



## Staatliche Konkurrenzierung Privater mit spitalungebundenen ambulanten Leistungen

RALPH TRÜMLER\*



IRIS HERZOG-ZWITTER\*\*

*Der Staat trägt hinsichtlich der ambulanten Gesundheitsversorgung grundsätzlich keine Gewährleistungsverantwortung. Gleichzeitig ist festzustellen, dass öffentlich-rechtliche Spitäler sich mit spitalungebundenen Angeboten in diesem Bereich ausbreiten. Dies entspricht nicht der traditionellen Ordnung von privatem und staatlichem Nebeneinander und der Wechsel von einer staatlichen, bisher stationären oder spitalambulanten Leistungserbringung «intra muros» zu einer staatlichen ambulanten Leistungserbringung «extra muros» ist als Aufnahme von privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit zu sehen. Es gilt mithin, spezifische verfassungsrechtliche Voraussetzungen zu beachten. Insbesondere sind das Legalitäts- und Spezialitätsprinzip und die Anforderungen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit vor Aufnahme einer spitalungebundenen ambulanten Leistungserbringung zu prüfen.*

*L'État n'assume en principe aucune responsabilité lorsqu'il s'agit de garantir des soins ambulatoires. En parallèle, on constate que les hôpitaux publics élargissent leurs activités dans ce domaine en proposant des offres hors milieu hospitalier. Cela ne correspond pas au régime traditionnel où coexistent le secteur privé et le secteur public et le fait que l'État, qui fournissait jusqu'à présent des prestations stationnaires ou ambulatoires « intra muros », passe à des prestations ambulatoires « extra muros » doit être considéré comme le lancement d'une activité étatique relevant de l'économie privée. Il convient dès lors de respecter des exigences constitutionnelles spécifiques. Il faut en particulier, avant de proposer des prestations ambulatoires hors milieu hospitalier, examiner les principes de légalité et de spécialité et les exigences en matière d'intérêt public et de proportionnalité.*

### Inhaltsübersicht

- I. Trend zu spitalungebundenen ambulanten Leistungen bei öffentlich-rechtlichen Spitälern
  - A. Ambulante Leistungen
    1. Spitalungebundene ambulante Leistungen
    2. Spitalgebundene ambulante Leistungen
  - B. Umfrageerhebung und Evaluation
  - C. Zwischenfazit: Von der ambulanten Leistungserbringung «intra muros» zu einer solchen «extra muros» bei öffentlich-rechtlichen Spitälern
- II. Rechtliche Gedanken
  - A. Spitalungebundene ambulante Leistungserbringung durch öffentlich-rechtliche Spitäler als privatwirtschaftliche Staatstätigkeit?
    1. Gewährleistungsverantwortung und Staatsaufgabe
    2. Spitalplanungspflicht und -verantwortung nach KVG
    3. Keine oder fragliche Gewährleistungsverantwortung im Bereich der ambulanten Gesundheitsversorgung
  - B. Verfassungsrechtliche Betrachtungen und Voraussetzungen zur Aufnahme einer privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit
    1. Rechtsprechung des Bundesgerichts zur staatlichen Konkurrenzierung von Privaten
    2. Legalitäts- und Spezialitätsprinzip bei spitalungebundener ambulanter Leistungserbringung durch öffentlich-rechtliche Spitäler
    3. Öffentliches Interesse
    4. Verhältnismässigkeit
- III. Fazit

### I. Trend zu spitalungebundenen ambulanten Leistungen bei öffentlich-rechtlichen Spitälern

#### A. Ambulante Leistungen

Für das Verständnis der nachfolgend dargestellten Erhebungen der Autoren und deren rechtliche Analysen und Schlussfolgerungen ist darzulegen, dass man zwischen zwei unterschiedlichen Arten von ambulanter Gesundheitsversorgung der Bevölkerung in der Schweiz unterscheiden muss.<sup>1</sup>

#### 1. Spitalungebundene ambulante Leistungen

Zunächst gibt es jene ambulante Leistungserbringung, die von einer stationären Spitalversorgung (gänzlich) unabhängig erbracht wird. Sie wird nachfolgend als *spitalungebundene ambulante Leistungserbringung* bezeichnet. Diese Form der ambulanten Gesundheitsversorgung der Schweizer Bevölkerung wird bis anhin durch Private sichergestellt. Es handelt sich um Ärzte und Ärztinnen, Apotheker und Apothekerinnen, Physiotherapeuten und Physiotherapeutinnen, Hebammen, Laboratorien etc., die ein reichhaltiges privates Angebot an ambulanten medi-

\* RALPH TRÜMLER, Dr. iur., Rechtsanwalt bei Poledna RC AG, Zürich.

\*\* IRIS HERZOG-ZWITTER, Dr. iur., Weinfelden. Die Autoren vertreten im vorliegenden Beitrag ausschliesslich ihre persönliche Meinung.

<sup>1</sup> Dem steht nicht grundsätzlich die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in BVGE 2016/7, E. 8.2 entgegen, wonach die ambulante und stationäre Behandlung bundesrechtlich definierte Begriffe seien, die in allen Bestimmungen des Gesetzes, in denen sie aufgeführt sind, als identisch betrachtet werden müssten.