

Was unterschreibt Ihr Arzt?

Geheimverträge zwischen Ärztenetzwerken und Krankenkassen – ein Grund mehr, am 17.6. Nein zur Managed Care-Vorlage zu sagen.



www.vems.ch/geheimvertraege
www.nein-zur-managed-care-vorlage.ch/geheimvertraege



Managed-Care: Verträge sind geheim und gesetzeswidrig

In der Diskussion um Managed Care ist ein zentrales Thema bisher noch kaum erörtert worden: die Verträge zwischen Ärztenetzwerken und Kassen. Solche Verträge existieren bereits, sie werden geheim gehalten. Der einzige bekannte Vertrag enthält gesetzeswidrige Bestimmungen: Der Verein Ethik und Medizin Schweiz hat ihn zugestellt bekommen und durch PD Dr. iur. Ueli Kieser begutachten lassen. Das Ergebnis war Anlass genug, um beim BAG eine Aufsichtsbeschwerde einzureichen. Die Beschwerde moniert unter anderem die Verwendung von Prämiegeldern zur publizistischen Beeinflussung der öffentlichen Meinung. Dies entspricht einem eklatanten Missbrauch von Prämiegeldern. Die Beschwerde macht auch deutlich, dass die Budgetmitverantwortung zu Konflikten mit den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe MedBG führt. Die Managed-Care-Vorlage, über die am 17. Juni abgestimmt wird, wird diese Problemlage noch verschärfen.

- Die Vorlage gibt den Kassen und den Netzen weitgehende Freiheiten in der Ausgestaltung der Verträge, ohne dass die Überprüfung dieser Verträge geregelt wäre. Die Verträge bleiben vielmehr weiterhin geheim.
- Der Spielraum, Prämiegelder zweckfremd einzusetzen, wird durch die Vorlage noch erhöht. Die Kassen werden mit geheimen Vertragsbestimmungen auf die medizinischen Entscheide der ÄrztInnen Einfluss nehmen. Die Praxis der Pharmaindustrie, die dies ebenfalls zu tun versucht, wird durch ethische Richtlinien reguliert, die weitaus strenger sind als es die gängige Praxis von Kassen und Netzen ist.
- Kasse und Netzwerk vereinbaren, Gewinne zu teilen, in der Regel je 50% für die Kasse und 50% für das Netzwerk. Der Gewinn entsteht, wenn die Kosten des Netzwerks unter dem budgetierten Betrag liegen. Kasse und Netz werden so für unterlassene Behandlungen belohnt. Diese Bestimmung widerspricht der Ethik, die den medizinischen Berufen seit Jahrtausenden zugrundeliegt (Eid des Hypokrates). Sie widerspricht aber ebenso den rechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe MedBG.

- Die Krankenkassen entscheiden gemäss der Managed-Care-Vorlage nach eigenem Gutdünken, mit welchen Netzen sie Verträge abschliessen oder mit welchen nicht. Sie werden alles daran setzen, unbotmässige und «zu teure» Netzwerke zu disziplinieren oder ganz auszubooten. Damit würden wir auf eine Gesundheitsversorgung hinsteuern, in der die Kassen über ein Geflecht von Geheimverträgen zur dominierenden Kraft werden. Es muss dabei daran erinnert werden, dass die Versorgungsnetze gemäss der Managed-Care-Vorlage ja nicht nur Arztpraxen, sondern alle Leistungsanbieter (Spitäler, Heime, Spitex, Kliniken, SpezialistInnen etc) umfassen sollen. All diese Leistungserbringer würden zunehmend durch Geheimverträge gesteuert.

Die Tatsache, dass die Problematik dieser Geheimverträge in der Öffentlichkeit noch kaum wahrgenommen, geschweige denn erörtert worden ist, macht deutlich, wie schlecht durchdacht die Managed Care-Vorlage ist, über die am 17.6. abgestimmt wird. Die im Komitee vereinten Organisationen rufen auch aus diesem Grund die Bevölkerung dazu auf, am 17. Juni NEIN zu stimmen.

Weitere Auskünfte erteilen:

Dr. med Michel Romanens, Präsident VEMS, Tel: 062 212 44 10

Flavian Kurth, Sekretär und Kommunikationsverantwortlicher VEMS, 061 283 28 38

Rosmarie Glauser, politische Sekretärin VSAO, glauser@vsao.ch

Beat Ringger, Zentralsekretär VPOD, 079 339 87 76, beat.ringger@vpod-ssp.ch

Anhang:

Gutachten Dr. iur. Ueli Kieser, Auszüge Aufsichtsbeschwerde BAG

Massgebliche Bestimmungen Medizinalberufe-Gesetz MedBG

Problematik Budgetmitverantwortung: Zwei Praxisbeispiele



Verein Ethik und Medizin
Schweiz
Ziegelfeldstrasse 1
CH-4600 Olten

Tel: 062 212 44 10
Fax: 062 212 44 30

www.vems.ch

Einschreiben

Bundesamt für Gesundheit BAG
Abteilung Krankenversicherung
Postfach
3003 Bern

Olten, 12.04.2012

Aufsichtsbeschwerde in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung

Sehr geehrte Damen und Herren

1. Wir haben Kenntnis von Abläufen und Vereinbarungen in der Krankenversicherung erhalten, welche aus unserer Sicht ein gesetzwidriges Verhalten der beteiligten Krankenversicherung aufzeigen. Aus diesem Grunde erheben wir eine

A U F S I C H T S B E S C H W E R D E

mit folgenden **Anträgen**:

- Es sei vom Bundesamt die hier angezeigte Angelegenheit näher zu untersuchen.
- Es sei der beteiligten Krankenversicherung die Auflage zu erteilen, Verträge mit einem gesetzwidrigen Inhalt umgehend aufzulösen.
- Es sei den verschiedenen in der Schweiz zugelassenen Krankenversicherern mitzuteilen, welches die Grundsätze sind, die bei der Ausarbeitung von Verträgen mit Leistungserbringern zu beachten sind.

2. Die vorliegende Aufsichtsbeschwerde ist kurz zu begründen, damit sofort erkennbar wird, wogegen sich unsere Beschwerde richtet. Dabei stützt sich die vorliegende Eingabe auf die Ergebnisse einer Abklärung, die in unserem Auftrag von PD Dr.iur. Ueli Kieser, Rechtsanwalt/Vizedirektor IRP-HSG, Zürich/St. Gallen, durchgeführt wurde.

Zusammenfassend geht es darum, dass in einem Vertrag betreffend Managed Care Bestimmungen enthalten sind, welche nach unserer festen Überzeugung mit gesetzlichen Bestimmungen und den Grundentscheidungen der schweizerischen Krankenversicherung nicht in Übereinstimmung zu bringen sind.

3. In genereller Hinsicht ist zu bedenken, dass Verträge zwischen Krankenversicherern und Ärzten die gesetzlichen Vorgaben umfassend zu berücksichtigen haben. Es kann nicht sein, dass auf der Ebene von Verträgen Bestimmungen aufgenommen werden, welche vom Gesetz abweichen oder die Grundentscheidungen der schweizerischen Krankenversicherung missachten.
4. Der hier beigelegte Vertrag bezieht sich auf ein bestehendes bzw. geplantes Managed Care-System. Dieses vertraglich vereinbarte Modell zeichnet sich dadurch aus, dass die Krankenversicherung eine pauschale Systemleistung an das Netzwerk bezahlt, welche bestimmte Kosten abdeckt. Zudem werden die Vorgehensweisen festgelegt, welche sich im Zusammenhang mit einer allfälligen Erfolgsbeteiligung bzw. einer Verlustbeteiligung ergeben könnten.
5. Im Vertrag wird im Einzelnen umschrieben, für welche Leistungen der beteiligten Ärzte die sogenannte Systemleistung bezahlt wird. Hier zeigt die Analyse der Vertragsbestimmung, dass einzelne Element offensichtlich gesetzwidrig vereinbart wurden.

Zunächst entspricht es nicht den gesetzlichen Vorgaben, dass die aus Prämiegeldern finanziert Systemleistung auch dazu verwendet wird, um Behandlungsrichtlinien zu erarbeiten und Behandlungsmanagementprogramme zu entwickeln, imple-

mentieren und optimieren. Selbstverständlich haben Behandlungsrichtlinien ein hohes Gewicht und müssen auch erarbeitet und diskutiert werden. Es geht dabei aber nicht um eine Aufgabe, welche durch Prämiegelder zu finanzieren ist. Gleich verhält es sich mit den Behandlungsmanagementprogrammen, wo etwa auf das Care bzw. Case Management Bezug genommen wird; solche Programme sind im Gesetz nicht verankert, und es dürfen keine Prämiegelder verwendet werden, um sie zu finanzieren.

Offensichtlich ausgeschlossen ist es in einem weiteren Punkt, dass die Systemleistung zur Förderung einer bestimmten politischen Ausrichtung der Krankenversicherung verwendet wird. Es wird im Vertrag Bezug genommen, auf die Förderung des Gatekeeper-Prinzips sowie auf publizistische Tätigkeiten in den Massenmedien. Bei der im Vertrag festgelegten politischen Ausrichtung handelt es sich zwar um eine mögliche und denkbare politische Stellungnahme bzw. Ausrichtung. Offensichtlich können aber Prämiegelder nicht verwendet werden, um eine einzelne und politische Ausrichtung zu finanzieren. Es ist offensichtlich, dass damit Prämiegelder auf eine Art und Weise eingesetzt werden, welche den gesetzlichen Vorgaben nicht entsprechen. Dies hat die Aufsichtsbehörde denn auch schon in analogen Fällen entsprechend festgestellt.

6. Im Vertrag wird im Übrigen auf eine sogenannte „Grossrisikoversicherung“ Bezug genommen, wo das Risiko Kosten einer intensiver Behandlung von Versicherten übernommen wird. Es ist offensichtlich ausgeschlossen, dass eine „Versicherung“ durch einen Vertrag begründet wird. Unter welchen Voraussetzungen Versicherungen zugelassen sind, ist den jeweiligen Gesetzen unschwer zu entnehmen (VVG, VAG etc.). Wenn in einem Vertrag eine solche Versicherung eingesetzt werden soll, müssen selbstverständlich die jeweiligen Vorschriften beachtet werden, was im vorliegenden Fall offensichtlich nicht erfüllt ist. Sollte für diesen Aspekt der Verträge nicht das angerufene Bundesamt zur Beurteilung der Aufsichtsbeschwerde zuständig sein, wird angeregt, dass die Aufsichtsbeschwerde zur Kenntnisnahme und Behandlung an die FINMA weitergeleitet wird.
7. Im Vertrag wird sodann vereinbart, dass eine Erfolgsbeteiligung bzw. eine Verlustbeteiligung besteht. Es erweckt generell Bedenken, wenn solche Beteiligungen ver-

traglich vereinbart werden. Ärztinnen und Ärzte haben bei der Behandlung von Patientinnen und Patienten sowohl die auftragsrechtliche Ausgangslage wie auch die Berufspflichten nach dem Medizinalberufegesetz sowie verschiedene Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes zu berücksichtigen. Insbesondere haben Ärztinnen und Ärzte unabhängig von finanziellen Vorteilen zu handeln und den Blick ausschliesslich auf den Patienten und die Patientin zu richten. Soweit sie bestimmte Vergünstigungen erhalten, haben sie dieselben an die Patienten und Patientinnen weiterzugeben. Von alledem ist im beigelegten Vertrag nicht die Rede; es ist aber offensichtlich, dass damit grundlegende Entscheidungen des Krankenversicherungsrechts verletzt werden und zudem die Beteiligten Ärztinnen und Ärzte vertraglich verpflichtet sind, sich im Widerspruch zu den Berufspflichten zu verhalten.

8. Zusammengefasst ergibt sich deshalb, dass der beigelegte Vertrag in verschiedener Hinsicht gesetzwidrig ausgefallen ist. Es kann und darf sich nicht so verhalten, dass obligatorisch zu entrichtende Prämienfelder in einer Art und Weise verwendet werden, welche gesetzwidrig ist und den Grundentscheidungen des schweizerischen Krankenversicherungsrechts widerspricht.

Aus diesem Grund danken wir Ihnen für die Behandlung unserer Aufsichtsbeschwerde – es geht um die Zukunft des schweizerischen Krankenversicherungssystems.

Freundliche Grüsse

Dr. med. Michel Romanens
Präsident VEMS

lic. iur. Eduard Hafner
Vorstand VEMS

GUTACHTEN

erstattet

dem Verein Ethik und Medizin Schweiz

zu Fragen des Managed Care-Systems

**von PD Dr. iur. Ueli Kieser,
Vizedirektor IPR-HSG, Rechtsanwalt,
Zürich / St. Gallen**

Inhaltsverzeichnis

- 1. Auftrag, Fragestellung und Aufbau**
- 2. Darstellung des Managed Care-Systems nach den neuesten Entscheiden des Parlaments**
 - 2.1. Bundesrätliche Gesetzesbotschaft
 - 2.2. Parlamentarische Debatte
- 3. Auftragsrechtliche Überlegungen**
 - 3.1. Ausgangspunkt
 - 3.2. Würdigung
- 4. Krankenversicherungsrechtliche Überlegungen**
 - 4.1. Ausgangspunkt
 - 4.2. Ziel: Qualitativ hochstehende Medizin zu möglichst günstigen Preisen
 - 4.3. Weitergabe von Vergünstigungen
 - 4.4. Qualitätssicherung
 - 4.5. Transparenz
- 5. Auswirkungen der Berufspflichten**
 - 5.1. Ausgangspunkt
 - 5.2. Wahrung der Interessen der Patientinnen und Patienten
 - 5.3. Wahrung der Rechte der Patientinnen und Patienten
- 6. Datenschutzrechtliche Aspekte**
 - 6.1. Ausgangspunkt
 - 6.2. Datenbekanntgabe und Schweigepflicht
- 7. Ergebnisse**

1. Auftrag, Fragestellung und Aufbau

Der Verein Ethik und Medizin Schweiz gab am 4. März 2011 den Auftrag, ein Gutachten zu Fragen der Managed Care-Systeme zu erstellen. Dabei soll es darum gehen, aus rechtlicher Sicht im Überblick diejenigen Punkte zu bezeichnen und zu bewerten, welche im Zusammenhang mit der vom Gesetzgeber gegenwärtig beratenen Vorlage von Bedeutung sein können.

Zu beurteilen ist die grundsätzliche Frage, ob Regelungen des geltenden Rechts Auswirkungen auf das Managed Care-System haben. Dabei ist insbesondere zu beleuchten, ob sich unter Berücksichtigung solcher Bestimmungen Grenzen der Ausgestaltung von Managed Care-Systemen erkennen lassen.

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstellt. Es nennt alle verwendeten Quellen und bezeichnet auch Unsicherheiten in der Bewertung bestimmter Fragen.

Im Aufbau geht das Gutachten von auftragsrechtlichen Überlegungen aus (Ziffer 3), bevor krankensicherungsrechtliche (Ziffer 4) sowie medizinberufrechtliche (Ziffer 5) Überlegungen angestellt werden. Daran schliessen sich Hinweise zu datenschutzrechtlichen Aspekten an (Ziffer 6). Die Ergebnisse des Gutachtens finden sich in der abschliessenden Ziffer 7.

2. Darstellung des Managed Care-Systems nach den neuesten Entscheiden des Parlaments

2.1. Bundesrätliche Gesetzesbotschaft

Die bundesrätliche Gesetzesbotschaft zeigt im Einzelnen auf, wie die Managed Care-Systeme ausgestaltet sein sollen. Es wird immer wieder betont, dass es sich um eine Angebotsmöglichkeit an die Versicherten handelt und diese in ihrer Wahl grundsätzlich frei sind, auf entsprechende Systeme zurückzugreifen (vgl. zum Ganzen BBl 2004 5599 ff.).

2.2. Parlamentarische Debatte

Die parlamentarische Beratung des bundesrätlichen Gesetzesvorschlages verlief sehr harzig. Die Vorlage wurde letztlich aufgeteilt, und das Parlament beschäftigt sich bis in die Gegenwart mit der entsprechenden bundesrätlichen Gesetzesvorlage. Dabei zeigt sich regelmässig, dass die Tragweite der Managed Care Systeme dem Parlament bewusst und bekannt war und dass die Debatte insbesondere unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes geführt wurde, dass ein Beitritt zu entsprechenden Systemen freiwillig ist (vgl. im Einzelnen AB 2006 S 953 ff.; AB 2010 N 1018 ff.; zur Differenzbereinigung vgl. AB 2011 N 129 ff.; bezogen insbesondere auf die Frage, wie hoch der Selbstbehalt beim Beitritt zu entsprechenden Systemen sein soll).

3. Auftragsrechtliche Überlegungen

3.1. Ausgangspunkt

Zwischen dem Patienten und dem Arzt wird mit Blick auf die Pflege bzw. Heilbehandlung ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen, der sich nach übereinstimmender Auffassung als obligationenrechtlicher Auftrag charakterisiert. Darin verpflichtet sich der Arzt als Auftragnehmer, im Interesse des Auftraggebers tätig zu werden. Mit Blick auf die Managed Care-Systeme geht es um die Klärung der Frage, ob bestimmte Vorgaben oder Beschränkungen, welchen sich der Arzt unterstellt hat, sich auf die Erfüllung des Auftrages auswirken können. Zudem muss geklärt werden, ob der Arzt als Auftraggeber verpflichtet ist, bei der Erfüllung des Auftrages auf entsprechende Situationen hinzuweisen und insbesondere die Besonderheiten des Managed Cared-Systems zu erläutern.

3.2. Würdigung

Wer einen Auftrag annimmt (d.h. im vorliegenden Fall die Ärztin oder der Arzt), verpflichtet sich damit, im Interesse des Auftraggebers (d.h. der Patientin oder des Patienten) tätig zu werden.

Es bildet Teil des Auftrages, dass der Beauftragte alles daran zu setzen hat, die Interessen des Auftraggebers zu wahren und keine Ziele oder Zwecke zu verfolgen, welche ausserhalb davon liegen und die Interessen des Auftraggebers beeinträchtigen könnten.

Bei den Modellen von Managed Care-Systemen geht es darum, dass die in die betreffenden Netze eingebundenen Ärztinnen und Ärzte (gemeinsam mit der Krankenversicherung) eine Budget-Mitverantwortung übernehmen. Dabei werden die Modalitäten der Gewinn-Verlust-Beteiligung von den jeweiligen Partnern vereinbart. Mit anderen Worten ausgedrückt, handelt es sich bei den Managed Care-Systemen darum, dass die Ärzteschaft gegenüber der Krankenversicherung eine ökonomische Mitverantwortung übernimmt, welche als solche zwar verhandelbar ist, sich aber dennoch dadurch auszeichnet, dass das Ärztenetz in einer bestimmten Form und in einem bestimmten Ausmass eine Beteiligung (auch) an Verlusten festlegt. Zugleich wird ein allenfalls resultierender Gewinn in einer bestimmten Form und in einem bestimmten Mass dem Ärztenetzwerk ausbezahlt. Es ist offensichtlich, dass eine solche ökonomi-

sche Mitverantwortung gegenüber der Krankenversicherung des Beauftragten geeignet ist, das Verhalten desselben zu beeinflussen. Jedenfalls ist unabdingbar, dass entsprechende Vereinbarungen (soweit sie krankensicherungsrechtlich und medizinberuferechtlich zulässig sind¹) als ausdrücklicher Bestandteil des Auftrages zwischen Patient und Arzt erklärt werden. Es muss also der Auftraggeber (d.h. die Patientin oder der Patient) zwingend darum wissen, dass der beauftragte Arzt in ein Ärztenetzwerk eingebunden ist und gegebenenfalls einen Verlust zu tragen hat oder am Gewinn beteiligt ist.

Nur wenn diese Ausgangslage im Rahmen des Auftrages klar übermittelt wird, ist es dem Arzt möglich, gestützt auf den ihm erteilten Auftrag im Rahmen des Ärztenetzwerkes tätig zu werden. Den andernfalls besteht die (jedenfalls immanente) Gefahr, dass der Arzt sich (auch) von Interessen leiten lässt, welche nicht zwingend den Interessen des Auftraggebers entsprechen.

¹ Dazu näheres Ziff. 4 und 5.

4. Krankenversicherungsrechtliche Überlegungen

4.1. Ausgangspunkt

Das schweizerische Krankenversicherungssystem zielt darauf ab, eine qualitativ hochstehende medizinische Versorgung zu möglichst günstigen Preisen zu gewährleisten. Die Erreichung dieses Ziels wird durch verschiedene Bestimmungen gefördert. Dazu zählen Bestimmungen, welche die Transparenz fördern oder welche dem Arzt bestimmte Schranken auferlegen.

Im Sinne von Beispielen sind die Bestimmungen zur Qualitätssicherung (Art. 58 KVG), zur Rechnungstellung (Art. 42 Abs. 3 KVG²) oder zur Wirtschaftlichkeit (Art. 56 Abs. 3 KVG³) zu nennen. Es ist nachfolgend zu klären, ob solche Bestimmungen allenfalls Schranken darstellen für die Ausgestaltung eines Managed Care Systems.

4.2. Ziel: Qualitativ hochstehende Medizin zu möglichst günstigen Preisen

Es ist das wesentliche Ziel der Krankenversicherung, dass eine qualitativ hochstehende medizinische Versorgung erreicht wird, wobei dies zu möglichst günstigen Preisen erfolgen muss.

Wenn diese zwei Zielsetzungen in gegenseitige Beziehung gestellt werden, ist offensichtlich, dass das Element der qualitativ hochstehenden gesundheitlichen Versorgung zentral ist. Denn es ist davon auszugehen, dass so oder so eine solche Versorgung erreicht werden soll. Dies wird aus der einschränkenden Umschreibung der Kostengünstigkeit erkennbar, weil es (nur, aber immerhin) darum geht, dass möglichst günstige Kosten resultieren. Es wird also im schweizerischen Krankenversicherungsrecht in Kauf genommen, dass die gesundheitliche Versorgung auch hohe (bzw. sehr hohe) Kosten verursacht. Soweit in der neuesten Rechtsprechung auf allfällige Grenzen der Kostenvergütung verwiesen wird⁴, steht die entsprechende Rechtsprechung immer in Bezug zum damit erzielbaren therapeutischen Nutzen. Das Bundes-

² Hier geht es um die Nennung aller Angaben, welche der Schuldner benötigt, um die Berechnung der Vergütung und die Wirtschaftlichkeit überprüfen zu können.

³ Es geht um die Weitergabe von Vergünstigungen, welche - direkt oder indirekt - dem Arzt in bestimmten Zusammenhängen gewährt werden.

⁴ Vgl. dazu BGE 136 V 395.

gericht hat lediglich festgelegt, dass ein kleinerer therapeutischer Nutzen nicht zu überaus hohen Preisen erreicht werden kann⁵.

Es ist also als grundsätzliche Zielsetzung des schweizerischen Krankenversicherungssystems anzusehen, dass eine qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung erreicht wird. Soweit es sich um Management Care-Systeme handelt, muss sicher gestellt sein, dass nicht die gegenüber der Krankenversicherung bestehende Budgetmitverantwortung den Entscheid über die Behandlung (mit-)bestimmt. Es ist beispielsweise ausgeschlossen, die Kostenseite vorrangig zu gewichten. Ausgeschlossen ist ebenfalls, dass mit Blick auf eine Einhaltung eines festgelegten Budgets bestimmte ärztliche Schritte nicht oder nur beschränkt vorgenommen werden; dabei muss angenommen werden, dass es bereits heikel ist, wenn der Arzt nur schon in Kauf nimmt, ärztlich angezeigte Schritte zu unterlassen.

4.3. Weitergabe von Vergünstigungen

Art. 56 Abs. 3 KVG sieht vor, dass der Leistungserbringer (d.h. die Ärztin oder der Arzt) dem Schuldner der Vergütung Vergünstigungen weitergeben muss, die ihm gewährt werden. Solche Vergünstigungen können entweder von der versicherten Person (im System des Tiers garant) oder vom Versicherer (im System des Tiers payant) verlangt werden⁶. Es wird in Aussicht genommen, Art. 56 KVG zu ergänzen, wonach Vergünstigungen, welche nicht einzelnen Versicherten zugeordnet werden können, zu Gunsten der Gesamtheit der Versicherten an die Gemeinsame Einrichtung nach Art. 18 KVG weiterzugeben sind⁷.

Es geht bei solchen Vergünstigungen etwa darum, dass ein Leistungserbringer am erzielten Jahresumsatz in Abhängigkeit von Bestellvolumen beteiligt ist⁸. Es wird im konkreten Fall eingehend zu prüfen sein, welche Vergünstigungen bei Ärztenetzwerken gewährt werden (Gewinnbeteiligungen). Es muss sodann geprüft werden, ob es sich gegebenenfalls um eine Vergünstigung handelt, welche im Rahmen von Art. 56 KVG weiter zu geben ist.

⁵ Vgl. dazu BG 136 V 408 ff.

⁶ Dazu EUGSTER, Krankenversicherung, N 815.

⁷ Vgl. BBI 2004 5625: Einfügung von Art. 56 Abs. 3^{bis} KVG.

⁸ Vgl. dazu EUGSTER, Krankenversicherung, N 815.

4.4. Qualitätssicherung

Im schweizerischen Krankenversicherungssystem kommt der Qualitätssicherung hohe Bedeutung zu. Mit Blick auf die Befürchtung, dass im Management Care-System nicht dem hauptsächlichen Ziel der Krankenversicherung – Gewährleistung einer qualitativ hochstehenden medizinischen Versorgung – nachgelebt wird, drängt sich auf, dass diesbezüglich mit den geeigneten Massnahmen überprüft wird, ob der Qualitätsmassstab gewahrt bleibt. Es geht um systematische wissenschaftliche Kontrollen zur Sicherung der Qualität oder des zweckmässigen Einsatzes der von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistungen⁹.

4.5. Transparenz

Im öffentlich-rechtlichen Bereich – wozu die Krankenversicherung zählt – kommt der Transparenz hohe Bedeutung zu. Sie hat beispielsweise klaren Ausdruck in der beruflichen Vorsorge gefunden¹⁰. Diese Transparenz bezieht sich in der beruflichen Vorsorge etwa auf die Überschussbeteiligung; es müssen die Grundlagen für die Berechnung der Überschussbeteiligung und die Grundsätze für deren Verteilung in einem Reglement festgelegt werden. Solche Transparenzvorschriften zeigen, dass gerade bei allfälligen Gewinnbeteiligungen im öffentlich-rechtlichen Bereich hohe und berechnete Erwartungen an die Transparenz bestehen.

Es ist insoweit zu fordern, dass die Versicherten jedenfalls Einblick erhalten in allenfalls bestehende Vorschriften über die Verteilung von Gewinnen oder über Mitbeteiligung an Verlusten, soweit solche Vorschriften in Ärztenetzwerken bestehen. Erst eine solche Transparenz ermöglicht es, das geforderte Vertrauen in eine gesetzmässige Durchführung der Krankenpflegeversicherung zu stärken.

⁹ Dazu Art. 58 Abs. 1 KVG.

¹⁰ Vgl. Art. 65a BVG, Art. 48b ff. BVV 2.

5. Auswirkungen der Berufspflichten

5.1. Ausgangspunkt

Art. 40 lit. e des Medizinalberufegesetzes¹¹ legt fest, dass der Arzt sich bei der Ausübung seiner Tätigkeit nach den Interessen des Patienten ausrichtet; es ist nicht zulässig, dass er sich nach bestimmten finanziellen Interessen ausrichtet. Damit wird eine Berufspflicht festgelegt, deren Verletzung zu einer disziplinarrechtlichen Sanktion führt. Es ist zu prüfen, welche Schranken diese Berufspflicht allenfalls aufstellt, soweit es sich um die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit in einem Managed Care-System geht.

5.2. Wahrung der Interessen der Patientinnen und Patienten

Art. 40 lit.e MedBG legt fest, dass Ärztinnen und Ärzte bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der Patientinnen und Patienten zu wahren haben. Diese Bestimmung zielt darauf ab, dass der Korruption ein Riegel geschoben wird. Der Gesetzgeber hatte vor allem Zahlungen und Rückvergütungen sowie ähnliche Leistungen zwischen Leistungserbringern im Auge. Er dachte etwa an Betreiber von Labors, an die Pharmaindustrie oder an Spitäler¹². Bei solchen Vorschriften geht es regelmässig um die bereits angesprochene¹³ Treuepflicht des Beauftragten, wie sie sich nach den Grundsätzen des Auftragsrechts ergibt. Der Beauftragte muss – wie bereits ausgeführt – den Interessen des Auftraggebers gegenüber allen anderen Belangen stets den Vorrang einräumen. Insbesondere muss der Beauftragte (d.h. der Arzt oder die Ärztin) die eigenen (finanziellen) Interessen den Interessen des Auftraggebers unterordnen¹⁴. Es ist dabei nicht immer einfach, die zulässigen finanziellen Vorteile von den verpönten finanziellen Vorteilen abzugrenzen¹⁵.

Zu klären ist bei dieser Ausgangslage, ob eine solche Budget-Mitverantwortung im Managed Care-System in Konflikt gerät mit Art. 40 lit. e MedBG. Dazu findet sich in

¹¹ MedBG, vom 23. Juni 2006, SR 811.11.

¹² Vgl. WALTER FELLMANN, in: Kommentar Medizinalberufegesetz, Art. 40 N 113.

¹³ Vgl. dazu vorstehend Ziff. 3.2.

¹⁴ Vgl. WALTER FELLMANN, in: Kommentar Medizinalberufegesetz, Art. 40 N 121.

¹⁵ Vgl. dazu einlässlich DOMINIQUE SPRUMONT/JEAN-MARC GUINCHARD/DEBORAH SCHORNO, in: Kommentar Medizinalberufegesetz, Art. 40 N 72 ff.

der Literatur eine vereinzelte Auffassung¹⁶. Es wird hier ausgeführt, dass sich aus den parlamentarischen Beratungen der Managed Care-Systeme klar ergebe, dass dieser Konflikt in Kauf genommen und als besonderer Fall einer Zusammenarbeit angesehen werde; daraus leitet die Autorenschaft ab, es liege eine Verletzung von Art. 40 lit. e MedBG nicht vor, wenn sich ein Arzt an einem Ärztenetzwerk beteiligt. Das vorliegende Gutachten kann sich dieser Auffassung nicht anschließen. Dies wird angesichts der Wichtigkeit der entsprechenden Frage nachstehend genauer zu begründen sein.

Zunächst ist festzuhalten, dass in den parlamentarischen Beratungen der „Konflikt“ mit Art. 40 lit. e MedBG nicht etwa debattiert und in die Gesetzgebungsberatung einbezogen wurde¹⁷. Dies rührt offenbar daher, dass es sich um eine krankensicherungsrechtliche Regelung handelt, bei welcher die gesundheitspolizeilichen Vorgaben (eben etwa Art. 40 lit. e MedBG) nicht genügend bewusst waren. Dies stellt ein wesentliches Versäumnis der bisherigen parlamentarischen Beratung zu den Managed Care-Systemen dar. Die gesundheitspolizeilichen Vorschriften (z.B. die Wahrung der Interessen von Patientinnen und Patienten) können nicht im Sozialversicherungsrecht ausgehebelt werden; denn es ist gerade ein Kennzeichen der gesundheitspolizeilichen Vorschriften, dass sie jedenfalls (d.h. auch im Sozialversicherungsrecht) unbedingte Geltung haben. Bei ihnen handelt es sich nämlich um Bestimmungen, welche darauf ausgerichtet sind, die öffentliche Gesundheit zu schützen¹⁸. Diese Zielsetzung muss auch im Sozialversicherungsrecht verfolgt werden. Deshalb ist grundsätzlich und prinzipiell ausgeschlossen, dass im Sozialversicherungsrecht eine Bestimmung aufgenommen wird, welche mit sich bringt, dass bei der ärztlichen Leistung nicht unbedingt die Interessen von Patientinnen und Patienten gewahrt werden.

Bei dieser Ausgangslage ist von zentralster Bedeutung, dass bei den Managed Care-Systemen Leitplanken eingebaut werden, welche sicherstellen, dass jedenfalls und unbedingt die Interessen der Patientinnen und Patienten gewahrt werden. Die ausdrückliche Nennung solcher Grenzen ist deshalb um so wichtiger, weil ein offensichtlicher „Konflikt“ besteht zwischen einer Budgetverantwortung gegenüber der Krankenversicherung (mit allfälliger Verlust- und Gewinnbeteiligung des Arztes und der Ärztin) und einer Interessenwahrung. Mit Blick auf eine zutreffende Regelung sind

¹⁶ Vgl. dazu DOMINIQUE SPRUMONT/JEAN-MARC GUINCHARD/DEBORAH SCHORNO, in: Kommentar Medizinalberufegesetz, Art. 40 N 76.

¹⁷ Hier fällt denn auch auf, dass die vorstehend genannten Autoren für ihre Auffassung keine Belege aus der parlamentarischen Beratung nennen können.

¹⁸ Diese Zielsetzung ist den gesundheitspolizeilichen Bestimmungen gewissermassen unterlegt; andere Ziele dürfen mit gesundheitspolizeilichen Vorschriften gar nicht angestrebt werden.

nachstehend Elemente zu nennen, welche gegebenenfalls sichern können, dass die Interessen der Patientinnen und Patienten jedenfalls gewahrt werden.

Es geht zunächst um die Frage einer allfälligen Verlusttragung. Diese kann etwa daraus resultieren, dass die Behandlung einzelner Patientinnen und Patienten zu deutlich höheren Kosten führt als sie den budgetierten Zahlen entspricht. Diese Verlusttragung muss zwingend so ausgestaltet sein, dass weder direkt noch indirekt ein Anreiz resultiert, zukünftig die ärztliche Tätigkeit so auszurichten, dass die Interessen der Patientinnen und Patienten berührt werden. Ausgeschlossen ist also eine solche Ausgestaltung der Verlusttragung, dass allenfalls Patientinnen und Patienten mit besonderen gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr behandelt (sondern etwa einem anderen Arzt bzw. einer anderen Ärztin zugewiesen) werden; gleich verhält es sich, wenn zukünftig auf bestimmte (im Interesse des Patienten und der Patientin stehende) Abklärungs- oder Behandlungsschritte verzichtet wird. Es ist nicht ohne weiteres vorstellbar, wie eine Verlusttragung in dieser Weise umgesetzt werden kann, ohne dass die genannten Schranken tangiert bzw. verletzt werden.

Zum anderen wirft die allfällige „Gewinnbeteiligung“ Fragen auf. Auch diese muss so ausgestaltet sein, dass weder direkt noch indirekt die Gefahr eintritt, dass die Interessen der Patientinnen und Patienten verletzt werden. Diese Gefahr kann in doppelter Weise vermieden werden: Entweder muss der Zusammenhang zwischen ärztlicher Behandlung und Gewinnbeteiligung unterbrochen werden; oder es muss die Gewinnbeteiligung so ausgestaltet sein, dass sie dem Arzt bzw. der Ärztin nicht direkt zukommt. Die erstgenannte Möglichkeit wird etwa dadurch umgesetzt, dass die Gewinnbeteiligung auf eine sehr breite Basis gestellt wird, welche nicht mehr nur das Behandeln eines einzelnen Arztes reflektiert (sondern beispielsweise auf dem finanziellen Resultat einer ganzen Gruppe von Ärzten basiert). Die zweitgenannte Möglichkeit kann sich dadurch konkretisieren, dass bei Managed Care-Systemen die Gewinnbeteiligung nur in einer bestimmten Weise verwendet werden darf – etwa dadurch, dass besondere (nicht ohnehin anfallende) Weiterbildungskosten vergütet werden oder dass bestimmte besonders im Interesse der Patienten liegende Angebote (Beratungsangebote etc.) aufgebaut werden.

Insgesamt ergeben sich also auf die Beachtung von Art. 40 lit e MedBG grundlegende und ernsthafte Fragen, die bislang in der parlamentarischen Beratung nicht aufgegriffen und insoweit auch nicht beantwortet wurden.

5.3. Wahrung der Rechte der Patientinnen und Patienten

Art. 40 lit. c MedBG legt fest, dass der Arzt und die Ärztin die Rechte der Patientinnen und Patienten zu wahren haben. Es geht etwa darum, dass der Patient einen Anspruch auf Aufklärung hat, welcher sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten ergibt. Damit soll der Patient in die Lage versetzt werden, aus freiem Willen einer vorgeschlagenen Behandlung zuzustimmen oder sie abzulehnen.

Es geht auch darum, dass im Rahmen dieser Wahrung der Rechte von Patientin und Patienten die Pflicht besteht, eine Aufklärung sowie eine Benachrichtigung vorzunehmen und Rechenschaft abzulegen¹⁹. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, jedwelche Verletzung dieser Berufspflicht führe zu einer disziplinarischen Massnahme²⁰.

Die Wahrung der Rechte der Patientinnen und Patienten schliesst in sich, dass diese über das Bestehen von Managed Care-Systemen orientiert werden und die Besonderheiten der entsprechenden Systeme erkennen können.

¹⁹ Dazu WALTER FELLMANN, in: Kommentar Medizinalberufegesetz, Art. 40 N 101, N 103.

²⁰ Vgl. dazu in: DOMINIQUE SPRUMONT/JEAN-MARC GUINCHARD/DEBORAH SCHORNO, in: Kommentar Medizinalberufegesetz, Art. 40 N 52, in Abgrenzung zu WALTER FELLMANN, welcher ein grobes Fehlverhalten voraussetzt.

6. Datenschutzrechtliche Aspekte

6.1. Ausgangspunkt

Die Datenschutzgesetzgebung bezieht sich auf Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Daten und Persönlichkeitsprofile²¹. Es ist näher zu prüfen, ob in einem Managed Care-System sich Schranken ergeben, welche mit datenschutzrechtlichen Überlegungen zusammenhängen.

6.2. Datenbekanntgabe und Schweigepflicht

Art. 33 ATSG legt eine grundsätzlich absolute Schweigepflicht fest, welche insbesondere beinhaltet, dass keine Personendaten an Dritte bekannt gegeben werden. Soweit dies erfolgen soll, ist eine von Art. 33 ATSG abweichende Gesetzesbestimmung verlangt. Eine solche findet sich insbesondere bezogen auf bestimmte Dritte in Art. 84a KVG. Wenn die Liste der hier genannten Dritten durchgegangen wird, wird erkennbar, dass im Rahmen von Managed Care-Systemen grundsätzlich nicht zulässig ist, Daten an andere Ärztinnen und Ärzte bekannt zu geben. Diesbezüglich gilt also die Schweigepflicht von Art. 33 ATSG.

Was die Beziehungen zu den Krankenversicherern betrifft, ist nicht an sich ausgeschlossen, hier entsprechende Daten zu übermitteln. Indessen verlangt die Rechtsprechung, dass die entsprechenden Grundlagen ausführlich und detailliert in Tarifverträgen vereinbart werden²².

Damit im Rahmen von Managed Care-Systemen Daten übermittelt werden können, ist also zu verlangen, dass die entsprechenden Grundsätze in den jeweiligen Verträgen genannt werden, wobei nicht eine Freiheit in der Ausgestaltung der Datenübermittlung besteht. Vielmehr ist der prägende Grundsatz des Datenschutzrechtes zu berücksichtigen, wonach die Datenbekanntgabe verhältnismässig erfolgen muss.

²¹ Vgl. Art. 84 f. KVG.

²² Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29. Mai 2009, C-6570/2007.

7. Ergebnisse

- 7.1 Die gegenwärtig im Parlament beratene Vorlage zu den Managed Care-Systeme basiert auf einer Budgetmitverantwortung der Ärztinnen und Ärzte gegenüber Krankenversicherung, was dem Parlament bei den Beratungen bekannt und bewusst ist.
- 7.2. In auftragsrechtlicher Hinsicht haben der Arzt und die Ärztin ausschliesslich die Interessen des Patienten und der Patientin zu wahren. Die Patientin und der Patient müssen darüber informiert sein, dass der Arzt und die Ärztin in ein entsprechendes Netzwerk eingebunden sind und gegebenenfalls einen Verlust zu tragen haben oder am Gewinn beteiligt werden.
- 7.3 Mit Blick auf die Transparenz muss gefordert werden, dass bekannt ist, welche finanziellen Vorteile in welcher Form gewährt werden und wie die Verlustverteilung geordnet ist. Es ist zu berücksichtigen, dass der Arzt und die Ärztin grundsätzlich Vergünstigungen der versicherten Person oder dem Versicherer weiter zu geben haben.
- 7.4 Der Arzt und die Ärztin haben die Interessen der Patientinnen und Patienten und deren Rechte unbedingt und ohne Vorbehalt zu wahren. Es muss – ohne Einschränkung – sichergestellt sein, dass der Entscheid über die Behandlung ausschliesslich unter gesundheitsbezogenen Aspekten gefällt wird. Diesbezüglich werfen Managed Care-Systeme erhebliche Fragen auf; diese müssen dahingehend beantwortet werden, dass zwingend Planken erforderlich sind, um die – gesundheitspolizeilich zu gewährleistenden – Interessen der Patientinnen und Patienten zu wahren.
- 7.5 Die Übermittlung von Daten im Rahmen von Managed Care-Systemen bedarf einer klaren, verhältnismässigen und zweckbezogenen Regelung.

Zürich, 29. Juli 2011

PD Dr.iur. Ueli Kieser

Massgebliche Gesetzesbestimmungen

Art. 56 Abs. 3, Krankenversicherungsgesetz

Art. 56 Wirtschaftlichkeit der Leistungen

3 Der Leistungserbringer muss dem Schuldner der Vergütung die direkten oder indirekten Vergünstigungen weitergeben, die ihm:

- a. ein anderer in seinem Auftrag tätiger Leistungserbringer gewährt;
- b. Personen oder Einrichtungen gewähren, welche Arzneimittel oder der Untersuchung oder Behandlung dienende Mittel oder Gegenstände liefern.

Art. 40, Medizinalberufegesetz

Art. 40 Berufspflichten

Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbstständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:

- a. Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus; sie halten sich an die Grenzen der Kompetenzen, die sie im Rahmen der Aus-, Weiter- und Fortbildung erworben haben.
- b. Sie vertiefen, erweitern und verbessern ihre beruflichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten durch lebenslange Fortbildung.
- c. Sie wahren die Rechte der Patientinnen und Patienten.
- d. Sie machen nur Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist.
- e. Sie wahren bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der Patientinnen und Patienten und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen.
- f. Sie wahren das Berufsgeheimnis nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften.
- g. Sie leisten in dringenden Fällen Beistand und wirken nach Massgabe der kantonalen Vorschriften in Notfalldiensten mit.
- h. Sie haben eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfanges der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, abzuschliessen oder andere, gleichwertige Sicherheiten zu erbringen.

Problematik

Budgetmitverantwortung:
zwei Praxisbeispiele

Fall 1:

Problem: ein im Hausarztmodell versicherter Unternehmer und Hobbykoch verspürt eine Verminderung des Riechsinn und teilt das dem Hausarzt mit. Er wird vertröstet. Alle paar Monate sagt er beim Arztbesuch, es werde schlimmer, nicht besser. Er wird vertröstet. Nach einem Jahr riecht er gar nichts mehr. Er fordert den Hausarzt ultimativ zur weiteren Abklärung auf. Diese zeigt einen bereits fortgeschrittenen Hirntumor (Meningeom) im Bereich der Stirn.

Beurteilung: der Patient hat den Schaden. Der Tumor ist bereits so ausgedehnt, dass das Operationsrisiko steigt. Zudem ist der Riechnerv wahrscheinlich definitiv durch die Druckschädigung zerstört.

Fall 2:

Problem: ein 64 jähriger Unternehmer ist im Hausarztmodell versichert. Er siedelt in die Region Nordwestschweiz über, wo er ein Stockwerk günstig erwerben konnte. Die Untersuchung zeigt eine fortgeschrittene Atherosklerose der Halsschlagadern, mit dem Befund, welcher normalerweise erst bei 85 jährigen Männern vorliegt. Die Messung des Cholesterins zeigt einen sehr hohen Wert, auch ist der Blutdruck mit 150/115 mm Hg viel zu hoch. Gemäss Aussage des Patienten habe der Hausarzt immer gesagt, der Cholesterinwert sei an der Grenze, auch der Blutdruck. Der Patient wurde umgehend mit Medikamenten versorgt, welche ihn vor Herz- und Hirschlag schützen.

Beurteilung: der Patient hat den Schaden. Seine Arterien sind rund 20 Jahre älter als er selbst, dies hat Konsequenzen für das Langzeitüberleben, das Risiko für Herz- und Hirschlag als auch für Demenz. Viele Jahre der Prävention wurden nutzlos vertan. Das Risiko trägt nun der Patient.

Quelle: Verein Ethik und Medizin Schweiz. Für Rückfragen zu den Fällen steht Dr. med Michel Romanens zur Verfügung: Tel: 062 212 44 10