

Simon Haefeli

## Ruinöse Unrechtsprechung

Wirtschaftlichkeitsverfahren nach Art. 56 KVG

---

Gemäss gesetzlichem Auftrag werden Ärzte von den Krankenkassen auf ihre Wirtschaftlichkeit nach Art. 56 KVG geprüft. Mit bundesrichterlichem Segen geschieht dies mittels einer statistischen Analyse (Durchschnittskostenvergleich; ANOVA), welche teure Ärzte kostengünstig und kostengünstige Ärzte teuer erscheinen lässt. Neben dem entstehenden volkswirtschaftlichen Schaden werden auch fundamentale Prozessrechte der Ärzte verletzt und es wird gegen das Legalitätsprinzip (Art. 5 BV) verstossen. Das Wirtschaftlichkeitsverfahren, die neuere Rechtsprechung und die neue Gesetzgebung (Art. 59 KVG) sollen in diesem Aufsatz erläutert und kritisch hinterfragt werden.

---

Rechtsgebiet(e):: Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Simon Haefeli, Ruinöse Unrechtsprechung, in: Jusletter 18. August 2008

## Inhaltsübersicht

- A. Zweifelhafte Sicherheit
- B. Faires Verfahren mit unfairen Regeln?
  - I. Rechtsgrundlage
  - II. Rechtsweg
    - 1. Paritätische Vertrauenskommission (PVK)
    - 2. Kantonales Schiedsgericht
    - 3. Bundesgericht
  - III. Legitimation
    - 1. Aktivlegitimation
    - 2. Passivlegitimation
  - IV. Beweisregeln
    - 1. Untersuchungsprinzip
    - 2. Mitwirkungspflicht
    - 3. Beweisgrad
    - 4. Beweislast
- C. Denn sie wissen nicht, was sie tun
  - I. Elemente des Wirtschaftlichkeitsgebotes
    - 1. Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit (WZW) – nach Art. 32 Abs. 1 KVG
    - 2. Das Interesse des Versicherten
    - 3. Das erforderliche Mass
  - II. Methoden der Wirtschaftlichkeitsprüfung
    - 1. Analytische Prüfungsmethoden
    - 2. Statistische Prüfungsmethoden
  - III. Zum Durchschnittskostenvergleich im Besonderen
    - 1. Rechtsgrundlagen
    - 2. Statistische Voraussetzungen des Durchschnittskostenvergleichs
      - a) Vergleichskollektiv
      - b) Zeitraum
      - c) Verwertbarkeit der Statistik
      - d) Die Stellung der *santésuisse* im Rahmen der WZW-Verfahren
    - 3. Anwendung des Durchschnittskostenvergleichs im Verfahren
      - a) Anwendung des Durchschnittskostenvergleichs
      - b) Praxisbesonderheiten
      - c) Rückforderung veranlasster Kosten: BGE 130 V 377
      - d) Gesamtkostenbetrachtung: BGE 133 V 37
      - e) Kritik an der Beweisgrenze
- D. Was dem Arzt droht
  - I. Rückforderungsanspruch
    - 1. Allgemein
    - 2. Rechtsänderung nach Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG
  - II. Weitere Folgen
- E. Fazit

Literaturverzeichnis

## A. Zweifelhafte Sicherheit

«Unwirtschaftliches Verhalten ist aus den Daten des *santésuisse*-Datenpools sowie aus dem Tarifpool zweifelsfrei nachweisbar.»

ROLAND AMSTUTZ, *santésuisse*<sup>1</sup>

[Rz 1] Mit dem einleitenden Zitat scheint alles gesagt, keine Punkte bleiben offen. Dennoch muss vielleicht, ganz in sokratischer Tradition, gefragt werden: «Jetzt aber, beim Zeus, sage mir, was du ebenso genau zu wissen behauptest».<sup>2</sup>

[Rz 2] Über das unwirtschaftliche Verhalten wird viel diskutiert und viel geschrieben, ganze Tagungen und Dissertationen werden dem Thema gewidmet. Damit wird deutlich, dass möglicherweise doch nicht alles so klar ist, wie es die *santésuisse*, der Verband der Krankenkassen, wissen lassen will. Das Gesundheitswesen ist ein Anliegen der Schweizer: Jede Person soll die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhalten (Art. 41 Abs. 1 lit. b BV), die Leistungen von Ärzten und Apothekern sollen qualitativ hochstehend (Art. 46 Abs. 6 KVG), wirksam und zweckmässig, aber dennoch wirtschaftlich sein (Art. 32 Abs. 1 KVG). Die Kontrolle hierüber ist den Krankenkassen übertragen worden. Sie versuchen dieser Aufgabe hauptsächlich mit statistischen Kostenkontrollen zu genügen. Ärzte, welche nach bestem Wissen und Gewissen behandeln, fühlen sich oft überfordert, wenn sie schriftlich aufgefordert werden, über ihre deutlich überdurchschnittlichen Kosten zu informieren und klärende Gespräche zu führen. Wie soll sich ein Arzt erklären? Stimmen Statistiken, sind sie zweifelhaft oder lügen die Zahlen gar?

[Rz 3] Rückforderungsverfahren haben oft grosse finanzielle Auswirkungen für den Arzt. Dazu kommen die Zeit, die neben der Arztstätigkeit in ein Verfahren investiert werden muss, und die Angst, als «schwarzes Schaf» abgestempelt zu werden. Während auf der einen Seite ein gut vorbereiteter, als Verwaltungsorgan amtierender Finanzriese steht, muss sich auf der anderen Seite eine Einzelperson gegen die erheblichen Vorwürfe wehren: Wohl gilt nach Art. 29 Abs. 1 BV die Waffengleichheit für alle Gerichts- und Verwaltungsverfahren,<sup>3</sup> aber was bedeutet schon Waffengleichheit bei so unterschiedlichen Voraussetzungen?

[Rz 4] Die Frage des Sokrates an Euthyphron ist beinahe 2500 Jahre alt, aber dennoch kann sie uns noch immer dazu dienen, Fakten zu hinterfragen und neugierig an der Oberfläche von Lehrsätzen und Dogmen zu kratzen: ☐ ☐ ☐☐☐☐ – Was ist das, was die *santésuisse* so genau zu wissen behauptet, und ist ihr Wissen fundiert?

[Rz 5] Vorliegender Aufsatz soll in zusammenfassender Form, unter Berücksichtigung von Literatur und Praxis, die Rechtsgrundlagen des Rückforderungsverfahrens nach Art. 56 Abs. 1 KVG darstellen und nach Schwachstellen der aktuellen Handhabung suchen. Dazu werden zunächst in einem formal-rechtlichen Teil die Rechtsgrundlagen des Rückforderungsverfahrens, der Rechtsweg, die Klagelegitimationen und Beweisregeln erläutert, bevor im materiell-rechtlichen Teil das Wirtschaftlichkeitsgebot und die Verfahren zur Überprüfung desselben, insbesondere das Durchschnittskostenverfahren, erklärt werden.

<sup>1</sup> AMSTUTZ, 94.

<sup>2</sup> PLATON, Euthyphron, 5c, Reclam-Ausgabe, übersetzt und herausgegeben

VON OTTO LEGGEWIE, 2007.

<sup>3</sup> HÄFELIN/HALLER, 238.

## B. Faires Verfahren mit unfairen Regeln?

### I. Rechtsgrundlage

[Rz 6] Leistungen zulasten der obligatorischen Grundversicherung müssen sich auf das im Interesse des Versicherten liegende Mass beschränken und für den Behandlungszweck erforderlich sein (Art. 56 Abs. 1 KVG als *lex specialis* zu Art. 32 Abs. 1 KVG).<sup>4</sup> Für Leistungen, die darüber hinausgehen, kann die Vergütung verweigert oder, falls sie bereits bezahlt wurde, zurückgefordert werden (Art. 56 Abs. 2 KVG). Die Rückforderung richtet sich nach Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG.<sup>5</sup>

### II. Rechtsweg

#### 1. Paritätische Vertrauenskommission (PVK)

[Rz 7] Nach dem KVG müssen Vermittlungsverfahren nicht mehr zwingend vor dem Anrufen des Schiedsgerichtes durchlaufen werden. Nach Art. 17 Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. c bis e des Rahmenvertrags TARMED<sup>6</sup> werden die PVKs in den meisten Kantonen dennoch eingesetzt und sind zuständig zur Überprüfung von Rückforderungsverfahren nach Art. 56 Abs. 1 KVG. Eine PVK setzt sich aus je zwei Vertretern der Krankenkassen und der Leistungserbringer sowie einem Vorsitzenden zusammen. In der Praxis können sehr oft bereits in der PVK Lösungen gefunden werden, so dass Gerichtsverfahren nur selten notwendig sind.

#### 2. Kantonales Schiedsgericht

[Rz 8] Über Rückforderungsbegehren entscheidet ein kantonales Schiedsgericht (Art. 89 Abs. 1 KVG). Dieses ist paritätisch mit neutralem Vorsitz zusammengesetzt und kann allenfalls durch ein kantonales Versicherungsgericht, jeweils ergänzt mit einem Vertreter der Beteiligten, ersetzt werden (Art. 89 Abs. 4 KVG). Trotz der hohen Anforderungen an die Vertreter des Schiedsgerichtes<sup>7</sup> sind angesichts des teilweise bedeutenden Streitwerts, Zweifel an der Richtigkeit dieser Praxis angebracht,<sup>8</sup> da faktisch die vorsitzende Person häufig alleine entscheiden muss.<sup>9</sup>

#### 3. Bundesgericht

[Rz 9] Gegen die Entscheide des kantonalen Schiedsgerichts kann seit 1. Januar 2007 anstelle der bisherigen

Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 91 KVG i.V.m. Art. 82 lit. a BGG erhoben werden.

### III. Legitimation

#### 1. Aktivlegitimation

[Rz 10] Aktivlegitimation besitzen im System des 9Tiers payant: die Versicherer, im System des 9Tiers garant: Versicherte und Versicherer (Art. 56 Abs. 2 KVG)<sup>10</sup>, wobei die Versicherten vor dem Schiedsgericht durch die Versicherer vertreten werden (Art. 89 Abs. 3 KVG). Die Versicherer können auch gegen den Willen der Versicherten rückfordern.<sup>11</sup>

[Rz 11] Praxisgemäss ist es zulässig, dass die Krankenversicherer gemeinsam, jeweils in eigenem Namen Klage erheben.<sup>12</sup> Nicht aktivlegitimiert ist hingegen ein Verband von Krankenkassen,<sup>13</sup> wobei dies schon früher nicht konsequent eingehalten wurde<sup>14</sup> und nach der Gesetzesänderung von Art. 59 Abs. 2 KVG wohl an Bedeutung verlieren wird, da dort Versicherer-Verbände legitimiert werden, Sanktionen zu fordern.<sup>15</sup>

#### 2. Passivlegitimation

[Rz 12] Passivlegitimiert sind alle Leistungserbringer nach Art. 35 KVG (Art. 59 Abs. 1 KVG).<sup>16</sup> Hauptadressaten sind aber Ärzte, da sie in grösserem Ausmass als andere Leistungserbringer selbstständig wirtschaftlich relevante Entscheidungen treffen.<sup>17</sup>

### IV. Beweisregeln

#### 1. Untersuchungsprinzip

[Rz 13] Im Rückforderungsverfahren gilt das Untersuchungsprinzip: Das Gericht stellt unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen fest, erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei (Art. 89 Abs. 5 KVG).<sup>18</sup> Dies überträgt dem Gericht die

<sup>4</sup> MAURER, 96; sowie ausführlich EUGSTER, Wirtschaftlichkeitsgebot, 14 ff.

<sup>5</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, 667; neu kann somit in Abweichung zu KIESER, Formelle Fragen, 107, davon ausgegangen werden, dass die erforderliche gesetzliche Grundlage gegeben ist.

<sup>6</sup> Rahmenvertrag KVG.

<sup>7</sup> KIESER, Formelle Fragen, 120.

<sup>8</sup> KIESER, Formelle Fragen, 120.

<sup>9</sup> BGE 114 V 292, E. 3d.

<sup>10</sup> Im System des Tiers payant sind die Versicherer Schuldner des Arztes für Arztrechnungen (Art. 42 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Rahmenvertrag Tarmed), im System des Tiers garant hingegen die Versicherten, welche ihrerseits Anspruch auf Rückerstattung der Leistung durch den Versicherer haben (Art. 42 Abs. 1 KVG).

<sup>11</sup> BGE 127 V 285.

<sup>12</sup> BGE 127 V 286; EUGSTER, Krankenversicherung, 668.

<sup>13</sup> BGE 110 V 348; DESCHENAUX, 543; KIESER, Formelle Fragen, 115.

<sup>14</sup> BGE 119 V 325 f.

<sup>15</sup> Ähnlich wohl auch EUGSTER, Krankenversicherung, 668 f.

<sup>16</sup> KIESER, Formelle Fragen, 116.

<sup>17</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 43; aber auch Verfahren gegen Physiotherapeuten sind schon vorgekommen: K 98/86 vom 12.11.1987, zitiert nach EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 45.

<sup>18</sup> KIESER, Formelle Fragen, 129.

Verantwortung für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen.<sup>19</sup> Daraus ergibt sich etwa, dass das Gericht zumindest nach allfälligen Praxisbesonderheiten fragen muss; hingegen muss es nicht Praxisbesonderheiten abklären, die ihm gar nicht bekannt sein können.<sup>20</sup>

[Rz 14] Im Verfahren vor der PVK wird das Untersuchungsprinzip nicht angewandt, es wird meist aufgrund der vorgebrachten Akten entschieden.

## 2. Mitwirkungspflicht

[Rz 15] Die in Art. 89 Abs. 5 KVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien besteht insbesondere für die Beschaffung von Unterlagen, welche nur durch diese selbst beschafft werden können und für Tatsachen, die ihnen besser bekannt sind als dem Gericht.<sup>21</sup> Der Sachverhalt wird durch das kantonale Schiedsgericht ermittelt, das Bundesgericht ist an diesen Sachverhalt gebunden.<sup>22</sup>

## 3. Beweisgrad

[Rz 16] Wie allgemein im Sozialversicherungsrecht ist auch im Rückforderungsverfahren der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anwendbar.<sup>23</sup> Das Gericht muss eine begründete Überzeugung erhalten, dass der erstellte Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht, ihm keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können<sup>24</sup> und somit jeder erhebliche Zweifel ausgeschlossen ist.<sup>25</sup>

[Rz 17] Die Praxis des Bundesgerichts wird zu Recht kritisiert. Wohl vermag das öffentliche Interesse an tiefen Prämien in den Sozialversicherungen eine Senkung des Beweismasses zu rechtfertigen. Dies geschieht jedoch bereits durch die Zulassung der statistischen Analyse, welche in anderen Rechtsbereichen kaum Anwendung findet. Es ist daher für den Beweis der unwirtschaftlichen Behandlungsweise der Auffassung zu folgen, dass Gerichte den Beweisgrad der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, der keine ernsthaften Zweifel an der Richtigkeit der Resultate mehr zulässt, anwenden sollten.<sup>26</sup> Dieser Auffassung ist auch zu folgen, weil der Verband der Krankenversicherer, *santésuisse*, verlauten lässt, dass aus seiner Statistik unwirtschaftliches Verhalten «zweifelsfrei nachweisbar» ist.<sup>27</sup>

[Rz 18] Zur Schätzung des unwirtschaftlichen Aufwandes

wird lediglich verlangt, dass keine vernünftigen Zweifel über die Höhe der Unwirtschaftlichkeit bestehen.<sup>28</sup>

## 4. Beweislast

[Rz 19] Gemäss herrschender Lehre gilt die in Art. 8 ZGB aufgeführte Beweislastregel auch im Verwaltungsrecht.<sup>29</sup> Die Parteien haben die Beweislast insofern zu tragen, als der Entscheid zu Ungunsten desjenigen ausgefällt wird, der aus einem vorgebrachten Sachverhalt Rechte ableiten wollte.<sup>30</sup>

[Rz 20] Zunächst muss im Rückforderungsverfahren der Versicherer den Beweis erbringen, dass sich der Leistungserbringer aus unwirtschaftlicher Behandlung ungerechtfertigt bereichert hat.<sup>31</sup> Sodann besteht für den Leistungserbringer die Möglichkeit, durch Vorbringen von Tatsachen diesen Beweis zu entkräften.<sup>32</sup> Für diese Tatsachen trägt der Arzt die volle Beweislast.<sup>33</sup> Somit hat der Arzt, sobald die Statistik einen genügend hohen Index für ihn ausweist, einen Gegenbeweis zu erbringen,<sup>34</sup> was faktisch einer Beweislastumkehr gleichkommt.<sup>35</sup> Dies entspricht zwar nicht einer Schuldvermutung, wie WENGER behauptet.<sup>36</sup> Dennoch widerspricht es der logischen Grundstruktur des Beweisrechts, da die in den bisherigen Fällen vorgebrachten Einwände<sup>37</sup> grundsätzlich den Hauptbeweis, nämlich die Versicherer-Statistik, betreffen.<sup>38</sup> Somit sinkt durch bewiesene Einwände die Wahrscheinlichkeit des Hauptbeweises. Sobald die Wahrscheinlichkeit des Hauptbeweises aber unter den verlangten Beweisgrad sinkt, muss das Begehren der Krankenkassen als nicht substantiiert abgewiesen werden.

## C. Denn sie wissen nicht, was sie tun

### I. Elemente des Wirtschaftlichkeitsgebotes

[Rz 21] Die Gebote der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit sind in Art. 32 Abs. 1 KVG statuiert. Zur Überprüfung dieser Gebote wird in der Praxis Art. 56 Abs. 1 KVG als *lex specialis* angewandt.<sup>39</sup>

<sup>19</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 351.

<sup>20</sup> KIESER, Formelle Fragen, 131.

<sup>21</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 352.

<sup>22</sup> KIESER, Formelle Fragen, 131.

<sup>23</sup> BGE 115 V 142; KIESER, Formelle Fragen, 131.

<sup>24</sup> KIESER, Formelle Fragen, 131.

<sup>25</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 130.

<sup>26</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 130 f.

<sup>27</sup> Siehe Zitat zu Beginn der Einleitung: AMSTUTZ, 94; SANTÉSUISSE, Positionspapier Wirtschaftlichkeitsverfahren, 3.

<sup>28</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 133; DERSELBE, Überarztung, Rn. 65 m.w.H.

<sup>29</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 351; EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 133; BasKomm/SCHMID, Art. 8, Rz. 27.

<sup>30</sup> BGE 115 V 113; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 351; EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 133; KIESER, Formelle Fragen, 134.

<sup>31</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 134.

<sup>32</sup> EUGSTER, Überarztung, Rn. 63.

<sup>33</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 134.

<sup>34</sup> KIESER, Formelle Fragen, 132.

<sup>35</sup> BasKomm/SCHMID; EUGSTER, Überarztung, Rn. 64.

<sup>36</sup> WENGER, 73.

<sup>37</sup> Siehe C.III.3.b).

<sup>38</sup> KIESER, Formelle Fragen, 133.

<sup>39</sup> POLEDNA, 413.

### 1. Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit (WZW) – nach Art. 32 Abs. 1 KVG<sup>40</sup>

[Rz 22] Eine Leistung ist wirksam, wenn sie geeignet ist, auf den angestrebten Nutzen hinzuwirken. Die Zweckmässigkeit setzt Wirksamkeit voraus und dient als Auswahlkriterium für eine der zur Wahl stehenden Methoden. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit schliesslich sagt aus, dass bei gleichermassen zweckmässigen Methoden die kostengünstigste gewählt werden muss. Diesem simplen Prüfschema kann in der Praxis kaum gefolgt werden, weil die vom Arzt zu treffenden Entscheidungen *ex ante* zu erfolgen haben. Somit ist eine objektiv richtige Beurteilung von Wirksamkeit und Zweckmässigkeit nur schwierig zu erreichen. Damit wird auch die Prüfung der Wirtschaftlichkeit stark erschwert.

[Rz 23] Liegt eine fehlerhafte wirtschaftliche Entscheidung eines Leistungserbringers vor, welche diesem direkt zurechenbar ist, so wird sie nach Art. 56 Abs. 1 KVG beurteilt. Darin wird vom Leistungserbringer eine Beschränkung auf das Interesse des Versicherten und das für den Behandlungszweck erforderliche Mass gefordert.

### 2. Das Interesse des Versicherten

[Rz 24] Art. 56 Abs. 1 KVG hat ausschliesslich eine leistungsbeschränkende Funktion, die Norm räumt keine Leistungsansprüche ein.<sup>41</sup> Somit ist es dem Arzt im Interesse des Versicherten verboten, entbehrliche Behandlungen durchzuführen. Dies hat allerdings nur wenig Einfluss auf die Frage nach der Wirtschaftlichkeit einer Handlung.<sup>42</sup> Aufgehoben wird diese Schranke allenfalls durch Art. 43 Abs. 6 KVG, welcher dem Versicherten das Recht auf eine qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung einräumt.

### 3. Das erforderliche Mass

[Rz 25] Mit der Erforderlichkeit bestimmt das Gesetz, dass nur unentbehrliche Leistungen im Rahmen der Grundversicherung erbracht werden dürfen.<sup>43</sup> Allerdings ist, insbesondere unter Berücksichtigung des Qualitätsgebotes von Art. 43 Abs. 6 KVG, die grosse Spannweite der subjektiven Wahrnehmung des Erforderlichen zu beachten.<sup>44</sup> Die Rechtsprechung verlangt eine objektive Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Behandlungen.<sup>45</sup> Objektivität schliesst auch Massnahmen mit ein, die nach medizinisch-wissenschaftlichen Kriterien als wirtschaftlich angesehen werden können.<sup>46</sup> Es wird also geprüft, was aus Sicht des Arztes vor

der Behandlung als wirtschaftlich und medizinisch indiziert betrachtet werden durfte.

## II. Methoden der Wirtschaftlichkeitsprüfung

[Rz 26] Die Wirtschaftlichkeit muss nach Art. 32 Abs. 2 KVG periodisch überprüft werden. Als Durchführungsorgan der sozialen Krankenversicherung fällt diese Aufgabe den Versicherern zu.<sup>47</sup> Die Gerichte dürfen, im Einklang mit der Untersuchungsmaxime, sämtliche Methoden zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit verwenden, wobei in der Praxis statistische Methoden den Vorrang geniessen.<sup>48</sup>

### 1. Analytische Prüfungsmethoden

[Rz 27] Zur analytischen Prüfung der Wirtschaftlichkeit werden etwa die punktuelle Einzelfallprüfung, die systematische Einzelfallprüfung und die repräsentative Einzelfallprüfung mit Hochrechnung aufgeführt.<sup>49</sup>

[Rz 28] Bei der punktuellen Einzelfallprüfung wird eine bestimmte Rechnung auf die Wirtschaftlichkeit überprüft. Da diese Methode aber sehr aufwändig ist, gelangt sie nur selten zur Anwendung. Bei der systematischen Einzelfallprüfung wird das Prinzip der punktuellen Einzelfallprüfung auf alle Rechnungen einer bestimmten Zeitperiode ausgedehnt, weshalb sie die gleichen Probleme aufwirft und ebenfalls kaum angewandt wird. Die repräsentative Einzelfallprüfung mit Hochrechnung gelangt in Deutschland und Österreich zur Anwendung, in der Schweiz jedoch kaum. Es wird dabei eine grössere Anzahl von Behandlungsfällen auf ihre Wirtschaftlichkeit geprüft. Gestützt darauf wird das Mass der Unwirtschaftlichkeit bestimmt und auf die Zahl der Behandlungsfälle hochgerechnet.

### 2. Statistische Prüfungsmethoden

[Rz 29] Als statistische Prüfungsmethoden der Wirtschaftlichkeit gelten der Durchschnittskostenvergleich und das Perzentilenverfahren.<sup>50</sup> Letzteres gelangt in der Schweiz seit seiner Ablehnung durch das EVG<sup>51</sup> nicht mehr zur Anwendung.<sup>52</sup> Der Durchschnittskostenvergleich hingegen ist die am häufigsten verwendete Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit. Dabei werden die durchschnittlichen Behandlungsfallkosten pro Arzt über eine bestimmte Behandlungsperiode errechnet und mit einem Ärztekollektiv verglichen. Der Mittelwert des Kollektivs liegt bei 100 Indexpunkten. Liegt der Wert

<sup>40</sup> Der gesamte Abschnitt folgt EUGSTER, Wirtschaftlichkeitsgebot, 14 ff.

<sup>41</sup> BGE 111 V 326 f.

<sup>42</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitsgebot, 17; a.A.: DESCHENAUX, 537.

<sup>43</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitsgebot, 18.

<sup>44</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitsgebot, 19 ff.

<sup>45</sup> BGE 119 V 448.

<sup>46</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitsgebot, 23.

<sup>47</sup> POLEDNA, 413; EUGSTER, Krankenversicherung, 660.

<sup>48</sup> BGE 99 V 193, E. 3; EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 87 f.; DESCHENAUX, 540; differenzierter EUGSTER, Überarztung, Rn. 12.

<sup>49</sup> Die folgenden Ausführungen folgen im wesentlichen SCHÜRER, 78 f.; ausführlicher dazu EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 78 ff.

<sup>50</sup> Ausführlich zum Perzentilenverfahren EUGSTER, 323 ff.

<sup>51</sup> Nicht veröffentlichtes Urteil K 69/91 vom 12.01.1993.

<sup>52</sup> SCHÜRER, 80.

des geprüften Arztes erheblich über dem Gruppenindex, sind nähere Abklärungen notwendig.<sup>53</sup>

### III. Zum Durchschnittskostenvergleich im Besonderen

[Rz 30] Der Durchschnittskostenvergleich ist das gängigste Verfahren. Der Vergleich ist aber auch ein häufig kritisierendes Verfahren,<sup>54</sup> weshalb er genauer untersucht werden soll.

#### 1. Rechtsgrundlagen

[Rz 31] Die Gebote von Art. 32 Abs. 1 KVG und Art. 56 Abs. 1 KVG müssen nicht nur im einzelnen Behandlungsfall, sondern insbesondere für sämtliche über einen längeren Zeitraum hindurch erbrachten Behandlungen eingehalten werden.<sup>55</sup> Diese Prüfung wird durchgeführt, wenn die Behandlungen im Durchschnitt wesentlich teurer sind als die Behandlungen einer Vergleichsgruppe.<sup>56</sup> Für die Anwendung des Durchschnittskostenvergleichs braucht es keine gesetzliche Grundlage, da er – obwohl ein statistischer Ansatz in anderen Rechtsgebieten kaum vorkommen dürfte<sup>57</sup> – ein reines Beweismittel darstellt.<sup>58</sup> Die Prüfung kann sich darauf beschränken, dass die durchschnittlichen Behandlungskosten des betreffenden Arztes mit denjenigen anderer Ärzte unter ähnlichen Bedingungen verglichen werden.<sup>59</sup>

#### 2. Statistische Voraussetzungen des Durchschnittskostenvergleichs

[Rz 32] Der Durchschnittskostenvergleich beruht auf drei Grundannahmen: (1.) Die Ärzte der Vergleichsgruppe handeln wirtschaftlich, (2.) medizinische Probleme, die ein Arzt in der Praxis findet, sind mit beschränkten Mitteln zu lösen und (3.) jedem Arzt ist die Einhaltung des Mengenstandards seiner Kollegen in der Vergleichsgruppe möglich und zumutbar.<sup>60</sup> Nebst diesen Grundannahmen muss sich der Vergleich zusätzlich über einen genügend langen Zeitraum erstrecken und das Vergleichsmaterial muss genügend ähnlich sein.<sup>61</sup>

##### a) Vergleichskollektiv

[Rz 33] Damit der Vergleich eines Arztes mit einem Vergleichskollektiv zulässig ist, müssen die wesentlichen Leistungsbedingungen des Arztes mit den wesentlichen Leistungsbedin-

gungen des Kollektivs übereinstimmen.<sup>62</sup> Das heisst, dass die wesentlich erbrachten Leistungen sowohl in ihrer Anwendung als auch in ihrer Häufigkeit typisch sein müssen.<sup>63</sup> Das Vergleichskollektiv sollte nach EUGSTER aus nicht weniger als zehn Vergleichspraxen bestehen.<sup>64</sup> Das EVG hat auch schon, mit gewissen Einschränkungen, drei Ärzte als ausreichendes Kollektiv angesehen,<sup>65</sup> KIESER hingegen fordert wesentlich grössere Kollektive – für Allgemeinärzte bspw. 165 Ärzte.<sup>66</sup> Diese Zahlen sind aber mit EUGSTER für den gewöhnlichen Mittelwertvergleich als zu hoch anzusehen.<sup>67</sup> Der Arzt wird beim Durchschnittskostenvergleich, methodisch nicht korrekt,<sup>68</sup> in die Vergleichsgruppe miteinbezogen.<sup>69</sup>

##### b) Zeitraum

[Rz 34] Nach dem Bundesgericht sollte sich die Vergleichsperiode auf einen genügend langen Zeitraum erstrecken, damit sich zufällige Unterschiede mehr oder weniger ausgleichen.<sup>70</sup> Allerdings sollte er zwei Jahre nicht überschreiten.<sup>71</sup> Bei Praxisanfängern muss eine längere Beobachtungsperiode in Betracht gezogen werden.<sup>72</sup>

##### c) Verwertbarkeit der Statistik

[Rz 35] Santésuisse war bisher alleinige Lieferantin der Daten für den Durchschnittskostenvergleich. Die Daten werden jedoch verschiedentlich kritisiert: Während Ärzte, welche viel Notfalldienst leisten und ihre Patienten häufig an Spitäler oder Spezialisten verweisen, als besonders günstig gelten, werden Ärzte mit Patienten, die ihre Behandlung von Anfang bis Ende in derselben Praxis geniessen, als unwirtschaftlich ausgewiesen.<sup>73</sup> Weiter wird festgehalten, die Statistik ziehe Praxisbesonderheiten zu wenig in Betracht (insbesondere in Bezug auf das Patientenkollektiv), messe die Qualität der Leistungen nicht und betrachte nur die direkten Kosten.<sup>74</sup> Eingewandt wird ebenfalls der ungenügende Abdeckungsgrad der Statistiken sowie deren fehlende Übereinstimmung mit den Praxisdatenbanken, die zeitliche Zuordnung der Leistung, die uneinheitliche Erhebung der Daten, sowie das Ignorieren des Einflusses der Wahlfranchisen.<sup>75</sup> Auch von der Universität Lausanne wurde die Statistik der santésuisse

<sup>53</sup> SCHÜRER, 79 f.

<sup>54</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 90 f.

<sup>55</sup> SCHÜRER, 76.

<sup>56</sup> SCHÜRER, 76 ff.

<sup>57</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 41; vgl. bereits oben B.IV.3.

<sup>58</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 49 m.w.H. auf die Rechtsprechung, sowie 95.

<sup>59</sup> BGE 119 V 453.

<sup>60</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 92 f.

<sup>61</sup> POLEDNA, 414 f.; ISELIN, 109.

<sup>62</sup> EUGSTER, Überarztung, Rn. 17.

<sup>63</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 146 f.

<sup>64</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 169; DERSELBE, Überarztung, Rn. 26.

<sup>65</sup> BGE 98 V 159; nicht veröffentlichtes Urteil K 144/97 vom 16.02.2000, E. 4b, m.w.H.

<sup>66</sup> KIESER, Formelle Fragen, 133 f., Fn. 133.

<sup>67</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 170.

<sup>68</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 173 m.w.H.

<sup>69</sup> Nicht veröffentlichtes Urteil K 144/97 vom 16.02.2000, E. 5c.

<sup>70</sup> BGE 103 V 154.

<sup>71</sup> BGE 119 V 454.

<sup>72</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 180.

<sup>73</sup> WENGER, 74; in diesem Sinne auch KUHN, Gesamtkostenbetrachtung, 2166.

<sup>74</sup> ISELIN, 114.

<sup>75</sup> KIESER, Gutachten, 12 f.

stark kritisiert: Keinesfalls könne die Statistik des Konkordats den Betrag einer Rückforderung festlegen – sie sei höchstens als mittelmässiges Indiz zur Überarztung verwertbar.<sup>76</sup> Demgegenüber behauptet die *santésuisse*, ihre neue Methode, ANOVA (Analysis of variance), beachte und korrigiere «alle signifikanten Faktoren wie kantonale Besonderheiten oder Alter und Geschlecht der Patienten».<sup>77</sup> Diese Behauptung ist falsch, werden doch die Kosten hauptsächlich durch die Morbidität der Behandelten indiziert.<sup>78</sup> Auch wenn die ANOVA-Methode Verbesserungen gebracht hat, sind den Krankenkassen noch immer die meisten der oben genannten Argumente entgegenzuhalten.<sup>79</sup> Die Anerkennung durch das Bundesgericht ändert an dieser Tatsache nichts, und es bleibt mit GATTIKER zu hoffen,<sup>80</sup> dass die Zahlen der TrustCenter<sup>81</sup> bald ebenfalls in die gerichtliche Beurteilung einfließen werden.

#### d) Die Stellung der *santésuisse* im Rahmen der WZW-Verfahren

[Rz 36] Der Branchenverband der Krankenversicherer, *santésuisse*, führt die Statistiken und Auswertungen zu den WZW-Verfahren und nimmt auch in den Verfahren entscheidenden Einfluss. Das EJPD hält fest, dass die Situation einer vollständigen Delegation der Aufgaben an *santésuisse* i.S.v. Art. 56 KVG sehr nahe kommt.<sup>82</sup> Es kommt aber auch zum Schluss, dass Art. 59 Abs. 2 KVG eine ausreichende Gesetzesgrundlage für das Handeln der *santésuisse* darstellt.<sup>83</sup> Sie untersteht zudem der Aufsichtspflicht des Bundes, der diese aber bisher nicht wahrgenommen hat.<sup>84</sup>

### 3. Anwendung des Durchschnittskostenvergleichs im Verfahren

#### a) Anwendung des Durchschnittskostenvergleichs

[Rz 37] In der Rechtsprechung wird überwiegend der Durchschnittskostenvergleich verwendet.<sup>85</sup> Dazu werden zum Fallwertdurchschnitt des Vergleichskollektivs ein Tole-

ranzzuschlag und ein Zuschlag für Praxisbesonderheiten hinzugerechnet.<sup>86</sup>

#### b) Praxisbesonderheiten

[Rz 38] Als Praxisbesonderheiten hat das Bundesgericht verschiedene Argumente anerkannt. Diese müssen vom Arzt bewiesen werden<sup>87</sup> und umfassen:<sup>88</sup>

- eine überdurchschnittliche Anzahl behandlungsintensiver Patienten,<sup>89</sup> allerdings nur in seltenen Fällen<sup>90</sup>
- eine überdurchschnittliche Zahl von Hausbesuchen
- ein grosses Einzugsgebiet
- ein sehr hoher Anteil ausländischer Patienten<sup>91</sup>
- keine Notfallpatienten<sup>92</sup>
- sehr viele langjährige und ältere Patienten<sup>93</sup>
- kurze Praxistätigkeit<sup>94</sup>

#### c) Rückforderung veranlasster Kosten: BGE 130 V 377

[Rz 39] Das EVG entschied in BGE 130 V 377,<sup>95</sup> dass – aufgrund des im Wesensgehalt im Verhältnis zu Art. 23 KUVG unveränderten Art. 56 KVG – auch veranlasste Kosten wirtschaftlich zu sein hätten,<sup>96</sup> weshalb in der Wirtschaftlichkeitsprüfung sowohl «bei der Bestimmung der Indizes im Rahmen der statistischen Methode», als auch «bei der Bemessung der Rückerstattungspflicht» veranlasste Kosten zu berücksichtigen seien.<sup>97</sup>

[Rz 40] Gemäss der Lehre<sup>98</sup> widerspricht dieses Urteil einem grundlegenden Element des Rechtsstaates, nämlich dem in Art. 5 Abs. 1 BV statuierten Legalitätsprinzip, nach welchem das Recht die Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist.<sup>99</sup> Art. 56 Abs. 2 KVG biete insbesondere unter dem Gesichtspunkt des schweren Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) keine genügende Rechtsgrundlage, um veranlasste Kosten zurückzufordern. Vielmehr widersprächen die grammatikalische, die historische und die

<sup>76</sup> DUBEY/DUFRESNE, 18.

<sup>77</sup> D'ANGELO/KRAFT/AMSTUTZ, 1849.

<sup>78</sup> ROMANENS, 1912; ISELIN, 114.

<sup>79</sup> Siehe dazu auch die Kritik von EUGSTER, Überarztung, Rn. 81 ff.

<sup>80</sup> GATTIKER, 1098.

<sup>81</sup> Rechnungszentren der Ärzteschaft, welche alle Rechnungen des angeschlossenen Arztes elektronisch erfassen und statistisch verarbeiten. Die Daten der TrustCenter sind qualitativ wesentlich besser als diejenigen der *santésuisse*, erreichen aber nicht denselben Abdeckungsgrad.

<sup>82</sup> EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT: Surveillance sur les organisations faitères dans l'assurance-maladie, avis de droit du 21 juin 2007, 8 (zit. :EJPD).

<sup>83</sup> EJPD, 9; siehe auch betreffend Aktivlegitimation B.III.1.

<sup>84</sup> RHINOW/KÄGI-DIENER, 26.

<sup>85</sup> POLEDNA, 413 f.; EUGSTER, Krankenversicherung, 661.

<sup>86</sup> SCHÜRER, 93 f. sowie D.I.1.

<sup>87</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 233.

<sup>88</sup> POLEDNA, 415; SCHÜRER, 88 m.w.H.; EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 232 ff. m.w.H.

<sup>89</sup> RKUV 1993 K 908/37, nicht veröffentlichte E. 5b.

<sup>90</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 236 ff.

<sup>91</sup> Nicht veröffentlichtes Urteil K 9/99 vom 29.06.1999, E. 7b.

<sup>92</sup> Nicht veröffentlichtes Urteil K 152/98 vom 18.01.1999, E. 5e.

<sup>93</sup> Nicht veröffentlichtes Urteil K 152/98 vom 18.01.1999, E. 5c und 5d.

<sup>94</sup> Nicht veröffentlichtes Urteil K 144/97 vom 16.02.2000, E. 5e.

<sup>95</sup> Ebenso im nicht veröffentlichten Urteil K 113/03 vom 10.08.2004, insbesondere E. 8.3.

<sup>96</sup> BGE 130 V 377, E. 7.4.

<sup>97</sup> BGE 130 V 377, E. 7.5.

<sup>98</sup> GATTIKER, 1098 ff.; ISELIN, 106 ff.; EUGSTER, Überarztung, Rn. 103 ff.

<sup>99</sup> HÄFELIN/HALLER, 52.

teleologische Auslegung einem Einbezug der veranlassten Kosten in ein Rückforderungsverfahren.<sup>100</sup> Auch sei eine Analogie mit Art. 47 AHVG und Art. 25 ATSG abzulehnen, weil Art. 56 Abs. 2 KVG in Bezug auf ersteren Artikel *lex specialis* und *lex posterior* sei,<sup>101</sup> in Bezug auf letzteren weil dieser ausschliesslich auf den Empfang einer Leistung abstelle.<sup>102</sup> Während nach GATTIKER privatrechtliche Haftungsansprüche nach Art. 41 ff. und Art. 97 ff. OR zu prüfen, aber kaum zu beweisen sind,<sup>103</sup> werden solche Ansprüche nach dem Bundesgericht und anderen Lehrmeinungen richtigerweise abgelehnt,<sup>104</sup> weil im Falle von Art. 41 ff. OR Widerrechtlichkeit (Art. 41 Abs. 1 OR) gegeben sein muss. Im Falle von Art. 97 ff. OR müsste ein Vertrag bestehen: Der Vertrag zwischen Krankenkassen und Ärzten verweist aber regelmässig nur auf die entsprechenden Artikel des KVG, welche, wie oben demonstriert, keine genügende Rechtsgrundlage darstellen.<sup>105</sup>

[Rz 41] Die herrschende Lehre ist der Auffassung, veranlasste Kosten seien im Rahmen des Verfahrens nach Art. 56 Abs. 2 KVG nicht rückforderbar,<sup>106</sup> und auch das Bundesgericht schien einer Praxisänderung beim Übergang von KUVG zu KVG zunächst nicht abgeneigt.<sup>107</sup> In BGE 133 V 37, E. 5.3.4, wird die Kritik der Lehre aufgenommen, aber nicht im Sinne der von der Lehre geforderten Praxisänderung umgesetzt.

#### d) Gesamtkostenbetrachtung: BGE 133 V 37

[Rz 42] In BGE 133 V 37 wurde eine Ärztin zur Zahlung von CHF 93'757.70 verpflichtet. Da sie Ausbildungen in verschiedenen Fachrichtungen hatte, waren die direkten Kosten pro Patient dementsprechend höher. Hingegen hatte sie wesentlich weniger Kosten für an Spitäler und Spezialisten überwiesene Patienten (veranlasste Kosten). Während das kantonale Schiedsgericht diesen Umstand ignorierte, stiess das Bundesgericht den Entscheid um und änderte seine Praxis (E. 5.3.3.).

[Rz 43] Die Praxisänderung drängte «sich in dem Sinne auf, dass im Rahmen der Wirtschaftlichkeitskontrolle grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung Platz zu greifen hat und dementsprechend auf den die Arzt- und die Medikamentenkosten und – soweit möglich – die veranlassten Kosten berücksichtigenden Gesamtkostenindex abzustellen ist». Während KUHN

dies für eine richtungsweisende Neuerung in der Rechtsprechung hält,<sup>108</sup> stellen AMSTUTZ/D'ANGELO nüchtern eine Bestätigung des bisherigen Kurses fest.<sup>109</sup> Wenn AMSTUTZ/D'ANGELO<sup>110</sup> die Gesamtkostenbetrachtung der *santésuisse* als bereits gegeben betrachten, ist dies insofern unrichtig, als damit eine Praxisänderung obsolet wäre.

[Rz 44] Neu ist also tatsächlich die Gesamtkostenbetrachtung, welche keinen Kausalzusammenhang zwischen den direkten und veranlassten Kosten verlangt (E. 5.3.5.), da hier auf allgemeine Lebenserfahrung abgestützt werden kann. Richtigerweise hält das EVG auch fest (E. 5.3.6.), dass Überweisungen an Spezialärzte und Spitäler ebenfalls mit einzubeziehen wären, was aber aufgrund der Datenlage nicht möglich sei.<sup>111</sup> Dies kann auch als Auftrag aufgefasst werden, ist das Handeln der Krankenkassen doch als eine dem Gesetz verpflichtete Verwaltungstätigkeit<sup>112</sup> zu verstehen.

#### e) Kritik an der Beweisgrenze

[Rz 45] Der Beweiswert der Statistik steigt, je weiter sich der Index des Leistungserbringers vom Vergleichsgruppenindex entfernt.<sup>113</sup> Überschreitungen von bis zu 30% liegen im Rahmen der normalen Streuung und lassen deshalb keinen gesicherten Schluss auf Unwirtschaftlichkeit zu.<sup>114</sup> Erst ausserhalb einer angemessenen Streuung kann überhaupt von einer Abweichung von der Norm gesprochen werden.<sup>115</sup> Innerhalb der Toleranzgrenze gilt die Vermutung, dass der Arzt wirtschaftlich handelt.<sup>116</sup> Deshalb stellt das Überschreiten der Toleranzgrenze nicht sofort einen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erbrachten Beweis dar.<sup>117</sup> Dazu muss erst eine Beweisgrenze festgelegt werden, was die Gerichte regelmässig versäumen,<sup>118</sup> indem sie sich mit dem Hinweis begnügen, der Gruppenfallwert müsse erheblich überschritten sein.<sup>119</sup>

<sup>100</sup> GATTIKER, 1104 ff.

<sup>101</sup> ISELIN, 122 f.

<sup>102</sup> GATTIKER, 1105.

<sup>103</sup> GATTIKER, 1108 ff.

<sup>104</sup> BGE 103 V 153; ISELIN, 124; EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 286.

<sup>105</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, 667.

<sup>106</sup> ISELIN, 124; GATTIKER, 1112; SCHÜRER, 89; EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 286; im Resultat wohl auch EUGSTER, Krankenversicherung, 667; KIESER, Gutachten, 7; a.M.: MAURER, 53.

<sup>107</sup> «Wie es sich unter neuem Recht (Art. 56 KVG) verhält, braucht hier nicht entschieden zu werden.», nicht veröffentlichtes Urteil vom 24.04.2003 K 3/00 E. 6.4 = RKUV 5/2003 225.

<sup>108</sup> KUHN, Gesamtkostenbetrachtung, 2165 f.; sowie DERSELBE, Praxisänderung, 352 f.

<sup>109</sup> AMSTUTZ/D'ANGELO, 351 f.

<sup>110</sup> AMSTUTZ/D'ANGELO, 351.

<sup>111</sup> Ebenso bereits in BGE 119 V 455.

<sup>112</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, 660; sowie DERSELBE, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 136.

<sup>113</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 98.

<sup>114</sup> EUGSTER, Überarztung, Rn. 72 f.; DERSELBE, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 119.

<sup>115</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 120.

<sup>116</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 120.

<sup>117</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 120.

<sup>118</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 113. Im Kanton Tessin wird sowohl Toleranz- als auch Beweisgrenze bei 150 Indexpunkten angesetzt, CATTANEO, 437 ff.

<sup>119</sup> Beispielsweise BGE 98 V 161; BGE 119 V 453.

## D. Was dem Arzt droht

### I. Rückforderungsanspruch

#### 1. Allgemein

[Rz 46] Zur Berechnung des Rückforderungsbetrages wird vom Gruppenindex ausgegangen.<sup>120</sup> Zusätzlich wird dem Leistungserbringer ein Toleranzzuschlag gewährt. Vom Bundesgericht sind Toleranzzuschläge zwischen 20% und 30% geschützt worden.<sup>121</sup> Hiezu ist noch der Zuschlag für Praxisbesonderheiten zu addieren, um zum Kürzungsindex zu gelangen. Anhand der Differenz zwischen dem Index des Leistungserbringers und dem Kürzungsindex wird sodann prozentual die rückforderbare Honorarsumme festgelegt. Dieser Wert ist eher tief angesetzt: In Deutschland, wo die gleiche Vergleichsstruktur angewandt wird wie in der Schweiz,<sup>122</sup> wird bis zu einer Überschreitung der Vergleichsgruppenwerte von 40% kein offensichtliches Missverhältnis angenommen.<sup>123</sup>

#### 2. Rechtsänderung nach Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG

[Rz 47] Da neu Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG Grundlage des Rückerstattungsverfahrens bildet, ist die Rückerstattungspflicht eine Sanktion. Im Sanktionsrecht muss zwingend die Frage nach dem Verschulden aufgeworfen werden.<sup>124</sup> Die Sanktion muss ausserdem gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip<sup>125</sup> in einem angemessenen Verhältnis zum Verschulden stehen und kann deshalb auch geringer sein als das objektive Mass der verschuldeten Unwirtschaftlichkeit.<sup>126</sup> Zwingend ist nach dem Sanktionsrecht die Information des Leistungserbringers über seine unwirtschaftliche Verhaltensweise bevor ein Verfahren angestrebt wird.<sup>127</sup>

[Rz 48] Die Rechtsprechung wird klären müssen, wie mittels des Durchschnittskostenvergleichs auch das Verschulden bewiesen werden kann. Der Durchschnittskostenvergleich alleine kann dafür keinesfalls als ausreichend erachtet werden.<sup>128</sup>

<sup>120</sup> Siehe zum ganzen Abschnitt SCHÜRER, 93 ff.

<sup>121</sup> Schiedsgerichtsurteil vom 14. Juli 2003, Dr. Cyrill Jeger, E. II.5.a) m.w.H.; POLEDNA, 415; SCHÜRER, 84; EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 115.

<sup>122</sup> EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 90.

<sup>123</sup> BSGE 62, 24, 30, zitiert nach EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, 111; FILLER/HERMANN, 95.

<sup>124</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, 667; bereits zweifelnd jedoch DERSELBE, Überarztung, Rn. 121.

<sup>125</sup> EUGSTER, Überarztung, Rn. 119 und 125.

<sup>126</sup> EUGSTER, Krankenversicherung, 667.

<sup>127</sup> EUGSTER, Überarztung, Rn. 119; DERSELBE, Krankenversicherung, 668; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 247.

<sup>128</sup> EUGSTER, Überarztung, Rn. 124.

## II. Weitere Folgen

[Rz 49] Neben der Honorarrückforderung können den Leistungserbringer noch weitere Sanktionen treffen. Diese umfassen die Verwarnung (Art. 59 Abs. 1 lit. a KVG), die Busse (Art. 59 Abs. 1 lit. c KVG) sowie im Wiederholungsfall den vorübergehenden oder definitiven Ausschluss von der Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung (Art. 59 Abs. 1 lit. d KVG).<sup>129</sup>

## E. Fazit

*Strange that they should imagine that they are not assuming infallibility, when they acknowledge that there should be free discussion on all subjects which can possibly be doubtful, but think that some particular principle or doctrine should be forbidden to be questioned because it is so certain, that is, because they are certain that it is certain.*

JOHN STUART MILL<sup>130</sup> (On Liberty, 1859)

[Rz 50] Der zweifelsfreie Nachweis von unwirtschaftlichem Verhalten, wie ihn die santésuisse zu erbringen behauptet, existiert nicht. Die Methode der santésuisse ist nicht nur problematisch, sondern führt geradezu zu dem absurden Resultat, dass teure Ärzte billig scheinen und billige Ärzte teuer. An den statistischen Grundlagen wurde häufig Kritik geübt,<sup>131</sup> allerdings ohne auf offene Ohren des Bundesgerichts zu stossen.

[Rz 51] Verfassungsrecht verletzend hat das Bundesgericht zuletzt vor vier Jahren entschieden,<sup>132</sup> dass ein Arzt veranlasste Kosten – Geld also, dass andere verdient haben – bei Feststellung von unwirtschaftlichem Verhalten den Krankenkassen zurückerstatten muss. Wenn nun in der neuesten Rechtsprechung festgehalten wird, dass eine Gesamtkostenbetrachtung der älteren Sichtweise weichen muss,<sup>133</sup> so ist dies sowohl ein klarer Auftrag an die Krankenkassen, verlässliche Statistiken zur Verfügung zu stellen, als auch eine implizite Anerkennung der Fehler der bundesgerichtlichen Beurteilungen. Diese Fehler müssen nun in der Rechtsprechung noch ausdrücklich anerkannt werden: An der Betrachtung von direkten und veranlassten Kosten zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit gibt es kein Vorbeikommen. Sobald die Wirtschaftlichkeit jedoch beurteilt ist, dürfen im Falle unwirtschaftlichen Verhaltens nur die direkten Kosten gefordert werden, will das Bundesgericht nicht gegen das Legalitätsprinzip, eines der fundamentalsten Prinzipien eines Rechtsstaates, verstossen.

<sup>129</sup> Ausführlicher dazu SCHÜRER, 96; MAURER, 105 f.; DESCHENAUX, 544 ff.

<sup>130</sup> MILL, On Liberty, S. 81, Penguin Classics-Ausgabe, herausgegeben von Gertrude Himmelfarb, 1982.

<sup>131</sup> C.II. und insbesondere C.III.

<sup>132</sup> C.III.4.c).

<sup>133</sup> C.III.4.d).

[Rz 52] In Anbetracht des zweifelhaften Beweismittels scheint es umso fragwürdiger, dass das Bundesgericht vom sozialversicherungsrechtlichen Standard ausgeht und unwirtschaftliches Verhalten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bewiesen wissen will.<sup>134</sup> Da der häufig einzige Beweis, nämlich der Durchschnittskostenvergleich, nicht Unwirtschaftlichkeit beweist sondern nur ein Indiz dafür darstellt,<sup>135</sup> sollte das Bundesgericht verlangen, dass die Verletzung des KVG durch den Arzt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bewiesen werden muss. Dies insbesondere dann, wenn man die häufig ruinösen Rückzahlungsforderungen der Krankenkassen betrachtet.

[Rz 53] Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist im Rahmen der tiefgehenden Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit des Leistungserbringers sinnvoll. Aber in der aktuellen Anwendung einerseits durch die Krankenkassen, welche als Verwaltungsorgane an die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien und die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gebunden sind, und andererseits durch die Gerichte widerspricht das Verfahren den Grundsätzen eines Rechtsstaates. Die ausschliessliche Abstützung auf eine zumindest zweifelhafte Statistik und die Tatsache, dass aus dieser Statistik ein Beweisgrad überwiegender Wahrscheinlichkeit hergeleitet wird, ist unzulässig. Auch die eher freie Handhabung der statistischen Grundsätze und der Verfahrensregeln durch das Bundesgericht ist *in casu* beklagenswert. Es bleibt zu wünschen, dass die Gerichte und die Krankenkassen sich selbst die Frage stellen: «*Wie ist die Situation?*» und in sokratischer Tradition ihre eigenen Positionen hinterfragen.

## Literaturverzeichnis

- ROLAND AMSTUTZ: Der Statistik ausgeliefert? Die Wirtschaftlichkeitskontrolle durch *santésuisse*, in: RENÉ SCHAFFHAUSER / FRANZ SCHLAURI (Hrsg.): *Medizin und Sozialversicherung im Gespräch*, St. Gallen 2006, S. 89-114.
- ROLAND AMSTUTZ / MIRJAM D'ANGELO: EVG bestätigt Kurs von *santésuisse*, *SAeZ* 88 (2007) 351 f.
- DANIELE CATTANEO: Il controllo dell'economicità delle cure prestate del medico, in: JEAN-LOUIS DUC (Hrsg.): *LAMal – KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société Suisse de Droit des Assurances à l'occasion de son assemblée générale du 5 septembre 1997* à Lausanne, Lausanne 1997
- MIRJAM D'ANGELO / PETER KRAFT / ROLAND AMSTUTZ: Neue statistische Methode für die Wirtschaftlichkeitsprüfung entbindet Ärzte teilweise von Beweislast, *SAeZ* 86 (2005) 1849 f.
- FRANÇOIS-X. DESCHENAUX: Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin, in: EIDGENÖSSISCHES VERSICHERUNGSGERICHT: *Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht*, Bern 1992
- ANDRÉ DUBEY / FRANÇOIS DUFRESNE: *Etude du contrôle du caractère économique des traitements basé sur les statistiques du Concordat des assureurs maladie suisses*, Lausanne 2000.
- GEBHARD EUGSTER: Krankenversicherung, in: ULRICH MEYER (Hrsg.): *Soziale Sicherheit*, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007 (Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 2. Aufl.) (zit. *Krankenversicherung*), S. 337 ff.
- GEBHARD EUGSTER: Überarztung aus juristischer Sicht, ein Konzert mit Misstönen, in: THOMAS GÄCHTER / MYRIAM SCHWENDENER (Hrsg.): *Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Entwicklungen in der Praxis*, Bern/Zürich 2008, am Erscheinen (zit. *Überarztung*)
- GEBHARD EUGSTER: Das Wirtschaftlichkeitsgebot nach Art. 56 Abs. 1 KVG, in: UELI KIESER / RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.): *Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung*, St. Gallen 2001 (zit. *Wirtschaftlichkeitsgebot*)
- GEBHARD EUGSTER: Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden – Juristische Untersuchungen zum Durchschnittskostenvergleich im Rahmen von Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994, Diss., Bern/Stuttgart/Wien 2003 (zit. *Wirtschaftlichkeitskontrolle*)
- GERT FILLER / PETER M. HERMANN: Die Wirtschaftlichkeitsprüfung in der Arztpraxis, Bern/Göttingen/Toronto/Seattle 2002
- MONIKA GATTIKER: Veranlasste Kosten – Einbezug in die Forderungen wegen Überarztung nach Art. 56 Abs. 2 KVG, *AJP* 9/2005 1098 ff.
- ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005
- ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006
- HEINRICH HONSELL / NEDIM PETER VOGT / THOMAS GEISER (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB*, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006 (zit. *BasKomm/BEARBEITER*)
- EDOUARD ISELIN: Polypragmasie et étendue de l'obligation de restitution au sens de l'art. 56 al. 2 LAMal, *SZS* 50 (2006) 106 ff.

<sup>134</sup> B.IV.3.

<sup>135</sup> C.III.2.c).

- UELI KIESER: Formelle Fragen der pauschalen Rückforderung, in: UELI KIESER / RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.): Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung, St. Gallen 2001 (zit. Formelle Fragen)
- UELI KIESER: Rechtliche Übersicht zu Fragen der unwirtschaftlichen Behandlung durch Ärztinnen und Ärzte unter Berücksichtigung von verfahrensrechtlichen Aspekten, erstattet im Auftrag des Vereines Consano Ausgewogenes Gesundheitswesen Schweiz vom 11.03.2005, [www.consano.ch/ConsanoSympKieser-Gutachten.pdf](http://www.consano.ch/ConsanoSympKieser-Gutachten.pdf), (zit. Gutachten)
- HANSPETER KUHN: Die santésuisse-Statistik und die Praxisänderung des EVG, SAeZ 88 (2007) 352 f. (zit. Praxisänderung)
- HANSPETER KUHN: Es gilt (endlich) die Gesamtkostenbetrachtung, SAeZ 87 (2006) 2165 f. (zit. Gesamtkostenbetrachtung)
- ALFRED MAURER: Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996
- THOMAS POLEDNA: Arzt und Krankenversicherung, in: MORITZ W. KUHN / THOMAS POLEDNA: Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 393 ff.
- RENÉ RHINOW / REGULA KÄGI-DIENER: Gutachten betreffend Aufsicht über Santésuisse, erstattet zuhanden der Consano – Vereinigung für eine faire & soziale Medizin vom 7.11.2006, abrufbar unter [www.consano.ch/Gutachten\\_Santésuisse2.pdf](http://www.consano.ch/Gutachten_Santésuisse2.pdf).
- MICHEL ROMANENS: Schadet das Ärzterating der medizinischen Grundversorgung?, SAeZ 86 (2005) 1911 ff.
- CHRISTIAN SCHÜRER: Honorarrückforderungen – Materiellrechtliche Aspekte, in: UELI KIESER / RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.): Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung, St. Gallen 2001, S. 78 ff.
- MATHIAS WENGER: Die Angst des Arztes vor der Polypragmasie, in: RENÉ SCHAFFHAUSER / FRANZ SCHLAURI (Hrsg.): Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, St. Gallen 2006, S. 69-88.

---

Cand. iur., Studium in Zürich, Prag und Genf. Der vorliegende Aufsatz wurde als Werkstudent für die NewIndex AG erarbeitet. Herzlicher Dank gebührt Herrn THOMAS GÄCHTER, Herrn OLIVER BULATY, Herrn MARC TOMASCHETT und Herrn DIETER DAUBITZ für ihre Hilfe beim Bearbeiten des Aufsatzes.

---

\* \* \*