



Konkurrenz von staatlichen Spitälern und privaten Anbietern

Staatliche Spitäler und ihre spitalungebundenen ambulanten Leistungen – Liaisons dangereuses

Iris Herzog-Zwitter^a, Ralph Trümpler^b

^a Dr. iur., Rechtsdienst FMH, Bern; ^b Dr. iur., Rechtsanwalt bei Poledna RC AG, Zürich

Der Beitrag befasst sich mit der Leistungserbringung von öffentlich-rechtlichen Spitälern. Diese haben ihre Leistungen bisher stationär oder spitalambulant «intra muros» erbracht. Mittels Umfrageerhebung konnten die Autorin und der Autor die Tendenz feststellen, dass ambulante Leistungen durch öffentlich-rechtliche Spitäler «extra muros» erbracht werden. In diesem Kontext wird daran erinnert, dass es spezifische verfassungsrechtliche Voraussetzungen zu prüfen und einzuhalten gilt.

«Ist es nicht besser, wenn der Träger der Staatsgewalt sich im Allgemeinen darauf beschränkt, die Bedingungen zu schaffen, die dem Wissen und der Initiative der Einzelnen den grössten Spielraum gewähren, so dass diese mit bestem Erfolg selber planen können?» Diese Frage stellte der Ökonom und spätere Nobelpreisträger Friedrich A. Hayek 1944 einst im Kontext des Wettstreits von Planwirtschaft und Liberalismus [1]. 70 Jahre

später befinden wir uns an einem anderen Punkt und doch tönt die Erkenntnis des Schweizerischen Bundesrates noch etwas nach Hayek, wenn er schreibt, dass es aus volkswirtschaftlicher Sicht «nicht zwingend optimal» sei, wenn der Staat selbst Unternehmen besitzt und führt [2]. Trotzdem sind heute in zahlreichen Wirtschaftsbereichen gegenläufige Tendenzen ersichtlich [3].

Die Autorin und der Autor haben sich vor diesem Hintergrund gefragt, welche Tendenzen sich zurzeit im Gesundheitsbereich abzeichnen bzw. wie sich die grössten staatlichen Akteure im Gesundheitsbereich verhalten – in casu die öffentlich-rechtlichen Spitäler. Ihre Untersuchungsergebnisse und ihre juristische Analyse

Viele öffentlich-rechtliche Spitäler entschliessen sich, in die Märkte der spitalungebundenen Gesundheitsversorgung einzutreten.

dazu haben sie diesen April unter dem Titel «Staatliche Konkurrenzierung Privater mit spitalungebundenen ambulanten Leistungen» in der Zeitschrift «Aktuelle juristische Praxis» veröffentlicht [4]. Nachfolgend wird die juristische Analyse dieser Erhebung vorgestellt.

Expansion spitalungebundener ambulanter Leistungen

Vorgängig haben die Autoren in der zweiten Hälfte des Jahres 2020 basierend auf einer Umfrageerhebung bei 33 öffentlich-rechtlichen Spitalern in der Deutschschweiz [5] die These ableiten können, dass staatliche Spitäler zunehmend private Leistungserbringer in ihren angestammten Tätigkeitsgebieten konkurrenzieren. Untersucht wurde dabei, ob und wie spitalungebundene ambulante Leistungen von öffentlich-rechtlichen Spitalern in jenen Bereichen angeboten werden, in welchen traditionell private Akteure die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung sicherstellen.

Das Ergebnis der Untersuchung lässt insofern aufhorchen, als einerseits die meisten öffentlich-rechtlichen Spitäler in der Deutschschweiz ambulante Leistungen spitalungebunden – d.h. nicht «intra muros», innerhalb ihrer Spitalinfrastruktur – und damit in direkter Konkurrenz zu einem privaten Leistungsangebot anbieten und andererseits dieser Bereich bei den Befragten auch in Zukunft unterhalten oder gar weiter ausgebaut wird.

Die angesprochene Form der ambulanten Leistungserbringung ist von der sogenannten spitalambulanten Gesundheitsversorgung der Spitäler zu unterscheiden. Bei den untersuchten Formen der ambulanten Leistungserbringung handelt es sich um eine Erscheinung ausserhalb der traditionellen Ordnung von privatem und staatlichem Nebeneinander im ambulanten und stationären/spitalambulanten Bereich. Die entscheidende Frage ist dabei aus juristischer Sicht, unter welchen Bedingungen solche Marktteilnahmen von öffentlich-rechtlichen Spitalern zulässig sind und wie damit umgegangen werden kann.

Der Trend besteht – wie ist damit umzugehen?

Bei der Versorgung der Bevölkerung mit spitalungebundenen ambulanten Leistungen ist kaum eine staatliche Gewährleistungsverantwortung festzustellen [6]. Trotzdem entschliessen sich öffentlich-rechtliche Spitäler dazu, in verschiedene Märkte der spitalungebundenen Gesundheitsversorgung einzutreten und dort mitzuwirken. Selbstverständlich sind Spitäler heute nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführte Unternehmen, doch in staatlicher Hand sind sie *öffentliche* Unternehmen – was rechtlich einen Unterschied macht: Solche Unternehmen und deren Eigner sind u.a. an verfassungsrechtliche Grundsätze gebunden. Dies ist relevant für die Aufnahme von privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit oder wenn staatliche Akteure ihre angestammten Tätigkeitsfelder ausweiten wollen oder plötzlich neue Schwerpunkte gesetzt werden [7]. Dabei gilt es aber zu bemerken, dass die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Einzelnen keinen Schutz vor staatlicher Konkurrenz gewährt: Tritt ein staatliches Unternehmen mit gleichen Rechten und

Untersucht wurde das Angebot an spitalungebundenen ambulanten Leistungen, das traditionell private Akteure abdecken.

Pflichten wie ein privater Unternehmer und im Wettbewerb zu diesem auf, so entstehe diesem bloss ein weiterer Konkurrent. Eine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit ergebe sich dadurch nach Ansicht des Bundesgerichts nicht – jedenfalls so lange, «als das private Angebot durch die staatliche Massnahme nicht geradezu verdrängt wird» [8].

Mit Blick auf den Trend von spitalungebundenen ambulanten Leistungen öffentlich-rechtlicher Spitäler kann diese Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeuten, dass private Leistungserbringer, die von entsprechenden Angeboten staatlicher Spitäler konkurrenziert werden, keinen grundrechtlichen Schutz geniessen könnten. Respektive könnte ein solcher nur dann geltend gemacht werden, wenn aufgrund der staatlichen Konkurrenzierung die unternehmerische Existenz geradezu auf dem Spiel stünde. Das würde heissen, einzelne Leistungserbringer müssten ihre Tätigkeit aufgrund eines neuen staatlichen Angebots aufgeben oder sich neu orientieren.

Abgesehen davon, dass die existentielle Bedrohung ein schwer zu erbringender Beweis für die Berufung auf grundrechtlichen Schutz ist, besteht auch das praktische Problem, dass Betroffenen kaum je Beschwerde-

möglichkeiten (etwa in Form von anfechtbaren Verfügungen) eröffnet werden. Wer aber seine Verdrängung vom Markt belegen und gleichzeitig jahrelang gerichtlich ein taugliches Anfechtungsobjekt erstreiten muss [9], hat einen schweren Stand.

Liaisons dangereuses

Was bleibt aber, wenn sich der einzelne Leistungserbringer nicht gegen aufkeimende staatliche Konkurrenz zur Wehr setzen kann? Die bundesgerichtliche

Gemäss Bundesgericht sollen Betroffene bei staatlicher Konkurrenz wettbewerbsrechtliche Mittel, insbesondere das Kartellrecht, nutzen.

Rechtsprechung sieht in Fällen staatlicher Konkurrenz vor, dass Betroffene mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln – insbesondere mit dem Kartellrecht – potentielle Missbräuche anklagen sollen.

Zudem bestünden verfassungsrechtliche Erfordernisse für den Markteintritt von öffentlichen Unternehmen: Es bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage mit genügend umschriebenen Sachbereichen hinsichtlich der unternehmerischen Tätigkeit und des Vorliegens eines öffentlichen Interesses sowie der Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips [10].

Gerade bei diesen letzteren Vorgaben für Markteintritte bestehen im Gesundheitsbereich offensichtliche Mängel. Verfassungsrechtlich ist es eine notwendige Bedingung, dass Sachbereiche, in welchen die privatwirtschaftliche Staatstätigkeit erfolgen soll, hinreichend umschrieben und die entsprechenden Tätigkeiten damit auch klar begrenzt sind.

Eine Analyse der kantonalen Spital- und Gesundheitsgesetzgebung ergibt aber, dass dies bei spitalungebundenen, ambulanten Leistungen durch öffentlich-rechtliche Spitäler bis anhin kaum der Fall ist. Auch dass Aufnahme und Ausübung eines entsprechenden Leistungsangebots von öffentlich-rechtlichen Spitälern einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten müssten und es die Darlegung eines öffentlichen Interesses braucht, das überdies nicht im Widerspruch zu anderen verfolgten öffentlichen Interessen liegen sollte, wird bis anhin in der Praxis nicht thematisiert.

Hier liegen die rechtlichen «Liaisons dangereuses» der öffentlich-rechtlichen Spitäler: Es geht faktisch um unhaltbare rechtsstaatliche Zustände, welche die staatliche Konkurrenz fragwürdig erscheinen lassen. Ob dies zu einer politischen oder rechtlichen Diskussion führt oder gar in beidem mündet, ist bis anhin unklar. Klärung wird es aber wohl spätestens dann geben, wenn der Druck auf die eine oder andere Seite zu gross wird.

Bildnachweis

Sudok1 | Dreamstime.com

Literatur

- Hayek FA. Der Weg zur Knechtschaft. 1. Neuauflage. Reinbek/München: Lau; 2014, (die Originalarbeit *The Road to Serfdom* erschien im Jahr 1944).
- Bericht des Bundesrates vom 8. Dezember 2017 «Staat und Wettbewerb – Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte», S. 5f.
- Vgl. zu sog. Wettbewerbsdienstleistungen in verschiedenen Sektoren beispielsweise die im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) von Polynomics erstellte Studie «Staat und Wettbewerb – Institutionelle und wettbewerbsrechtliche Aspekte bei kantonalen und kommunalen Unternehmen» vom 27. November 2017, dort etwa S. 34f., 45f. oder 59f.
- Trümpler R, Herzog-Zwitter I. Staatliche Konkurrenzierung Privater mit spitalungebundenen ambulanten Leistungen. AJP. 2021;4:466ff.
- Bei der Erhebung gingen von neun Spitälern keine Antworten ein, und drei Spitäler nahmen zwar an der Umfrage teil, machten aber inhaltlich keinerlei Aussagen. Bei solchen Spitälern konnte aber über eine einzelfallweise Recherche zumindest ein Teil ihres Angebots an spitalungebundenen ambulanten Leistungen eruiert werden. Für weitere Details der Untersuchung, vgl. Trümpler/Herzog-Zwitter, a.a.O., S. 468f.
- Behandlungen für Nichtpflichtleistungen und ambulante Behandlungen unterliegen keiner Planungspflicht nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), demgemäss ist der ambulante Bereich der Gesundheitsversorgung nicht von einer staatlichen Gewährleistungsmentalität erfasst; vgl. dazu weitergehend Trümpler/Herzog-Zwitter, a.a.O. S. 471f.
- Neben der Relevanz der in Art. 5 der Bundesverfassung statuierten rechtsstaatlichen Grundsätze ist auch das sog. Spezialitätsprinzip zu beachten. Wie das Legalitätsprinzip von Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung will Letzteres verhindern, dass öffentliche Unternehmen ihren angestammten Tätigkeitsbereich verlassen und sich neuen oder zusätzlichen Aufgaben zuwenden, deren Erfüllung demokratisch nur ungenügend abgestützt ist; vgl. Rhinow R, Schmid G, Biaggini G, Uhlmann F. Öffentliches Wirtschaftsrecht. 2. Aufl. Basel: Schulthess; 2011, § 18 Rz. 112. Ausführlich dazu Trümpler/Herzog-Zwitter, a.a.O. S. 472ff.
- BGE 138 I 378, E. 6.2.2; BGE 143 II 425, E. 4.2.
- Als Anschauungsbeispiel sei auf die Prozessgeschichten bzw. die Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2018/227 vom 19. August 2018 und B 2018/225 vom 29. August 2019 hingewiesen.
- Vgl. dazu Trümpler/Herzog-Zwitter, a.a.O., S. 472, mit weiteren Hinweisen und Verweisen u.a. auf BGE 138 I 378, E. 6.3.2 und BGE 143 II 425, E. 4.3.