

# Überarztung aus juristischer Sicht

## Ein Konzert mit Misstönen

Dr. iur. Gebhard Eugster

Überarztung, ein zentrales Thema des Wirtschaftlichkeitsgebots nach dem Krankenversicherungsgesetz (KVG), wird heute hauptsächlich mit statistischen Methoden (Durchschnittskostenvergleich) kontrolliert. Das Verfahren steht unter Dauerkritik und genießt bei der Ärzteschaft geringe bis keine Akzeptanz. Die letzten Jahre haben auf der Ebene der Statistik (TarMed; Datenpool, Anova-Methode, Ärzteindex nach FMH-Standesordnung), der Rechtsprechung (Gesamtkostenindex; Rückgriff für veranlasste Kosten) und der Gesetzgebung (Art. 59 KVG) zahlreiche Neuerungen gebracht. Die wichtigsten sollen in diesem Referat dargestellt und teils kritisch beleuchtet werden.

I. Zum Begriff der Überarztung .....	99
II. Das Wirtschaftlichkeitsgebot des KVG.....	99
1. Rechtsgrundlagen (Art. 32 und 56 KVG).....	99
2. Gesetzlicher Anspruch auf ausreichende medizinische Versorgung.....	100
III. Wirtschaftlichkeitskontrolle im Allgemeinen.....	100
1. Notwendigkeit der Wirtschaftlichkeitskontrolle.....	100
2. Wirtschaftlichkeitsgebot und -kontrolle als belastende Eingriffe.....	100
IV. Methoden der Wirtschaftlichkeitskontrolle.....	101
1. Einzelfallkontrolle als das primäre gesetzliche System.....	101
2. Geringe Effizienz der Einzelfallkontrolle.....	102
3. Nachträgliche systematische Einzelfallkontrolle.....	102
4. Statistische Wirtschaftlichkeitskontrollen.....	102
V. Die Methode des arithmetischen Mittelwertvergleichs.....	103
1. Rechnungstellerstatistik (RSS) als statistische Grundlage.....	103
2. Vergleichsgruppenbildung.....	104
3. Fallwertbildung.....	108
4. Die Wirtschaftlichkeitsaussage des Gruppenfallwerts.....	113
5. Notwendigkeit einer «Toleranz- und Sicherheitszone».....	116
6. Der Beweiswert des statistischen Vergleichsergebnisses.....	118
7. Korrektur der Fallwertdifferenz durch Praxisbesonderheiten.....	126
8. Bemessung der Rückforderung.....	131
VI. Die Sanktionsordnung von Art. 59 KVG.....	137
1. Allgemeines zum Sanktionsrecht.....	137
2. Rückerstattung neu als Sanktion konzipiert.....	138
Überarztung aus juristischer Sicht	

# I. Zum Begriff der Überarztung

1 Der Begriff der Überarztung – auch Polypragmasie genannt – bezeichnet im Rahmen des KVG einen verpönten ärztlichen Praxisstil, der sich durch eine gehäufte Erbringung oder Veranlassung unnötiger, d.h. nicht indizierter medizinischer Massnahmen kennzeichnet. In der Medizin bezeichnet man als Polypragmasie die wegen des Risikos von Nebenwirkungen zu vermeidende sinn- und konzeptionslose Diagnostik und Behandlung mit zahlreichen Arznei- und Heilmitteln sowie anderen therapeutischen Massnahmen (Quelle: Wikipedia). Überarztung ist ein Verstoss gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot (Art. 32 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 KVG).

## II. Das Wirtschaftlichkeitsgebot des KVG

### 1. Rechtsgrundlagen (Art. 32 und 56 KVG)

2 Wirtschaftlichkeit ist ein zentrales Gebot des KVG, das dieses Gesetz auf vielfältige Weise durchdringt. Im Leistungsrecht sind die Art. 32 und 56 Abs. 1 KVG die sedes materiae. Nach Art. 32 Abs. 1 KVG müssen die Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Dabei erscheint der Terminus der Wirtschaftlichkeit in dieser begrifflichen Trias insofern als Oberbegriff, als eine nicht wirksame Leistung als unzweckmässig und damit zwangsläufig als unwirtschaftlich zu gelten hat.

3 Nach Art. 56 Abs. 1 KVG muss sich der Leistungserbringer<sup>1</sup> in seinen Leistungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist. Diese Bestimmung zielt auf das Quantitativ medizinischer Leistungen und regelt damit als *lex specialis* zu Art. 32 Abs. 1 KVG einen Anwendungsfall des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots im konkreten Behandlungsfall. Sie will primär auf die Menge medizinischer Leistungen Einfluss nehmen.

---

<sup>1</sup> Die Begriffe Leistungserbringer, Patient, Versicherter oder Arzt sind geschlechtsneutral zu verstehen. Der Verzicht auf die gleichzeitige Nennung der weiblichen und der männlichen Schreibweise erfolgt aus Gründen der leichteren Lesbarkeit.

## **2. Gesetzlicher Anspruch auf ausreichende medizinische Versorgung**

4 Art. 56 Abs. 1 KVG beruht auf dem Vorverständnis, dass die Versicherten nach dem KVG Anspruch auf eine auch hinsichtlich der Menge ausreichende medizinische Versorgung haben. Eine Behandlung kann nur zweckmässig (Art. 32 Abs. 1 KVG) sein, wenn sie auch mit Bezug auf ihre Menge ausreicht, andernfalls sie als unwirtschaftlich zu gelten hat. Eine minimalistische Medizin kann daher genau so unwirtschaftlich sein wie eine maximalistische. Aus dem Gesagten folgt, dass die Leistungserbringer das Recht haben, zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) eine mengenmässig ausreichende bzw. auch diesbezüglich qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung (Art. 43 Abs. 6 KVG) erbringen zu dürfen.

# III. Wirtschaftlichkeitskontrolle im Allgemeinen

## 1. Notwendigkeit der Wirtschaftlichkeitskontrolle

5 Die Wirtschaftlichkeit der Behandlung muss kontrolliert werden, weil das heutige System der OKP mangels wirksamer Preissteuerung wenig Anreize zu Sparsamkeit bietet. Weil die Krankenversicherer (KVers) die Kosten für Pflichtleistungen übernehmen müssen, entwickeln weder die Patienten noch die Leistungserbringer ein richtiges Preis- und Kostenbewusstsein. Damit verbunden ist das Problem des Moral Hazard (mehr dazu in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung SZS 2006/Heft 3; Eugster, Wirtschaftlichkeitskontrolle S. 3).

6 Die KVers sind zur Wirtschaftlichkeitskontrolle verpflichtet (so schon BGE 103 V 145, E. 3). Das ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip, welche die KVers verpflichtet, nur gesetzmässige Leistungen zu entschädigen.

## 2. Wirtschaftlichkeitsgebot und -kontrolle als belastende Eingriffe

7 Wirtschaftlichkeitsgebot und -kontrolle nach KVG sind in der ärztlichen Praxis in erster Linie Störfaktoren. Den Arzt trifft gegenüber den KVers bezüglich wirtschaftlicher Behandlung eine Rechenschaftspflicht. Er muss die Wirtschaftlichkeitskontrolle dulden und dabei mitwirken (Art. 57 Abs. 6 KVG; Art. 42 Abs. 3 KVG). Ferner hat er die Patienten darüber aufzuklären, wenn eine Kostenübernahme bestimmter Leistungen durch die OKP aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots von Art. 31 Abs. 1 und 56 Abs. 1 KVG in Frage gestellt ist.

8 Wirtschaftlichkeitsgebot und -kontrolle erweisen sich als belastende Eingriffe in die Therapiewahlfreiheit, die aus Sicht der Versicherten Teilgehalt des Grundrechts der persönlichen Freiheit darstellt (Art. 10 Abs. 2 BV), und in die ärztliche Berufsausübungsfreiheit als Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV). Diese tätigkeitslenkenden Eingriffe lassen sich jedoch aus Gemeinwohlinteressen (Art. 36 Abs. 2 BV), namentlich im Interesse der Erhaltung der Leistungsfähigkeit der OKP – einem anerkannt hohen Gemeinschaftsgut – und einer hoch stehenden Qualität der medizinischen Versorgung rechtfertigen. Sie sind an sich verhältnismässig. Im Einzelfall ist jedoch darauf acht zu geben, dass die Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit der Behandlung und die Kontrollverfahren verhältnismässig sind (Art. 36 Abs. 3 BV).

# IV. Methoden der Wirtschaftlichkeitskontrolle

## 1. Einzelfallkontrolle als das primäre gesetzliche System

9 Die Handlungsanweisung von Art. 56 Abs. 1 KVG, das erforderliche Mass medizinischer Leistungen nicht zu überschreiten, bezieht sich auf eine Mittel-Zweck-Abwägung im konkreten Einzelfall. Die Ärzte haben einen gesetzlichen Anspruch darauf, dass die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Behandlung im konkreten Behandlungsfall geprüft wird. Daher erwarten sie zu Recht, dass dies auf diese Weise geschieht. In Rz. 70 ff. hiernach wird zu prüfen sein, weshalb und unter welchen Bedingungen statistische Kontrollen dennoch zulässig sind.

10 Aus Art. 56 Abs. 1 KVG lässt sich namentlich kein Gebot ableiten, wonach ein Arzt darauf hinzuwirken hätte, pro Behandlungsfall durchschnittlich nicht mehr Kosten zu verursachen als seine Fachkollegen bzw. statistisch vertretbar zu behandeln. Art. 56 Abs. 1 KVG bezweckt nicht ein einheitliches Kostenmass pro Arzt, sondern verlangt, dass dieser dem konkreten Patienten eine wirtschaftliche Behandlung angeeignet lässt. Ein Arzt hat auch nach dem KVG in erster Linie dafür zu sorgen, dass jeder Patient zweckmässig versorgt ist.

## 2. Geringe Effizienz der Einzelfallkontrolle

11 Die Einzelfallkontrolle kann vor, nach oder während einer ärztlichen Behandlung erfolgen, kann aber meistens erst nach durchgeführter Behandlung stattfinden (siehe auch BGE 127 V 43, E. 2e S. 48 f.). Die nachträgliche Feststellung, was in einem konkreten Einzelfall medizinisch notwendig war, ist ausserordentlich aufwändig (Eugster, Rz. 184 ff.). Die Überprüfung der in der OKP anfallenden Menge der Behandlungsfälle liess sich daher mit diesem Vorgehen auch nicht annähernd bewältigen. Die Einzelfallkontrolle erweist sich daher als wenig effizientes Verfahren. Sie findet deshalb im Rechtsalltag nur noch vereinzelt statt.

## 3. Nachträgliche systematische Einzelfallkontrolle

12 Die Wirtschaftlichkeitskontrolle kann auch als retrospektive systematische Kontrolle des Behandlungsverhaltens eines Arztes während einer bestimmten Behandlungsperiode durchgeführt werden. Für jeden Patienten wird untersucht, ob er wirtschaftlich behandelt worden ist (analytische Methode). Dieses Vorgehen ist ebenfalls so aufwändig, dass es heute kaum mehr praktiziert wird. Aufgrund des primären gesetzlichen Anspruchs auf Einzelfallprüfung (Rz. 9 hiervor) und des Vorrangs direkter Beweise gegenüber indirekten (Rz. 85) muss jedoch die analytische Methode angewendet werden, wenn sie im konkreten Prüfungsfall nicht mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten verbunden ist. Entgegen der höchstrichterlichen

Rechtsprechung (zuletzt im Urteil K 9/07 vom 25. März 2008, E. 8.3; vgl. auch Schürer, S. 80) sind daher die Prüfinstanzen in der Wahl der Prüfmethode nicht völlig frei.

## 4. Statistische Wirtschaftlichkeitskontrollen

13 Aufgrund der beschriebenen Schwierigkeiten sind die KVers schon vor Jahrzehnten dazu übergegangen, die Wirtschaftlichkeit ärztlicher Behandlung durch Pauschalprüfungen anhand von Vergleichszahlen zu kontrollieren (statistische Durchschnittskostenvergleiche).

Der statistische Durchschnittskostenvergleich besteht darin, dass die durchschnittlichen Kosten, die ein Leistungserbringer in einer bestimmten Leistungsperiode pro Behandlungsfall zulasten der sozialen Krankenpflegeversicherung ausgelöst hat, mit dem Fallkostendurchschnitt einer Gruppe von Leistungserbringern verglichen wird, **deren Praxen annähernd gleiche Leistungsbedingungen aufweisen**. Liegt der Fallwert des überprüften Arztes erheblich über dem Gruppenfallwert, bedeutet dies einen unwirtschaftlichen Behandlungsstil, wenn keine Praxisbesonderheiten den erhöhten Fallwert zu rechtfertigen vermögen. Für die Formulierungen, wie sie das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung verwendet, siehe zuletzt das Urteil K 6/06 vom 9. Oktober 2006, E 4.2 (in BGE 133 V 37 nicht publ.).

# V. Die Methode des arithmetischen Mittelwertvergleichs

14 Von den verschiedenen statistischen Methoden (siehe dazu Eisenring/Hess, S. 24 ff.; Schürer, S. 79) soll hiernach nur der in der Schweiz fast ausschliesslich praktizierte arithmetische Mittelwertvergleich erörtert werden.

## 1. Rechnungstellerstatistik (RSS) als statistische Grundlage

15 Die statistischen Wirtschaftlichkeitsprüfungen werden heute ausschliesslich auf der Grundlage der Rechnungstellerstatistik (RSS) von santésuisse vorgenommen. In dieser werden alle aufgrund des KVG abgerechneten, ambulant erbrachten Krankenpflegeleistungen in Bruttobeträgen (Franchise und Selbstbehalt eingeschlossen) nach Rechnungsteller erfasst (und damit insgesamt auch nach Kantonen). Nicht registriert sind die Rechnungen, die von den Versicherten bei ihrem KVer nicht zur Abrechnung eingereicht worden sind. Ärzte sind mit ihren FMH-Titeln implementiert.

16 Die Rechnungstellerstatistik zeichnet die vom Arzt selber erbrachten Leistungen (direkte Kosten) und teilweise die von ihm bei anderen Leistungserbringern veranlassten Leistungen auf. Die veranlassten Kosten gliedert sie in Arzneimittel von der Apotheke sowie Labor und Physiotherapie auswärts. Nicht protokolliert sind Überweisungen an Spezialärzte, so dass die betreffenden Leistungen in der Statistik nicht unter den veranlassten Kosten aufscheinen. Daten zu stationären Leistungen nimmt die RSS nicht auf, weshalb bei den veranlassten Kosten auch die von Ärzten angeordneten Spitaleinweisungen fehlen. Zu den Indices der RSS und der ANOVA-Methode siehe Rz. 31.

## 2. Vergleichsgruppenbildung

17 Die richtige Vergleichsgruppenbildung ist ein entscheidender Baustein eines statistischen Durchschnittskostenvergleichs. Der Durchschnittskostenvergleich ist methodisch nur zulässig, wenn die wesentlichen Praxismerkmale der Vergleichsgruppe untereinander und mit der Praxis des geprüften Arztes übereinstimmen (Homogenität). So ist es beispielsweise nicht korrekt, in der Grundversorgung eine Landpraxis mit urbanen Praxen zu vergleichen. Je feiner die Vergleichsgruppe ist, umso schlüssiger sind die statistischen Ergebnisse (Urteile zur Vergleichsgruppenbildung: K 9/00 vom 24. April 2003, E. 6.2, K 113/03 vom 10. August 2004, E. 5.3, K 23/03 vom 14. Mai 2004, E. 8.3).

### 2.1 Massgeblichkeit der standesrechtlichen Titelordnung

18 Die Vergleichsgruppenbildung erfolgt heute (seit 2004) in der RSS auf der Grundlage des Facharztstitels im FMH-Ärzteindex und einer allfällig vorhandenen

Selbstdeklaration des jeweiligen Arztes. Dieser Ausgangspunkt ist richtig. Das Leistungsspektrum einer Praxis determiniert sich in erster Linie durch ihre fachliche Spezialisierung.

Ärzte der gleichen Fachrichtung haben sich übers Ganze gesehen mit den gleichen Krankheitsbildern mit vergleichbaren Anforderungen an Diagnostik und Therapie zu befassen. Das rechtfertigt, dass sich der geprüfte Arzt mit seiner eigenen Fachgebetsgruppe vergleichen lassen muss.

19 Ein FMH-Titel garantiert aber noch keine homogene Vergleichsgruppe. Die effektive ärztliche Tätigkeit stimmt nicht immer mit dem FMH-Titel überein. Prinzipiell kommt es nicht auf den FMH-Titel an, sondern einzig und allein auf das tatsächliche Leistungsspektrum der geprüften Praxis. Gleicher Aufgabenbereich einer medizinischen Fachrichtung heisst nicht, dass die Patientenkollektive der verschiedenen Praxen identisch wären. Die Zusammensetzungen der Patientenkollektive können sich vielmehr von Praxis zu Praxis einer Fachrichtung erheblich voneinander abheben. Die Homogenität der Vergleichsgruppe kann auch unter den medizinischen Fachrichtungen erheblich divergieren.

20 Eine Neuerung der jüngsten Zeit ist, dass die KVers nicht nur Grundversorger, sondern zunehmend auch spezialärztliche Disziplinen statistisch prüfen. Daraus ergeben sich neue Fragestellungen. So praktizieren die Ärzte in vielen Kantonen neben der spezifisch spezialärztlichen Medizin (beispielsweise Hämatologie), für die sie in der RSS erfasst sind, mitunter bis zu 60% und mehr auch allgemeine innere Medizin.

Bei diesen Gegebenheiten stellen Indices einen Mischindex aus spezialärztlichen und allgemeinmedizinischen Fällen dar. Damit eignet sich der Gruppenfallwert weder für die Prüfung der Spezialarzt- noch der allgemeinen inneren Medizin. Eine Inhomogenität dieser Art lässt sich über die bloße Anerkennung von Praxisbesonderheiten (Rz. 88 ff.) nicht bereinigen, weil sich die Kostenanteile für die spezialärztliche und die allgemeine Medizin bzw. der Einfluss der Kosten der allgemeinen Medizin auf den Fallwert der spezialärztlichen (und umgekehrt) kaum verlässlich bestimmen lassen. Die korrekte Lösung kann nur darin bestehen, dass die Behandlungsfälle der spezialärztlichen Medizin eindeutig identifiziert und mit diesen, sofern in ausreichender Zahl vorhanden, allein ein Fallwert gebildet wird. Um zu einem gültigen Gruppenfallwert zu gelangen, muss das allerdings auch bei den Vergleichsgruppen geschehen. Die Realisierbarkeit eines solchen Vorgehens hängt weitgehend davon ab, ob die Statistikabteilung von *santésuisse* für ihre Datenbanken über ausreichend zuverlässige Filter zur Identifizierung der spezialärztlichen Behandlungsfälle verfügt.

21 Die Neuerung der Rechtsprechung, dass beim Durchschnittskostenvergleich der Gesamtkostenindex massgebend ist (Rz. 41 ff.), beeinflusst auch die Vergleichsgruppenbildung. In der SAeZ 2008/20, S. 855 führt der Onkologe Jürg Nadig aus, dass von den knapp 250 medizinischen Onkologen der Schweiz etwa die Hälfte in Spitälern arbeiteten, wobei die (meist sehr hohen) Medikamentenkosten in der Regel nicht dem Spitalarzt zugeordnet, sondern über das Spital fakturiert und damit in der RSS statistisch

nicht erfasst würden. Sodann existierten freie Spezialarztpraxen ohne Zurechnung veranlasster Medikamentenkosten, weil die Chemotherapie an Spitalambulatorien delegiert werde. Daneben gebe es frei praktizierende Onkologen, die in ihrer Praxis Chemotherapie verabreichten und denen die Medikamente als direkte Kosten zugerechnet würden. Es wäre statistisch Unsinn und juristisch willkürlich, mit diesen beiden Kategorien von Leistungserbringern (solchen mit und ohne Medikamentenzurechnung) eine für alle onkologischen Praxen gültige Vergleichsgruppe bilden zu wollen. Die entsprechende Kritik von Nadig (a.a.O., S. 855) ist berechtigt. Korrekt wäre einzig, die beiden Kategorien in getrennten Vergleichsgruppen zu formieren, deren Beweistauglichkeit je einzeln zu prüfen wäre (unter Ausscheiden der allgemeinmedizinischen Anteile bei den freien Praxen).

22 Wenn *santésuisse* einwendet, dass es ineffizient wäre, facharztspezifische Besonderheiten bereits bei der Vergleichsgruppenbildung zu berücksichtigen (Mirjam D'Angelo/Paul Rhyn, S. 906), so kann dem nicht gefolgt werden. Die ANOVA-Methode ist, sofern sie sich als taugliches Beweismittel erweisen sollte (Rz. 78 ff.), grundsätzlich auch offen für Verfeinerungen der Vergleichsgruppe innerhalb einer medizinischen Spezialität. Wenn sich ausreichend griffige Datenbankfilter definieren lassen, welche die beiden Praxiskategorien zuverlässig zu identifizieren gestatten, so sind entsprechende Vergleichsgruppen zu bilden, weil die Unterschiede der beiden Praxistypen zu gross sind, als dass sie unter dem Titel Praxisbesonderheiten (Rz. 88 ff.) sachgerecht aufgefangen werden könnten. Lässt sich beim Patientenkollektiv eine zuverlässige Ausscheidung der beiden Praxiskategorien nicht bewerkstelligen, so ist ein Durchschnittskostenvergleich mangels eines tauglichen Gruppefallwerts unzulässig. Zudem wäre es mit dem Willkürverbot nicht zu vereinbaren, dass Onkologen unterschiedlich streng geprüft werden, weil Praxen ohne Medikamentenkostenzuordnung oder solche mit einem geringen Anteil onkologischer Tätigkeit (aber mit Medikamentenkostenzuordnung) ungeprüft durch die Maschen des Systems schlüpfen könnten (so richtig auch Nadig, a.a.O., S. 856).

23 Nach letzten Meldungen von *santésuisse* sind die Probleme erkannt und Verbesserungen im Sinne differenzierender Vergleichsgruppenbildungen innerhalb verschiedener medizinischer Spezialitäten (Onkologen, Chirurgen, Kardiologen, Ophthalmologen) vor der Einführung. Die geprüften Ärzte haben selbstredend ein Recht zu erfahren, aufgrund welcher Kriterien ihre Vergleichsgruppe gebildet worden ist.

24 Die KVers tragen die Beweislast dafür, dass der geprüfte Arzt mit der richtigen Vergleichsgruppe verglichen wird. Ist der zu prüfende Arzt Träger eines bestimmten FMH-Titels, so begründet das nicht eine Tatsachenvermutung, dass Ärzte der betreffenden Fachrichtung die adäquate Vergleichsgruppe darstellen; der FMH-Titel führt zu keiner Verschiebung der Beweislast auf den geprüften Arzt. Dieser hat jedoch den Prüfinstanzen im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht jene Tatsachen und Beweismittel aufzuzeigen, die geeignet sind, die fehlende Eignung der Vergleichsgruppenbildung zu begründen. Bleiben Zweifel an der Tauglichkeit der Vergleichsgruppe, so ist der Durchschnittskostenvergleich nicht durchführbar.

## **2.2 Vergleichsgruppe aus geographisch gleichem Tätigkeitsbereich**

25 Lokale oder regionale Umstände können aus verschiedenen Gründen kostenwirksam sein. Stadt und Land sowie kulturell bedingte Mentalitätsunterschiede zeigen ein unterschiedliches Arzt- und Patientenverhalten. So gibt es Kantone, in denen generell ein wesentlich höherer Konsum von Medikamenten zu verzeichnen ist, als in anderen. Das höhere medizinische Versorgungsangebot in einer Stadt führt erfahrungsgemäss zu einer intensiveren Inanspruchnahme von Leistungen. Ebenso können typische Erkrankungen eines bestimmten Industrie- oder Wirtschaftszweiges oder klimatische Bedingungen die Kostenstrukturen von Praxen beeinflussen. Die Rechtsprechung verlangt deshalb zu Recht, dass die Vergleichsgruppe aus dem geographisch gleichen Tätigkeitsgebiet stammen muss. Das ist auch wichtig, wenn der geprüfte Arzt mit Erfolg Praxisbesonderheiten (siehe Rz. 88 ff. hiernach) soll geltend machen können. Der ANOVA-Index ist in diesem Punkt nicht rechtsprechungskonform, weil er regionale Kostenunterschiede einebnet und den Vergleichsgruppenindex auf einen gesamtschweizerischen Einheitsindex pro Fachrichtung reduziert (mehr dazu unter Rz. 78 ff.).

## **2.3 Grösse der Vergleichsgruppe**

26 Nur eine ausreichend grosse Vergleichsgruppe gestattet einen gültigen Durchschnittskostenvergleich. Der von der Rechtsprechung tolerierte Vergleich mit bloss drei Praxen (RKUV 1982 Nr. 505 S. 201, E. 5b) ist statistisch unter keinen Umständen haltbar und beruht auf fehlendem Sachverständnis. Nach unserer Auffassung erfordert der arithmetische Mittelwertvergleich mindestens 10 Praxen (zum Thema ausführlich das Urteil K 113/03 vom 10. August 2004, E. 5.5 m.H.)

27 Wo innerhalb einer Region eines Kantons zu wenige Vergleichspraxen zur Verfügung stehen, können Ärzte aus vergleichbaren Regionen anderer Kantone in die Vergleichsgruppe mit einbezogen werden. Dabei sind die Leistungsdaten aus dem auswärtigen Kanton an das Tarifniveau im Standortkanton der geprüften Praxis anzupassen (SVR 2001 KV Nr. 19 S. 51, E. 5b; Urteil K 23/03 vom 14. Mai 2004, E. 8.2), was seit der Einführung von TarMed ohne grössere Probleme realisierbar ist. Die ANOVA-Methode würde, wenn sie sich als taugliches Beweismittel erweisen sollte, was noch offen ist (Rz. 78 ff.), das Problem einer genügend grossen Vergleichsgruppe lösen (siehe dazu D'Angelo/Kraft/Amstutz).

## **2.4 Verteilung innerhalb der Vergleichsgruppe**

28 Der arithmetische Mittelwert beruht auf der Annahme, dass die Fallwerte der Praxen der Vergleichsgruppe in etwa normalverteilt sind. Das ist aber im konkreten Prüffall nicht immer gewährleistet. Die für die einzelnen Praxen gebildeten Fallwerte können weit um den Mittelwert herum streuen,

was ein Indiz für eine wenig homogene Vergleichsgruppe darstellt. Statistische Ausreisser können ferner den Gruppenfallwert erheblich beeinflussen (nicht nur bei kleinen Vergleichsgruppen).

29 Eine Masszahl zur Beschreibung der inneren Homogenität einer Vergleichsgruppe ist unter anderem der Variabilitätskoeffizient, welcher den Prozentanteil der Standardabweichung zum Mittelwert zum Ausdruck bringt. Je grösser der Variabilitätskoeffizient, desto geringer die Aussagekraft des Mittelwertes und umgekehrt. Verdacht auf Inhomogenität ist gegeben, wenn die einfache mittlere Streubreite den arithmetischen Mittelwert um mehr als 50 Prozent überschreitet oder die Kurve mehrere deutliche Gipfel aufweist (Eugster, Rz. 914 m.H.). Vergleichsgruppen mit solchen Daten sind für den arithmetischen Mittelwertvergleich untauglich.

30 Die gerichtlichen Prüfinstanzen übernehmen in der Regel die von santésuisse gelieferten Gruppenfallwerte, ohne dass sie prüfen würden, aufgrund welcher Fallwerte der einzelnen Praxen der jeweilige Gruppenfallwert zustande gekommen ist. Angesichts der grossen Bedeutung der Binnenverteilung für die Aussagekraft des Mittelwerts ist zu fordern, dass dem geprüften Arzt ein Anspruch darauf einzuräumen ist, zu erfahren, aus welchen Praxisfallwerten sich der Gruppenfallwert zusammensetzt. Siehe auch Rz. 54 hiernach.

## **3. Fallwertbildung**

### **3.1 Verfügbare Indices**

31 Aus der RSS werden bei den direkten Kosten folgende Indices generiert: Direkte Kosten pro «Erkrankten», Medikamente vom Arzt und das Total direkte Kosten, je pro «Erkrankten» oder Behandlungsfall. Bei den veranlassten Kosten: Kosten der Medikamente aus der Apotheke, Kosten auswärtiger Laboratorien und Kosten auswärtiger Physiotherapie, je pro «Erkrankten». Die Indices nach der ANOVA-Methode sind: direkte Kosten, Medikamentenkosten und totale Kosten, je pro «Erkrankten». Für die Einzelheiten sei auf die Homepage von santésuisse verwiesen ([http://www.santesuisse.ch/de/art\\_index.html?navid=984](http://www.santesuisse.ch/de/art_index.html?navid=984)).

### **3.2 Der Begriff des Behandlungsfalls («Erkrankter»)**

#### **3.2.1 Der Behandlungsfall als Abrechnungsgrösse**

32 Die Fallkosten definieren sich im Rahmen der RSS von santésuisse-Statistik nicht als Gesamtkosten für die Behandlung einer Krankheit bis zu deren Abschluss oder als Gesamtkosten für die Behandlung einer bestimmten Krankheit und auch nicht als Kosten der Behandlung während einer bestimmten Periode. Der Behandlungsfall ist vielmehr eine rein statistische Grösse, genauer, eine Abrechnungsgrösse, die wie folgt bestimmt wird: Ein erkrankter Versicherter, der einmal oder mehrmals von demselben Rechnungssteller innerhalb eines Geschäftsjahres des Versicherers behandelt wird, zählt als ein Erkrankter bzw. Krankheitsfall (siehe auch K

127/01 vom 26. Juni 2003, E. 4.3). Die Rechnungen dieses Versicherten und desselben Rechnungsstellers werden pro Rechnungsjahr addiert und als eine Einheit erfasst. Massgebend für die zeitliche Leistungszuordnung ist das Datum der Abrechnung und Verarbeitung durch den Versicherer.

33 Eine Person, die ihren Arzt während eines Geschäftsjahres ihres Versicherers (in der Regel das Kalenderjahr) seinen Hausarzt einmal konsultiert, generiert einen Behandlungsfall. Muss sie ihn im gleichen Geschäftsjahr zuerst wegen eines Unfalls, dann aufgrund einer Grippe und schliesslich wegen eines Kreislaufproblems aufsuchen, so begründet sie damit ebenfalls (nur) einen Behandlungsfall. Bemüht sie jedoch für jedes Leiden einen anderen Arzt, entsteht auf dem Konto eines jeden Arztes ein Behandlungsfall, insgesamt somit drei (wenn sie alle im gleichen Geschäftsjahr abgerechnet werden). Eine chronischkranke Person in Dauerbehandlung verursacht während eines Geschäftsjahres ebenfalls nur einen Krankheitsfall. Ein Arzt mit vielen solchen Patienten generiert damit einen hohen persönlichen Fallwert, während Ärzte mit vielen einmaligen und kurzen Patientenkontakten (so etwa als Notfalldienstarzt) tendenziell tiefe persönliche Fallwerte haben.

### **3.2.2 Intransparenz der erfassten Behandlungsfälle**

34 Der arithmetische Mittelwertvergleich ist bis 1990 auf der Grundlage der damals üblichen Krankenscheine mit einer Laufzeit von 90 Tagen durchgeführt worden (Eugster, Rz. 513 ff.). Grundsätzlich wurden alle Krankenscheine einer gewählten Behandlungsperiode von 90 Tagen in die Analyse einbezogen, so dass ein Arzt wusste, welche Patienten in die Prüfung einflossen. Beim ab 1991 gültigen System (von den KVers vorgenommener Wechsel zum Krankheitsfall als Abrechnungsmenge pro Geschäftsjahr) weiss er das im (vorherrschenden) System des Tiers garant nicht mehr. Das stellt die Tauglichkeit des statistischen Krankheitsfallsbegriffs nicht grundsätzlich in Frage (Eugster, Rz. 526 ff.), erschwert oder verunmöglicht jedoch dem geprüften Arzt die Geltendmachung von Praxisbesonderheiten und damit verbundener Mehraufwendungen. Daher ist zu fordern: Wenn für einen solchen Nachweis notwendig, haben die KVers jedoch dem geprüften Arzt eine Liste der Namen der in das Prüfverfahren einbezogenen Patienten auszufertigen (siehe auch Rz. 47 hiernach). Die heutigen Patientendatenbanken («Praxispiegel» der Trust-Center) erlauben dem Arzt Auswertungen, die Praxisbesonderheiten objektivieren können, was voraussetzt, dass er die in die Prüfung einbezogenen Fälle identifizieren kann.

## **3.3 Bildung der Fallwerte**

### **3.3.1 Fallwert des geprüften Arztes und der Gruppenfallwert**

35 Der mittlere Fallwert des geprüften Arztes errechnet sich wie folgt: Summe der für ihn in einem Geschäftsjahr abgerechneten Kosten dividiert durch die Anzahl Behandlungsfälle (im Sinne der hiervor beschriebenen Definition). Der Gruppenfallwert ist der Mittelwert der Kosten der Behandlungsfälle aller Fälle aller Ärzte der gewählten Vergleichsgruppe.

### **3.3.2 Die Fallwerte als Kunstgrößen**

36 Weder der Fallwert des geprüften Arztes noch der Gruppenfallwert bilden einen konkreten Behandlungsfall ab, sondern sind rein statistische Größen. Der einzelne Patient ist in diesem Konzept inexistent. Es handelt sich bei den Fallwerten um künstlich geschaffene, abstrakte Einheiten, damit Leistungsmengen statistisch mess- und vergleichbar werden.

### **3.3.3 Das Franchiseproblem bei den Fallwerten**

37 In den Fallwert des geprüften Arztes gehen die Behandlungsfälle nicht ein, deren Kosten unterhalb der von den Versicherten gewählten Franchise liegen und deshalb im System des Tiers garant bei den KVersn nicht zur Abrechnung eingereicht worden sind. Das ist indessen statistisch insoweit irrelevant, als diese Situation auch bezüglich der Fallwerte der Vergleichsgruppe zutrifft, so dass der Fallwert des geprüften Arztes und der Gruppenfallwert kommensurable Größen darstellen.

38 In der RSS-Statistik findet in Kantonen mit dem System des Tiers garant aufgrund des Franchise-Einflusses eine Selektion von Behandlungsfällen statt, indem Bagatellfälle und sparsam behandelte Krankheitsfälle aus dem Kollektiv der Prüffälle herausfallen und somit tendenziell Kollektive aus schwereren (bzw. kostenintensiveren) Behandlungsfällen gebildet werden. Würden beim geprüften Arzt auch die wegen der Franchise nicht abgerechneten Behandlungsfälle miteinbezogen, würde sein Fallwert sinken, derjenige der Vergleichsgruppe allerdings auch, so dass wieder Gleichstand erreicht wäre. Doch sind in diesem System Ärzte in Kantonen mit dem Tiers garant gegenüber solchen im Tiers payant benachteiligt.

39 Die starke Verbreitung von Wahlfranchisen in den letzten Jahren kann indessen eine neue Praxisbesonderheit darstellen. Langzeitpatienten haben in der Regel eine tiefere Franchise als Patienten mit okkasionellen Erkrankungen. Ebenso hat das Alter der Versicherten einen Einfluss auf die Wahl der Franchise, indem höhere Franchisen verstärkt bei Jüngeren anzutreffen sind. Ein überdurchschnittliches Patientenalter korreliert daher auch mit tieferen Franchisen und damit höheren Fallkosten. Ein Arzt mit vielen Langzeitpatienten oder überdurchschnittlichem Patientenalter hat daher nur schon wegen eines Patientenkollektivs mit tendenziell tieferen Franchisen höhere Behandlungsfallkosten. Sind die Faktoren Patientenalter und Langzeitpatienten über dem Durchschnitt als Praxisbesonderheiten anerkannt, ist der Franchisefrage bei der Bemessung des als unwirtschaftlich zu qualifizierenden Mehraufwands Rechnung zu tragen.

40 Ein noch nicht geklärt Einfluss könnte allenfalls bei der Bemessung des unwirtschaftlichen Mehraufwands bestehen. Würden auch die wegen der Franchise nicht zur Abrechnung eingereichten Behandlungsfälle bei der Bestimmung der Mittelwerte berücksichtigt, würde der Fallwert des geprüften Arztes und der Gruppenfallwert in Franken deutlich sinken, weil mehr kostengünstige Fälle als Ausgleich zu den kostenintensiveren

Krankheitsfällen zur Verfügung ständen. Die Differenz zwischen den beiden Fallwerten in Franken würde abnehmen. Die RSS-Statistik hat mithin eine künstliche Erhöhung der Fallwerte in Franken zur Folge, weil in diesen nicht die gesamte Praxistätigkeit des geprüften Arztes abgebildet wird.

### **3.3.4 Massgeblichkeit von Gesamtkostenindices**

41 Nach der jüngsten Rechtsprechung (BGE 133 V 37) ist für die Bestimmung der Indices ein Gesamtkostenindex aus direkten und veranlassten Kosten zu bilden (zu den Begriffen siehe Rz. 16 hiervor).

42 Gesamtkostenindex aus Positionen der direkten Kosten: Ein Nachteil von Gesamtkostenindices ist, dass die Vergleichbarkeit auf eine grobe Grösse reduziert wird. Die Vergleichbarkeit von Praxen wird besser, wenn die Wirtschaftlichkeit anhand spezieller Leistungssparten ermittelt wird, weil dadurch verschiedene Leistungen unter dem Gesichtspunkt ihrer Gleichartigkeit katalogisiert werden. Die verbesserte Vergleichbarkeit bei Leistungssparten führt jedoch bei den statistischen Daten von *santésuisse* nur dann zu sachgerechten Ergebnissen, wenn kompensatorische Zusammenhänge zwischen den Positionen «direkte Kosten total», «Konsultationen und Besuche» sowie «Kosten der Medikamente vom Arzt» fassbar sind und sich quantifizieren lassen. Die entsprechenden Beweise zu erbringen, ist indessen für den geprüften Arzt in aller Regel schwierig bis aussichtslos. Die Praxisänderung von BGE 133 V 37 bringt daher den Ärzten im Bereiche der direkten Kosten eine deutliche, begrüssenswerte und auch gerechtfertigte Verbesserung ihrer Rechtsposition.

43 Gesamtkostenindex aus Positionen der direkten und veranlassten Kosten: Das Grundproblem des Gesamtkostenindex aus Positionen der direkten und veranlassten Kosten besteht in der fraglichen Zulässigkeit der Rückerstattungspflicht für veranlasste Kosten (siehe Rz. 103 ff. hiernach).

44 Überdies: Zwischen den (statistischen) Behandlungsfällen der direkten Kosten und den (statistischen) Behandlungsfällen der veranlassten Kosten besteht in der Statistik von *santésuisse* keine Verknüpfung. Das heisst, dass die Behandlungsfälle der veranlassten Kosten in der jeweiligen Abrechnungsperiode (Kalenderjahr) nicht notwendigerweise mit den Behandlungsfällen der direkten Kosten der betreffenden Abrechnungsperiode korrelieren müssen. Die Addition von direkten und veranlassten Kosten führt daher zu keinem echten Gesamtfallwert.

45 Das zeitliche Auseinanderklaffen der beiden Kategorien von Behandlungsfällen ist statistisch und rechtlich nicht bedeutungslos, so namentlich nicht bei Kantonen mit dem System des *Tiers garant* für die direkten Arztkosten und dem System des *Tiers payant* für die von der Apotheke bezogenen Arzneimittel (oder für andere veranlasste Leistungen), weil im System des *Tiers payant* die Leistungen tendenziell schneller zur Abrechnung durch den KVer gelangen als im System des *Tiers garant*. Die Tauglichkeit des Gesamtkostenindex aus direkten und veranlassten Kosten zur Wirtschaftlichkeitsbeurteilung bleibt daher so lange fraglich, als nicht geklärt

ist, wie gross der Zuordnungsgrad der beiden Fallkategorien der direkte und der veranlassten Kosten ist.

46 Die Notwendigkeit von Gesamtfallwerten ist vom Bundesgericht insbesondere damit begründet worden, dass die Ärzte nicht die Möglichkeit haben sollen, direkte Kosten durch – einer Rückforderung entzogene – veranlasste Kosten zu minimieren (BGE 133 V 37 E. 5.3.3). Wo Behandlungsfälle für veranlasste und für direkte Kosten nicht korrelieren, fehlt somit ein Korrektivgrund. Es ist daher verfehlt, veranlasste Kosten in eine Gesamtindexberechnung mit einzubeziehen, die mit den geprüften Behandlungsfällen der direkten Kosten in keinem Zusammenhang stehen, und schon gar nicht gerechtfertigt, solche veranlasste Kosten einer Rückerstattungspflicht zu unterwerfen. Die Annahme, hohe veranlasste Kosten, die mit den geprüften direkten Kosten nichts zu tun haben, würden sich eben zusammen mit den nicht geprüften direkten Kosten als unwirtschaftlich qualifizieren, würde sich als willkürlich erweisen.

47 Da der geprüfte Arzt nicht weiss, für welche Patienten wann Medikamente von der Apotheke bei den Versicherern im Prüfjahr (Kalenderjahr) abgerechnet worden sind, ist zu postulieren, dass die Versicherer dem geprüften Arzt eine entsprechende Liste ausfertigen müssen, wenn er diese für den Nachweis von Praxisbesonderheiten im Bereich der veranlassten Kosten benötigt und er sich die entsprechenden Daten mit zumutbarem Aufwand an Kosten und Zeit nicht anderweitig beschaffen kann. In Verbindung mit der Liste der bei den direkten Kosten erfassten Patienten (siehe Rz. 34 hiavor) lässt sich damit auch ein echter Gesamtkostenindex für den geprüften Arzt generieren.

## **4. Die Wirtschaftlichkeitsaussage des Gruppenfallwerts**

48 Die Rechtspraxis hat sich bisher weitgehend um die Frage herumgedrückt, welche Wirtschaftlichkeitsaussage im Gruppenfallwert enthalten und wie verlässlich diese gegebenenfalls ist, obwohl der Beweiswert des Durchschnittskostenvergleichs entscheidend davon abhängt. Hiernach sollen deshalb dazu einige Überlegungen angestellt werden.

### **4.1 Die axiomatischen Grundannahmen des Durchschnittskostenvergleichs**

49 Prinzipiell kann es sein, dass alle Praxen einer Vergleichsgruppe, auch wenn die Fallwerte der einzelnen Ärzte erheblich divergieren, wirtschaftlich praktizieren. Realiter dürfte der Gruppenfallwert jedoch aus der Summe der Fallwerte von wirtschaftlich und unwirtschaftlich praktizierenden Ärzten resultieren. Als unwirtschaftlich hat dabei nicht nur das Leistungsübermass (Art. 56 Abs. 1 KVG), sondern auch eine minimalistische Medizin zu gelten, welche die Patienten nicht ausreichend behandelt (Rz. 4). Weder die eine noch die andere Form der Unwirtschaftlichkeit sind denklogisch und praktisch auszuschliessen. Auch kann dem sorgfältigsten Arzt eine Überschreitung des erforderlichen Leistungsmasses unterlaufen, so dass wahrscheinlich in jeder insgesamt unauffälligen Praxis auch unwirtschaftliche Behandlungsfälle zu finden wären. Aus einer solchen Mischung von wirtschaftlichen und unwirtschaftlichen Praxen und Behandlungsfällen eine

normative Grösse – nämlich das objektiv richtige Leistungsmass – ableiten zu wollen, erweckt Bedenken, denn wie soll aus einem Amalgam von richtig und falsch das normativ Richtige resultieren.

50 Der Durchschnittskostenvergleich befreit sich aus diesem Dilemma, indem er auf verschiedene Hypothesen abstellt. Er beruht auf den beiden axiomatischen (mithin unbewiesenen oder nur vermuteten), einer Widerlegung nicht zugänglichen Annahmen, dass die Ärzte der Vergleichsgruppe – sowohl die mit tieferen als auch diejenigen mit höheren Fallkosten – eine medizinisch einwandfreie und ausreichende Versorgung ihrer Patienten gewährleisten (1) und dass der Durchschnitt der Ärzte wirtschaftlich handelt (2). Der von der Rechtsprechung praktizierte arithmetische Mittelwertvergleich geht ferner von der (widerlegbaren) Annahme aus, dass die Fallwerte der Vergleichspraxen statistisch normal verteilt sind, das heisst, die überwiegende Zahl der Fallwerte nicht weit um den Mittelwert streuen (3). Aufgrund dieser Annahmen wird die weitere Hypothese (4) getroffen, dass die Durchschnittswerte einer hinreichend grossen Zahl vergleichbarer Ärzte allgemeine Rückschlüsse auf die Wirtschaftlichkeit im Einzelfall zulassen.

#### **4.2 Die Funktion des Gruppenfallwerts**

51 Mit Hilfe der dargelegten Hypothesen wird der Gruppenfallwert zu einer plausiblen Grösse, indem er jene Praxis darstellt, welche kostenmässig die Mitte aller Praxen der Vergleichsgruppe repräsentiert. Dabei darf davon ausgegangen werden, dass die überwiegende Mehrheit der Ärzte der Vergleichsgruppe wirtschaftlich handelt. Im Falle einer statistischen Normalverteilung der Praxen der Vergleichsärzte ist überdies keine Benachteiligung der geprüften Ärzte zu erwarten, weil die Daten der das erforderliche Leistungsmass überschreitenden Ärzte der Vergleichsgruppe ebenfalls in den Durchschnittswert eingehen. Diese sind sehr wahrscheinlich zahlreicher und fallen stärker ins Gewicht als die wegen Minimalismus unwirtschaftlich behandelnden Praxen, die statistisch gesehen (jedenfalls bei einer grösseren Vergleichsgruppe) nicht nennenswert auf den Gruppenfallwert durchschlagen dürften.

52 Mit den mittleren Kosten aller Praxen der Vergleichsgruppe wird keine unmittelbare Wirtschaftlichkeitsaussage getroffen. Die zentrale Funktion des Gruppenfallwerts besteht vielmehr in der Schaffung einer Koordinate, von der aus sich der Bereich der üblichen Streuung der Fallwerte einer Vergleichsgruppe abstecken lässt. Mit jedem Mittelwert ist auch eine übliche Streuung gegeben. Was ausserhalb dieser Streuung liegt, ist auffällig und ruft nach einer Wirtschaftlichkeitsprüfung. Mit dem Kunstgriff des Gruppenfallwerts wird die Definition eines Kollektivs von Praxen bezweckt, das sowohl hinsichtlich der Patientenzusammensetzung als auch des individuellen Behandlungsstils den Kreis der Normalpraxen einer bestimmten medizinischen Fachrichtung bildet.

### **4.3 Was der Vergleichsgruppendurchschnitt nicht bedeutet**

53 Die Durchschnittswerte einer hinreichend grossen Zahl vergleichbarer Ärzte lässt zwar aufgrund der oben beschriebenen Hypothesen allgemeine Rückschlüsse auf die Wirtschaftlichkeit von Einzelfällen einer geprüften Praxis zu. Sie erlauben aber nicht den Schluss, dass regelhaft jeder Arzt der Vergleichsgruppe, der keine von der «Normpraxis» abweichende Praxisbesonderheiten namhaft machen kann, mit dem Kostenaufwand, der dem Gruppenfallwert entspricht, sein Patientenkollektiv ausreichend, zweckmässig und wirtschaftlich zu versorgen in der Lage ist. Die blosser Überschreitung des Gruppenfallwerts beweist noch keinen unwirtschaftlichen Behandlungsstil.

### **4.4 Das Problem der Binnenverteilung**

54 Aus dem Gruppenfallwert als Mittelwert der Kosten der Behandlungsfälle aller Fälle aller Ärzte der gewählten Vergleichsgruppe lässt sich nicht ablesen, ob sich der Gruppenfallwert im konkreten Fall tatsächlich eignet, den Kreis der Normalpraxen der involvierten medizinischen Fachrichtung zu bestimmen. Dazu müsste vielmehr die Binnenverteilung der Fallwerte pro Praxis der Vergleichsgruppe in die Betrachtung mit einbezogen werden, um zu erkunden, ob statistische Ausreisser oder andere Unregelmässigkeiten die Binnenlage des Gruppenfallwerts beeinflussen. Das geschieht in der gegenwärtigen Prüfpraxis in der Regel jedoch nicht. Die Positionierung des Gruppenfallwerts ist so nicht frei von Zufälligkeiten, die allerdings dem geprüften Arzt nicht nur zum Nachteil, sondern auch zum Vorteil gereichen können.

55 Die geprüften Ärzte haben das Recht, im Prüfverfahren Auskunft über die Verteilung der Fallwerte der Vergleichsgruppe zu verlangen. Die Eignung des Gruppenfallwerts zur Umschreibung der Normpraxen muss bewiesen sein. Die Beweislast dafür liegt bei den KVer.

## **5. Notwendigkeit einer «Toleranz- und Sicherheitszone»**

### **5.1 Individuelle Besonderheiten innerhalb der Normpraxen**

56 Die mittleren Fallkosten divergieren auch dann, wenn alle Ärzte der Vergleichsgruppe wirtschaftlich behandeln, weil die Zusammensetzung des Patientenkollektivs von Praxis zu Praxis nie ganz identisch ist, sondern mehr oder weniger stark divergiert. Auch eine grosse Zahl von Vergleichspraxen ebnet nicht alle individuellen Unterschiede ein. Die einzelnen Praxen können sich mit Bezug auf die Häufigkeit aufwendiger Behandlungsfälle oder anderer individueller Umstände in nicht zu vernachlässigender Weise unterscheiden. Solche fallwertwirksamen Unterschiede sind objektiv vielfach nicht oder nur schwer mess- oder nachweisbar, weder von der Prüfinstanz noch vom betroffenen Arzt. Sie bilden Teil der üblichen Streuung um den Mittelwert.

57 Ferner können die ärztlichen Auffassungen über das notwendige Mass medizinischer Leistungen mit vertretbaren Argumenten erheblich auseinander

gehen, weil für zahlreiche Situationen eindeutige objektive Kriterien zur Beurteilung der notwendigen Behandlungsintensität fehlen, so dass Ärzte und Patienten in vielen Situationen über entsprechend grosse Entscheidungsspielräume verfügen. Schliesslich gibt es individuell-ärztliches Verhalten, das einen bestimmten Praxisstil kennzeichnet und das in gewissem Masse zu respektieren bleibt, auch wenn es die Behandlung verteuert (BGE 103 V 145, E. 5). Aus diesen Gründen ist ein Bereich der üblichen Streuung der Fallwerte der Vergleichspraxen zu definieren, damit diesen Faktoren Rechnung getragen werden kann. Dies geschieht in der Rechtsprechung mittels Einräumung einer «Toleranz- oder Sicherheitszone».

## **5.2 Zum Begriff der Toleranz- und Sicherheitszone**

58 Ärzte mit einem persönlichen Index innerhalb der von der Rechtsprechung gezogenen Sicherheitszone können gemessen an den tatsächlichen Bedürfnissen ihres Patientenkollektivs wirtschaftlich praktizieren. Es handelt sich hierbei um den in Rz. 57 beschriebenen Bereich der üblichen Streuung. Es kann aber innerhalb dieses Rayons auch Ärzte geben, die gemessen an ihrem Patientengut das erforderliche Leistungsmass überschreiten. Beides lässt sich mit den gegenwärtigen statistischen Mitteln nicht rechtsgenügend nachweisen. Die Sicherheitszone bezweckt somit als Erstes, wirtschaftliche Praxen vor ungerechtfertigten Rückforderungen zu schützen. Dabei wird in Kauf genommen, dass unwirtschaftlich praktizierende Ärzte mit Indices bis zur Obergrenze der Toleranzzone durch die Maschen schlüpfen. Angesichts der Tatsache, dass innerhalb einer bestimmten Zone um den Gruppenfallwert herum sowohl wirtschaftliche als auch unwirtschaftliche Praxen zu finden sind, bezweckt die Sicherheitszone aber vor allem, in der Wirtschaftlichkeitsfrage eine Beweisaussage überhaupt erst zu ermöglichen. Die Sicherheitszone ist nicht eine Art wohlwollender Gnadenakt für Ärzte, sondern eine Beweisnotwendigkeit, weil erst ab einer bestimmten Überschreitung des Gruppenfallwerts der Verdacht einer unwirtschaftlichen Behandlungsweise als begründet erscheinen kann.

59 Die Toleranz im Begriff der Toleranz- und Sicherheitszone bezieht sich auf die Spannweite des im Rahmen von Art. 56 Abs. 1 KVG tolerierten individuell-ärztlichen Verhaltens, wobei mit der Sicherheitszone auch diesem Bereich Rechnung getragen wird.

## **5.3 Problematik der Rechtsprechung zur Sicherheits- und Toleranzzone**

60 Die Problematik der Rechtsprechung besteht darin, dass sie nicht zwischen der normalen Streuung einer Vergleichsgruppe (Sicherheits- und Toleranzzone) und der Indexschwelle unterscheidet, wo der Beweis unwirtschaftlicher Behandlung eintritt (Beweiszone). Nach der aktuellen Rechtsprechung wird bereits mit dem Überschreiten der Sicherheits- und Toleranzzone Unwirtschaftlichkeit als bewiesen angenommen, wenn der Arzt seinen Fallwert nicht mit Praxisbesonderheiten rechtfertigen kann (statt vieler: Urteil K 150/03 vom 18. Mai 2004, in BGE 133 V 37, nicht publ. E. 6.2). Das ist unhaltbar, wie hiernach aufzuzeigen sein wird.

## 6. Der Beweiswert des statistischen Vergleichsergebnisses

### 6.1 Die Beweisart und Beweislast

61 Nach der Rechtsprechung stellen überhöhte Indexziffern zunächst lediglich ein Indiz für eine mögliche Überarztung dar. Im Rahmen des Beweisverfahrens sei abzuklären, ob sich die Vermutung der Überarztung rechtfertige bzw. aufgrund von Praxisbesonderheiten die überhöhten Indizes ganz oder teilweise begründet seien (Urteil K 116/03 vom 23. November 2003, E. 2.5; RKUV 2003 KV 250 219, E. 2.2.2).

62 Bei der rechtlichen Qualifikation dieser Beweisart rückt als Erstes die Möglichkeit einer Zuordnung zu den so genannten tatsächlichen oder natürlichen Vermutungen (*praesumptiones hominis*) ins Blickfeld. Diese bestehen darin, dass die entscheidende Instanz aufgrund einer bewiesenen Tatsache (in casu: erhebliche Überschreitung des Gruppenfallwerts) mittels der tatsächlichen Vermutung den Schluss zieht, dass ein weiterer Sachumstand (in casu: Unwirtschaftlichkeit der Behandlung) mit hoher Wahrscheinlichkeit als erwiesen betrachtet werden darf (BGE 130 II 482, 486, E. 3.2 mit Hinweisen auf die Doktrin). Tatsächliche Vermutungen betreffen die Beweiswürdigung und begründen keine Umkehr der Beweislast (BGE 130 II 482, 486, E. 3.2; Meier, S. 65 f.).

63 Tatsächliche Vermutungen im dargelegten Sinne sind widerlegbar. Dabei muss der Beweisführungsbelastete anders als im Falle einer Umkehr der Beweislast (Feststellungslast) nicht einen vollen Gegenbeweis führen. Es genügt, dass er Tatsachen (nicht bloss gedankliche Möglichkeiten) vorzutragen imstande ist, die den auf der tatsächlichen Vermutung beruhenden Beweis erschüttern bzw. massgebliche Zweifel am Vermutungsbeweis wecken.

64 Überschreitet der Index des geprüften Arztes die Toleranz- und Sicherheitszone, so begründet das praxisgemäss mehr als bloss ein Indiz für eine mögliche Überarztung, sondern eine Tatsachenvermutung, die einen vollen Beweis unwirtschaftlicher Behandlung begründet, wenn sie sich nicht durch Praxisbesonderheiten (siehe Rz. 88 hiernach) widerlegen lässt. Dabei genügt es nicht, dass der geprüfte Arzt ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenvermutung zu wecken vermag. Vielmehr ist der volle Beweis zu erbringen, dass der Arzt trotz Vorliegens einer erheblichen Überschreitung des Gruppenfallwerts wirtschaftlich behandelt hat. Der geprüfte Arzt ist praxisgemäss nicht nur mit Bezug auf das Vorliegen von fallwertwirksamen, die Unwirtschaftlichkeitsvermutung widerlegenden Praxisbesonderheiten, sondern auch mit Bezug auf den dadurch verursachten Mehraufwand beweisbelastet. Die Überschreitung der Toleranz- und Sicherheitszone führt daher anders als bei tatsächlichen Vermutungen zu einer Umkehr der Beweislast, so dass mehr als eine *praesumptio hominis* vorliegt. Das ruft die Frage nach der Vereinbarkeit dieses Beweisverfahrens mit Art. 8 ZGB auf den Plan.

## **6.2 Vereinbarkeit der Beweisregelung mit Bundesrecht**

65 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Diese Regel findet auch im öffentlichen Recht Anwendung (Urteile 2A.669/2005 vom 10. Mai 2006, in BGE 132 II 298, nicht publ. E. 3.5.2; 2A.343/2005 vom 10. November 2005, E. 4.2) und gilt, wo das Gesetz keine Sonderregel aufstellt (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 284; Rhinow/Koller/Kiss, S. 175 Rz. 910 ff.). Eine Umkehr der Beweislast muss im Gesetz vorgesehen sein; sie darf nicht einfach unterstellt werden (Gygi, S. 284; siehe auch BGE 105 Ib 114, 117). Sie ist ausschliesslich dort zulässig, wo sie durch eine gesetzliche Sonderregel angeordnet wird oder wo die bestehende Beweislastverteilung rechtsmissbräuchlich ist (Sutter, S. 177).

66 Die KVers tragen die Beweislast, wenn die von ihnen behauptete Unwirtschaftlichkeit der Behandlung trotz behördlicher Sachverhaltsabklärung (Art. 89 Abs. 5 KVG) unbewiesen bleibt, denn sie wollen aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten (Art. 8 ZGB). Die Rechtsprechung nimmt ihnen diese Beweislast jedoch weitgehend ab, indem sie im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht lediglich eine Vermutungsbasis – ein über der Sicherheits- und Toleranzzone liegender Fallwert des geprüften Arztes – zu beweisen haben, und knüpft an das Gelingen dieses Beweises die Vermutungsfolge, dass der betreffende Arzt unwirtschaftlich behandelt hat. Mit Bezug auf diese Vermutungsfolge, deren Gegenteil voll zu beweisen ist, wird – wie bereits dargelegt (Rz. 64) – die Beweislast umgekehrt.

67 Weder das KVG noch ein anderes Bundesgesetz enthalten eine Sondernorm, welche eine solche Umkehr der Beweislast gestatten würde. Insbesondere fehlt eine KVG-Bestimmung, wonach Ärzte unter bestimmten Voraussetzungen den Beweis zu erbringen haben, dass sie wirtschaftlich behandeln. Die Rechtsprechung des Durchschnittskostenvergleichs steht daher in einem Widerspruch zum allgemeinen Rechtsgrundsatz von Art. 8 ZGB.

## **6.3 Rechtfertigung des Beweisverfahrens**

68 Die Beweiserleichterung des Durchschnittskostenvergleichs zu Gunsten der KVers und die teilweise Beweislastverschiebung auf die geprüften Ärzte ist von der Rechtsprechung im Interesse der Wahrung der Leistungsfähigkeit der Krankenpflegeversicherung geschaffen worden. Ohne das Kontrollinstrument des Durchschnittskostenvergleichs wären dem Wachstum der Leistungsmengen keine Schranken, Missbräuchen bei der Erbringung und Inanspruchnahme von Leistungen keine Grenzen gesetzt. Mit nicht zu übersehender Progression der Prämienlasten der Bevölkerung und abnehmender Effizienz der Versicherung. Die Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Krankenpflegeversicherung als eines eminent wichtigen Gemeinschaftsguts vermag ähnlich wie Rechtsmissbrauchstatbestände (Sutter, S. 177) eine Abweichung von der durch Art. 8 ZGB vorgeschriebenen Beweislastverteilung zu rechtfertigen (s.a. Urteil 9C\_393/2007 vom 08.05.2008, E. 4.4). Im vorliegenden

Zusammenhang geht es um mehr als gewöhnliche Beweisschwierigkeiten, die in der Regel keine Umkehr der Beweislast gestatten, sondern um das gesetzliche Ziel einer leistungseffizienten Krankenversicherung, das mit dem primären gesetzlichen Kontrollinstrument der Einzelfallprüfung auch nicht annähernd erreicht werden kann (siehe Rz. 11 hiervor).

69 Der Durchschnittskostenvergleich kann sodann nur dann zielführend sein, wenn die Beweislast für Praxisbesonderheiten beim geprüften Arzt liegt. Es liegt in der Natur der Sache, dass Praxisbesonderheiten eines Arztes den Prüfinstanzen regelmässig nicht bekannt sind und nur dieser darüber Bescheid weiss. Dementsprechend wird von ihm eine erhöhte Mitwirkung bei der Sachverhaltsermittlung verlangt (Rz. 90), die sich indessen nur sicherstellen lässt, wenn der geprüfte Arzt auch ein persönliches Interesse an einer richtigen Sachverhaltsfeststellung hat. Da er vielfältige Möglichkeiten hätte, die Abklärung seiner Praxisbesonderheiten in hohem Masse zu behindern, ist die Verschiebung der Beweislast auf den geprüften Arzt ein Muss, wenn der Durchschnittskostenvergleich effizient sein soll. Andererseits lässt sich das nur rechtfertigen, wenn der Arzt auch eine reale Chance hat, Praxisbesonderheiten und damit verbundene Mehraufwendungen rechtsgenügend zu substantiieren.

#### **6.4 Grundsätzliche Anforderungen an die Beweistauglichkeit der Fallwertdifferenz**

70 Zur Beweiseignung muss die Fallwertdifferenz so gross sein, dass nach allgemeiner Erfahrung eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine unwirtschaftliche Behandlungsweise besteht, sich eine Tatsachenvermutung somit rechtfertigt. Die Ärzte haben sodann einen gesetzlichen Anspruch darauf, dass die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Behandlung im konkreten Behandlungsfall geprüft wird (siehe Rz. 9 hiervor). Das KVG sieht die Wirtschaftlichkeitsprüfung mittels statistischer Methoden nicht vor und definiert das Wirtschaftlichkeitsgebot auch nicht dahin, dass der Arzt pro statistisch näher definierten Behandlungsfall ein bestimmtes Kostenmass nicht überschreiten darf. Der Durchschnittskostenvergleich ist daher nur dann ein geeignetes Kontrollinstrument und verhältnismässig<sup>2</sup>, wenn er den Beweis dafür zu liefern vermag, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch im Einzelfall unwirtschaftlich behandelt wurde. Die zentrale Frage lautet daher, bei welcher Fallwertdifferenz sich dieser Schluss rechtfertigt.

71 Der Arzt muss aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Mittel zum Nachweis von Praxisbesonderheiten und des damit verbundenen Mehraufwands objektiv imstande sein. Bei nur mässigen Überschreitungen der Sicherheits- und Toleranzzone ist er dazu in der Regel nicht in der Lage<sup>3</sup>.

#### **6.5 Die massgebende Fallwertdifferenz in der aktuellen Praxis**

72 Nach der höchstrichterlichen Judikatur ist der Unwirtschaftlichkeitsbeweis erbracht, wenn der Fallwert des geprüften Arztes «im Durchschnitt erheblich höher ist, ohne dass den Durchschnitt beeinflussende Besonderheiten geltend gemacht werden können» (Urteil K 6/06 vom 9. Oktober 2006,

E. 4.2, in BGE 133 V 37 nicht publ.; BGE 119 V 448, E. 4b S. 453). In der Rechtsprechung ist dazu konkretisiert worden, dass der Fallwert des geprüften Arztes erheblich höher ist, wenn er die Toleranz- und Sicherheitszone von 20 bis 30 Indexpunkten überschreitet. Diese Werte (120/130 Indexpunkte als Beweiswertgrenze) sind in der Prüfpraxis nie sachlich begründet worden. Sie werden seit Jahrzehnten fast automatenhaft von Urteil zu Urteil abgeschrieben, ohne dass je geprüft worden wäre, wie sie vor Jahrzehnten zustande gekommen sind und ob sie sich nach wie vor sachlich rechtfertigen. Sie sind auch nie durch empirische Studien validiert worden.

73 Nach dem oben Gesagten (Rz. 70) muss die Fallwertdifferenz so gross sein, dass für die geprüfte Praxis eine hohe Wahrscheinlichkeit unwirtschaftlicher Behandlung besteht. Wird in Betracht gezogen, dass sich bis zur Obergrenze der Sicherheits- und Toleranzzone (120/130 Indexpunkte) ohne weiteres wirtschaftliche Praxen unbekannter Zahl finden lassen, so muss doch als sehr fraglich erscheinen, dass schon ein Überschreiten der Indices von 120/130 eine hohe Wahrscheinlichkeit unwirtschaftlicher Behandlung begründet, wie das für eine Tatsachenvermutung erforderlich wäre. Die Annahme, dass ein Arzt schon ab 120/130 Indexpunkten nach allgemeiner Erfahrung in aller Regel unwirtschaftlich praktiziert, ist schlicht unhaltbar.

74 Ebenso ist fraglich, ob ein wirtschaftlich behandelnder Arzt mit beispielsweise 10 bis 30 Indexpunkten über der Sicherheits- und Toleranzzone tatsächlich in der Lage ist, mit den ihm zur Verfügung stehenden Beweismitteln die fallwerterhöhenden Besonderheiten seiner Praxis rechtsgenügend zu substantiieren. Bei einem Arzt, der solche Indices aufweist und, weil eben nicht oder nur schwer realisierbar, keine Praxisbesonderheiten nachweisen kann, darf deshalb nicht aufgrund blosser statistischer Werte allein angenommen werden, er habe in zahlreichen Behandlungsfällen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überarztet. 4.

75 Die Zone von 120/130 Indexpunkten markiert den Bereich der normalen Streuung innerhalb einer Vergleichsgruppe. Im Anschluss daran wächst der Verdacht unwirtschaftlicher Behandlung, um sich ab einer bestimmten Schwelle zu hoher bis überwiegender Wahrscheinlichkeit zu verdichten, so dass sich eine entsprechende Tatsachenvermutung rechtfertigt. Die Situierung dieser Schwelle hängt hauptsächlich vom Homogenitätsgrad der Vergleichsgruppe ab, der auch nach medizinischem Fachgebiet stark variieren kann. Vergleichsgruppen mit einem weiten Leistungsspektrum (beispielsweise aus der allgemeinen oder inneren Medizin)

---

2 Der Durchschnittskostenvergleich als belastende Eingriffe durch staatliches Handeln muss verhältnismässig sein; er hat den Kriterien der Geeignetheit, Notwendigkeit und Angemessenheit zu genügen (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 3 BV).

3 Daraus folgt auch, dass seinen Beweisanträgen für Tatsachen, die er selber nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand erbringen kann, stattzugeben ist.

4 Überwiegende Wahrscheinlichkeit ist gegeben, wenn die urteilende Instanz am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Die Möglichkeit, dass es sich anders verhalten könnte, darf vernünftigerweise nicht in Betracht fallen (BGE 130 III 321, E. 3.2 und E. 3.3).

verlangen nach einer höheren Schwelle als Praxen mit engerem Leistungsspektrum (wie bei etlichen medizinischen Spezialitäten). Nach unserer Einschätzung ist sie bei ersteren etwa im Bereiche von mindestens 150/160 Indexpunkten anzusiedeln, während sich bei spezialisierteren Vergleichsgruppen mit höherer Homogenität 140 Indexpunkte rechtfertigen können<sup>5</sup>. Bei solchen Werten muss ein Arzt erklären und belegen können, weshalb sein Fallwert über dem Vergleichsgruppenschnitt liegt. Offen bleiben muss, ob damit auch dem neuen Konzept des Gesamtfallwerts (insbesondere dem Einbezug der Medikamentenkosten) angemessen Rechnung getragen ist, weil diesbezüglich noch zu wenig praktische Erfahrungen vorliegen<sup>6</sup>.

76 Damit soll nicht gesagt sein, dass es im Übergangsbereich zwischen der Sicherheits- und Toleranzzone (Indices 120/130) und der Schwelle zur Tatsachenvermutung (Indices 150/160; 140) keine Unwirtschaftlichkeit gäbe oder eine solche irrelevant wäre. Unser Standpunkt besagt nur, dass Unwirtschaftlichkeit im Übergangsbereich mit dem statistischen Vergleich allein nicht rechtsgenügend bewiesen werden kann. Vielmehr bedarf es dazu ergänzender Beweismittel, die die Prüfung nach Durchschnittswerten verstärken, beispielsweise durch eine stichprobenweise Einzelfallprüfung (Eugster, Rz. 316 f.).

77 Die vorgenommene Differenzierung bedeutet sodann nicht, dass die Honorare nicht bis auf die Sicherheits- und Toleranzzone gekürzt werden dürfen, wenn die Unwirtschaftlichkeit aufgrund der Fallwertdifferenz und nötigenfalls zusätzlicher beweisverstärkender Abklärungen ausser Zweifel steht. Wird aber bei Fallwerten von 120 oder 130 Indexpunkten eine Rückforderung aufgrund des statistischen Vergleichs allein bestimmt, so liegt darin ein grosses Willkürisiko.

## **6.6 Zur Beweistauglichkeit der ANOVA-Indices**

### **6.6.1 Kurzdarstellung der Methode**

78 Die *santésuisse* ANOVA-Methode basiert auf der gleichen Datenbasis wie die Rechnungstellerstatistik (RSS). Erfasst werden Ärzte aus 26 Kantonen

---

<sup>5</sup> So auch die deutsche Prüfpraxis, wo in der Hauptsache der nämliche Durchschnittskostenvergleich wie in der Schweiz angewendet wird (Eugster, Rz. 285; Spellbrink, S. 256, Rz 594 ff.).

<sup>6</sup> Seinerzeit (Eugster, Rz. 311) haben wir für die direkten Arztkosten allein einen Index von mindestens 140 Punkten als notwendig erachtet, bei Konsultationen und Besuchen einen solchen von 150 bis 170 Indexpunkten.

und 44 Facharztgruppen. In einem ersten Schritt wird pro Facharztgruppe der Einfluss des Alters und des Geschlechts auf die Kosten der Patienten so standardisiert, dass umgerechnet bei allen Leistungserbringern einer Facharztgruppe die gleiche Alters- und Geschlechtsverteilung der Patienten vorliegt. Die Kosten des geprüften Leistungserbringers werden so ausgewiesen, als hätte dieser die gleiche Alters- und Geschlechtsverteilung wie die Vergleichsgruppe als Ganzes. Vergleichsgruppe sind alle Ärzte der betreffenden Fachgruppe in der Schweiz. Die verschiedene Ausgangslage betreffend Alter und Geschlecht der Patienten wird somit für alle Ärzte einer Facharztgruppe eliminiert.

79 Davon ausgehend, dass die verschiedenen ökonomischen Rahmenbedingungen der Kantone die Kosten ebenfalls beeinflussen, wird in einem zweiten Schritt das kantonale Kostenniveau standardisiert. Dies geschieht mit den alters- und geschlechtskorrigierten Werten aller Ärzte (Schritt 1) unter Miteinbezug der Facharztgruppe (weil es nicht in allen Kantonen die gleiche Facharztgruppenzusammensetzung gibt). Die Kosten werden so ausgewiesen, wie wenn alle Leistungserbringer im gleichen Kanton tätig wären. Durch die Korrektur werden Ärzte aus teuren Kantonen nach unten korrigiert und Ärzte aus billigen Kantonen nach oben.

80 In einem dritten Schritt wird der geprüfte einzelne Arzt mit dem Kollektiv seiner Facharztgruppe verglichen. Für den Arzt sowie für die Facharztgruppe wird der korrigierte Mittelwert als Referenzgrösse herangezogen (mehr zur Beschreibung der Methode: D' Angelo /Kraft/Amstutz)

### **6.6.2 Kritik an der Methode**

81 Santésuisse stützt sich für die Annahme der Beweistauglichkeit der ANOVA-Indices auf ein von ihr bei der ETH Zürich in Auftrag gegebenes Gutachten Roth/Stahel vom 28.09.2005, das zum Schluss kommt, dem Einsatz der ANOVA-Methode stehe nichts im Wege, da sie mit der gleichen Datenbasis wie die RSS operiere und gegenüber dieser nur Vorteile aufweise.

82 Allein die Tatsache, dass das Rechenmodell der ANOVA-Methode mathematisch korrekt ist und (in anderen Zusammenhängen) ein anerkanntes statistisches Instrument darstellt, bedeutet noch nicht, dass es in rechtlicher Hinsicht beweistauglich ist. Dazu kann das ETH-Gutachten nicht sachkundig Stellung nehmen. Schiedsgerichte können von einem Beweis nur überzeugt sein, wenn sie auch die Beweistauglichkeit des Beweismittels nach vollziehen können. Dass es das kann, wird ein Schiedsgericht aufgrund des ETH-Gutachtens allein wohl kaum bejahen können.

83 Bei der Eliminierung der Einflussfaktoren Alter und Geschlecht beruhen alle unbekannt Parameter (beispielsweise das allgemeine Niveau der Durchschnittskosten) naturgemäss auf blossen Schätzungen. Aufgrund welcher Werte und wie die Schätzungen genau zustande kommen, bleibt indessen für einen Nichtstatistiker unklar, so dass für eine Prüfinstanz schon die Verlässlichkeit des Ausgangspunkts der Rechenoperationen schwer zu beurteilen ist. Das Ergebnis der Fallwertkorrektur nach Alter

und Geschlecht wiederum stellt als Zwischenergebnis eine fiktive Grösse dar, die sich dementsprechend empirisch nicht überprüfen lässt. Von diesen theoretischen alters- und geschlechtskorrigierten Werten ausgehend werden anschliessend die kantonalen Kostenunterschiede korrigiert, wobei die Korrektur nicht anhand der unterschiedlichen kantonalen Taxpunktwerte, sondern der kantonalen Kostenniveaus (in der OKP, wie zu vermuten ist) vorgenommen wird. Ob damit die Nivellierung der Kostenunterschiede korrekt und in Übereinstimmung mit den Zielen des Durchschnittskostenvergleichs vorgenommen wurde, bleibt nach dem gewählten Rechnungsmodell diffus.

84 Damit Prüfinstanzen die ANOVA-Methode verständlich wird, muss noch viel Erklärungsarbeit geleistet werden. Ohne Validierung der als Privatgutachten zu qualifizierende Studie der ETH durch eine gerichtliche, für Laien der Statistik verständliche Expertise darf das Rechnungsmodell der ANOVA-Methode unseres Erachtens nicht als beweistauglich angesehen werden.

85 Neben dem Verständnisproblem bestehen weitere, grundsätzlich Bedenken, ob mit den Fallwerten der ANOVA-Methode überhaupt operiert werden darf. Das Ergebnis der komplexen rechnerischen Operationen ist ein fiktiver gesamtschweizerischer Einheitsindex pro medizinische Spezialität. Der Fallwert des geprüften Arztes ist ebenfalls fiktiv. Der Durchschnittskostenvergleich besteht daher in der Gegenüberstellung von zwei fiktiven, verfremdeten Fallwerten. Bei der Rechtsanwendung haben jedoch Gerichte und Verwaltungsbehörden grundsätzlich an konkrete Tatsachen anzuknüpfen. Die Sachverhaltsfeststellung hat im Interesse der Richtigkeit der Entscheidungen durch Mittel zu erfolgen, die in grösstmöglicher Nähe zu den in Frage stehenden Tatsachen, also in möglichst direkter Beziehung zu ihnen stehen (Eugster, Rz. 215). Der Durchschnittskostenvergleich (als mittelbarer Beweis) durchbricht diesen Grundsatz, weil eine direkte Feststellung der Unwirtschaftlichkeit im konkreten einzelnen Behandlungsfall mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten verbunden ist (Rz. 11). Dieses Beweisverfahren leidet bekanntlich an vielen Unschärfen. Diese zusätzlich zu verstärken und sich damit vom genannten Grundsatz noch mehr zu entfernen, indem der Fallwertvergleich mit völlig verfremdeten Fallwerten vorgenommen wird, ist daher beweisrechtlich nicht haltbar.

86 Beizufügen bleibt: Der ANOVA-Index ist nicht rechtsprechungskonform, weil er regionale Kostenunterschiede eliminiert, statt ihnen Rechnung zu tragen (Rz. 25). Ferner ist aufgrund der Taxpunktwertnivellierung zu befürchten, dass Ärzte in «teuren» Kantonen weniger streng geprüft werden als Ärzte aus «billigen» Kantonen, was nicht willkürfrei ist. Wenn schliesslich die ANOVA-Indices für die Berechnung des unwirtschaftlichen Mehraufwands und die Bemessung der Honorarrückforderung eingesetzt werden (Differenz zwischen der Sicherheits- und Toleranzzone, die allenfalls um Zuschläge für Praxisbesonderheiten erhöht ist, und dem Fallwert des geprüften Arztes) so werden damit keine realitätsgerechten Grössen verwendet, weil die Fallwerte fiktiver Natur sind.

87 Santésuisse (D'Angelo/Rhyn) macht geltend, dass mit der ANOVA-Methode lediglich eine statistische Vorselektion erfolge und die ANOVA-Indices für sich allein Unwirtschaftlichkeit nicht zu beweisen vermöchten. Da die ANOVA-Indices an die Stelle der RSS-Indices treten sollen, kann dem nach dem oben Gesagten (Rz. 64 ff.) nicht zugestimmt werden (so richtig auch Nadig, a.a.O., S. 907).

## **7. Korrektur der Fallwertdifferenz durch Praxisbesonderheiten**

88 Der geprüfte Arzt, dessen Fallwert jenseits der Toleranz- und Sicherheitszone liegt, hat die Möglichkeit, seinen Fallwert durch den Nachweis von Praxisbesonderheiten zu rechtfertigen. Leichter gesagt als getan, wie die Praxis zeigt. Die geprüften Ärzte sind nicht nur mit Bezug auf das Vorliegen von Praxisbesonderheiten, sondern nach der Rechtsprechung – und darin liegt die grosse Schwierigkeit – auch mit Bezug auf den dadurch verursachten Mehraufwand beweisbelastet.

### **7.1 Die wichtigsten Praxisbesonderheiten**

89 Die wichtigsten Praxisbesonderheiten sind eine vom Durchschnitt der Vergleichsgruppe abweichende Zusammensetzung des Patientenkollektivs bezüglich Alter, Geschlecht, Morbidität («Schwere» der Fälle) sowie besondere Leistungsangebote oder Behandlungsschwerpunkte (mehr dazu in K 150/03, in BGE 130 V 37 nichtpubl. E. 6.5.4). Als «schwere» Fälle sind im vorliegenden Zusammenhang kostenintensive Krankheitsfälle zu betrachten, wobei sich die Kostenintensität nach dem medizinischen Aufwand während eines Geschäftsjahres des Versicherers bemisst. Darunter fallen daher Akuterkrankungen mit kurzer und teurer Behandlung und Akutfälle, die aufgrund längerer Behandlungsdauer teuer werden. Kostenintensive Fälle sind ferner Chroniker mit dauernder Behandlungsbedürftigkeit, die in Praxen der allgemeinen oder allgemeinen inneren Medizin den Hauptteil der kostenintensiven Behandlungsfälle ausmachen dürften.

### **7.2 Amtsabklärungspflicht der Schiedsgerichte**

90 Das Schiedsgericht stellt unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen fest; es erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei (Art. 89 Abs. 5 KVG). Dabei kommt jedoch der Mitwirkungspflicht der Parteien eine weitgehende Bedeutung zu, weil diese am ehesten in der Lage sind, zur Feststellung des massgebenden Sachverhalts beizutragen (Urteile K 150/03 vom 18. Mai 2004, E. 5.1, in BGE 130 V 377 nicht publ.; K 23/03 vom 14. Mai 2004, E. 4.2). Verstösse gegen die Mitwirkungspflicht wirken sich zu Lasten des Arztes aus (Urteile 9C\_393/2007 vom 8. Mai 2005 und K 9/00 vom 24. April 2003). Die Mitwirkungspflicht beschränkt sich indessen grundsätzlich auf Tatsachen, zu denen das Schiedsgericht ausdrücklich um Auskunft ersucht hat, und nur dann kann ein Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht begangen werden. Im Bereiche der Praxisbesonderheiten muss der geprüfte Arzt diese so substantiiert aufzeigen können, dass die Prüfinstanzen

begründeten Anlass zu weiteren Abklärungen haben (Urteil K 113/03 vom 10. August 2004, E. 7.2). Gelingt ihm dies, so hat das Schiedsgericht in der Regel ein analytisches Gutachten zu veranlassen.

### **7.3 Problematische Rechtsprechungstendenzen**

#### **7.3.1 Überzogene Anforderungen an die ärztliche Mitwirkungspflicht**

91 Die Chancen der geprüften Ärzte, zu geltend gemachten Praxisbesonderheiten ein analytisches Gutachten oder andere Beweishilfen zu erlangen, sind bei den meisten Schiedsgerichten gleich null. Expertisen werden nach Kräften vermieden, weil sie kostspielig sind, die Verfahrensdauer verlängern und die Fallbeurteilung komplizieren. Dieser Minimalismus bei der amtlichen Sachverhaltsfeststellung ist allerdings nur zum Preis einer Qualitätseinbusse der Urteile zu haben.

92 Amtsabklärungen werden häufig mit dem Hinweis abgelehnt, die Vorbringen seien zu pauschal und nicht genügend substantiiert (statt vieler: Urteil K 142/05 vom 1. März 2006, E. 8.2.1). Dabei stellen die Gerichte jedoch, um nicht Expertisen anordnen zu müssen, zunehmend überzogene Anforderungen an die Mitwirkungspflichten der Ärzte<sup>7</sup>, und zwar insofern, als ihnen sowohl hinsichtlich des Vorhandenseins einer Praxisbesonderheit als auch mit Bezug auf den damit verbundenen medizinischen Mehraufwand praktisch eine Beweisführungslast auferlegt wird.

#### **7.3.2 Beispiele aus der Rechtsprechung**

93 Begründeter Anlass zu Amtsabklärungen besteht bereits, wenn ein Arzt die Existenz von Praxisbesonderheiten glaubhaft zu machen vermag. Er muss sie nicht schon beweisen. Nach der aktuellen Rechtspraxis genügt es indessen nicht, dass der Arzt die Existenz von Praxisbesonderheiten glaubhaft macht. Er muss sie beweisen und überdies den mit den Praxisbesonderheiten verbundenen Mehraufwand quantifizieren, damit diese als solche anerkannt werden. Dazu ist aber ein Arzt mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln regelmässig nicht in der Lage, wie am Urteil K 113/03 vom 10. August 2004 illustriert werden soll.

94 Grundsätzlich anerkennt die Rechtsprechung einen sehr hohen Anteil an ausländischen Patienten als Praxisbesonderheit (Urteile RKUV 1986 Nr. K 654 S. 4, E. 4c; K 142/05 1. März 2006, E. 7.3 und 8.2.2 u.a.m). Im Urteil K 113/03 vom 10. August 2004, E. 7.1 reichte das bei einem Arzt mit einem Anteil von 46,4% fremdsprachiger Patienten nicht. Vielmehr wurde von ihm verlangt, Mehrkosten in diesem Zusammenhang schlüssig darzutun. Man muss sich indessen fragen, wie der Arzt diesen Beweis hätte leisten können. Zu diesem Zwecke hätte er fremdsprachige und landessprachliche Patienten nach Diagnose und Schweregrad der jeweiligen Erkrankung in zwei Gruppen aufteilen und zumindest in einer

---

<sup>7</sup> Davon kann allerdings in den Urteilen 9C\_393/2007 vom 8. Mai 2005 und K 9/00 vom 24. April 2003 nicht die Rede sein, wo elementare Mitwirkungspflichten vernachlässigt worden sind.

repräsentativen Stichproben aufzeigen müssen, dass bei den fremdsprachigen Patienten regelmässig ein Mehraufwand entsteht. Da ihm dieser Mehraufwand wahrscheinlich erst einmal als Unwirtschaftlichkeit ausgelegt worden wäre, hätte er in den Einzelfällen zusätzlich dartun müssen, dass das Leistungsmass medizinisch gerechtfertigt war. Eine solche Beweisführung ist jedoch nur mittels einer analytischen Expertise möglich, die jedoch von einem Arzt nicht verlangt werden kann.

95 Ein ähnliches Problem stellt sich auch bei den so genannten «schweren Fällen» (zum Begriff siehe Rz. 89). «Schwere» Fälle gibt es erfahrungsgemäss in jeder Arztpraxis. Sie können jedoch in einer geprüften Praxis viel häufiger vorhanden sein als in den Vergleichspraxen. Doch fehlen Statistiken darüber, wie viele derartiger kostenintensiver Behandlungsfälle in den Normpraxen, wie sie durch die jeweilige Toleranz- und Sicherheitszone definiert werden, im Durchschnitt auftreten. Der geprüfte Arzt hat daher – jedenfalls ohne analytisches Gutachten – praktisch keine Chance, rechtsgenügend nachweisen zu können, dass in seiner Praxis beispielsweise 20% mehr kostenintensive Fälle als im Durchschnitt der Vergleichspraxen vorkommen. Das Problem, eine gegenüber der Vergleichsgruppe höhere Morbidität seines Patientenkollektivs dokumentieren zu können<sup>8</sup>, lässt sich teilweise auch durch eine ausreichend hohe Beweisschwelle lösen. Gerade die beschriebenen Schwierigkeiten verbieten es, den Unwirtschaftlichkeitsbeweis aufgrund ausschliesslich statistischer Vergleichszahlen bereits bei 120/130 Indexpunkten als erbracht zu betrachten.

96 Gleich präsentiert sich die Lage bei Praxen mit Behandlungsschwerpunkten (beispielsweise die Betreuung von Behinderten, AIDS- oder Drogenpatienten oder Psychosomatikern). Ein geprüfter Arzt ist in der Regel in der Lage, solche Praxisbesonderheiten aufzuzeigen. Doch gibt es auch in diesem Zusammenhang keine Statistiken darüber, welche die Anzahl von Patienten von Normpraxen der allgemeinen oder allgemeinen inneren Medizin, wie sie durch die jeweilige Toleranz- und Sicherheitszone definiert werden, nach Krankheiten oder vorherrschenden Syndromen (so etwa die Psychosomatik) aufschlüsselt und darüber Kostenerhebungen zu den Fallkosten pro Kalenderjahr anstellt. Der geprüfte Arzt verfügt daher auch hier über keine Vergleichsgrössen, die ihm die Quantifizierung des durch diese Praxisbesonderheiten verursachten Mehraufwands erlauben würde.

---

<sup>8</sup> Wenn ein Arzt über ein Trustcenter der Ärztekasse abrechnet, hat er die Möglichkeit, anhand des «Praxis spiegels» aufgrund bestimmter Tarifpositionen das gehäufte Vorkommen bestimmter, kostenintensiver Erkrankungen nachzuweisen und dieses mit den Gegebenheiten seiner Fachkollegen zu vergleichen, die ebenfalls über die Ärztekasse abrechnen. Ähnliche Prüfmöglichkeiten bestehen auch aufgrund der vom Arzt selber abgegebenen Medikamente. Bloss mehr kostentensive Fälle als die Vergleichspraxen beweist allerdings noch keine Praxisbesonderheit.

97 Ein Beispiel für einen Minimalismus bei der amtlichen Sachverhaltsermittlung gibt das Urteil K 142/05 vom 1. März 2006, E. 8.2.1. In diesem Falle hatte der Arzt als Praxisbesonderheiten einen hohen Anteil schwerstbehinderter Patienten eines Wohnheims (Rollstuhlpatienten) geltend gemacht. Obwohl mit der Möglichkeit überdurchschnittlich teurer Behandlungsfälle zu rechnen war, begnügte sich das Schiedsgericht, statt Abklärungen zu veranlassen, mit der Feststellung, dass sich das Ausmass der medizinischen Betreuung der Schwerstbehinderten aufgrund der Akten weder nachprüfen lasse noch quantifizierbar sei. Das Schiedsgericht hätte den Arzt gezielt danach befragen können, anstelle ihm vorzuwerfen, er habe nicht angegeben, worin der besondere Aufwand bei der Behandlung der Schwerstbehinderten bestanden habe.

### **7.3.3 Nicht überprüfte Mehraufwandschätzungen der KVers**

98 Die Amtsabklärungspflicht der Schiedsgerichte versagt vielfach auch deshalb, weil die Mehraufwandschätzungen der KVers von den Schiedsgerichten ungeprüft übernommen werden. Eine Standardsituation ist die, dass die KVers dem geprüften Arzt für von ihnen anerkannte Praxisbesonderheiten pauschale Zuschläge zur Toleranz- und Sicherheitszone zugestehen.

99 Vielfach segnen die Gerichte solche Zuschläge als «angemessen» oder gar «wohlwollend» ab, ohne zu untersuchen, wie sie zustande gekommen sind, und ohne die tatsächlichen Grundlagen aufzuarbeiten, die sie ihrer Angemessenheitsbeurteilung zugrunde legen. Anders als die KVers hat jedoch der geprüfte Arzt, der einen Zuschlag als zu tief taxiert, seine Einwendung «mit konkreten Zahlen zu verbinden oder sonst wie zu quantifizieren» (Urteil K 113/03 vom 10. August 2004, E. 7.3). Wer weiss, wovon die Rede ist, weiss auch, dass solches Datenmaterial nur mittels einer analytischen Expertise der Kostenstrukturen verschiedener Patientenkategorien zu erlangen ist, was indessen von einem geprüften Arzt nicht verlangt werden kann, weil es sich dabei um eine überzogene Anforderung an die Mitwirkungspflicht handeln würde.

100 Als allgemein anerkannte Praxisbesonderheit für viele medizinische Fachrichtungen gilt beispielsweise ein gegenüber der Vergleichsgruppe erhöhtes Patientenalter. Statistiken nach medizinischen Fachrichtungen zur altersinduzierten Kostenprogression sind indessen keine bekannt. Die Prüfinstanzen greifen daher auch hier regelmässig zum Notbehelf von Schätzungen, ohne indes darzulegen, auf welche Tatsachen sie sich stützen. So wurden im Urteil K 9/07 vom 25. März 2008, E. 8.4 dem geprüften Arzt 10 Indexpunkte zugestanden, weil seine Patienten im Durchschnitt 4 bis 5 Jahre älter waren als im Vergleichsgruppendurchschnitt, ohne diese Schätzung auch nur mit einem Wort zu begründen<sup>9;10</sup>. Die Beliebigkeit der Rechtsprechungsergebnisse ist nicht zu übersehen (K 152/98 18.10.1999, E. 3; K 57/99 20. November 2001, E. 6c und 7; K 30/99 6. November 2001, E. 8d; K 134/99 28. November 2001, E. 6c).

101 Der mit Praxisbesonderheiten verbundene Mehraufwand kann in der Regel nur geschätzt werden, was keine exakte Bezifferung, sondern lediglich eine ungefähre Richtigkeit der Ergebnisse aufgrund von Erfahrungswissen

erlaubt. Die Prüfinstanzen müssen dennoch schlüssig und nachvollziehbar darstellen, wie sie zum Schätzungsergebnis gelangt sind. Das bedingt die Darstellung der rechnerischen Grundlagen und der medizinischen Überlegungen, von welchen aus die Schätzungen getroffen werden.

## **8. Bemessung der Rückforderung**

### **8.1 Berechnung nach den Indices der Rechnungsstellerstatistik (RSS)**

102 Die Rückerstattungsforderung entspricht grundsätzlich dem festgestellten unwirtschaftlichen Mehraufwand. Dieser besteht nach der gegenwärtigen Prüfpraxis in der Differenz zwischen dem Fallwert des geprüften Arztes und dem Fallwert, welcher der Sicherheits- und Toleranzzone zuzüglich Zuschläge für Praxisbesonderheiten entspricht<sup>11</sup>. In den bis anhin ergangenen Urteilen wurde dabei mit den Indices der RSS operiert. Zur fehlenden Eignung der ANOVA-Indices siehe Rz. 78.

9 Die KVers haben zur Berechnung der Kostenprogression aufgrund des Alters Formeln entwickelt (siehe dazu Urteil K 152/98 vom 18. Oktober 1999, E. 5; Cattaneo, S. 450 Fn. 61; Eugster, Rz. 714 f.). Die Validität dieser Formeln, von denen nicht bekannt ist, aufgrund welcher Fakten sie geschaffen worden sind, ist jedoch, soweit bekannt, nie verifiziert worden, weshalb ihnen beim gegenwärtigen Stand der Dinge keine Beweistauglichkeit zukommen kann.

10 Möglicherweise lassen sich heute zum Verhältnis zwischen Alter und Krankheitskosten Daten aus den für die Erstellung der ANOVA-Indices vorgenommenen Berechnungen entnehmen. Angesichts der noch wenig verständlichen rechnerischen Operationen der verwendeten ANOVA-Technik lässt sich dazu noch nichts Schlüssiges sagen.

11 Die Rückerstattungspflicht des Geprüften für als unwirtschaftlich qualifizierte Leistungen greift in das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient ein. Auftragsrechtlich hat sich der Arzt zwar nach dem allgemeinen ökonomischen Prinzip der sparsamen Mittelverwendung zu richten. Doch ist dieses nicht so streng wie das Wirtschaftlichkeitsgebot des KVG. Mit Art. 56 Abs. 1 KVG im Widerspruch stehende Leistungen sind nicht alle auch medizinisch unzweckmässig. Obwohl der Arzt in solchen Fällen dem Patienten eine Leistung erbringt, die diesem nutzt, wird ihm dafür vom KVers das Honorar entzogen.

### **8.2 Miteinbezug veranlasster Kosten**

103 Im Urteil K 9/00 vom 24. April 2003, E. 6.4 (= RKUV 2003 KV 250 216) hat das EVG für das alte Recht erkannt, dass der geprüfte Arzt auch die von ihm veranlassten, über das erforderliche Mass hinausgehenden Leistungen zurückzuerstatten habe. In BGE 130 V 377 hat es dies für das neue Recht bestätigt. Diese Rechtsprechung ist in der Doktrin von Gattiker und Iselin (siehe Literaturübersicht) mit dem Nachweis kritisiert worden, dass für die fraglichen Rückerstattungen keine genügend bestimmte rechtliche Grundlage existiere. Im Folgenden sollen einige ergänzende Gesichtspunkte dargelegt werden, welche den von diesen Autoren vertretenen Standpunkt stützen.

### **8.2.1 Praxis zum alten Recht (Art. 23 KUVG): RKUV 2003 KV 250 216, 225 E. 6.4**

104 Im Urteil K 9/00 vom 24. April 2003, E. 6.4 (= RKUV 2003 KV 250 216) hat das EVG die Rückerstattungspflicht für veranlasste Leistungen unter Hinweis auf BGE 103 V 145, E. 3 aus Art. 23 KUVG abgeleitet. Der Wortlaut von Art. 23 KUVG liess indessen auch nicht andeutungsweise ein Rückforderungsrecht bei Verstössen gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot erkennen. Die ratio legis von Art. 23 KUVG beschränkt sich auf die gesetzliche Anweisung zu wirtschaftlicher Behandlung. In den Gesetzesmaterialien zu Art. 23 KUVG war die Rückerstattungsfrage ebenfalls kein Thema. Art. 23 KUVG normierte die Rechtsfolgen einer Missachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots offensichtlich nicht, das deshalb mangels Sanktionsordnung weitgehend ohne Schutz war. Das EVG intervenierte daher lückenfüllend. Die dafür notwendigen Rechtsgrundlagen mussten jedoch ausserhalb von Art. 23 KUVG gefunden werden, was in der Weise geschah, dass per analogiam Regelungen aus anderen Sozialversicherungsbereichen (namentlich Art. 47 Abs. 1 AHVG) oder allgemeine Rechtsgrundsätze herangezogen wurden<sup>12</sup>. Ein Recht zur Rückforderung veranlasster Kosten konnte daher nicht aus Art. 23 KUVG selber hervorgehen.

---

<sup>12</sup> In BGE 99 V 193, 195 liess das EVG offen, ob sich die Krankenkassen für Rückforderungen auf Art. 62 OR oder auf ein ungeschriebenes Prinzip des öffentlichen Rechts stützen können. Mit BGE 103 V 145, 153 hat es erstmals Art. 47 AHVG per analogiam herangezogen und später die gesamte Rückerstattungsordnung im Bereiche des Durchschnittskostenvergleichs Art. 47 AHVG unterstellt (RKUV 2003 KV 250 216 E. 5; Meyer, S. 475). Das Rückerstattungsrecht gründete bis RKUV 2003 KV 250 216 E. 5 ausschliesslich in einer Bereicherungshaftung.

105 Das alte Recht (bei genauem Hinsehen auch BGE 103 V 145) unterschied klar und richtigerweise zwischen dem Rechtstitel, der die Leistungserbringer zu wirtschaftlichem Behandeln verpflichtete (Art. 23 KUVG), und dem Rechtstitel, der die Krankenkassen nach unwirtschaftlicher Behandlung zu Rückforderungen berechnete (Art. 47 Abs. 1 AHVG per analogiam). Mit keiner Auslegungsmethode hätte es gelingen können, ein Rückforderungsrecht für veranlasste Leistungen aus einer sinngemässen Anwendung von Art. 47 Abs. 1 AHVG herzuleiten (was auch das EVG nicht tat). Es hätte ferner nicht gelingen können, dafür eine Regelung aus dem übrigen Sozialversicherungsrecht per analogiam oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu finden. Das Recht zur Rückforderung veranlasster Kosten gegenüber dem verordnenden Arzt liess sich folglich weder aus Art. 23 KUVG noch aus Art. 47 Abs. 1 AHVG noch aus einer anderen Quelle des Sozialversicherungsrecht ableiten.

106 Die höchstrichterliche Annahme, «Ziel von Art. 23 KUVG sei die Verwirklichung oder Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes» (Urteil K 9/00 vom 24. April 2003, E. 6.4 = RKUV 2003 KV 250 216), ist unzutreffend und findet auch im vom EVG zitierten BGE 103 V 145, E. 3 keine Stütze. Ziel und Zweck von Art. 23 KUVG waren einzig und allein, die Leistungserbringer zu wirtschaftlichem Behandeln anzuhalten. Die Herstellung des gesetzlichen Zustandes nach einer unwirtschaftlichen Behandlung war dagegen das Ziel, das mit der sinngemässen Anwendung von Art. 47 Abs. 1 Satz 1 KUVG angestrebt wurde, der aber die Wiederherstellung der gesetzlichen Ordnung nur im Falle einer ungerechtfertigten Bereicherung regelte (Meyer, S. 478). Für die Rückforderung veranlasster Kosten fehlte mithin auch unter dem alten Recht eine hinreichend klare und bestimmte Norm (siehe Rz. 113)

### **8.2.2 Praxis zum neuen Recht (Art. 56 KVG): BGE 130 V 377, E. 7.5**

107 Beschränkung von Art. 56 Abs. 2 KVG auf die Bereicherungshaftung: Das im alten Recht angewendete zweigleisige System von Handlungsanweisung einerseits und Massnahmen bei Verstössen andererseits wurde mit Art. 56 Abs. 1 KVG (Art. 23 KUVG entsprechend) und Art. 56 Abs. 2 Satz 2 KVG (Art. 47 Abs. 1 Satz 1 AHVG entsprechend) fortgesetzt. Rückerstattungspflichtig war nach Art. 47 Abs. 1 Satz 1 AHVG der Empfänger der unrechtmässigen Leistung (Leistungsbezüger) und im Falle seines Todes seine Erben (Meyer, S. 478). Art. 47 Abs. 1 Satz 1 AHVG war bezüglich der Tatbestandselemente der Bereicherung und ihrer Grundlosigkeit mit Art. 62 OR vergleichbar (Meyer, S. 477). Nichts anderes ist mit Art. 56 Abs. 2 Satz 2 KVG gewollt, was auch von der Rechtsprechung nicht bestritten wird<sup>13</sup>. Ein Recht zur Rückforderung veranlasster Kosten lässt sich daher nicht aus Art. 56 Abs. 2 Satz 2 KVG ableiten.

108 Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes: BGE 130 V 377 lässt deutlicher als Urteil K 9/00 vom 24. April 2003, E. 6.4 (= RKUV 2003 KV 250 216) erkennen, wo das EVG die Rückerstattungspflicht für veranlasste Leistungen anknüpfte, nämlich bei Art. 56 Abs. 1 KVG und der Pflicht der KVers, dem in dieser Bestimmung verankerten Gebot Nachachtung zu verschaffen, in casu der Wirtschaftlichkeit veranlasster Leistungen. Die

KVers sind zwar wie Verwaltungsorgane ganz allgemein bei Verstössen gegen das Gesetz verpflichtet, die gesetzliche Ordnung wiederherzustellen.

Die Pflicht zur restitutio ad integrum stellt jedoch keinen Blankocheck für jedwedes mögliches Korrekturinstrument dar. Die KVers könne diese nur mit den Mitteln erfüllen, die ihnen das Gesetz einräumt, in keinem Fall aber mit grundrechtsbeschränkenden Eingriffen ohne gesetzliche Grundlage (Legalitätsprinzip; Rz. 113).

109 Rückerstattung veranlasster Kosten als Schadenersatz: Die Rechtsordnung hat zu bestimmen, welche Umstände im privaten oder öffentlichen Recht eine Haftung des Verursachers begründen können (siehe auch Oftinger/Stark, OR Band I N. 12 S. 10). Das KVG kennt indessen keine Haftungsnorm, welche eine Ersatzpflicht des Arztes gegenüber dem KVer für Kosten aus unwirtschaftlicher Behandlungsweise vorsehen würde. Die EVG-Rechtsprechung macht den blossen Schaden (unnötige Kosten für veranlasste Leistungen) zu einem selbständigen Haftungsgrund, was er nach allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen nicht sein kann (Widmer, Rz. 2.1). Der Schaden allein kann eine fehlende Haftungsnorm nicht ersetzen. Das Bundesgericht macht letztlich eine Art öffentlichrechtlicher «Verantwortlichkeit» für unwirtschaftliches Verschreiben von Drittleistungen, ohne dass dafür eine eindeutige positive Rechtsgrundlage bestände. Es gilt indessen im Verantwortlichkeitsrecht (etwa der Staats- und Beamtenhaftung) ein Verbot der lückenfüllenden Schaffung von neuen Verantwortlichkeitstatbeständen.

110 Eine analoge Anwendung privatrechtlicher Haftungsgrundsätze zur Begründung einer Schadenersatzpflicht von Ärzten für unwirtschaftliche Verordnungen wie sie Gattiker (S. 1108) erörtert, kommt nicht in Frage, weil Ärzte in keiner Weise von Krankenversicherern beauftragte Organe oder Einzelpersonen sind (ärztliche Tätigkeit im Rahmen von HMOs allenfalls ausgenommen). Die KVers haben nach dem KVG (anders als dem Naturalleistungsprinzip verpflichtete Versicherer) keinen medizinischen Versorgungsauftrag und Ärzte können daher auch nicht Erfüllungsgehilfen der KVers sein. Sie haben lediglich mit dem System der OKP die versicherungsmässige Finanzierung von Leistungen sicherzustellen, damit sich die Versicherten die medizinische Leistung auf dem freien Markt beschaffen können. Dabei beschränkt sich die Mitwirkungspflicht der Leistungserbringer auf die Ermöglichung von Tarifverträgen.

---

13 Vgl. auch Art. 56 Abs. 2 Satz 2 KVG in der französischen und italienischen Fassung: «Le fournisseur de prestations peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la présente loi» bzw. «Al fornitore di prestazioni può essere richiesta la restituzione di remunerazioni ai sensi della presente legge ottenute indebitamente». Der Leistungserbringer, der die veranlassten Leistungen erbrachte, hat seine Entschädigungen weder zu Unrecht («reçues à tort») noch als nicht geschuldet («ottenute indebitamente») bezogen.

111 Tarif- und grundrechtliche Bedenken: Bei einem Index der direkten ärztlichen Kosten bis zur oberen Grenze der Toleranzzone (120/130 Punkte) wird unterstellt, dass der geprüfte Arzt wirtschaftlich behandelt hat. Er hat daher nach dem KVG Anspruch darauf, nach dem massgebenden Tarifvertrag dafür entschädigt zu werden. Die Reduktion dieser Honorare um veranlasste Leistungen führt zu einer tarifvertragswidrigen Kürzung gesetzlich geschuldeter Honorare. Sie verstösst aber nicht nur gegen das Tarifrecht und damit gegen das KVG. Die höchstrichterlich als zulässig erklärte Berücksichtigung veranlasster Kosten bei der Bemessung der Rückforderung stellt auch einen Eingriff in tarifvertraglich zugesicherte vermögenswerte Leistungen (und in die Verbindlichkeit von Tarifverträgen) dar. Sie verstösst damit gegen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und tangiert mit der Befugnis zur Verletzung des Grundsatzes «pacta sunt servanda» auch Funktionen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).

112 Ein Eingriff in die Eigentumsgarantie und allenfalls weitere grundrechtliche Positionen bleibt auch dann gegeben, wenn die Berücksichtigung veranlasster Kosten nicht als Kürzung der dem Arzt tarifvertraglich zustehenden Honorare angesehen wird, sondern ganz allgemein als Rückerstattung veranlasster Kosten aus dem privaten Vermögen des Arztes. Die Rückforderungen für veranlasste Kosten können für den geprüften Arzt ruinös sein und mitunter höher gar sein als die Einnahmen aus den direkten Arztkosten (siehe den Beitrag Haefeli in diesem Tagungsband).

113 Schwere Eingriffe in die Freiheitsrechte bedürfen einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz (BGE 124 I 40, E. 3b, 123 I 221, E. 4a, 115 IA 277, E. 7a). Die gesetzliche Grundlage muss ein Mindestmass an Bestimmtheit und Klarheit aufweisen. Wesentliche Wertungen dürfen nicht der Gesetzesanwendung überlassen bleiben. Die Forderung nach Bestimmtheit verwirklicht erst eigentlich den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts (BGE 109 IA 273, E. 4d; 1P.149/2003 16. Mai 2005, E. 3.2). Diese Voraussetzungen sind für Art. 56 KVG, soweit daraus eine Kostenerstattungspflicht des geprüften Arztes für veranlasste Leistungen abgeleitet wird, offensichtlich nicht erfüllt. Das galt genau so schon bezüglich Art. 23 KUVG. RKUV 2003 KV 250 216 E. 6.4 und BGE 130 V 377 müssen nach dem Gesagten als rechtsfehlerhafte Entscheidungen qualifiziert werden. Trotz wohl begründeter Kritik in der Doktrin (Gattiker und Iselin) sieht jedoch das Bundesgericht keine Veranlassung zu einer Neuüberprüfung (Urteil K 9/07 vom 25. März 2008, E. 8.2).

114 Ermessensweise Reduktionen der Rückforderungen: In den Urteilen BGE 130 V 377, K 83/05 vom 4. Dezember 2006, E. 7.3 und K 142/05 vom 1. März 2006, E. 8.1 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Rückforderung der vollen, als unwirtschaftlich taxierten veranlassten Kosten gestattet. In den Urteilen K 9/07 vom 25. März 2008 E. 8.6 und K 9/00 vom 24. April 2003, E. 6.4 (= RKUV 2003 KV 250 216) wiederum hat es eine schiedsgerichtliche Reduktion der Rückerstattung der veranlassten Kosten auf 20% «aufgrund des besonderen Charakters» dieser Leistungskategorie als zulässig erklärt (siehe auch Urteile K 108/01

vom 15. Juli 2003 und K 46/04 vom 25. Januar 2006). Aber auch eine «angemessene» Teilrückforderung stellt noch einen beträchtlichen Eingriff in grundrechtlich verbürgte Rechtspositionen des Arztes dar. Immerhin kann aber aus der Rechtsprechung geschlossen werden, dass die KVers nicht zu einer vollen Abschöpfung der als unwirtschaftlich beurteilten veranlassten Kosten verpflichtet sind. Doch bleibt völlig unklar, nach welchen Kriterien die Ermessensreduktionen vorgenommen wurden bzw. vorgenommen werden sollen.

115 Nach der gegenwärtigen Prüfpraxis offerieren die KVers den geprüften Ärzten in aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen Reduktionen auf der Rückforderungsposition der veranlassten Kosten. Geht der Arzt auf den Vergleich nicht ein, leiten die KVers beim Schiedsgericht Klage ein mit dem Rechtsbegehren, der Arzt sei «zu einer gerichtlich zu bestimmenden Rückerstattung» zu verpflichten (ein praxisgemäss zulässiger Antrag: Urteil 9C 393/2007 vom 8. Mai 2005, E. 4.2 m.H.). Da er nicht weiss, zu welcher Rückerstattung ihn das Schiedsgericht am Schluss verpflichten und er somit sein Prozessrisiko nicht abschätzen kann, wird er jeden noch so ungünstigen Vergleich eingehen.

116 Spezielle Bemessungsfragen: Im System des Tiers payant bietet das Quantitativ der abgerechneten veranlassten Leistungen ein Sonderproblem. Während im Tiers garant die Versicherten ihre Rechnungen in der Regel meist nicht einreichen, wenn diese den Betrag der Franchise nicht erreichen, werden im System des Tiers garant stets alle Bezüge über den KVers abgerechnet (der anschliessend bei den Versicherten die Kostenbeteiligung einfordert). Dem ist bei der Feststellung des unwirtschaftlichen Mehraufwands und bei der Bemessung der Rückforderung systematisch Rechnung zu tragen.

# VI. Die Sanktionsordnung von Art. 59 KVG

## 1. Allgemeines zum Sanktionsrecht

117 Nach Art. 59 Abs. 1 KVG werden gegen Leistungserbringer, welche gegen die im Gesetz vorgesehenen Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsanforderungen (Art. 56 und 58 KVG) oder gegen vertragliche Abmachungen verstossen, Sanktionen ergriffen. Diese umfassen die Verwarnung (lit. a), die gänzliche oder teilweise Rückerstattung der Honorare, welche für nicht angemessene Leistungen bezogen wurden (lit. b), eine Busse (lit. c; siehe auch Art. 92 lit. d KVV) oder im Wiederholungsfall den vorübergehenden oder definitiven Ausschluss von der Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Ein Verstoss im Sinne von Abs. 1 ist insbesondere die Nichtbeachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots nach Art. 56 Abs. 1 KVG (Art. 59 Abs. 3 lit. a KVG). Der zu diesen Sanktionen führende Sachverhalt (in unserem Zusammenhang die unwirtschaftliche Behandlung) muss sich nach dem 1.1.2005 ereignet haben (vgl. auch Urteil K 83/05 vom 4. Dezember 2006, E. 4.1).

118 Die Massnahme nach Art. 1 lit. a KVG (Verwarnung) ist mit einer repressiven verwaltungsrechtlichen Sanktion vergleichbar, die verhindern soll, dass künftig wieder ein rechtswidriger Zustand eintritt; sie soll präventiv wirken, indem sie Druck auf den Leistungserbringer ausübt. Prävention bezweckt mittelbar auch Art. 1 lit. b KVG (Honorarrückerstattung). Primäres Ziel ist aber in erster Linie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bzw. die Einziehung unrechtmässig erlangter Vorteile, wie das im Verwaltungsrecht mit exekutorischen Sanktionen möglich ist. Bussen nach Art. 59 Abs. 1 lit. c KVG sind Zwangsmittel zur Durchsetzung der Einhaltung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen, haben auch pönalen Charakter, ohne aber eigentliche Strafen im Rechtssinne zu sein. Art. 1 lit. d KVG (Ausschluss) ist schliesslich der Domäne des Disziplinarrechts zuzuordnen (BGE 120 V 481 E. 2c; BGE 106 V 40 E. 5a/cc.; K 45/04 vom 26. Januar 2006 E. 4.3).

119 Für alle Sanktionen nach Art. 59 Abs. 1 KVG gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip. Sie müssen im Einzelfall geeignet und erforderlich sein, um die Erfüllung des Wirtschaftlichkeits- und Qualitätssicherungsgebots durchzusetzen und den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Sie setzen ein Verschulden voraus, wie das ganz allgemein bei verwaltungsrechtlichen Sanktionen im Sozialversicherungsrecht erforderlich ist (siehe Art. 30 AVIG; Art. 111b AVIV; Art. 106 UVV; Art. 7b IVG u.a.m.). Schwere Sanktionen sind vorgängig anzudrohen, ausser in Fällen, in denen mit der Einhaltung einer Vorwarnpflicht Verstösse gegen die sanktionsbewehrte Norm geduldet werden müssten. Die Androhung hat den Sinn, dem Betroffenen vorzuhalten, welche Massnahme er im Widerhandlungsfalle zu erwarten hat. Damit soll der Leistungserbringer vor einem unerwarteten schweren Eingriff geschützt werden (anders Urteil K 45/04 26. 1. 2006 E. 4.3 m.H.).

## **2. Rückerstattung neu als Sanktion konzipiert**

120 Die Rückerstattungspflicht von Leistungen, die mittels statistischer Analyse als unwirtschaftlich erkannt wurden, ist aufgrund von Art. 59 Abs. 2 KV neu als Sanktion konzipiert. Art. 56 Abs. 2 KVG ist für solche Rückerstattungsforderungen nicht mehr wie bisher die *sedes materiae*. In den Materialien zu Art. 59 Abs. 2 lit. a KVG wird ausdrücklich Bezug auf die Überarztung und den Durchschnittskostenvergleich genommen (BBl 2001 741, 794). Die Sanktion nach Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG tritt nicht neben den bisherigen Rückforderungstitel von Art. 56 Abs. 2 KVG, sondern an dessen Stelle (a.A. Iselin, S. 106)<sup>14</sup>.

121 Wie weit die Unterstellung der Rückforderung von Honoraren für unwirtschaftliche Leistungen unter das Sanktionsrecht die bisherige Rechtspraxis zum Durchschnittskostenvergleich verändern wird, ist noch nicht abzusehen. Hauptdiskussionspunkt dürfte die Frage sein, ob für das Rückforderungsrecht gleich wie für die übrigen Sanktionen ein Verschulden des Leistungserbringers nachgewiesen sein muss und wie dieser Beweis zu erbringen ist.

---

14 Denkbar wäre, einen Rückerstattungsanspruch nach Art. 56 Abs. 2 KVG als verschuldensunabhängiges Instrument zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes neben der Honorarrückerstattung als verschuldensabhängige Sanktion weiter bestehen zu lassen. Nichts deutet jedoch darauf hin, dass eine solche Differenzierung die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, zumal eine auch nur halbwegs scharfe Trennung der beiden Tatbestände undurchführbar wäre.

### **2.1 Verschuldensbeweis durch den Durchschnittskostenvergleich**

122 Ein Rückerstattungsanspruch der KVers wegen Überarztung beweist nach der Rechtsprechung nicht, dass der Arzt die Versicherung vorsätzlich hat ausbeuten wollen<sup>15</sup>. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung mittels Durchschnittskostenvergleich in der bisherigen Durchführung verzichtete auf jeden Schuldvorwurf und jede Feststellung schuldhaften Handelns (Eugster, Rz. 851 m.H.). Die Honorarrückerstattung nach unwirtschaftlicher Behandlungsweise war nach bisheriger Rechtspraxis weder Strafe noch Sanktion. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung stellte kein Verschulden des Arztes fest. Im Sanktionsrecht kann jedoch auf die Prüfung der Verschuldensfrage nicht verzichtet werden.

123 Vorsätzlich handelt ein Arzt im Zusammenhang mit Überarztung, wenn er mit Wissen und Willen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung unnötige Medizin betreibt oder veranlasst. Der entsprechende Nachweis dürfte mittels Durchschnittskostenvergleich regelmässig nicht zu erbringen sein, zumal der Tatbestand nur selten gegeben sein dürfte. Für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG reicht indessen Fahrlässigkeit aus (Vorwurf mangelnder Sorgfalt). Zu den mit der Zulassung als Leistungserbringer übernommenen Pflichten zählt unter anderem die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes

(Eugster, SBVR Rz. 787), was eine entsprechende Sorgfaltspflicht begründet. Fahrlässig handelt ein Arzt, wenn er die Sorgfalt ausser Acht lässt, die von einem zugelassenen Arzt nach objektiven Massstäben im Zusammenhang mit der Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots erwartet werden darf. Es muss in jedem Fall ein vorwerfbares Verhalten bewiesen sein.

124 Die Rechtsprechung wird zu klären haben, ob der Beweis unwirtschaftlicher Behandlung mittels Durchschnittskostenvergleichs auch den Beweis einer Sorgfaltspflichtverletzung bei der Wahrnehmung des Wirtschaftlichkeitsgebots erbringt. In keinem Fall wird man annehmen können, dass bereits mit dem Überschreiten der Sicherheits- und Toleranzzone eine fahrlässige Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots erwiesen ist. Damit Fahrlässigkeit überhaupt vorliegen kann, bedarf es der Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des rechts- bzw. pflichtwidrigen Handelns und der daraus folgenden Resultate. Voraussehbarkeit, nicht im Einklang mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot des KVG zu behandeln, ist nicht leichthin anzunehmen. Die genannten Voraussetzungen können u.E. bestenfalls bejaht werden, wenn nach sorgfältiger Abklärung von allfälligen Praxisbesonderheiten Gruppenfallwertüberschreitungen verbleiben, die im Minimum so hoch sind, wie sie in Rz. 75 hiervoor für die Beweisfrage postuliert worden sind.

## **2.2 Verhältnismässigkeit der Rückforderung**

125 Ein neuer Gesichtspunkt unter Art. 59 KVG ist, dass nicht nur die Wirtschaftlichkeitskontrolle, sondern auch die Rückforderung verhältnismässig zu sein hat, insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zum Verschulden stehen muss. Die Rückforderung kann und darf daher auch geringer sein als das objektiv ausgewiesene Mass des unwirtschaftlichen Mehraufwands. In der Regel ist aber die Abschöpfung des unwirtschaftlichen Mehraufwands (jedenfalls bei den direkten Kosten) die notwendige, zweckmässige und auch verhältnismässige Sanktion, denn die Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes im Abrechnungshaushalt des geprüften Leistungserbringers wird auch unter dem neuen Recht das zentrale Anliegen des Sozialwerks sein. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips können die Versicherer aber bei geringfügigen, wenig tadelnswerten Überschreitungen des wirtschaftlichen Masses oder anderen besonderen Umständen von einer Rückforderung Abstand nehmen und stattdessen nötigenfalls die mildere Sanktion einer Verwarnung aussprechen. Ein Verzicht oder eine Reduktion der Rückforderung ist ferner bei Praxisanfängern ohne Erfahrung mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot der Behandlung möglich und allenfalls mangels ausgewiesener Sorgfaltspflichtverletzung gar geboten<sup>16</sup>.

---

15 Vgl. auch die Urteile RSKV 1970 Nr. 65 82 (88 E. 5) und K 97/85 19.10.87 E. 8c: «Die erforderliche Wirtschaftlichkeit der Behandlung nach Art. 23 KUVG ist nach objektiven Kriterien zu bemessen, also nach einer Art Durchschnitt, dem sich jedoch ein Arzt gegebenenfalls subjektiv nicht ohne weiteres verpflichtet zu fühlen braucht... Eine überdurchschnittliche Konsultationszahl braucht daher keineswegs zu bedeuten, dass der Arzt die Kasse bösgläubig habe ausnützen wollen.» S.a. BGE 119 V 448, 451, wo eine unwirtschaftliche Behandlung im Sinne des Krankenversicherungsrecht als «au demeurant parfaitement honorable» bezeichnet wird.

16 Die strenge EVG-Rechtsprechung bei Praxisanfängern (RSKV 1978 315 49, RSKV 1982 489 119, SVR 2001 KV 19 51) ist nach den im Sanktionsrecht massgebenden Kriterien nicht mehr angemessen (siehe zum bisherigen Recht Eugster, Rz. 679 ff.).

### 2.3 Rückgriff bei veranlassten Kosten als Sanktion

126 Die Rechtsprechung wird zu klären haben, ob es Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG den Krankenversicherern erlaubt, beim geprüften Arzt auch die von ihm veranlassten Leistungen zurückzufordern. In den Materialien zu dieser Bestimmung ist nirgends auf diese Möglichkeit hingewiesen worden. In diesem Sinne ist auch der Wortlaut von Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG zu interpretieren. Die Ausführungen hiervor zur Normklarheit und Normbestimmtheit sowie zu den tarif- und grundrechtlichen Gesichtspunkten gelten für Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG sinngemäss. Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG bietet keine genügende Rechtsgrundlage, um für veranlasste Kosten beim geprüften Arzt Rückgriff nehmen zu können.

127 In der Änderung vom 8. Oktober 2004 des KVG (Gesamtstrategie und Risikoausgleich; AS 2005 1071) ist der neue Art. 59 unkommentiert (BBl 2004 4259, 4271, 4283) aus der Vorlage zur gescheiterten 2. KVG-Revision übernommen worden (Botschaft betreffend die Änderung des KVG vom 18. September 2000; BBl 2001 741, 793). Die Rechtsprechung der Urteile K 9/00 vom 24. April 2003, E. 6.4 (=RKUV 2003 KV 250 216) und BGE 130 V 377 war dabei kein Thema. Es waren keine Änderungen gegenüber der Vorlage zur 2. KVG-Revision beabsichtigt. Es wäre in den Kommissionen und im Parlament ohne Zweifel vehementer Widerstand aufgetreten, wenn die Rückerstattungspflicht für veranlasste Kosten durch den veranlassenden Arzt hätte gesetzgeberische Absicht werden sollen. Es wird sich daher nicht leichthin argumentieren lassen, mit dem revidierten Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG sei auch die beschriebene Rechtsprechung zu den veranlassten Kosten übernommen worden.

128 Es kann sich die Frage stellen, ob auf unwirtschaftliche Weise veranlasste Kosten vom Arzt in der Form einer Busse gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. c KVG ganz oder teilweise zurückgefordert werden können. Dafür ist die Busse dieser Bestimmung nicht konzipiert. Die Sanktion von Art. 59 Abs. 1 lit. c KVG hat überdies den Charakter einer Ordnungsbusse, vergleichbar mit den Bussen nach Art. 21 Abs. 5 KVG oder Art. 93a KVG, die ihrer Natur nach betraglich stark limitiert sind.

# Literaturübersicht

Cattaneo Daniele, Il controllo dell' economicità delle cure prestate del medico, in: Jean-Louis Duc (dir.), LaMal-KVG: recueil des travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997.

D'Angelo Mirjam/Kraft Peter/Amstutz Roland, Neue statistische Methode für die Wirtschaftlichkeitsbeurteilung entbindet Ärzte teilweise von Beweislast, in SaeZ 2005;86: 31 S. 1849.

D'Angelo Mirjam/Rhyn Paul, Wirtschaftlichkeitsverfahren der santésuisse nach der ANOVA-Methode, in: SaeZ 2008;89: 21 S. 906.

Eisenring Claudia/Hess Kurt, Wirtschaftlichkeit und Qualität der Arztpraxis, Systeme – Modelle – Methoden, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium, Neuchâtel 2004.

Eugster Gebhard, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Diss., Zürich 2003.

Gattiker Monika, Veranlasste Kosten – Einbezug in die Forderungen wegen Überarztung nach Art. 56 Abs. 2 KVG, in: AJP 9/2005 1098.

Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983.

Häfelin Ulrich, Vermutungen im öffentlichen Recht, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel 1982, S. 626.

Iselin Edouard, Polypragmasie et étendue de l'obligation de restitution au sens de l'art. 56 al. 2 LAMaL, in: SZS 50/2006 S. 106.

Meier Isaak, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, in: BJM 1989, S. 65 f.

Meyer Ulrich, Die Rückerstattung von Sozialversicherungsleistungen, in: ZBJV 1995, S. 473 ff.

Nadig Jürg, Verdeckte Rationierung dank Wirtschaftlichkeitsverfahren?, in: SAeZ 2008;89:20 S. 855.

Nadig Jürg, Wirtschaftlichkeitsverfahren der santésuisse nach der ANOVA-Methode; Replik auf die Stellungnahme von santésuisse, in: SaeZ 2008;89: 21 S. 906.

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995.

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christian, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, S. 175 Rz. 910 ff.

Romanens Michel, Schadet das Ärzterating der medizinischen Grundversorgung, eine Replik auf die ANOVA-Methode der santésuisse, in SaeZ 2005;86: 32/33 S. 1911.

Roth Hans-Rudolf/Stahel Werner (Seminar für Statistik, ETH Zürich), Die ANOVA-Methode zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit von Leistungserbringern nach Art. 56 KVG, 28.09.2005. Das von santésuisse in Auftrag gegebene Gutachten ist derzeit zugänglich unter [http://www.physicianprofiling.ch/HealthEconomicsGutachten%20Anova\\_MDA\\_ETH\\_d.pdf](http://www.physicianprofiling.ch/HealthEconomicsGutachten%20Anova_MDA_ETH_d.pdf).

Schürer Christian, Honorarrückforderung wegen Überarztung bei ambulanter ärztlicher Behandlung – Materiellrechtliche Aspekte, in: René Schaffhauser/ Ulrich Kieser (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung, St. Gallen 2001, S. 78 ff.

Spellbrink Wolfgang, Wirtschaftlichkeitsprüfung im Kassenarztrecht nach dem Gesundheitsstrukturgesetz, Berlin 1994.

Spycher Stefan, Der TMI – ein Indikator, der zählt, in SaeZ 2006;87: 23 S. 1038.

Sutter Peter, Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens, Diss. Zürich 1988.

Widmer Pierre, Privatrechtliche Haftung, in: Peter Münch/Thomas Geiser (Hrsg.), Schaden-Haftung-Versicherung, Basel/Genf/München 1999. Überarztung aus Sicht der Ärzte