Zusatzversicherungen Kanton Luzern hat die WEKO aber auch für die Versicherer klargestellt, dass das KG im Bereich der Zusatzversicherungen gilt. Aus dem Umstand, dass im Bereich der Grundversicherung Kollektivverhandlungen vorgesehen sind, folgt nach Auffassung der WEKO nicht, dass solche Kollektivverhandlungen auch im Bereich der Zusatzversicherungen zulässig wären. Da kein Vorbehalt i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG besteht, sind solche Kollektivverhandlungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem KG zu prüfen. Bei dieser Überprüfung kam die WEKO zum Schluss,

---

46 Vgl. Art. 2 PüG.

47 Vgl. Weber, Komm. PüG, Art. 2 Rz. 7.

48 Art. 7 Abs. 1 Bst. c KG.

49 Zu den Gründen, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen können, vgl. RPW 2008, 591 Rz. 225 ff.

dass die Versicherer, die mit dem Kanton gemeinsam verhandelten, gewissermassen eine Einkaufsgemeinschaft darstellen würden. Da diese Einkaufsgemeinschaft zu einem einheitlichen Tarif führe, handle es sich um eine Preisabsprache, für die Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG die Vermutung aufstelle, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt werde[50]. Im konkreten Fall konnte die Vermutung widerlegt werden, da ausreichender Aussenwettbewerb bestand. Die WEKO kam aufgrund der konkreten Konstellation sogar zum Schluss, dass der Wettbewerb nicht einmal erheblich beeinträchtigt sei, womit das Verhalten der Versicherer kartellrechtlich nicht zu beanstanden war.

33 Interessant an dem Entscheid der WEKO sind weniger diese vor dem Hintergrund des konkreten Sachverhalts gemachten Ausführungen als die generellen Überlegungen zur Gruppenbildung aufseiten der Versicherer in Verhandlungen mit den öffentlichen Spitälern. Die WEKO hielt fest, dass angesichts der marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen Spitäler eine gewisse Gegenmacht erwünscht und kartellrechtlich zulässig sei[51]. Diese Gegenmacht führe in den Verhandlungen mit einem marktbeherrschenden Unternehmen zu den ökonomisch effizienteren Ergebnissen. Die WEKO wies aber auch darauf hin, dass marktumfassende Einkaufsgemeinschaften kritisch sein könnten, da dadurch der Systemwettbewerb vollständig verloren gehe. Solange aber etwa zwei ähnlich grosse Gruppen von Versicherern je mit dem marktbeherrschenden Kanton verhandeln, sollten gemäss WEKO die Effizienzgewinne überwiegen.

E. Zusammenfassung

34 Die WEKO hat mit ihren jüngsten Entscheiden im Bereich des Gesundheitswesens die Tragweite von Art. 3 Abs. 1 KG weiter präzisiert. Die WEKO kam zum Schluss, dass weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht vorbehaltene Vorschriften enthielten, welche die Anwendbarkeit des KG im Bereich der Zusatzversicherungen ausschliessen. Bemerkenswert ist weniger diese

[50] Vgl. RPW 2008, 554 Rz. 70 ff. Ob diese generelle Unterstellung von Einkaufsgemeinschaften unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG – und damit auch unter die Sanktionsdrohung von Art. 49a Abs. 1 KG – mit dem Willen des Gesetzgebers zu vereinbaren ist, erscheint allerdings als fraglich. Von der Vermutung erfasst werden sollten nach dem Willen des Gesetzgebers nur die besonders schädlichen (harten) Kartelle, was auf Einkaufsgemeinschaften gerade nicht zutrifft.

[51] RPW 2008, 564 Rz. 119 ff.

Feststellung als die Begründung der WEKO, weshalb das kantonale Recht in der Regel keine vorbehaltenen Vorschriften aufstellen könne. Kantonales Recht, das gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG eine staatliche Preis- oder Mengenordnung errichte, stelle einen grundsatzwidrigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, da der Wettbewerb als Koordinationsmechanismus ausser Kraft gesetzt werde. Solche Eingriffe seien gemäss Art. 94 Abs. 4 BV nur gestützt auf eine Verfassungsgrundlage zulässig. Da keine solche Verfassungsgrundlage bestehe, müsse sich der Kanton auch im Bereich des Gesundheitswesens an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten und könne keine vorbehaltenen Vorschriften erlassen.

35 Nachdem der Gesetzgeber mit der letzten KG-Revision endgültig klargestellt hatte, dass die öffentliche Hand dem KG untersteht, überrascht die Feststellung der WEKO, dass der Kanton mit seinen öffentlichen Spitälern dem KG unterstehe, nicht. Neu ist dagegen die Feststellung der WEKO, dass die verschiedenen öffentlichen Spitäler des Kantons zusammen als Konzern zu betrachten sind. Da das KG auf konzerninterne Sachverhalte nicht anwendbar ist, kann der Kanton für alle seine Spitäler einheitliche Tarife festlegen, ohne damit eine unzulässige Preisabsprache zu treffen. Im Aussenverhältnis untersteht der «Kanton-Konzern» aber uneingeschränkt dem KG. Da die Versicherer im Bereich der Zusatzversicherungen mit den wichtigen öffentlichen Spitälern Tarifverträge schliessen müssen, besteht für die Versicherer ein faktischer Kontrahierungszwang, der dem Kanton nach Auffassung der WEKO eine marktbeherrschende Stellung verleiht. Folglich untersteht das Verhalten des Kantons der Missbrauchskontrolle von Art. 7 KG.

36 Die WEKO akzeptiert, dass die Krankenversicherer gegenüber dem marktbeherrschenden Kanton berechtigt sind, durch ihr gemeinsames Auftreten eine Gegenmacht zu bilden, da dies zu besseren Verhandlungsergebnissen führt. Allerdings müssen nach Auffassung der WEKO mindestens zwei bis drei Gruppen bestehen, damit diese Effizienzvorteile zu erwarten sind.

Literatur, Gesetze und Materialien

BORER, JÜRG, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005 (zit.: Kommentar KG).

CARCAGNI, ROMINA et al., Kommentar zu Art. 3 KG, in: Kartellgesetz (Hrsg.: Baker&McKenzie), Bern 2007 (zit.: Kartellgesetz).

CARRON, BENOÎT, Kommentar zu Art. 3 KG, in: Commentaire Romand – Droit de la concurrence (Hrsg.: Tercier, P., Bovet, C.), Genf/Basel/München 2002 (zit.: CR Concurrence).

DUCREY, PATRIK, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht (Hrsg.: von Büren, R., David, L.), Basel 2000, 231–318 (zit.: SIWR V/2).

JACOBS, RETO, Kommentar zu Art. 96, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl. (Hrsg.: Ehrenzeller, B. et al.), Zürich/Basel/Genf/Lachen 2008 (zit.: Komm. BV).

KÖCHLI, ROLAND, REICH, PHILIPPE M., Kommentar zu Art. 4 KG, in: Kartellgesetz (Hrsg.: Baker&McKenzie), Bern 2007 (zit.: Kartellgesetz).

MATTIG, THOMAS, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht (Diss. Basel), Zürich 2003 (zit.: Spitalplanung).

MÜLLER, JÖRG PAUL, SCHEFER, MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008 (zit.: Grundrechte).

POLEDNA, TOMAS, Gesundheitsrecht und Wettbewerb, in: Wettbewerb im Gesundheitsrecht (Hrsg.: Schaffhauser, R., Poledna, T.), St. Gallen 2004, 178 S. (zit.: Gesundheitsrecht und Wettbewerb).

POLEDNA, TOMAS, Kommentar zu Art. 117, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl. (Hrsg.: Ehrenzeller, B. et al.), Zürich/Basel/Genf/Lachen 2008 (zit.: Komm. BV).

SCHALLER, OLIVIER, TAGMANN, CHRISTOPH, Kartellrecht und öffentliches Recht – Neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens in: AJP (2004), 704–711 (zit.: Kartellrecht und öffentliches Recht).

SCHWEIZER, RAINER J., Kommentar zu Art. 3, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl. (Hrsg.: Ehrenzeller, B. et al.), Zürich/Basel/Genf/Lachen 2008 (zit.: Komm. BV).

VALLENDER, KLAUS A., Kommentar zu Art. 27, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl. (Hrsg.: Ehrenzeller, B. et al.), Zürich/Basel/Genf/Lachen 2008 (zit.: Komm. BV).

VALLENDER, KLAUS A., Kommentar zu Art. 94, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl. (Hrsg.: Ehrenzeller, B. et al.), Zürich/Basel/Genf/Lachen 2008 (zit.: Komm. BV).

VOGEL, STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer (Diss. Zürich), Zürich 2000 (zit.: Staat als Marktteilnehmer).

VON BÜREN, ROLAND, MARBACH, EUGEN, DUCREY, PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008 (zit.: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht).

WEBER, ROLF H., Preisüberwachungsgesetz (PüG), Bern 2009 (zit.: Komm. PüG).

ZÄCH, ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005 (zit.: Kartellrecht).