Notiz des Bundesamtes für Gesundheit vom 2. Dezember 2024 zuhanden der SGK-N

Geltungsbereich des Kartellgesetzes im Zusammenhang mit den Zusammenarbeitsverträgen (Art. 37*a* E-KVG)

---

1 Auftrag und Ausgangslage

Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) hat am 7. November 2024 die KVG-Änderung «Tarife der Analysenliste» (24.037) beraten. Neben dem Entscheid, für die Analysen in Zukunft keinen Amtstarif, sondern einen Verhandlungstarif (ausgehandelt zwischen den Krankenversicherern und den betreffenden Leistungserbringern) vorzusehen, wurde auf Antrag entschieden, dass für die Zulassung von Laboratorien, die keine Analysen der Grundversorgung für den Eigenbedarf durchführen[1], besondere Voraussetzungen gelten sollen, ebenso betreffend die Vergütung solcher Analysen. Die neue Bestimmung soll gemäss Entscheid der SGK-N folgendermassen lauten (Art. 37*a* E-KVG):

> [1] Leistungserbringer nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe f, die keine Analysen der Grundversorgung für den Eigenbedarf durchführen, schliessen einen Zusammenarbeitsvertrag mit einem oder mehreren Versicherern ab. Soweit im jeweiligen Kanton eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung mit Analysen gewährleistet ist, sind Versicherer und Leistungserbringer in der Wahl ihrer Vertragspartner frei. Die Verträge regeln insbesondere die Vergütung für die Analysen.
>
> [2] Die Versicherer machen den Versicherten, den Ärztinnen und Ärzten, den Spitälern und den Kantonen eine Liste der Leistungserbringer zugänglich, mit denen sie einen Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen haben. Jede Änderung der Liste ist zu veröffentlichen. Die Versicherten und Kantone haben jederzeit Einsicht in die aktualisierte Liste. Die Versicherer können die Informationen auf der Versichertenkarte hinterlegen.
>
> [3] Der anordnende Leistungserbringer informiert die versicherte Person vor der Auftragserteilung darüber, wenn für deren Versicherer keine Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbracht werden dürfen, weil kein Zusammenarbeitsvertrag nach Absatz 1 besteht. Der Bundesrat regelt die Sanktionen, sollte der Leistungserbringer den Aufklärungspflichten nicht nachkommen.

In der Begründung des Antrags wird festgehalten, dass die Lockerung des Vertragszwangs in diesem Bereich für die betreffenden Analysen wichtig sei, damit der Wettbewerb weiter gestärkt und die Prämienzahlerinnen und Prämienzahler von wesentlich tieferen Preisen profitieren können. So werde die Möglichkeit bestehen, dass die Tarifpartner eigenständig Verträge aushandeln können, was die Effizienz verbessern werde.

Die Einführung solcher Zusammenarbeitsverträge zwischen den Krankenversicherern und den Laboratorien, die keine Analysen der Grundversorgung für den Eigenbedarf durchführen, bedeutet nach Auffassung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), dass neben der eigentlichen kantonalen Zulassung der betreffenden Laboratorien zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) nach Artikel 36 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) ein zusätzliches Steuerungselement für die Krankenversicherer

---

[1] Betroffen von dieser Regelung sind somit grundsätzlich die Auftragslabore nach Artikel 54 Absatz 3 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) und die Offizin eines Apothekers oder einer Apothekerin nach Artikel 54 Absatz 1 Buchstabe c KVV. Die restlichen Laboratorien (Spitallaboratorien und Praxislabore) können Analysen der Grundversorgung für den Eigenbedarf durchführen

hinzukommt. Zudem stellt dieser Zusammenarbeitsvertrag eine neue Vertragsart im KVG dar. Damit grenzt er sich von den Tarifverträgen nach Artikel 43 Absatz 4 in Verbindung mit Artikel 46 KVG ab. Diesbezüglich ist zu beachten, dass auf eine Genehmigungspflicht dieser Zusammenarbeitsverträge durch eine staatliche Behörde, wie sie in Artikel 46 Absatz 4 KVG für andere Tarifverträge vorgesehen ist, verzichtet wird. Die Versicherer machen indessen eine aktualisierte Liste der Laboratorien, mit denen sie einen Vertrag abgeschlossen haben, den Versicherten, den Leistungserbringern und den Kantonen zugänglich.

Das BAG wurde während der Beratung des Vorstosses in der SGK-N am 7. November 2024 gebeten, in einer Notiz festzuhalten, ob diese neuen Regeln dem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) unterstehen und wie die entsprechenden Rechtsmittelwege / Verwaltungsverfahren aussehen. Das BAG hat diesbezüglich ebenfalls das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) konsultiert.

2 Einordnung des Zusammenarbeitsvertrages in die bestehende KVG-Systematik

Wie bereits angetönt wird für die betreffenden Laboratorien mit Artikel 37*a* E-KVG eine zusätzliche Bedingung für die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der OKP eingefügt. Mit der Aufhebung des Kontrahierungszwangs obliegt es somit den Krankenversicherern, zu entscheiden, mit welchen Laboratorien, die keine Analysen der Grundversorgung für den Eigenbedarf durchführen, ein Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen und wie im jeweiligen Kanton eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung mit Analysen sichergestellt wird (vgl. Art 37*a* Abs. 1 Satz 2 E-KVG). Eine entsprechende Kompetenz der Kantone (ähnlich zu Art. 45 KVG), Massnahmen zu ergreifen, sofern eine qualitativ hochstehende und zweckmässige Versorgung der betreffenden Laboratorien durch die Krankenversicherer nicht sichergestellt ist, fehlt im Entwurf. Und somit ebenfalls die Möglichkeit, solche Entscheide bzw. Massnahmen der Kantonsregierungen vor dem Bundesverwaltungsgericht anzufechten (via Art. 53 KVG).

Nach Artikel 37*a* Absatz 1 Satz 3 E-KVG regelt der Zusammenarbeitsvertrag neben der Zulassung der Laboratorien insbesondere auch die jeweilige Vergütung der Analysen. Der Zusammenarbeitsvertrag grenzt sich somit – auch was die Einordnung der Regelung in die KVG-Systematik betrifft – von den jeweiligen Regeln des Tarifrechts in Artikel 43 ff. KVG ab. Namentlich entfällt eine Genehmigung bzw. Festsetzung dieser Verträge durch die jeweils zuständigen Behörden nach den Artikeln 46 Absatz 4, 47 und 48 KVG. Mit der Aufhebung des Kontrahierungszwangs in bestimmten Leistungsbereichen der Analysen geht einher, dass der im geltenden KVG vorgesehene regulierte Wettbewerb und damit auch eine staatliche Markt- oder Preisordnung fallen gelassen wird. Ersichtlich wird dies beim neuen Zusammenarbeitsvertrag nach Artikel 37*a* E-KVG. Dieser wird von der zuständigen Behörde nach Artikel 46 Absatz 4 KVG weder genehmigt noch nach den Artikeln 47 und 48 KVG festgesetzt. Ebenfalls entfällt die Anhörung beim Preisüberwacher. Auf die entsprechenden Leistungsbereiche der Analysen ist folglich das Kartellgesetz grundsätzlich anwendbar.

3 Das Kartellgesetz

Das Kartellgesetz bezweckt eine Förderung des wirksamen Wettbewerbs, indem es volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen entgegenwirkt. Bei der überwiegenden Mehrheit der Geschäftsbeziehungen auf Märkten, auf denen Handelspartner miteinander konkurrieren, gibt es diesbezüglich keine Probleme, die ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden erfordern. Nur wenn die Akteure beschliessen, sich dem gesunden Wettbewerb zu entziehen, indem sie den Wettbewerbsdruck durch Absprachen (z.B. über Preise, Mengen und/oder Gebietsaufteilung) verringern (Art. 5 KG) oder eine marktbeherrschende oder relativ

marktmächtige Stellung ausnutzen (Art. 7 KG), greift das Kartellgesetz. Derartiges Verhalten dient dazu, den beteiligten Unternehmen zum Nachteil der Kunden eine Kartellrente zu verschaffen. Die Intervention konzentriert sich daher gegebenenfalls auf die Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs zum Nutzen der Gesamtwirtschaft.

Sind die relevanten Vertragsparteien im vorliegenden Kontext an das KG gebunden, bedeutet dies, dass gemeinsame Verhandlungen über Zusammenarbeitsverträge, beispielsweise zwischen Verbänden oder (grossen) Gruppen von Laboratorien und/oder Versicherern, als Wettbewerbsabreden nach Artikel 4 Absatz 1 KG qualifiziert werden und kartellrechtlich gemäss Artikel 5 KG problematisch sein können. Ohne Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Artikel 5 Absatz 2 KG wären solche Zusammenarbeitsverträge unzulässig und könnten von Sanktionen begleitet werden. Die Senkung allfälliger bürokratischer beziehungsweise administrativer Kosten der Verhandlungen auf Verbandsstufe kann hierbei nicht als Effizienzgrund im Sinne des KG geltend gemacht werden. Ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen.

Als Orientierungshilfe für zulässige Kooperationen können die folgenden dienen:

- Versicherer können Einkaufsgemeinschaften bilden, wenn die Gruppierung erlaubt, bessere Einkaufskonditionen zu erreichen, als dies ohne die Gruppierung möglich gewesen wäre (z.B. Mengenrabatte). Die erwirtschafteten Vorteile wären jedoch grundsätzlich den Versicherten weiterzuleiten.
- Laboratorien können Arbeitsgemeinschaften bilden, wenn sie in einem konkreten Fall bei einer allfälligen Ausschreibung eines oder mehrerer Versicherer für die Belieferung von bestimmten Analysen getrennt nicht in der Lage wären, eine Offerte einzureichen (z.B. zu kleines Sortiment und/oder zu geringe Menge bestimmter Analysen). Je grösser jedoch die Gruppe ist und je unbegründeter die Vorbringen für deren Bildung sind, desto höher ist das Risiko einer Kartellrechtsverletzung.

Weiter müssen die Vertragspartner Artikel 4 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 7 KG berücksichtigen. Dieser definiert die Fälle/Verhaltensweisen, die als missbräuchlich zu betrachten sind, wenn sie von Unternehmen angewendet werden, die auf einem bestimmten Markt beherrschend oder relativ marktmächtig sind. Konkret: Wenn ein Versicherer oder ein Laboratorium beispielsweise in einem Kanton eine marktbeherrschende Stellung hat, könnte es im Sinne des KG problematisch sein, wenn es gegenüber dem Vertragspartner ein diskriminierendes oder ausbeuterisches Verhalten an den Tag legt.

4 Zivilrechtliches Verfahren nach dem KG

Wer nach Artikel 12 KG durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat grundsätzlich Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (a), Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts (b) oder Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (c) (Kartellzivilverfahren). Klageberechtigt sind hierbei Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG). Der Staat ist ebenfalls klageberechtigt, wenn er als öffentlich-rechtliches Unternehmen betroffen ist.

Weiter ist eine Meldung beziehungsweise die Anzeige eines potentiell wettbewerbswidrigen Verhaltens bei den Behörden möglich (Kartellverwaltungsverfahren). Diese kann durch Beteiligte, beispielsweise durch Leistungserbringer(verbände) oder Versicherer(verbände), beziehungsweise Drittpersonen (somit auch durch versicherte Personen) erfolgen.

5 Zusammenfassung und Herausforderungen

Die KVG-Änderung «Tarife der Analysenliste» (24.037) bezweckt den Übergang vom Amtstarif hin zum einem Verhandlungstarif. Die SGK-N wünscht, dass zusätzlich zu diesem Systemwechsel für bestimmte Laboratorien die Aufhebung des Kontrahierungszwangs eingeführt wird, dies durch das Einfügen eines neuen Artikels 37*a* E-KVG. Die hierbei vorgesehene Regelungsdichte ist sehr gering und lässt viele Fragen offen:

1. Es ist unklar, wer die Versorgungslage im betreffenden Kanton im Bereich der betreffenden Analysen feststellt („Soweit…“) und wie vorzugehen ist, wenn eine ungenügende Versorgung (bzw. genügende Versorgung) besteht. Namentlich hat dies auch zur Folge, dass je nach Kanton ganz verschiedene Vergütungssysteme für die betreffenden Analysen gelten können.
2. Laboratorien führen Analysen für den Eigenbedarf und / oder im Fremdauftrag durch. Es ist unklar, ob Labortypen, die beides machen (bspw. das Spitallabor), von der Aufhebung des Kontrahierungszwangs ebenfalls betroffen sind.
3. Die Versicherer machen nach Artikel 37*a* Absatz 2 E-KVG den Versicherten, den Ärztinnen und Ärzten, den Spitälern und den Kantonen eine Liste der Leistungserbringer zugänglich, mit denen sie einen Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen haben. Jede Änderung der Liste ist zu veröffentlichen. Es ist unklar, was passiert, wenn die Versicherer dieser Pflicht zur Aktualisierung nicht nachkommen (sowohl im Verhältnis Versicherer – Leistungserbringer als auch im Verhältnis Versicherer – Leistungserbringer – versicherte Person).