

WEKO Zusammenschlussvorhaben Universitätsspital Basel / Kantonsspital Baselland vom 18. September 2017

WEKO, 2017-09-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Zusammenschlussvorhaben_Universitaetsspital_Basel_Kantonsspital_Baselland

FR: WEKO Zusammenschlussvorhaben Universitätsspital Basel / Kantonsspital Baselland du 18 septembre 2017

IT: WEKO Zusammenschlussvorhaben Universitätsspital Basel / Kantonsspital Baselland del 18 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

Am 10. Oktober 2016 haben die Vertreter der Parteien die schweizerischen Wettbewerbsbehörden über einen geplanten Spitalzusammenschluss im Raum Basel orientiert, welcher im Jahr 2020 vollzogen werden soll. Aufgrund der speziellen Umstände haben die Parteivertreter angefragt, ob bei diesem Zusammenschlussvorhaben eine frühzeitige Behandlung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) möglich sei. Das Präsidium der WEKO hat ausnahmsweise, da das Zusammenschlussvorhaben vom Entscheid der Kantonsparlamente und einer möglichen Volksabstimmung abhängt, zugesagt, das Zusammenschlussvorhaben frühzeitig in der WEKO zu behandeln (siehe auch Rz 172).

E. 2

Am 9. Juni 2017 hat die WEKO die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach haben die Regierungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft beschlossen, dass das Universitätsspital Basel (nachfolgend USB) und das Kantonsspital Baselland (nachfolgend: KSBL) in eine gemeinsame Spitalgruppe zusammengeführt werden sollen. Die gemeinsame Spitalgruppe wird in der Rechtsform einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft nach Art. 620 Abs. 3 OR1 ausgestaltet (nachfolgend Spitalgruppe). Die Spitalgruppe wird ihren Sitz in Basel haben. Die Trägerkantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft werden auf den Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses die Aktiven und Passiven des USB und des KSBL auf die Spitalgruppe übertragen.

E. 3

Die Gründung der Spitalgruppe setzt den Abschluss eines interkantonalen Staatsvertrags voraus, der die Grundzüge der Überführung der Spitäler in eine Aktiengesellschaft festlegt. Dies bedingt aber zwingend eine Anpassung der aktuellen kantonalen Gesetzgebung. In beiden Kantonen muss (nebst der Anpassung der Kantonsverfassung im Kanton Basel-Landschaft) die Spitalgesetzgebung überarbeitet werden.

E. 4

Die Aufteilung der Aktien zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft basiert auf den Substanzwerten des USB und des KSBL zum Gründungsstichtag per 1. Januar 2019 oder 2020. Im aktuellen Stand ergibt sich aus den Unternehmensbewertungen ein finanzielles Beteiligungsverhältnis von 71.5% (Kanton Basel-Stadt) zu 28.5% (Kanton Basel-Landschaft). Die tatsächlichen Werte werden jedoch erst mit Stichtag der

Eröffnungsbilanz per 1. Januar 2019 oder 2020 vorliegen. Das Zusammenschlussvorhaben wird demnach erst im Jahr 2019 oder 2020 vollzogen.

A.1.1 Meldende Unternehmen und Geschäftstätigkeit

E. 5

Die meldenden Unternehmen bringen vor, dass sowohl das USB, als auch das KSBL wirtschaftlich von ihren jeweiligen Eignerkantonen unabhängig seien und daher das USB und das KSBL als meldende Unternehmen betrachtet werden müssten. Die strategischen und operativen Entscheide würden auf Stufe des Verwaltungsrates getroffen, während die Kantone lediglich auf ihre politische Eigentümerrolle reduziert seien. Beim Verwaltungsrat handle es sich um Fachgremien, deren Mitglieder aufgrund ihrer Fachkompetenzen im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens gewählt würden. Zudem entfielen durch die neue Spitalfinanzierung auch die Haftung der Kantone. Zusammenfassend verblieben den Kantonen zwar gewisse (weitgehend indirekte) Kontrollmöglichkeiten, welche sie in ihrer Eigentümer-

1 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), OR; SR 220.

4 funktion – und nicht mehr als Betreiber – wahrnehmen. Diese Befugnisse (Ernennung der Verwaltungsratsmitglieder und Aufsichtsrecht) stellten die wirtschaftliche Selbständigkeit jedoch nicht in Frage.²

E. 6

Die Analyse des Spitalgesetzes des Kantons Basel-Stadt (ÖSpG)³ zeigt, dass die Rolle des Kantons nicht über diejenige eines Eigentümers hinausgeht. So ist das Spitalvermögen verselbständigt⁴, die Haftung auf ebendieses beschränkt⁵ und die Auskunftspflicht gegenüber dem Regierungsrat auf seine Aufsichtsbefugnis beschränkt⁶.

E. 7

Im Spitalgesetz des Kantons Basel-Landschaft⁷ ist sogar explizit festgeschrieben, dass „die Unternehmen in ihrer unternehmerischen Tätigkeit frei sind, soweit sie den in der Spitalliste zugewiesenen Leistungsauftrag sowie die gemeinwirtschaftlichen Leistungen erbringen.“⁸

E. 8

Damit ist von der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Universitätsspitals Basel-Stadt und des Kantonsspitals Baselland i.S.v. Art. 2 Abs. 1bis KG auszugehen, weshalb diese als die meldenden Unternehmen zu betrachten sind.

E. 9

Dazu ist anzufügen, dass im Fall Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern⁹ (nachfolgend: Fall Kanton Luzern) der Kanton in seiner Funktion als Spitaleigentümer als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG qualifiziert wurde. Entscheidend für diese Qualifikation war, dass die Tarifverträge in der Zusatzversicherung durch den Regierungsrat genehmigt wurden.¹⁰

E. 10

Unter der neuen Spitalfinanzierung, welche seit dem 1. Januar 2012 in Kraft ist, wurden die beiden Basler Spitäler verselbständigt. Dementsprechend können die Schlussfolgerungen

des Falls Kanton Luzern, welche unter dem „alten“ KVG ergingen, nicht auf die heutige Spi- tallandschaft in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft übertragen werden. In die- sem Zusammenhang kann festgehalten werden, dass die Tarifverträge in der Zusatzversiche- rung in den beiden Halbkantonen weder durch das Departement ausgehandelt noch durch den Regierungsrat genehmigt werden.

Universitätsspital Basel

E. 11

Das USB ist ein durch den Kanton Basel-Stadt zu 100% beherrschtes Unternehmen in der Form einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Basel. Das USB ist ein öffentliches Spital der Maximalversorgung, welches nach Massgabe des ÖSpG der kantonalen, regionalen und überregionalen medizinischen Vorsor- gung im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss dem KVG dient (§ 3 Abs. 1 ÖSpG). Es trägt im Rahmen von Leistungsvereinbarungen mit Hochschulen zur Forschung und Lehre bei (§ 3

2 Vgl. Stellungnahme vom 16. Juni 2017 Rz. 27 f. 3 Gesetz vom 16. Februar 2011 über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (Öffentliche Spitäler- Gesetz, ÖSpG; SG BS 331.100). 4 § 17 Abs. 1 ÖSpG. 5 § 20 Abs. 1 ÖSpG. 6 § 11 Abs. 1 ÖSpG. 7 Spitalgesetz vom 17. November 2011 (SpG; SGS BL 930). 8 § 10 Abs. 1 SpG i.V.m. § 9 Abs. 1 und 2 SpG. 9 RPW 2008/4, 556 Rz 83, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern. 10 RPW 2006/3, 513 f., Rz 92.

5 Abs. 2 ÖSpG) und erbringt bedarfsgerecht gemeinwirtschaftliche Leistungen (§ 3 Abs. 3 ÖSpG). Das USB verfügt insgesamt über 624 Plan-Betten in den Fachabteilungen Chirurgie, Medizin, Hals-Nasen-Ohren (HNO), Dermatologie, Ophthalmologie (Augenklinik), Gynäkolo- gie und Geburtshilfe, sowie über 149 Spezialbetten (Intensivstationen, Intermediate Care, Iso- lierstation, Stroke Unit, Nuklearmedizin, Kurzzeitklinik).

E. 12

Das USB hält an folgenden Gesellschaften eine Mehrheitsbeteiligung: Healthcare Infra AG, in Basel (Beteiligungsquote 100%), Rhenus Infra AG, in Basel (100%), Rhenus Ergo- therapie GmbH, in Lörrach (100%), Numeraria Gruppe, in Birsfelden (100%) und MIAC AG, in Basel (60%).

E. 13

Die MIAC AG bietet national wie international spezifische Dienstleistungen im Bereich der quantitativen Bildanalyse für neuro-degenerative Erkrankungen an und unterstützt die Lehre und klinische Forschung auf diesem Gebiet. Die meldenden Unternehmen bringen vor, dass die MIAC AG kein beteiligtes Unternehmen sei und es sich bei der Tätigkeit der MIAC AG nicht um einen betroffenen Markt handle. Es ist korrekt, dass die MIAC AG kein beteiligtes Unternehmen ist, als Tochterunternehmen des USB steht sie jedoch unter dessen Kontrolle. Die Umsätze und Aktivitäten sind daher dem USB anzurechnen.

E. 14

Das USB hält zudem an folgenden Gesellschaften eine Minderheitsbeteiligung, bei wel- chen sie weder mehr als die Hälfte der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen, noch auf andere Weise das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu

führen: MiniNAviDent AG, in Basel (Beteiligungsquote 5.8%), Koring AG, in Basel (4.8%), Advanced Osteotomy Tools - AOT AG, in Basel (4.2%), MTIP MedTech Innovation Partners AG, in Basel (2.4%) und Strekin AG, in Basel (1.0%).

Kantonsspital Baselland

E. 15

Das KSBL ist ein durch den Kanton Basel-Landschaft zu 100% beherrschtes Unternehmen in der Form einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Liestal. Das KSBL ist ein öffentliches Spital, welches nach Massgabe des SpG der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung dient durch den Betrieb von drei akut- stationären Spitälern an den Standorten Liestal, Bruderholz und Laufen mit stationären und ambulanten Angeboten (§ 9 Abs. 1 SpG). Es erbringt gemeinwirtschaftliche Leistungen (§ 9 Abs. 2 SpG) und trägt im Rahmen von Leistungsvereinbarungen mit Hochschulen zur Forschung und Lehre bei (§ 9 Abs. 3 SpG). Das KSBL verfügt insgesamt über 709 Plan-Betten in den Fachabteilungen Medizin, Chirurgie, Orthopädie, Frauenklinik, Klinik Schmerztherapie, Urologie, Hals-Nasen-Ohren (HNO) und Rehabilitation.

E. 16

Das KSBL hält keine Beteiligungen an anderen Gesellschaften.

A.1.2 Unternehmen in Kantonsbesitz

E. 17

Das Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB) wird je zu 50 % durch die vorgeannten Kantone kontrolliert. Das UKBB sichert mit einem hochstehenden medizinischen Angebot die kantonale kinder- und jugendmedizinische Gesundheitsversorgung im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss dem KVG und dient ebenfalls der regionalen und überregionalen Gesundheitsversorgung. Es gehört zu den führenden universitären kinder- und jugendmedizinischen Zentren der Schweiz und erbringt Leistungen der hochspezialisierten Medizin. Es trägt zudem im Rahmen von Leistungsvereinbarungen mit Hochschulen zur Lehre und Forschung bei. Die Regierungen der beiden Kantone wählen gemeinsam den Verwaltungsrat und üben

6 die Aufsicht aus (§ 5 Abs. 3 und § 10 des Kinderspitalvertrags¹¹). Die Oberaufsicht wird durch eine interparlamentarische Geschäftsprüfungskommission der beiden Kantone ausgeübt (§ 11 des Kinderspitalvertrags). Das UKBB wird daher je als Gemeinschaftsunternehmen qualifiziert.

E. 18

Neben dem USB gehört dem Kanton Basel-Stadt auch das Felix Platter-Spital. Es sichert mit einem hochstehenden medizinischen Angebot die kantonale altersmedizinische Versorgung und die Rehabilitation im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss dem KVG und dient ebenfalls der regionalen Gesundheitsversorgung.

E. 19

Im vorliegend relevanten Unternehmensbereich gehört dem Kanton Basel-Stadt zudem die Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel (UPK) zu 100 %. Die Kliniken sichern mit einem hochstehenden medizinischen Angebot die kantonale psychiatrisch-psychotherapeutische Grund- und ausgewählte Spezialversorgung von Erwachsenen sowie Kindern und Jugendlichen im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss

dem KVG und dienen ebenfalls der regionalen Gesundheitsversorgung. Wie noch aufgezeigt wird, ist der Bereich der Psychiatrie jedoch nicht vom Zusammenschluss betroffen, da die Spitalgruppe in diesem Bereich keine Aktivität aufweisen wird.

E. 20

Der Kanton Basel-Landschaft beherrscht neben dem KSBL die Psychiatrie Baselland zu 100 %. Sie erbringt umfassende ambulante, teilstationäre und stationäre psychiatrisch-psychotherapeutische Leistungen für alle Altersgruppen und bietet ausserdem Wohn- und Arbeitsmöglichkeiten für psychisch und geistig behinderte Menschen an.

E. 21

Im Bereich der Psychiatrie sind damit grundsätzlich beide Kantone tätig. Die zu gründende Spitalgruppe wird jedoch keine Aktivität in diesem Bereich aufweisen, sodass sich die Wettbewerbssituation nicht ändert. In der vorliegenden Beurteilung muss daher nicht näher auf den Bereich der Psychiatrie eingegangen werden und eine genaue Marktabgrenzung ist vor diesem Hintergrund nicht notwendig.

A.1.3 Gründe und Ziele des Zusammenschlusses

E. 22

Mit der Zusammenführung beider Spitäler sollen auch Synergie- und Skaleneffekte erzielt und damit eine Stärkung der Selbstfinanzierungs- und Investitionskraft der künftigen Spitalgruppe herbeigeführt werden. Dies soll mittel- bis längerfristig zu einer Dämpfung des Kostenwachstums im Spitalbereich bzw. zu einer finanziellen Entlastung der beiden Trägerkantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft sowie der Versicherer (und damit der Prämienzahler) führen.

A.2 Das Verfahren

E. 23

Am 21. April 2017 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben des Universitätsspitals Basel (USB) und des Kantonsspitals Baselland (KSBL) ein.¹²

E. 24

Mit Schreiben vom 4. Mai 2017 zeigte das Sekretariat die Unvollständigkeit des Meldungsentwurfs an und verlangte weitere Angaben zur Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens (Art. 11 Abs. 1 Bst. b Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) sowie zu den Angaben zu den Märkten (Art. 11 Abs. 1 Bst. d-f VKU) und weitere Angaben gemäss Art. 15 VKU.¹³

11 Staatsvertrag vom 22. Januar 2013 zwischen den Kantonen Basel. 12 Vgl. act. 14.

E. 25

Am 22. Mai 2017 ging beim Sekretariat die Meldung des Zusammenschlussvorhabens Universitätsspital Basel (USB) und des Kantonsspitals Baselland (KSBL) ein.¹⁴

E. 26

Bereits im Rahmen der Vorprüfung wurden am 17. Mai 2017 eine Reihe von Spitälern und Kliniken befragt, welche als Konkurrenten der meldenden Parteien tätig sind, so insbesondere die St. Claraspital AG, die Gesundheitszentrum Fricktal AG, die Merian Iselin

Klinik, die Bethesda Spital AG, die Solothurner Spitäler AG, die Hirslanden Klinik Birshof, das Felix Platter-Spital, die Ergolz-Klinik, die Adullam-Stiftung Basel, die Praxisklinik Rennbahn AG so- wie das Hospiz im Park.

E. 27

Zusätzlich wurden am selben Tag eine grosse Anzahl von Tarifpartnern, welche mit den Spitälern nördlich des Jurabogens die Tarife in der Grund- und der Zusatzversicherung verhandeln, zum Zusammenschlussvorhaben befragt. [...].

E. 28

An ihrer Sitzung vom 7. Juli 2017 hat die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen.

E. 29

Der Versand der Beschlussbegründung sowie die Akteneinsicht der Parteien erfolgten am 13. Juli 2017. Die Parteien haben zu dieser Beschlussbegründung mit Schreiben vom 7. August 2017 Stellung genommen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

E. 30

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 KG).

B.1.1 Unternehmen

E. 31

Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen (das USB und das KSBL) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren, da sie als Nachfrager und Anbieter auf dem Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen auftreten.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

E. 32

Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG).

13 Vgl. act. 18. 14 Vgl. act. 39, act. 40.

8 33. Die Trägerkantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft werden auf den Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses die Aktiven und Passiven des USB und des KSBL auf die Spitalgruppe übertragen. Dabei werden sie mindestens 70% des Aktienkapitals bzw. der Stimmrechte halten. Eine Erweiterung des Aktionariats für weitere öffentliche oder gemeinnützige private Gesundheitsunternehmen soll bis zu einem Anteil von maximal 30% möglich sein.

E. 34

Die Parteien sehen ein zweistufiges Gründungs- bzw. Fusionsverfahren vor, wobei die Spitalgruppe in einem ersten Schritt voraussichtlich bereits per 1. Januar 2019 oder zu einem anderen noch zu bestimmenden Termin vor dem 1. Januar 2020 gegründet und in einem zweiten Schritt per 1. Januar 2020 operativ tätig werden wird, wobei auf diesen Zeitpunkt das USB und das KSBL durch eine Absorptionsfusion in die Spitalgruppe überführt werden sollen.¹⁵

E. 35

Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben stellt damit eine Fusion gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. a KG dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

E. 36

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). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

B.2.1 Regulatorischer Rahmen

B.2.1.1 Grundzüge

E. 37

Das KVG definiert die Spitäler als Leistungserbringer (Art. 35 Abs. 2 Bst. h KVG). Spitäler sind Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (Art. 39 Abs. 1 KVG). Gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG werden Spitäler unter anderem zugelassen, wenn sie der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (lit. d) und auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind (lit. e).

E. 38

Die Kantone haben aufgrund der vom Bundesrat in Art. 58a bis 58e KVV aufgestellten Planungskriterien ihre Spitalplanung mittels Spitalliste zu erstellen. Die Kantone koordinieren zudem ihre Planung untereinander (Art. 39 Abs. 2 KVG).

E. 39

Im Bereich der hochspezialisierten Medizin beschliessen die Kantone gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung (Art. 39 Abs. 2bis KVG). Dieser Pflicht sind die Kantone durch den Abschluss der interkantonalen Vereinbarung vom 14. März 2008 über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM) und der darauf basierenden Spitalliste für hochspezialisierte Medizin nachgekommen. Gegen den Entscheid der Kantonsregierung bzw. dem Beschlussorgan der

15 Vgl. Eingabe vom 8. August 2017, Beilage 1, S. 28.

9 interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (nachfolgend: „HSM Be- schlussorgan“) über die Aufnahme auf die Spitalliste kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 53 Abs. 1 KVG).

E. 40

Die WEKO hat in einem Gutachten festgehalten, dass die hoheitliche Tätigkeit der Spitalplanung gemäss Art. 39 KVG einer Beurteilung durch die WEKO nicht zugänglich ist. Nichts- destotrotz müssen wettbewerbspolitische Grundsätze auch im Rahmen der Spitalplanung Be- rücksichtigung finden.¹⁶ Vorliegend wird jedoch nicht die hoheitliche Tätigkeit der Kantone bei der Festlegung der Spitalplanung durch die Spitalliste beurteilt, sondern die unternehmerische Tätigkeit als Betreiber von Spitälern beurteilt.

E. 41

Ausserhalb der Grundversicherung besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit, wobei ein Spi- tal, um im Zusatzversicherungsbereich wettbewerbsfähig zu sein, faktisch auf der Spitalliste geführt sein muss. Dies rührt daher, dass sich die Einnahmen des Spitals i.d.R. aus einem Anteil der Grundversicherung und einem Anteil der Zusatzversicherung zusammensetzt und, wie sogleich aufgezeigt wird, die Kantone mind. 55 % der Kosten einer Behandlung im Grund- versicherungsbereich übernehmen (vgl. Art. 49a Abs. 2 KVG). Ohne Entschädigung aus der Grundversicherung ist ein Spital deshalb nicht in gleichem Masse in der Lage die Kosten zu decken. Entsprechend bietet die überragende Mehrheit der Spitäler auch im Zusatzversiche- rungsbereich nur Leistungen an, für die sie auf der Spitalliste sind.¹⁷ Die Kantone als Betreiber der öffentlichen Spitäler sind bei der Ausarbeitung der Preise im Zusatzversicherungsbereich nicht hoheitlich, sondern unternehmerisch tätig. Die von ihm erlassenen Tarife im Bereich der Zusatzversicherung stellen daher keine vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG dar.¹⁸

B.2.1.2 Tarifsysteem

E. 42

Für die Abgeltung der Dienstleistungen von Spitälern ist zwischen stationären Behand- lungen, ambulanten Behandlungen und Langzeitpflege zu unterscheiden. Als stationäre Be- handlung gilt gemäss Art. 3 VKL¹⁹ der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Kranken- versicherung (VKL) Aufenthalte zur Untersuchung, Behandlung und Pflege im Spital oder im Geburtshaus:

- a. von mindestens 24 Stunden; b. von weniger als 24 Stunden, bei denen während einer Nacht ein Bett belegt wird;
- c. im Spital bei Überweisung in ein anderes Spital;
- d. im Geburtshaus bei Überweisung in ein Spital;

¹⁶ RPW 2010/2, 430 Rz 43, Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012. ¹⁷ Die vom Sekretariat befragten Spitäler gaben an, sowohl im Grund- als auch Zusatzversicherungsbereich nur Leistungen anzubieten, für die sie einen Leistungsauftrag haben. Als Ausnahme gab das UKBB wenige Leis- tungen an (Transplantation solider Organe, Geburtshilfe, Geriatrie) auch ohne kantonalen Leistungsauftrag anzubieten. Als Ausnahme von dieser Regel ist ausserhalb der

vorliegend relevanten Region z.B. die Eulach Klinik in Winterthur zu nennen, die keinen kantonalen Leistungsauftrag hat und daher nur Patienten gewisser Zusatzversicherungen behandeln kann (oder Leistungen im Bereich anderer Versicherungen, insbesondere der Unfallversicherung, anbieten kann). 18 Vgl. dazu ausführlich: RPW 2006/3, 521 Rz 69 ff., Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung. 19 Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL, SR. 832.104).

10 e. bei Todesfällen.

E. 43

Als ambulante Behandlung gelten alle Behandlungen, die nicht stationäre Behandlungen sind und wiederholte Aufenthalte in Tages- oder Nachtkliniken (Art. 5 VKL). Als Langzeitbehandlung gelten Aufenthalte im Spital oder im Pflegeheim, ohne dass nach medizinischer Indikation eine Behandlung und Pflege oder eine medizinische Rehabilitation im Spital erforderlich ist (Art. 6 VKL i.V.m. Art. 49 Absatz 4 und 50 KVG).

B.2.1.2.1. Akutstationäre Behandlung

E. 44

Im Grundversicherungsbereich werden für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich des Aufenthalts und der Pflegeleistungen in einem Spital Pauschalen vereinbart. Diese sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. (Art. 49 Abs. 1 KVG).

E. 45

Seit dem 1. Januar 2012 ist SwissDRG (Swiss Diagnosis Related Groups) das in der Schweiz geltende Tarifsystm für akutstationäre Spitaldienstleistungen und setzt die gesetzgeberischen Vorgaben um. In diesem System wird jeder Spitalaufenthalt anhand bestimmter Kriterien (Hauptdiagnose, Nebendiagnose, Behandlungen usw.) einer Fallgruppe zugeordnet und pauschal vergütet. Die SwissDRG-Tarifstruktur wird jedes Jahr aufgrund neuer Kostendaten verfeinert und ergibt das schweizweit einheitliche Kostengewicht einer Behandlung.

E. 46

Die Höhe der Abgeltung wird berechnet, indem das für die jeweilige Behandlung geltende Kostengewicht (SwissDRG) mit dem Basispreis (Baserate) multipliziert wird. Die Basispreise werden jährlich durch die Tarifpartner (Versicherer und Leistungserbringer) verhandelt und von der kantonalen Regierung genehmigt (Art. 46 Abs. 4 KVG). Können sich die Tarifpartner nicht einigen, hat die kantonale Regierung den Basispreis festzusetzen (Art. 47 Abs. 1 KVG). Gegen diesen Beschluss kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 53 Abs. 1 KVG).

E. 47

Die so berechnete Vergütung wird vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen, wobei der kantonale Anteil mindestens 55 % beträgt (Art. 49a Abs. 1 und 2 KVG).

E. 48

Im Zusatzversicherungsbereich herrscht betreffend die Tarifgestaltung Vertragsfreiheit (siehe Rz 41). Scheitern jedoch die Tarifverhandlungen im Bereich der Zusatzversicherung, wendet ein Spital in der Regel die hauseigene einseitig festgelegte Taxordnung an. Der Schuldner der Rechnung ist der Patient. Die von der versicherten Person der Zusatzversicherung eingereichte Rechnung wird in der Folge je nach Versicherer und Versicherungsprodukt vergütet oder nicht (resp. teilweise vergütet).

B.2.1.2.2. Stationäre Rehabilitation

E. 49

Die stationäre Rehabilitation gilt ebenfalls als stationäre Behandlung (vgl. Art. 49 Abs. 1 i.V.m. 39 Abs. 1 KVG), weshalb die Abrechnung gemäss der gesetzlichen Regelung ebenfalls leistungsbezogen und aufgrund der gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen vorgenommen werden müsste. Diesbezüglich wird die einheitliche Tarifstruktur "Tarifsystem Rehabilitation" („ST Reha“) von der SwissDRG AG in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen entwickelt und sollte ab 1. Januar 2020 eingeführt werden.²⁰ Gegenwärtig basiert die Abrech-

²⁰ Vgl. <<https://www.swissdr.org/de/rehabilitation/st-reha>>, besucht am 31. Mai 2017.

nung im Bereich der stationären Rehabilitation auf zwischen den Versicherern und den Spitälern ausgehandelten Tagesfallpauschalen. Des Weiteren kann auf die Ausführungen betreffend akutstationäre Behandlungen verwiesen werden.

B.2.1.2.3. Ambulante Behandlungen

E. 50

Bei unechten Notfällen handelt es sich um Fälle, die aus Sicht des Patienten eine Beanspruchung der Spitalinfrastruktur erfordern, für die die Spitalinfrastruktur in Wirklichkeit nicht erforderlich ist. 51 RPW 2008/4, 556 Rz 83, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

B.4.1.2.4. Keine weitere Abgrenzung nach Fachgebieten

89. Es stellt sich die Frage, ob der Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen nach den jeweiligen Fachgebieten⁵² zu unterteilen ist.

90. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass der Patient als Marktgegenseite das umfassende Angebot eines Spitalen als Bündel verschiedener akutstationären Spitaldienstleistungen wahrnimmt, obwohl der Patient nie das gesamte Dienstleistungsangebot eines Spitalen in Anspruch nehmen wird. Der Sortimentsgedanke spricht dafür, dass der Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen nicht weiter zu unterteilen ist. Entsprechend grenzen die britischen Wettbewerbsbehörden bei Zusammenschlüssen im Gesundheitswesen die sachlichen Märkte nicht weiter als die jeweilige Spezialität ab.⁵³

91. Gegen eine weitere Unterteilung sprechen Praktikabilitätsgründe. So lassen sich gemäss Meldung die einzelnen Fachgebiete aus Sicht der Ärzte nicht klar voneinander abgrenzen. In der Praxis sei denn auch festzustellen, dass sich mehrere Fachgebiete wesentlich überschneiden könnten. Als Beispiele werden unter anderem ein entzündetes Knie genannt, welches sowohl durch einen Internisten als auch durch einen Orthopäden behandelt werden würde, oder auch der multimorbide Patient, dessen Behandlung per se mehrere Fachgebiete betreffe. Diese These wurde auch durch den Bundesgerichtshof im Beschluss Kreiskrankenhaus Bad Neustadt vertreten. Er begründete den Entscheid damit, dass bei der Mehrzahl der

Fachabteilungen eine wettbewerbliche Eigenständigkeit aufgrund von Überschneidungen mit anderen Fachabteilungen ausscheiden.⁵⁴

92. Im Rahmen dieser vertieften Prüfung ist nicht ersichtlich, dass sich der Zusammenschluss in besonderer Weise auf die Wettbewerbssituation der unterschiedlichen Fachgebiete auswirken würde. Sowohl die vorerwähnten Praktikabilitätsgründe sowie der Sortimentsgedanke lassen in diesem Fall den Verzicht auf eine weitere Segmentierung des Marktes als vertretbar erscheinen.

93. Zwischenfazit: Aufgrund der gemachten Ausführungen wird für den vorliegenden Fall keine weitere Unterteilung nach Fachgebieten vorgenommen.

B.4.1.2.5. Zusammenfassung

94. Es wird von einem Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich und einem Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich als sachlich relevante Märkte ausgegangen.

B.4.1.3 Räumlich relevante Märkte 95. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). 96. Bei der Untersuchung der Tarifverträge im Kanton Luzern hat die WEKO die räumliche Marktabgrenzung auf Basis einer Analyse der Patientenströme vorgenommen. Dabei lehnte

52 Vgl. Liste der Fachgebiete im Anhang. 53 Vgl. Competition and Markets Authority, CMA guidance on the review of NHS mergers, 2014, < https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/339767/Healthcare_Long_Guidance.pdf > 54 Vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008 – KVR 26/07 – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, Rz 69.

21 sie sich weitgehend an die durch die US-amerikanischen und die deutschen Kartellbehörden entwickelten Konzepte an, welche sich am Elzinga-Hogarty-Test orientieren.⁵⁵ 97. In der US-amerikanischen Praxis wird die Analyse der Patientenströme durch Erhebung von zwei Kennzahlen vorgenommen: LIFO ("little in from outside") und LOFI ("little out from inside"), wobei sich das "in" bzw. "out" nicht auf die Patienten, sondern auf den Import bzw. Export an Gesundheitsdienstleistungen beziehen. 56 Der Patientenexport (oder die Patientenabwanderung) entspricht somit dem Import an Gesundheitsdienstleistungen, während der Patientenimport (oder die Patientenzuwanderung) dem Export an Gesundheitsdienstleistungen entspricht.

98. Bei der Untersuchung der Tarifverträge im Kanton Luzern ist die WEKO im Wesentlichen der durch die US-amerikanischen vorgeschriebenen Methode gefolgt. Sie ermittelte demnach in einem ersten Schritt den LIFO-Wert und hielt dabei u.a. fest, dass der Kanton Luzern bei LIFO-Werten zwischen 10% und 20% den räumlich relevanten Markt für die Zusatzversicherten Luzerner Patienten darstelle.⁵⁷ In einem weiteren Schritt prüfte die WEKO, ob sich aufgrund der Patientenzuwanderung in den Kanton Luzern nicht eine erweiterte Marktabgrenzung aufdrängt.⁵⁸

99. Gemäss Art. 39 Abs. 2 KVG sind die Kantone zur Koordination ihrer Planungen verpflichtet. In Erfüllung ihres gesundheitspolitischen und versorgungsplanerischen Auftrags haben somit die Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn eine ausführliche Analyse der Patientenströme im Rahmen des Projekts "Monitoring der regionalen und überregionalen Patientenströme"⁵⁹ durchgeführt. Mit dem Monitoring

wurden die medizinische Leistungserbringung und -inanspruchnahme sowie die regionalen und überregionalen Patientenströme für die Jahre 2011 bis 2013 ausführlich dokumentiert. Die entsprechenden Daten wurden auf der Ebene Nordwestschweiz, mit den jeweiligen betroffenen Kantonen (AG, BS, BL und SO) sowie der Region nördlich des Juras, ausgewertet.

100. Die Meldung geht, gestützt auf die Patientenströme, von einem räumlichen Markt für akutsomatische Spitaldienstleistungen in der „Region nördlich des Juras“ aus. Diese Region setzt sich aus den folgenden MedStat-Regionen⁶⁰ zusammen:

■ Kanton Basel-Landschaft: gesamter Kanton;

■ Kanton Basel-Stadt: gesamter Kanton;

■ Kanton Aargau: Kaiseraugst, Olsberg, Magden, Rheinfelden, Moehlin, Zeiningen, Zuzgen, Hellikon, Wegenstetten, Mumpf, Wallbach, Obermumpf, Schupfart, Stein,

55 Vgl. M. VARKEVISSER, F. T. SCHUT, The impact of geographic market definition on the stringency of hospital merger control in Germany and the Netherlands, *Health Economics, Policy and Law*, 2012, 7, 363-381. 56 Vgl. RPW 2008/4, 544 ff., Rz 95 m.w.H. 57 Vgl. RPW 2008/4, 544 ff. Rz 97 ff., Rz 101 und Rz 104. 58 Vgl. RPW 2008/4, 544 ff. Rz 106. 59 Die Schlussberichte sind auch in elektronischer Form unter folgender Adresse erhältlich: <http://academy.soci-aldesign.ch/de/ergebnisse-bezueglich-der-nordwestschweizer-patientenstroemen-vor-und-nach-der-einfuehrung-der-kvg-revision/>, besucht am 06. Januar 2017. 60 Die durch das Bundesamt für Statistik (BFS) definierten "MedStat-Regionen" bestehen aus geographischen Regionen, die genügend gross sind, damit man anonym für jede in der Schweiz hospitalisierte Person einen Wohnort angeben kann. Vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/nomenklaturen/medsreg.html>, besucht am 23. November 2016.

22 Muenchwilen, Herznach, Ueken, Frick, Oeschgen, Hornussen, Boezen, Elfingen, Effingen, Zeihen, Laufenburg, Kaisten, Ittenthal, Rheinsulz, Sulz, Oberhof, Woelflinswil, Wittnau;

■ Kanton Solothurn: Dornach, Gempen, Hochwald, Himmelried, Seewen SO, Nunningen, Breitenbach, Buesserach, Erschwil, Beinwil SO, Fehren, Meltingen, Zullwil, Grindel, Baerschwil. Abb. 1: Räumlicher Markt „nördlich des Juras“

101. Grundsätzlich sind Patientenströme ein guter Indikator für die räumliche Festlegung der Grenzen des zu definierenden relevanten Marktes. Die Methode birgt in der Praxis jedoch die Gefahr, dass die Märkte zu weit abgegrenzt werden.⁶¹ Im Rahmen einer summarischen Prüfung erscheint die von den Parteien vorgenommene räumliche Marktabgrenzung als nicht zu weit gehend. Die gewählte Methodik und das Vorgehen der Studie entsprechen zudem der WEKO-Praxis in der Untersuchung der Tarifverträge im Kanton Luzern.

102. Fazit: Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist für beide in Rz 94 abgegrenzte Märkte (akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grund- und Zusatzversicherungsbereich) hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung auf die „Region nördlich des Jura“ abzustellen.

B.4.1.4 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten 103. Aufgrund der erfolgten Marktdefinition ergeben sich die folgenden Marktanteile der unterschiedlichen

Konkurrenten: Tabelle 4: Marktanteile betreffend allgemein versicherten Patienten (Grundversicherung) und privat und halbprivat versicherten Patienten (Zusatzversicherung) 2015

61 Vgl. H.E. FRENCH, J. LANGENFELD, R. F. MCCLUER, Elzinga-Hogarty Tests and Alternative Approaches for Market Share Calculations in Hospital Mergers, Antitrust Law Journal Vol 71, 2004, 921-947.

23 Allgemein Halb-/ privat KT Spital versicherte Marktanteil versicherte Marktanteil Patienten Patienten

BS Universitätsspital Basel [...] [20-30]% [...] [20-30]% BL Kantonsspital Baselland [...] [20-30]% [...] [10-20]% Marktanteile der meldenden Unternehmen [...] [50-60]% [...] [40-50]%

BS Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB) [...] [5-10]% [...] [0-5]% BS Felix Platter-Spital [...] [0-5]% [...] [0-5]% Marktanteile weiterer Spitäler in Kantonsbesitz [...] [5-10]% [...] [0-5]%

BS St. Claraspital [...] [5-10]% [...] [10-20]% AG Gesundheitszentrum Fricktal [...] [5-10]% [...] [5-10]% BS Merian Iselin [...] [5-10]% [...] [5-10]% BS Bethesda Spital AG [...] [0-5]% [...] [5-10]% SO Solothurner Spitäler [...] [0-5]% [...] [0-5]% BL Hirslanden Klinik Birshof [...] [0-5]% [...] [5-10]% AG Kantonsspital Aarau AG [...] [0-5]% [...] [0-5]% Andere [...] [5-10]% [...] [5-10]% Marktanteile Konkurrenten [...] [30-40]% [...] [50-60]% Total Anzahl Fälle 79'522 100.00% 25'323 100.00%

Quelle: Angaben der Parteien, Aufstellung des Sekretariats

I. Aktueller Wettbewerb

a. Akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich 104. Wie aus Tabelle 4 zu erfahren ist, wird die Marktposition der meldenden Unternehmen im Grundversicherungsbereich (gemessen an den allgemein versicherten Patienten) nach dem Zusammenschlussvorhaben auf einen Marktanteil von [50-60]% ansteigen. Die restlichen Marktanteile verteilen sich relativ gleichmässig auf eine einstellige Zahl von Konkurrenten. Es kann festgehalten werden, dass keiner dieser Mitbewerber Marktanteile über 10% aufweist.

105. Der gemeinsame Marktanteil der meldenden Unternehmen ist von [50-60]% im Jahre 2012 auf [50-60]% im Jahre 2015 zu Gunsten der anderen Konkurrenten, insbesondere der Privatspitäler bzw. der kleineren, spezialisierten Spitäler gesunken. Die Tendenz zu kleineren, spezialisierten Spitälern könnte auf die neue Spitalfinanzierung gemäss KVG zurückzuführen sein und der damit einhergehenden Gleichbehandlung mit den öffentlichen Spitälern.

106. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass trotz der relativ hohen Marktanteile der meldenden Unternehmen aktuelle Konkurrenz durch eine Reihe von alternativen privaten Anbietern vorhanden ist. Über den Zeitraum 2012 bis 2015 konnten diese privaten Anbieter ihre Anteile im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich von [40-50]% auf [40-50]% steigern. Die privaten Anbieter konnten sich dementsprechend über die letzten drei Jahre auf dem Markt eigenständig positionieren und gegenüber den meldenden Parteien behaupten.

107. Würde man die Marktanteile der Unternehmen in Kantonsbesitz (das UKBB sowie das Felix Platter Spital) zu den Marktanteilen der meldenden Unternehmen (vgl. Tabelle 4) dazu-rechnen, so hätten die Spitaldienstleister in Kantonsbesitz gemeinsame Marktanteile von [60- 70]% für das Jahr 2015 im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich. Seit 2012 ist dieser Anteil von ursprünglich [60-70]% um [...] % gesunken.

24 108. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden die aktuellen Konkurrenten⁶² umfassend zu den Marktverhältnissen im Grund- und Zusatzversicherungsbereich befragt.

109. Gewisse Privatspitäler haben die Befürchtung geäussert, dass sie von der Spitalliste ausgeschlossen werden könnten. Diesbezüglich kann entgegnet werden, dass die Kantone diese Möglichkeit infolge hoheitlicher Tätigkeit bei der Spitalplanung bereits heute hätten. Jedoch gilt zu berücksichtigen, dass die privaten Trägerschaften angemessen in die kantonale Spitalplanung einzubeziehen sind (vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Da das KG auf die Spitalplanung gemäss Art 39 KVG nicht anwendbar ist, entzieht sich diese Beurteilung und damit die Problematik jedoch der Kompetenz der WEKO (vgl. Rz 40).

110. Den Spitälern steht gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen, worunter die Genehmigung des Tarifvertrags in der Grundversicherung sowie das Festsetzen der Tarife beim Fehlen eines Tarifvertrages fallen, die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 53 Abs. 1 KVG). Das Bundesverwaltungsgericht räumte den kantonalen Behörden in der Einführungsphase des Spitalbenchmarkings hinsichtlich Art und Methodik des Betriebsvergleichs einen grossen Ermessensspielraum ein.⁶³ In diesem Zusammenhang wurde den Universitätsspitalern ein eigener Betriebsvergleich zugestanden.⁶⁴

111. Würde dementsprechend eine Kantonsregierung bei der Tarifgenehmigung resp. der Tariffestsetzung in der Grundversicherung ihren Ermessensspielraum überschreiten, so könnte das Bundesverwaltungsgericht bei einer Beschwerde die idealtypischen Voraussetzungen der Vergleichbarkeit der Fallkosten überprüfen und eine überhöhte Baserate korrigieren.⁶⁵ Somit ist der Einfluss der Leistungserbringer auf den „Preis“ für eine in der Grundversicherung erbrachte Leistung durch das regulatorische Korsett im KVG stark begrenzt. Eine Preiserhöhung wäre dementsprechend im regulatorischen Kontext des KVG durch einen Leistungserbringer unabhängig von dessen Marktanteilen nicht unilateral durchsetzbar.

112. Unter dem Vorbehalt, dass die Kantone bei der Bedarfsplanung die privaten Trägerschaften im Sinne des Gesetzes weiterhin angemessen berücksichtigen, verbleibt auch nach dem Zusammenschluss im Grundversicherungsbereich eine im Wettbewerb stehende Marktstruktur, welche sich hauptsächlich auf den Qualitäts- und Effizienzwettbewerb beschränkt.

b. Akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich 113. Gemäss Tabelle 4 haben die meldenden Parteien im Zusatzversicherungsbereich (gemessen an den halbprivat- und privatversicherten Patienten) nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von [40-50]%. Damit kommen die Marktanteile im Vergleich zu den akutstationären Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich signifikant tiefer zu liegen.

114. In diesem Bereich verbleibt ausserhalb der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein starker Konkurrent mit einem Marktanteil von [10-20]%. Dazu kommt, dass auch

im Zusatzversicherungsbereich die Marktanteile der meldenden Unternehmen über eine Dreijahresperiode um [0-5]% zurückgegangen sind, während die Konkurrenten ihre Marktanteile entsprechend steigern konnten.

62 In der vorläufigen Beurteilung wurden 12 Spitäler befragt. 63 Vgl. BVGer C-5749/2013, Erw. 3.4. 64 BVGer 2014/36, Erw. 6.6.6. 65 BVGer C-5749/2013, Erw. 3.4; BVGer 2014/36.

25 115. Würde man zu den Marktanteilen der meldenden Unternehmen die Marktanteil der Unternehmen in Kantonsbesitz dazurechnen, so wäre dieser Marktanteilsverlust von nunmehr nur noch [0-5]% weniger akzentuiert, da das Felix Platter Spital sowie das UKBB im Bereich der akutsomatischen Spitaldienstleistungen in der Zusatzversicherung Marktanteile von [0-5]% dazu gewinnen konnten.

116. Die meldenden Unternehmen haben im Zusammenhang mit halbprivaten und privaten Patienten eine eher weniger starke Position, die seit 2012 erodiert. Grundsätzlich ist festzustellen, dass in vorliegendem Fall die neue Spitalfinanzierung allgemein zu einer Verstärkung der Position der Privatspitäler geführt hat. Zum jetzigen Zeitpunkt sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach sich diese Entwicklung nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens im Jahr 2020 nicht fortsetzen würde. 117. Im Fall Kanton Luzern hat die WEKO bei Marktanteilen von 45% in der Zusatzversicherung zur Marktstellung der öffentlichen und öffentlich-subventionierten Spitälern Stellung genommen.⁶⁶ Im Kanton Luzern standen sich eine Gruppe von Privatspitälern und eine Gruppe von öffentlichen Spitälern mit je 45% Marktanteil in der Zusatzversicherung gegenüber. Die WEKO hat deshalb die aktuelle Konkurrenz sowie die Marktstellung gegenüber den Versicherten genauer analysiert, um die Marktstellung beurteilen zu können.⁶⁷

118. In Bezug auf den vorliegenden Fall kann festgehalten werden, dass die disziplinierende Wirkung durch einen privaten Konkurrenten im Zusatzversicherungsbereich, welcher Marktanteile von 13.4% auf sich vereint, stark beschränkt ist. Damit ist im Ergebnis nur eine eingeschränkte aktuelle Konkurrenz zwischen den Spitälern im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich gegeben.

⁶⁶ RPW 2008/4, 573, Rz 155. ⁶⁷ RPW 2008/4, 573, Rz. 156.

26 c. Zusätzliche Elemente für die Analyse der aktuellen Konkurrenz

119. Die nachfolgende Tabelle unterscheidet bei den akutstationären Spitaldienstleistungen zwischen geplanten Fällen (sog. elektive Fälle) und Notfällen ohne eine Unterscheidung zwischen Grund- und Zusatzversicherung vorzunehmen.

Tabelle 5: Marktanteile betreffend elektive Fälle und Notfälle 2015 (Grund- und Zusatzversicherung) Anzahl Anzahl KT Spital elektive Marktanteil Marktanteil Notfälle Fälle
BS Universitätsspital Basel [...] [20-30]% [...] [30-40]% BL Kantonsspital Baselland [...] [10-20]% [...] [30-40]% Marktanteile der meldenden Unternehmen [...] [40-50]% [...] [60-70]%

BS Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB) [...] [0-5]% [...] [5-10]% BS Felix Platter-Spital [...] [0-5]% [...] [0-5]% Marktanteile weiterer Spitäler in Kantonsbesitz [...] [5-10]% [...] [5-10]%

BS St. Claraspital [...] [5-10]% [...] [5-10]% AG Gesundheitszentrum Fricktal [...] [5-10]% [...] [5-10]% BS Merian Iselin [...] [10-20]% n/a n/a BS Bethesda Spital AG [...] [5-10]% n/a n/a SO Solothurner Spitäler [...] [0-5]% [...] [0-5]% BL Hirslanden Klinik Birshof [...] [5-10]% n/a n/a AG Kantonsspital Aarau AG n/a n/a [...] [0-5]% BS Ita Wegman Klinik n/a n/a [...] [0-5]% Andere [...] [10-20]% [...] [0-5]% Marktanteile Konkurrenten [...] [50-60]% [...] [20-30]% Total Anzahl Fälle 58'327 100.00% 46'518 100.00%

Quelle: Angaben der Parteien, Aufstellung des Sekretariats

120. Bei der Analyse der Angaben in der Tabelle 5 wird ersichtlich, dass die hohen Marktanteile im Grund- und Zusatzversicherungsbereich zu einem grossen Teil durch die starke Präsenz der meldenden Unternehmen bei Notfällen verursacht sind. In diesem Bereich sind die öffentlichen Spitäler verpflichtet, die Notfallgrundversorgung aufrecht zu erhalten, weshalb ihnen in diesem Bereich kaum Handlungsspielraum verbleibt. Damit relativiert sich die Marktposition der meldenden Unternehmen im akutstationären Tätigkeitsfeld.

121. Im Bereich von akuten Notfällen (z.B. Unfallopfer) muss davon ausgegangen werden, dass der Patient keine Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der Spitalwahl hat, selbst wenn er bei Bewusstsein ist. Bei denjenigen Notfällen, bei welchen sich der Patient selbst ins Spital begibt, kann davon ausgegangen werden, dass er theoretisch selber darüber entscheidet, welches Spital er aufsucht. Aus nachvollziehbaren Gründen wird ein Notfallpatient jedoch die Notfallstation des nächstgelegenen Spitals aufsuchen. Aufgrund des Gesagten scheint der Wettbewerb im Notfallbereich zumindest stark eingeschränkt.

122. Der Trend hin zu den Privatspitalern zeigt sich umso mehr, wenn man lediglich den Marktanteil der elektiven (geplanten) Fällen betrachtet, bei denen der Patient die Wahl des Spitals trifft. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass der einweisende Arzt aufgrund seines Fachwissens und der Informationsasymmetrie einen erheblichen nicht von der Hand zu weisenden Einfluss auf die Wahl des Patienten hat. Trotzdem verbleibt am Ende die Wahl des Spitals bei einem erforderlichen Eingriff beim Patienten.

27 Tabelle 6: Marktanteile elektive Fälle in der Zusatzversicherung (privat und halbprivat)
2012 2013 2014 2015 KT Spital Fälle Marktanteil Fälle Marktanteil Fälle Marktanteil Fälle Marktanteil

BS Universitätsspital Basel [...] [20-30]% [...] [20-30]% [...] [20-30]% [...] [10-20]% BL Kantonsspital Baselland [...] 10-20% [...] [10-20]% [...] [10-20]% [...] [10-20]% Marktanteil der meldenden Unternehmen 30-40% [30-40]% [30-40]% [30-35]%

BS Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB) [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% BS Felix Platter-Spital [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% Marktanteile weiterer Spitäler in Kantonsbesitz [0-5]% [0-5]% [0-5]% [0-5]%

BS St. Claraspital [...] [10-20]% [...] [10-20]% [...] [10-15]% [...] [10-20]% AG Gesundheitszentrum Fricktal [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% BS Merian Iselin [...] [10-20]% [...] [10-20]% [...] [10-15]% [...] [10-20]% BS Bethesda Spital AG [...] [10-20]% [...] [10-20]% [...] [5-10]% [...] [5-10]% SO Solothurner Spitäler [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% BL Hirslanden Klinik Birshof [...] [5-10]% [...] [5-10]% [...] [5-10]% [...] [5-10]% AG Kantonsspital Aarau AG [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% BL Ita Wegman Klinik [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% BL Ergolz-Klinik [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% BS Adullam-Stiftung Basel

[...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% [...] [0-5]% Andere [...] [5-10]% [...] [5-10]% [...] [5-10]% [...] [5-10]% Total 15'396 100.0% 15'075 100.0% 15'041 100.0% 14'759 100.0%
 Quelle: Angabe der Parteien, Aufstellung des Sekretariats

123. Grenzt man diejenigen Fälle, bei denen der Patient die Entscheidung trifft (d.h. elektive Fälle) auf die halbprivat- und privat versicherten Fälle ein, so sanken die gemeinsamen Marktanteile des USB und des KSBL auf [30-40]% im Jahre 2015. Bezieht man die Leistungserbringer im Kantonsbesitz mit ein (Felix Platter-Spital und UKBB), so würden die Marktanteile [30-40]% für das Jahr 2015 betragen (vgl. Tabelle 6).

124. Die Analyse der Marktentwicklung aufgrund der Eingrenzung auf die elektiven sowie halbprivaten und privaten Fälle unterstützt zudem die These des Trends hin zu den Privatspitälern. Innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren (i.e. 2012 bis 2015), haben das USB und das KSBL im Bereich der elektiven Fälle von zusatzversicherten Patienten Marktanteile von [5-10]% an die Privaten abgegeben. Bezieht man das Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB) sowie das Felix Platter-Spital mit ein, so beträgt der Rückgang der Marktanteile der Leistungsbringer im Besitz der beiden Halbkantone immer noch [0-5]%.

125. Zusammenfassend ist deshalb auf der Seite der Leistungserbringer erkennbar, dass sich der Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich seit der Einführung der neuen Spitalfinanzierung stark verändert hat und die privaten Leistungsanbieter Marktanteile dazu gewonnen haben. Es wird erkennbar, dass die Patienten dort, wo sie die Wahl zwischen verschiedenen Behandlungsalternativen haben, von dieser Wahlmöglichkeit Gebrauch machen.

126. Dementsprechend ist nicht erkennbar, dass sich die neue Spitalgruppe mit einem Absinken ihrer Marktanteile auf nunmehr [30-35]% hinsichtlich der Qualität ihrer Dienstleistungen von ihren Konkurrenten unabhängig verhalten könnte.

127. Betrachtet man die Leistungsaufträge in der Akutsomatik aufgeteilt nach den 25 klinischen Bereichen (vgl. Tabelle 7), so zeigt sich, dass die meldenden Parteien im räumlichen Markt nördlich des Jura keinem Vollversorger als Konkurrenten gegenüberstehen. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die öffentlichen Spitäler keiner starken Konkurrenz ausgesetzt sind, da diese Marktstruktur durch die kantonale Spitalplanung bedingt ist. So würde es aus versorgungspolitischer Sicht wenig Sinn ergeben, zusätzlich mehrere private Anbieter parallel mit dem Vollspektrum aller 25 klinischen Leistungsaufträge zu beauftragen.

28 128. Dazu kann angefügt werden, dass sowohl das USB als auch das KSBL dazu verpflichtet sind, wenig rentable Notfallstationen aufrecht zu erhalten⁶⁸ währenddessen sich die privaten Anbieter auf lukrativere Nischenmärkte spezialisieren können. Tabelle 7: Klinische Bereiche im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen Uni- Felix Ita GZ Clara Bethesda Merian Adullam Hirslande Ergolz- Kantons- Solothurner Bereiche / Spitäler bzw. Kliniken USB KSBL Kinder Platter- spital Spital Klinik Spital Wegman n Birshof Klinik spital AG Fricktal Spitäler Spital Spital n Klinik (AG) BS BL BS BS BS BS BS BS BS BL BL AG AG SO Basispaket Chirurgie und innere 1 Medizin x x x x x x x 2 Basispaket elektiv x x x x x x 3 Dermatologie x x x t t t t x x t t 4 Hals-Nasen-Ohren x x x t t t t t t 5 Neurochirurgie x t x t t x t 6 Neurologie x x x t t t t x t x 7 Ophtalmologie x x x t x t x 8 Endokrinologie x x x x x x x 9 Gastroenterologie x x x t x t t t x t x 10 Viszeralchirurgie x x x t x t t x t t 11 Hämatologie x x x t t t t t x 12 Herz x t t t t t t 13

Gefässe x t x t t x t 14 Nephrologie x x x x x 15 Urologie x x x t x t t t x t x 16
Pneumologie x x x t x t t t t 17 Thoraxchirurgie x x x x x 18 Transplantation solider
Organe x 19 Chirurgie Bewegungsapparat x x x t t t t x t t 20 Rheumatologie x x x t t t t
x t x 21 Gynäkologie x x x t t t t x t t 22 Geburtshilfe x x t x t t 23 Neugeborene x x x t x
t t 24 Radio-Onkologie x x x t t t t x 25 Schwere Verletzungen x t x t t t X Voller
Leistungsauftrag t Leistungsauftrag teilweise

Zwischenfazit 129. Auf den relevanten Märkten ist nach dem Vollzug des
Zusammenschlussvorhabens von einer Stärkung der Marktposition der meldenden
Unternehmens auszugehen. Aufgrund der vorgenommenen Analyse kann jedoch gesagt
werden, dass der aktuelle Wettbewerb auf den Märkten besteht.

II. Potentieller Wettbewerb

130. Gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik ist die Zahl der Spitäler von 300 im
Jahre 2011 auf 288 im Jahre 2015 gesunken.⁶⁹ Aufgrund der rückläufigen Zahlen ist davon

68 Vgl. weiterführend zur Notfallversorgung: THOMAS GÄCHTER, Medizinischer
Notfalldienst: Wandel zu einer kantonalen Staatsaufgabe? In: Staats- und Verwaltungsrecht
auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaee, Zürich 2012, S. 195 f.. 69 Vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/spitaeler.html>, besucht
am 21. Juni 2017.

29 auszugehen, dass kaum mit Markteintritten zu rechnen ist und dass sich dieser Trend
weiter- hin fortsetzen wird.⁷⁰ Überdies ist mit dem Abbau von Überkapazitäten bei
öffentlichen Spitä- lern zu rechnen.⁷¹

131. Zwar ist aufgrund der gemachten Ausführungen nicht mit Markteintritten von
Spitälern zu rechnen. Für die bereits im Markt tätigen Spitäler besteht jedoch der Anreiz
zusätzliche Leistungsaufträge im Rahmen der Spitalplanung zu erhalten. Die
disziplinierende Wirkung auf die Spitäler der geplanten Spitalgruppe geht somit von der
Vergabe der Leistungsaufträge gemäss WZW-Kriterien⁷² durch den Kanton aus und dem
Streben der Privatspitäler nach zu- sätzlichen Leistungsaufträgen.

132. Schliesslich gilt es zu beachten, dass mit dem Inkrafttreten der neuen
Spitalfinanzierung per 1. Januar 2012 grundversicherte Patienten neu die Möglichkeit
haben, für ihre Behandlung frei ein unter den Listenspitälern aufgeführtes Spital zu wählen
(sog. "freie Spitalwahl"). Durch die erhöhte Patientenmobilität ist somit zu erwarten, dass
interkantonale Patientenwanderun- gen in Zukunft zunehmen werden. Schweizweit
betrachtet, hat sich zumindest diese Hypo- these für den Zeitraum 2010 bis 2013 bereits
bestätigt.⁷³ Die Spitäler, welche bis anhin auf stark lokal geprägten Märkten in Wettbewerb
standen, werden in Zukunft einem zunehmenden Wettbewerbsdruck durch ausserkantonale
Spitäler ausgesetzt.

133. Eine Betrachtung der Entwicklung der Patientenströme über den Zeitraum 2010 bis
2014 zeigt ein differenziertes Bild. So ist der Anteil der ausserkantonale behandelten
Patienten in Basel-Landschaft in diesem Zeitraum von 32% um 3% auf 29% gesunken,
währenddessen der Kanton Basel-Stadt im gleichen Zeitraum eine Zunahme von 3% auf die
Hälfte aller be- handelten Patienten verzeichnen konnte.⁷⁴

134. Aufbauend auf dieser Betrachtung ist erkennbar, dass vor allem die universitären
Spital- zentren einem überregionalen Wettbewerb ausgesetzt sind, welcher sich aufgrund
der gestie- genen Mobilität der Patienten akzentuiert hat.

70 Dies wurde in der Untersuchung Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern durch befragte Krankenversicherer und den Kanton bestätigt. Vgl. RPW 2008/4, 574, Rz 161, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern. 71 Vgl. Basler Zeitung vom Freitag, 5. August 2016, S. 22, Kampfansage an die Privatspitäler. 72 Wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich (WZW); vgl. Art. 32 KVG. 73 KATHRIN HUBER: Entwicklung der interkantonalen Patientenströme im Übergang zur freien Spitalwahl. Analyse der stationären akutsomatischen Spitalbehandlungen von 2010 bis 2013, OBSAN Dossier 48 (erhältlich unter: http://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2015/obsan_dossier_48_3.pdf, besucht am 05. Januar 2017. 74 Socialdesign (2015). "Monitoring der regionalen und überregionalen Patientenströme" <<http://academy.social-design.ch/de/ergebnisse-bezueglich-der-nordwestschweizer-patientenstroemen-vor-und-nach-der-einfuehrung-der-kvg-revision/>>.

30 III. Stellung der Marktgegenseite

a. Grundversicherungsbereich 135. Wenn es um die Tarifverhandlungen geht, sind die Versicherer die Marktgegenseite der Spitäler. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden auch die Versicherungen als Marktgegenseite der Spitäler befragt.⁷⁵ 136. Den Antworten der befragten Versicherer ist zu entnehmen, dass die Spitäler der neu zu gründenden Spitalgruppe aufgrund ihrer verstärkten Position im Markt eine höhere Baserate im Grundversicherungsbereich durchsetzen könnten. Damit äussern die Versicherungen dieselbe Befürchtung wie die Spitäler (vgl. Rz 108 f.). Zwar kann dies tatsächlich nicht ausgeschlossen werden, doch auch diese Problematik ist der Kompetenz der WEKO durch vorbehaltene Vorschriften entzogen. Wie ausgeführt, wird die Baserate zwischen den Versicherungen und den Spitälern verhandelt und anschliessend durch die kantonale Regierung genehmigt. Bei Ausbleiben eines Verhandlungserfolges wird die Baserate durch die kantonale Regierung festgesetzt. Es handelt sich damit um ein reguliertes Preissystem (vgl. Rz 46 und Rz 57). Den Versicherungen und Spitälern verbleibt jedoch wiederum die Möglichkeit einer Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 53 Abs. 1 KVG).

137. In der Grundversicherung verhandeln die Leistungserbringer die Baserates mit Einkaufsgemeinschaften, welche die Versicherungen vertreten. So vertritt die Tarifsuisse insgesamt 42 Krankenversicherungen und die HSK deren sechs. [...]. Abb. 2

Verhandlungsstruktur in der Grundversicherung

[...]

138. In diesem Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass trotz der grossen Marktstärke der meldenden Parteien aufgrund der hohen Regulierungsdichte im Grundversicherungsbereich der Raum für autonomes Preissetzungsverhalten nach dem Zusammenschlussvorhaben beschränkt bleibt.

b. Zusatzversicherungsbereich 139. Im Fall Kanton Luzern hat die WEKO die Krankenversicherer aufgefordert, verschiedene Parameter auf Ihre Wichtigkeit der Marktstellung der Spitäler gegenüber den Krankenversicherern zu beurteilen. Als mit Abstand wichtigster Parameter wurde von den Krankenversicherern die Aufführung eines Spitals auf der kantonalen Spitalliste genannt.⁷⁶ Da die freie Spitalwahl eines der zentralen Merkmale der Zusatzversicherung darstellte, kam die WEKO zum Schluss, dass ein Zusatzversicherungsanbieter de facto gezwungen ist, sämtliche Kosten einer akutstationären Behandlung zu übernehmen. In diesem Zusammenhang ist die REKO/WEF

von einem faktischen Kontrahierungszwang ausgegangen.⁷⁷

140. Mit der neuen Spitalfinanzierung kann die versicherte Person in ihrem Wohnkanton oder aber in einem Standortkanton frei zwischen den Listenspitälern auswählen.⁷⁸ Für einen Patienten ohne Zusatzversicherung „freie Spitalwahl Schweiz“ bedeutet dies, dass im Falle der Behandlung in einem ausserkantonalen Listenspital, welches im Wohnortkanton nicht auf der Spitalliste aufgeführt ist, die erbrachten Leistungen zum Tarif des Listenspitals im Wohnkanton

⁷⁵ In der vorläufigen Beurteilung wurden 13 Versicherer befragt. ⁷⁶ RPW 2008/4, 575 Rz. 163, 3. Spiegelstrich. ⁷⁷ REKO/ WEF in: RPW 2003/4, 874, E 9.3.1. ⁷⁸ Art. 41 Abs. 1 bis KVG.

³¹ für die gleiche Behandlung vergütet werden. Der grundversicherte Patient muss deshalb u.U. für die Differenz selber aufkommen. Nichtsdestotrotz ist damit, wenn auch nicht uneingeschränkt, die schweizweite freie Spitalwahl sichergestellt, weshalb dieses Element bei der Beurteilung der Marktstellung der Spitäler in der Zusatzversicherung nicht mehr die gleiche Bedeutung, wie im Fall Kanton Luzern hat.

141. Aufgrund der mit der neuen Spitalfinanzierung seit 2012 verankerten schweizweit freien Spitalwahl ist deshalb für den vorliegenden Fall von einem abgemilderten faktischen Kontrahierungszwang der Krankenversicherungen im Zusatzversicherungsbereich auszugehen. Für einen Versicherten spielt dementsprechend unter der neuen Spitalfinanzierung die Zusatzversicherung für eine freie Spitalwahl innerhalb der Schweiz keine entscheidende Rolle mehr bei der Auswahl der Krankenversicherung. ¹⁴². [...]. Kennzeichnend für das top Down-Prinzip ist, dass die erbrachten Leistungen als Vollkosten kalkuliert werden, von welchen sodann der OKP-Teil (Baserate x Kostengewicht) abgezogen werden. Der Restbetrag wird sodann dem Tarifpartner in Rechnung gestellt. Bei der Bottom-up-Methode listet der Leistungserbringer die in der Zusatzversicherung zusätzlich zur OKP Baserate erbrachten Leistungen detailliert auf (i.e. Zusatzkosten pro Fall, pro Tag/ Nacht und Arzthonorare) und stellt diese in Rechnung. ¹⁴³. Bei der Abrechnungsart Top-Down ist der Tarifvertrag zwischen den Versicherern und den Leistungserbringern so ausgestaltet, dass der OKP-Anteil bereits pauschal darin enthalten ist. Bei der Bottom-up-Methode jedoch werden Einzelpositionen vereinbart. Dementsprechend ist ein direkter quantitativer Vergleich der Preise im Zusatzversicherungsbereich zwischen den beiden Abrechnungsmethoden (Top-Down vs. Bottom-up) nur erschwert möglich. Deshalb ist, zu Vergleichszwecken, das Abstützen auf die durchschnittlichen Fallkosten in der Zusatzversicherung angebracht.⁷⁹

¹⁴⁴. [...].

145. Gemäss Rückmeldungen der Versicherer bestehe im Zusatzversicherungsbereich die Möglichkeit, dass die Spitalgruppe durch die höhere Marktkonzentration und ihre gestärkte Verhandlungsmacht bei den Verhandlungen höhere Tarife durchsetzen könnten.

146. Zum heutigen Zeitpunkt verhandeln das KSBL und das USB jeweils separat mit insgesamt [...] über Ihre Tarife in der Zusatzversicherung. [...]. Insofern ist auf der Seite der Leistungseinkäufer der Versicherungsgesellschaften von Marktteilnehmern auszugehen, welche ein schweizweit erhebliches Prämienvolumen im Bereich der Zusatzversicherung auf sich vereinigen. Dennoch dürfte die Verhandlungsmacht aufgrund der auf der Nachfragerseite für Zusatzversicherungsleistungen stärker zersplitterten Marktstruktur

eher auf der Seite der neuen Spitalgruppe liegen, da der räumlich relevante Markt auf die Region nördlich des Jura abzugrenzen ist (vgl. Abb. 1).

79 Zwecks besserer Vergleichbarkeit werden die Fallkosten auf die Fallschwere = 1 normiert, da ansonsten in der Zusatzversicherung abgerechnete schwere erkrankte Fälle die Kosten in die Höhe treiben könnten.

32 Abb. 3 Verhandlungsstruktur in der Zusatzversicherung⁸⁰

[...] 147. Bereits im Fall Kanton Luzern wurde die Möglichkeit der Krankenversicherer, ein sogenanntes Unterversicherungsprinzip einzuführen, ins Feld geführt.⁸¹ Bei diesem deckt der Krankenzusatzversicherer nur einen Teil der Kosten eines Leistungserbringers und der Zusatzversicherte Patient müsste einen Teil selber tragen. Obwohl der Leistungserbringer damit einen Nachteil im Wettbewerb gegenüber seinen Konkurrenten erleiden würde, dürfte die Einführung dieses Prinzips für den Krankenversicherer mit einem zu hohen Risiko auf der Kundenseite einhergehen, weshalb diese Strategie (1) nur für sehr grosse Krankenkassen in Frage kommen kann und (2) mit dem Risiko der Kundenabwanderung verbunden ist.⁸²

148. Für die Krankenversicherer besteht die Möglichkeit der gemeinsamen Verhandlungen zum Aufbau einer Gegenmacht (Countervailing Power) gegenüber den Spitälern. Solche gemeinsamen Verhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, wenn die in der Untersuchung im Fall Kanton Luzern formulierten Voraussetzungen eingehalten werden.⁸³

149. Dazu kommt, dass die meldenden Parteien im Zusatzversicherungsbereich stärkeren überregionalen Mitbewerbern gegenüberstehen, so dass die Versicherer auf diese ausweichen könnten.

IV. Zwischenergebnis 150. Im Grund- und Zusatzversicherungsbereich wird die neue Spitalgruppe eine stärkere Marktstellung erhalten. Es bestehen allerdings zahlreiche gesetzliche Vorschriften mit Auswirkungen auf beide Bereiche, welche es fraglich erscheinen lassen, ob ein Unternehmen überhaupt eine Stellung erlangen kann, welche ihm die Beseitigung des Wettbewerbs erlauben könnte. Werden Vorgaben wie das enge regulatorische Korsett des KVG, das streng reglementierte Benchmarking durch Swiss-DRG sowie die vorherrschenden und möglichen Einkaufsgemeinschaften der Versicherungen und dem daraus resultierenden beschränkten Spielraum bei der Tarifsetzung, berücksichtigt, so erscheint es als wenig wahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Stellung führt, welche wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG beseitigen könnte.

⁸⁰ Abb. 3 zeigt zur Verdeutlichung die Proportionen (approximiert am schweizweit verhandelten VVG Prämienvolumen) der verschiedenen Verhandlungspartner des KBSL / USB in der Zusatzversicherung. Abb. 3 dient der Illustration und es wurden die schweizweiten gebuchten Prämien des Jahres 2015 als Vergleichsbasis herangezogen (die gebuchten Prämien nördlich des Jura sind nicht ohne weiteres verfügbar) und der Kreisradius der Versicherungsgesellschaften proportional zu den gebuchten Prämien in der Zusatzversicherung vergrößert resp. verkleinert. ⁸¹ RPW 2008/3, 569 Rz 136 2. Spiegelstrich sowie Rz 137. ⁸² Vgl. RPW 2008/4, 569 Rz 137. ⁸³ Vgl. RPW 2008/4, 591 Rz 233, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

33 B.4.2 Markt für Rehabilitation

B.4.2.1 Sachlich relevanter Markt 151. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

152. Die meldenden Unternehmen machen geltend, dass die Rehabilitation und die Altersmedizin ausserhalb des Marktes für akutsomatische Spitaldienstleistungen anzusiedeln seien.⁸⁴ Dabei stützt sich die Argumentation auf die Beschlussbegründung des Bundeskartellamts im Zusammenschluss – Kliniken des Main-Taunus-Kreises GmbH / Klinikum Frankfurt Höchst GmbH.⁸⁵ Bereits zu einem früheren Zeitpunkt hat sich das Bundeskartellamt im Fall Rhön-Klinikum AG, Krankenhaus Eisenhüttenstadt GmbH / Stadt Eisenhüttenstadt⁸⁶ mit der sachlichen Abgrenzung von Rehabilitationseinrichtungen befasst. Hauptargument für eine separate Abgrenzung des Marktes für Rehabilitationen ist der unterschiedliche Zweck der Behandlungen. Während die Behandlung in einem Krankenhaus der Bekämpfung von Krankheiten diene, gehe es bei der Rehabilitation darum, den Folgen von Krankheiten vorzubeugen resp. den Patienten den Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt zu erleichtern, weshalb die beiden Behandlungsarten aus Sicht der Patienten nicht als Substitute angesehen werden könnten.

153. Als weiteres Argument für eine separate sachliche Marktabgrenzung hat das Bundeskartellamt die unterschiedliche sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Rehabilitation und des Akutbereichs ins Feld geführt, wobei nach dem Deutschen Sozialgesetzbuch (SGB) der Akut- und Rehabilitationsbereich sozialversicherungsrechtlich strikt getrennt werden und ein Krankenhaus in Deutschland keine Rehabilitationsleistungen abrechnen kann.⁸⁷ Zulässig wären nach dem Deutschen Gesetz lediglich räumlich und organisatorisch abgegrenzte Rehabilitationseinrichtungen im Umfeld von Krankenhäusern.

154. Das deutsche Gesetz (Paragraph 107 SGB V) unterscheidet dementsprechend zwischen Krankenhäusern (Abs. 1) und zwischen Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, was entsprechende Auswirkungen auf die Abrechnung und Vergütung der verschiedenen Leistungsarten nach sich zieht.

155. Das Schweizer Gesetz (Art. 39 Abs. 1 KVG) definiert die Spitäler als „Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (...)“. Im Unterschied zur Definition eines Krankenhauses ist der Schweizer Spitalbegriff damit breiter gefasst, weil stationäre Massnahmen der medizinischen Rehabilitation in einem Spital erbracht werden können, währendem in Deutschland diese nicht mehr in einem Krankenhaus sondern in einer Rehabilitationseinrichtung erbracht werden müssen. Dennoch wird auch in der Schweiz die Rehabilitation anders abgerechnet als die akutsomatischen Spitaldienstleistungen (vgl. Rz 49). Die Substituierbarkeit ist jedoch aus Sicht der Marktgegenseite (i.e. des Patienten) zu analysieren, wobei, wie in Rz 152 bereits angeführt, die Rehabilitation nicht der Bekämpfung und Behandlung von Krankheiten oder Unfällen dient, sondern die Folgen von

84 Meldung Rz 78. 85 Vgl. BKartA Beschl. vom 27. Mai 2013, B 3 – 86101 – Kliniken des Main-Taunus-Kreises GmbH / Klinikum Frankfurt-Höchst GmbH, Rz 18. 86 Vgl. B 10 – 109/04. 87 Vgl. B 10 – 109/04, Rz 71.

34 Krankheiten und Unfällen zu behandeln und die Wiedererlangung der körperlichen und geistigen Fähigkeiten bestmöglich zu erleichtern. In Anlehnung an Art. 39 Abs. 1 KVG gilt es deshalb einerseits die medizinische Rehabilitation von einer Erholungskur zu unterscheiden und andererseits die stationäre von der ambulanten Rehabilitation abzugrenzen.

156. Bei der Abgrenzung zwischen der medizinischen Rehabilitation und der Erholungskur ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung primär auf die Zielsetzung der Massnahmen abzustellen. Bei der medizinischen Rehabilitation stehen medizinische Behandlungen im Vordergrund, währendem bei der Erholungskur keine besondere Pflege- und Behandlungsbedürftigkeit besteht.⁸⁸ Da diese Leistungen von den Kostenträgern (zu jeweils unterschiedlichen) Tarifen vergütet werden müssen, kann hier nicht die Substituierbarkeit aus Sicht des Patienten als Kriterium im Vordergrund stehen, sondern vielmehr die medizinische Notwendigkeit von Rehabilitationsmassnahmen.

157. Für die Abgrenzung der stationären von der ambulanten Rehabilitation gilt das in Rz 79 Erwähnte analog. Wiederum stehen die medizinische Notwendigkeit und der Behandlungszweck im Zentrum, um zu bestimmen, ob ein Aufenthalt in einem Akutspital notwendig ist, oder ob eine ambulante Massnahme die gleiche medizinische Wirkung hätte entfalten können.⁸⁹

158. Zwischenfazit: Ausgehend von den obigen Überlegungen sowie dem gesetzlichen Rahmen in Art. 39 Abs. 1 KVG ist für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem sachlichen Markt für stationäre Massnahmen bei der medizinischen Rehabilitation auszugehen.

B.4.2.2 Räumlich relevanter Markt 159. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

160. Grundsätzlich kann auf die Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung unter B.4.1.3 bei den akutstationären Spitaldienstleistungen verwiesen werden. Bei der genaueren Analyse der Patientenströme wird klar, dass die Patientenabwanderungsquote in den Kanton Aargau nicht unerheblich ist. So haben sich zwischen 2011 und 2013 rund 12.5% der Patienten des Kantons Basel-Stadt im Aargau behandeln lassen. Beim Kanton Basel-Landschaft beträgt diese Abwanderungsquote in den Aargau 31-32%. Die Patientenzuwanderungsquote vom Aargau in diese beiden Halbkantone liegt im tiefen einstelligen Prozentbereich für die Jahre 2011 - 2013. Dementsprechend sind die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft starke Importeure für Gesundheitsdienstleistungen im Bereich der Rehabilitation, währendem kaum Patienten von ausserhalb die beiden Kantone für Rehabilitationsdienstleistungen aufsuchen.

Zwischenfazit: Der räumliche Markt für Rehabilitation ist auf die Region „nördlich des Juras“ abzugrenzen. Hierzu wird auf die Ausführungen unter B.4.1.3 verwiesen.

B.4.2.3 Voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt 161. Ausgehend von den Pflorgetagen betragen die gemeinsamen Marktanteile der Unternehmen in Kantonsbesitz im Bereich der Rehabilitation [30-40]%. Nach dem geplanten Vollzug

⁸⁸ BGE 126 V 323 S. 327. ⁸⁹ BGE 120 V 200 S. 206.

35 des Zusammenschlussvorhabens besteht jedoch keine gemeinsame Trägerschaft für das Felix Platter-Spital, welches als einziges öffentliches Spital im Kanton Basel-Stadt in der

Rehabilitation tätig ist. Dieses verbleibt als Beteiligung alleine beim Kanton Basel-Stadt. Der Markt für Rehabilitation ist deshalb kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, da von den meldenden Unternehmen nur das KSBL mit einem Marktanteil von [10-20]% (vgl. Tabelle 8) in der Rehabilitation eine Geschäftsaktivität aufweist

162. Da die Rehabilitation jedoch enge Bezüge zu den klinischen Bereichen (insb. der Orthopädie) sowie abgestimmte Behandlungspfade aufweist, werden vorliegend die Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlussvorhabens untersucht.

Tabelle 8: Marktanteile Rehabilitation 2013 KT Spital Pflageage Marktanteil

BS Felix Platter-Spital [...] [20-30]% BL Kantonsspital Baselland [...] [10-20]%
Marktanteile der Unternehmen in Kantonsbe- [30-40]% sitz

BS Reha Chrischona [...] [10-20]% BS Adullam Stiftung Basel [...] [10-20]% AG Reha Rheinfelden [...] [10-20]% BS REHAB Basel [...] [5-10]% BS Bethesda Spital AG [...] [0-5]% AG Klinik Barmelweid [...] [0-5]% AG Rehaklinik Salina [...] [0-5]% JU Clinique Le Noirmont [...] [0-5]% AG Rehaklinik Bellikon [...] [0-5]% AG RehaClinic [...] [0-5]% Andere [...] [0-5]% Marktanteile Konkurrenten [60-70]%

Total Pflageage 186'834 100.00% Quelle: Angaben der Parteien, Aufstellung des Sekretariats.

163. Gemessen an den Pflageagen sind im Marktgebiet drei weitere Wettbewerber tätig, welche bei der Rehabilitation Marktanteile von über 10% aufweisen. Inwiefern diese eine disziplinierende Wirkung auf die Unternehmen in Kantonsbesitz entfalten können, kann offen bleiben, da bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben umfassende und detaillierte Kooperationsvereinbarungen zwischen dem KSBL und dem USB bestehen, welche in den folgenden Randziffern beschrieben werden.

164. [...]

165. [...]

166. Anhand der beschriebenen Kooperation des KSBL und des USB wird ersichtlich, dass bereits vor der Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens (1) ein regelmässiger detaillierter Austausch über das Leistungsangebot im Bereich der Orthopädie und Rehabilitation stattfindet, (2) die Einhaltung dieser Vereinbarungen regelmässig überprüft wird und (3) diese Auswirkungen auf Leistungsanbieter, welche nicht Teil dieser Kooperation sind, haben. Dementsprechend liegt bereits durch die Regelung in Art. 39 Abs. 2 KVG bereits vor dem Vollzug des

36 Zusammenschlussvorhabens (via spezialgesetzlicher AG) eine Vereinbarung vor. Die einzelnen Organisationskörper, welche die Kooperation steuern und überwachen (i.e. die Steuerungsgruppe) sind – analog einer Aktiengesellschaft – in die beiden Ebenen Strategie sowie Ausführungsebene unterteilt.

167. Zwischenfazit: Durch die Veränderung der Kooperation von einer vertraglichen Grundlage hin zu einem gesellschaftsrechtlichen Kleid sind im Bereich der Rehabilitation keine Wettbewerbswirkungen durch das Zusammenschlussvorhaben ersichtlich, zumal das Felix Platter Spital nicht in das Gemeinschaftsunternehmen überführt wird. [...]. Insofern sind im Bereich der Rehabilitation bei einem Zusammenschluss keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, welche zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen könnten.

B.4.3 Markt für quantitative Bildanalyseedienstleistungen im Bereich der Multiple Sklerose-Forschung sowie anderer degenerativer Erkrankungen

168. Die meldenden Unternehmen gehen von einem Markt für quantitative Bildanalyseedienstleistungen im Bereich der Multiplen Sklerose (nachfolgend: "MS")-Forschung sowie anderer degenerativer Erkrankungen aus. Dabei handelt es sich um die von der MIAC AG erbrachten Dienstleistungen. Namentlich umfassen diese Dienstleistungen die Validierung neuer Untersuchungsmethoden, die Erhebung, Auswertung und Verknüpfung von klinischen Daten, sowie Second Opinion-Beurteilungen auf dem Gebiet der Neuroradiologie, insbesondere in den Bereichen der MS sowie anderer degenerativer Erkrankungen. Die Tätigkeit umfasst die Auswertung radiologischer Aufnahmen (MR-Aufnahmen). Dabei geht es primär um die Bildanalyse zur Wirkungsbestimmung von Medikamenten im Bereich der MS-Forschung. Nachgefragt werden die Leistungen von global tätigen Pharma-Unternehmen zum Zwecke der klinischen Forschung. Entsprechend grenzen die Parteien den Markt weltweit ab. Für die Zwecke der vorliegenden Prüfung kann die sachliche und räumliche Marktabgrenzung jedoch offen bleiben, da der Zusammenschluss nichts an der Wettbewerbssituation ändert, wie sogleich aufgezeigt wird.

169. [...]. Bei dem beschriebenen Markt handelt es sich folglich um einen betroffenen Markt i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Da jedoch der Kanton Basel-Landschaft auf diesem Markt nicht tätig ist, findet keine Marktanteilsaddition statt. Der Kanton Basel-Landschaft ist gemäss den Angaben der meldenden Unternehmen zudem nicht auf einem im Verhältnis zu diesem betroffenen Markt vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig. Des Weiteren plant er keinen Eintritt in diesen Markt oder hat diese Zielsetzung in den vergangenen zwei Jahren verfolgt. Ausserdem verfügt er über keine geistigen Eigentumsrechte auf diesem Markt und ist nicht auf dem betroffenen sachlichen, nicht aber räumlichen Markt tätig. Zusammenfassend ändert der Zusammenschluss die Wettbewerbssituation auf dem Markt für quantitative Bildanalyseedienstleistungen im Bereich der MS-Forschung sowie anderer degenerativer Erkrankungen daher nicht, weshalb auf weitere Ausführungen im Rahmen dieser vorläufigen Prüfung verzichtet werden kann.

170. Zwischenfazit: Im Markt für quantitative Bildanalyseedienstleistungen ist aufgrund des Zusammenschlussvorhabens von keiner Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse auszugehen.

37 B.5 Ergebnis 171. Die WEKO kommt zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben 41-0820 Universitätsspital Basel / Kantonsspital Baselland in der gemeldeten Form ohne Auflagen und Bedingungen zugelassen werden kann, da die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG nicht erfüllt sind.

172. Sollte sich das Zusammenschlussvorhaben in einem wesentlichen Punkt verändern, welcher im Einflussbereich der Parteien liegt, so wäre die WEKO davon unverzüglich in Kenntnis zu setzen und gegebenenfalls das Zusammenschlussvorhaben neu zu melden. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn wesentliche Parameter des Zusammenschlussvorhabens angepasst würden (z.B. bei einem Einbezug der Psychiatrie) oder wenn die Parteien wesentliche Änderungen an den Marktverhältnissen herbeiführen würden (z.B. der Kauf eines Privatspitals).

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