

Wirtschaftlichkeitsverfahren in der Krankenversicherung

Neueste Entwicklungen und eine Würdigung

Gutachten erstattet dem Verein Ethik und Medizin Schweiz

Dr. med. Michel Romanens, Ziegelfeldstrasse 1, 4600 Olten

von

PD Dr. iur. Ueli Kieser, Rechtsanwalt,
Vizedirektor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
an der Universität St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

- 1 Auftrag und Einordnung der Fragestellung
 - 1.1 Auftrag
 - 1.2 Vorbemerkung
 - 1.3 Einordnung der Fragestellung

- 2 Rechtliche Grundlagen
 - 2.1 Wirtschaftlichkeitsgebot im Bereich der Sozialversicherung
 - 2.1.1 Wirtschaftlichkeit als allgemeiner Verfassungsgrundsatz
 - 2.1.2 Wirtschaftlichkeit in der Sozialversicherung
 - 2.2 Ausrichtung auf die Wirtschaftlichkeit in der Krankenversicherung
 - 2.3 Wirtschaftlichkeitsgebot in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung
 - 2.3.1 Allgemeines
 - 2.3.2 Art. 56 KVG
 - 2.3.3 Weitere Bestimmungen in der Krankenversicherung

- 3 Bisherige Rechtsprechung
 - 3.1 Übersicht
 - 3.2 Allgemeine Grundsätze der Rechtsprechung
 - 3.3 Massgeblichkeit des Durchschnittskostenvergleichs
 - 3.4 Vergleichsgruppenbildung
 - 3.5 Massgeblichkeit des Gesamtkostenindex
 - 3.6 Berücksichtigung von kompensatorischen Effekten
 - 3.7 Höhe der Rückforderung/Berücksichtigung von Praxisbesonderheiten

4. Bedeutung und Auswirkung des Untersuchungsprinzips und des Anspruchs auf rechtliches Gehör
 - 4.1 Untersuchungsprinzip
 - 4.2 Rechtliches Gehör

5. Hinweise zum Beweisrecht

- 5.1 Zulässige Beweismittel
- 5.2 Mitwirkungspflichten
- 5.3 Beweisgrad
- 5.4 Grundsatz der freien Beweiswürdigung/Beweislast

- 6 Prinzipielle Einordnung des Wirtschaftlichkeitsverfahrens nach Art. 56 KVG
 - 6.1 Wirtschaftlichkeitskontrolle bei der Einzelleistung versus Wirtschaftlichkeitskontrolle beim Leistungserbringer

 - 6.2 Massgeblichkeit des Durchschnittskostenvergleichs - Prinzipielle Überlegungen
 - 6.2.1 Validierte Datengrundlage
 - 6.2.2 Pflichtleistungsvermutung
 - 6.2.3 Wirtschaftsfreiheit
 - 6.3.4 Wahlfreiheit der versicherten Person

 - 6.3 Auseinandersetzung mit einzelnen Punkten des Durchschnittskostenvergleichs
 - 6.3.1 Qualität der erhobenen Daten – prinzipielle Überlegungen
 - 6.3.2 Bildung der Vergleichsgruppen
 - 6.3.3 Korrekturfaktoren/ANOVA-Statistik
 - 6.3.4 Einbezogene direkte Kosten
 - 6.3.5 Einbezogenen indirekte Kosten
 - 6.3.6 Kompensatorische Effekte
 - 6.3.7 Zulässige Abweichung in statistischer Hinsicht
 - 6.3.8 Zwischenergebnis

- 7 Frage der gesetzlichen Grundlage

- 8 Beweisrechtliche Aspekte
 - 8.1. Vermutung der Überarztung
 - 8.2 Hauptbeweis- Gegenbeweis
 - 8.3 Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

- 9 Zusammenfassende Ergebnisse

1 Auftrag und Einordnung der Fragestellung

1.1 Auftrag

Mit Schreiben vom 8. November 2010 wurde dem Gutachter der Auftrag erteilt, ein Gutachten zu Fragen der Wirtschaftlichkeitsverfahren in der Krankenversicherung zu erstatten. Das Gutachten soll nach der Auftragsumschreibung eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung zum Wirtschaftlichkeitsverfahren vornehmen und dabei insbesondere die beiden dem Gutachter vorgelegten Gutachten von Prof. Wasem¹ sowie von PD Schwenkglenks² berücksichtigen.

1.2 Vorbemerkung

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstattet. Es berücksichtigt die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie die massgebende Literatur. Soweit bei der Bewertung einzelner Fragen Unsicherheiten bestehen sollten, wird dies nachfolgend ausdrücklich vermerkt. Es werden alle erfassten Quellen genannt. Soweit im vorliegenden Gutachten die Rechtsprechung ganz oder teilweise als unzutreffend bezeichnet werden sollte, schliesst dies nicht die Zusicherung in sich, dass die Rechtsprechung zukünftig entsprechend ausfallen wird.

1.3 Einordnung der Fragestellung

Gegenstand des Gutachtens bildet eine bestimmte Fragestellung innerhalb des Sozialversicherungsrechts, wobei zudem eine Einschränkung auf den Bereich des Krankenversicherungsrechts erfolgt. Die dem Gutachtensauftrag zugrunde liegende Fragestellung einer Analyse der Rechtsprechung verlangt dabei einen breiten Ansatz des Gutachtens. Insbesondere sind sowohl materiell rechtliche wie auch verfahrensrechtliche Aspekte aufzugreifen. Weil spezifische Einzelfragen nicht gestellt werden, richtet sich das Gutachten in seinem Aufbau nach allgemeinen Überlegungen aus.

¹ Prof. Dr. JÜRGEN WASEM, Lehrstuhl für Medizinmanagement, Universität Duisburg-Essen, in Kooperation mit ForBiG GmbH, Forschungsnahe Beratungsgesellschaft im Gesundheitswesen GmbH: Beurteilung des Screening-Verfahrens der Krankenversicherer in der Schweiz zur Identifikation von Überarztung, 26. Juli 2010, 1 - 38.

² PD Dr. MATTHIAS SCHWENKGLENKS, MPH, Institute of Pharmaceutical Medicine/ECPM, University of Basel: Vergleich verschiedener Instrumente (Rechnungstellerstatistik der santésuisse und Praxisspiegel der Trustcenter) zur Beurteilung der von Schweizer Ärzten in der Grundversorgung verursachten Behandlungskosten; Statistischer Studienbericht, 8. Juli 2010, 1 - 75.

Das Gutachten setzt ein mit einer Darstellung der rechtlichen Grundlagen sowie der bisherigen Rechtsprechung. In der Folge wird auf das Untersuchungsprinzip sowie auf das Beweisrecht vertieft eingegangen. Daran schliesst sich eine Einordnung des in der Praxis besonders prägenden Durchschnittskostenvergleichs an, wobei zugleich die in der bisherigen Literatur geäusserte Kritik dargestellt wird. Das Gutachten schliesst mit dem Aufzeigen (allfälliger) neuer Ansätze.

2 Rechtliche Grundlagen

2.1 Wirtschaftlichkeitsgebot im Bereich der Sozialversicherung

2.1.1 Wirtschaftlichkeit als allgemeiner Verfassungsgrundsatz

Die juristische Lehre hat sich noch wenig mit der grundsätzlichen Frage auseinandergesetzt, ob der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz allenfalls einen allgemeinen Verfassungsgrundsatz darstellen kann³. Es darf aber nicht übersehen werden, dass mit dem Ausbau des Leistungsstaates und der damit verbundenen Ausweitung der Staatsausgaben der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zunehmend an Bedeutung gewonnen hat. Dabei ist offensichtlich die Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes jeweils im Einzelfall zu bestimmen⁴.

2.1.2 Wirtschaftlichkeit in der Sozialversicherung

Das schweizerische Sozialversicherungsrecht bildet Teil des Verwaltungsrechts. Dabei zeichnet sich dieser Bereich insbesondere dadurch aus, dass sowohl die Finanzierung wie auch die Leistungsgewährung geregelt werden⁵. An dieser Stelle ist nicht näher auf die Frage einzugehen, ob im Sozialversicherungsrecht ein umfassender und allgemein zu verstehender Wirtschaftlichkeitsgrundsatz besteht⁶. Im vorliegenden Zusammenhang geht es nämlich um eine enger umrissene Frage, nämlich diejenige, ob beim ärztlichen Handeln im Rahmen der Krankenversicherung ein Wirtschaftlichkeitsgebot besteht.

³ Vgl. dazu etwa HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht, wo sich der Begriff der Wirtschaftlichkeit nicht findet; analog HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht.

⁴ So ausdrücklich THOMAS STAUFFER, in: St. Galler Kommentar zu Art. 183, Rz. 41.

⁵ Anders verhält es sich in denjenigen Zweigen des Verwaltungsrechts, wo – wie etwa im Schulbereich – ausschliesslich eine leistungsbezogene Normierung besteht, weil die Finanzierung umfassend über die allgemeinen Steuermittel erfolgt.

⁶ Dieser würde sich sodann auf alle Bereiche des Sozialversicherungsrechts – Finanzierung, Versicherungsdurchführung, Beziehungen zu den Leistungserbringern, Leistungsgewährung – beziehen.

Im Sozialversicherungsrecht findet sich nicht ein ausdrücklich normierter Grundsatz, dass insgesamt bzw. für bestimmte Bereiche ein allgemeiner Wirtschaftlichkeitsgrundsatz besteht. Indessen ist offensichtlich, dass eine Reihe von Einzelbestimmungen ein spezifisches Wirtschaftlichkeitsgebot enthalten bzw. direkte Auswirkungen davon festlegen. Es ist etwa auf Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG⁷, Art. 54 UVG⁸ oder Art. 25 MVG⁹ zu verweisen.

2.2 Ausrichtung auf die Wirtschaftlichkeit in der Krankenversicherung

Das vorliegende Gutachten beschäftigt sich zentral mit der Frage der Wirtschaftlichkeitsverfahren in der Krankenversicherung. Dies schliesst nicht aus, dass zusätzliche Blicke auf analoge Fragestellungen mit anderen Sozialversicherungszweigen geworfen werden. Solche Hinweise haben aber sodann nur einen ergänzenden Charakter. Im vorliegenden Zusammenhang wird also nicht insgesamt die Wirtschaftlichkeit in der Sozialversicherung dargestellt.

2.3 Wirtschaftlichkeitsgebot in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung

2.3.1 Allgemeines

Die schweizerische Krankenversicherung ist leistungseitig so aufgebaut, dass Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer die erforderlichen Handlungen vornehmen und zwar zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung¹⁰. Dabei will das schweizerische Krankenversicherungssystem eine qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten sicherstellen¹¹. Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der Krankenversicherung wirkt sich in verschiedener Hinsicht aus. Zentral ist das Wirtschaftlichkeitsgebot insoweit, als generell im Leistungsbereich der Krankenversicherung das Kosten-/Nutzenverhältnis bzw. das Kosten-/Wirksamkeitsverhältnis im Einzelfall berücksichtigt wird¹².

⁷ Hier wird festgelegt, dass Eingliederungsmassnahmen der IV gewährt werden, wenn diese „notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fertigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern“.

⁸ Diese Bestimmung trägt den Randtitel „Wirtschaftlichkeit der Behandlung“.

⁹ Auch diese Bestimmung befasst sich nach ihrem Randtitel mit der „Wirtschaftlichkeit der Behandlung“.

¹⁰ Vgl. Art. 32 Abs. 1 KVG.

¹¹ Vgl. EUGSTER, Krankenversicherung, N 10, mit Hinweis auf BGE 123 V 290, 127 V 80 sowie 130 V 196.

¹² Vgl. dazu grundlegend Urteil des Bundesgerichts vom 23. November 2010, 9C_334/2010, E. 7.5, mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur.

2.3.2 Art. 56 KVG

Artikel 56 KVG, welcher den Randtitel „Wirtschaftlichkeit der Leistungen“ trägt, legt fest, dass sich der Leistungserbringer in seinen Leistungen auf das Mass beschränken muss, dass im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist. Diese Bestimmung stellt ein Handlungsgebot dar, welches sich an alle Leistungserbringer richtet¹³. Zwar hat beispielsweise der Arzt bzw. die Ärztin therapeutische Freiheit, doch wird diese nach der Rechtsprechung durch die Schranken des Wirtschaftlichkeitsgebotes begrenzt. Dabei beurteilt sich die Wirtschaftlichkeit nach objektiven Kriterien¹⁴. Art. 56 KVG geht insoweit davon aus, dass zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht alle denkbaren Behandlungen durchgeführt werden können, sondern nur diejenigen, die sich innerhalb eines gewissen Rahmens bewegen¹⁵. Dabei berücksichtigt die Rechtsprechung, dass die Ressourcen, welche nicht unendlich zur Verfügung stehen, fair verteilt werden müssen; insbesondere wird es als nicht vereinbar mit der Rechtsgleichheit und der Gleichwertigkeit aller Menschen betrachtet, einzelnen Versicherten Leistungen zu erbringen, die anderen Versicherten in gleicher Lage nicht erbracht werden könnten¹⁶.

2.3.3 Weitere Bestimmungen in der Krankenversicherung

Art. 32 KVG enthält die allgemeinen Voraussetzungen dafür, dass eine Leistung im Rahmen der Krankenversicherung erbracht werden kann. Diese muss nämlich wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Die Rechtsprechung hat diese Bestimmung mannigfaltig konkretisiert, indem etwa eine konservative Leistung vor einer chirurgischen Leistung oder eine ambulante Behandlung vor einer stationären Behandlung zu erbringen ist¹⁷.

Teil des Wirtschaftlichkeitsgebotes bilden sodann die Tarife und Preise in der Krankenversicherung, welche sicher zu stellen haben, dass die (qualitativ hoch stehende) Leistung zu möglichst günstigen Preisen erbracht wird¹⁸.

Ebenfalls als Teil des Wirtschaftlichkeitsgebotes zu betrachten sind diejenigen Bestimmungen, welche sich auf die Zulassung von Leistungserbringern beziehen. Denn hier ist mit eingeschlossen, dass ein Leistungserbringer bzw. eine Leistungserbringerin sich auch mit Fragen

¹³ Vgl. Urteil 9C_397/2009, E. 4.2.

¹⁴ Vgl. dazu EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 381 f., mit weiteren Hinweisen.

¹⁵ So Urteil 9C_334/2010, E. 7.5.

¹⁶ Vgl. Urteil 9C_334/2010, E. 7.7.

¹⁷ Vgl. dazu die Belege bei EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 203.

¹⁸ Vgl. dazu Art. 43 KVG.

des Kosten-/Wirkungsverhältnisses befasst¹⁹. Ein Leistungserbringer, der für nicht erfolgte Konsultationen Rechnung stellt oder unbegründet zahlreiche Hausbesuche vornimmt, verstösst gegen seine Berufspflichten²⁰.

Personen, welche zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung Leistungen erbringen wollen, haben sich insoweit auszuweisen über grundlegende Kenntnisse des Wirtschaftlichkeitsgebotes²¹.

3 Bisherige Rechtsprechung

3.1 Übersicht

Die Rechtsprechung zum Gebot der Wirtschaftlichkeitsleistungen nach Art. 56 KVG ist überaus umfangreich und in allen Details kaum mehr zu überblicken. Sie ist in verschiedenen Publikationen umfassend dargestellt worden²². Die Rechtsprechung kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht umfassend dargestellt werden. Dies ist aber letztlich auch nicht notwendig. Denn die Rechtsprechung zeichnet sich durch eine grosse Beständigkeit aus. Nur vereinzelt zeichnen sich Praxisentwicklungen ab bzw. haben sich solche ergeben. Bei dieser Ausgangslage ist nachfolgend vorerst das Grundsatzkonzept der Rechtsprechung aufzuzeigen, bevor in der Folge auf einzelne Elemente vertieft einzugehen ist.

3.2 Allgemeine Grundsätze der Rechtsprechung

Art. 56 KVG mit dem Randtitel „Wirtschaftlichkeit der Leistungen“ legt fest, dass eine Vergütung, welche – wegen fehlender Wirtschaftlichkeit – dem Leistungserbringer zu Unrecht bezahlt wurde, zurückgefordert werden kann. Das Gesetz legt nicht im Einzelnen fest, wie diesbezüglich vorzugehen ist, was mit sich gebracht hat, dass die Rechtsprechung die massgebenden Grundsätze zu entwickeln hatte.

Dabei gilt aber, dass die Einzelfallkontrolle das primäre gesetzliche System darstellt. Mithin ist – eben im Einzelfall – jeweils zu prüfen, ob die Wirtschaftlichkeit der Behandlung berück-

¹⁹ Vgl. dazu etwa die in Art. 40 MedBG festgelegten Berufspflichten von Personen der universitären Medizinalberufe.

²⁰ Vgl. dazu WALTER FELLMANN, in: Kommentar Medizinalberufegesetz, Art. 40 N 74.

²¹ Vgl. dazu auch THOMAS FLEINER, in: Kommentar Medizinalberufegesetz, Art. 4 N 19 f.

²² Vgl. insbesondere EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 97 ff.; GIANELLA, il controllo dell'economicità, 21 ff.

sichtigt wird oder nicht²³. Diese Einzelfallkontrolle hat in einzelnen Bereichen der Leistungsvergütung eine besondere Bedeutung. Als Beispiel zu nennen ist etwa die ärztliche Psychotherapie²⁴; ebenfalls ein Beispiel stellen diejenigen Leistungsbereiche dar, in denen vorgängig eine vertrauensärztliche Prüfung vorzunehmen ist²⁵. Die Einzelfallkontrolle kann grundsätzlich in direkter zeitlicher Nähe zur Leistungserbringung erfolgen, kann aber auch nachträglich und systematisch vorgenommen werden. Die Literatur betont, dass diese (auch nachträgliche und systematische) Einzelfallkontrolle jedenfalls dann im Vordergrund steht, wenn sie nicht mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten verbunden ist²⁶.

Ausgehend von den durchführungsmässigen Schwierigkeiten der Einzelfallkontrolle sind die Krankenversicherungen seit langer Zeit dazu übergegangen, Pauschalprüfungen vorzunehmen und sich dabei auf Vergleichszahlen zu stützen. Die Rechtsprechung hat diese grundsätzliche Wahl der Prüfungsmethode ebenfalls seit je akzeptiert. Es stehen offensichtlich verschiedene statistische Methoden zur Verfügung, wobei in der Schweiz durch die Rechtsprechung praktisch ausschliesslich der arithmetische Mittelwertvergleich berücksichtigt wird²⁷.

Insgesamt ergibt sich also bei der Würdigung der Rechtsprechung in grundsätzlicher Hinsicht, dass zwar die Einzelfallkontrolle mit Blick auf das Gebot der Wirtschaftlichkeit einen bestimmten Stellenwert hat, dass aber insgesamt die statistische Methode (und hier der arithmetische Mittelwertvergleich) offensichtlich weit im Vordergrund steht. Die Rechtsprechung hat das von den Krankenversicherungen praktizierte Vorgehen nie grundsätzlich in Frage gestellt, sondern vielmehr bestätigt, dass es sich um eine im Rahmen von Art. 56 KVG zulässige Wirtschaftlichkeitsprüfmethode handelt.

3.3 Massgeblichkeit des Durchschnittskostenvergleichs

Wie bereits vorstehend ausgeführt²⁸ akzeptiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung seit je die durch die Krankenversicherung befolgte Praxis, die Wirtschaftlichkeit ärztlicher Behandlungen durch Pauschalprüfungen anhand von Vergleichszahlen zu kontrollieren. Das Bundesgericht hält bis in die Gegenwart daran fest, dass die bisherige Praxis des Pauschalbeanstandungsverfahrens auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht und dass dieses Verfah-

²³ Vgl. EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 101.

²⁴ Dazu Art. 2 KLV; danach ist nach einer bestimmten Therapiedauer eine vertrauensärztliche Prüfung erforderlich (Art. 3b Abs. 3 KLV).

²⁵ Zum Institut des Vertrauensarztes und der Vertrauensärztin vgl. Art. 57 KVG.

²⁶ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 102; anders die Rechtsprechung im Urteil K 9/07 vom 25. März 2008, E. 8.3.

²⁷ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 103 ff.

²⁸ Vgl. dazu Ziffer 3.2.

ren wissenschaftlich ist sowie die Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Behandlung belegen kann²⁹. Das Bundesgericht liess sich insbesondere nicht durch Hinweise auf ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 21. Juni 2007 und auf einen Bericht des Ethik-Rates von 2006 dazu bringen, seine bisherige Praxis zu ändern³⁰.

Das Bundesgericht führt auch die Praxis weiter, wonach die Krankenversicherer zuständig sind, das Pauschalbeanstandungsverfahren durchzuführen. Verworfen wird diesbezüglich die Auffassung, es handle sich um die Durchführung eines Risikoausgleichs unter den Versicherten, wofür (nicht die Krankenversicherer, sondern) die gemeinsame Einrichtung KVG zuständig sei³¹.

Das Bundesgericht hält zur erforderlichen gesetzlichen Grundlage für das Pauschalbeanstandungsverfahren fest, dass das entsprechende Verfahren bereits unter der Herrschaft des früheren (bis 31. Dezember 1995 massgeblichen) Gesetzes bestanden habe. Bei der Schaffung des heutigen Krankenversicherungsgesetzes habe das Verfahren zur Geltendmachung von Rückforderungen wegen unwirtschaftlicher Behandlung keinen Diskussionspunkt gebildet. Daraus sei zu folgern, dass der Gesetzgeber die Pauschalbeanstandung als rechtmässig erachtete, ohne hierfür eigens eine Vorschrift erlassen zu müssen³².

Das Bundesgericht verwirft in ständiger Rechtsprechung auch den Einwand, dass die Wirtschaftlichkeit der Behandlungsweise nicht nach der statistischen, sondern nach der analytischen Methode beurteilt werden müsse. Diesbezüglich hält das Bundesgericht jeweils fest, dass die Zulässigkeit der statistischen Methode unter Zugrundelegung der Statistik der *santésuisse* in der Rechtsprechung anerkannt sei und dass die kantonalen Gerichte in der Wahl der Prüfungsmethode frei seien³³.

3.4 Vergleichsgruppenbildung

Im Rahmen der statistischen Methode konnte der zutreffenden Bildung der Vergleichsgruppe eine ausschlaggebende Bedeutung zu. Eine entsprechende statistische Methode kann nämlich nur herangezogen werden, wenn die wesentlichen Praxismerkmale der Vergleichsgruppe untereinander und mit der Praxis des geprüften Arztes übereinstimmen³⁴.

²⁹ Vgl. dazu Urteil 9C_393/2007, E. 4.4; vgl. zudem das Grundsatzurteil 9C_968/2009.

³⁰ Dazu auch Urteil des Bundesgerichtes 9C_773/2008, E. 6.

³¹ Dazu Urteil des Bundesgerichts 9C_773/2008, E. 6.

³² Dazu Urteil des Bundesgerichts 9C_393/2007, E. 4.4.

³³ Vgl. Urteile des Bundesgerichts K 46/04, E. 5.1, K 9/07, E. 8.3.

³⁴ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 104; Prinzip der „Homogenität“.

Was die prinzipielle Bildung der Vergleichsgruppe betrifft, stellt die Rechtsprechung regelmässig auf die standesrechtliche Titelordnung ab. Die Rechtsprechung nimmt diesbezüglich an, dass bei Bezugnahme auf den FMH-Titel die Vergleichbarkeit mit den in derselben Gruppe eingeteilten Ärzten ohne weiteres gegeben ist³⁵.

Die Rechtsprechung geht grundsätzlich davon aus, dass die Vergleichsgruppe aus dem geographisch gleichen Tätigkeitsbereich stammen muss. Dabei lässt die Rechtsprechung aber eine kantonsübergreifende Vergleichsgruppenbildung zu³⁶. Was die Grösse der Vergleichsgruppe betrifft, geht die Rechtsprechung davon aus, dass eine ausreichend grosse Vergleichsgruppe vorliegen muss, um einen gültigen Durchschnittskostenvergleich zu ermöglichen. Dabei ist die Rechtsprechung davon ausgegangen, dass ein Vergleich mit bloss drei anderen Arztpraxen ausreichend ist³⁷.

Sodann muss sichergestellt sein, dass die Vergleichsgruppe ermöglicht, den Vergleich über einen genügend langen (aber zugleich nicht zu langen) Zeitraum zu ermöglichen³⁸.

Schliesslich kommt dem Anspruch auf rechtliches Gehör hohe Bedeutung zu. Der Arzt, dessen Wirtschaftlichkeit überprüft wird, hat Anspruch darauf, dass er wesentliche Merkmale der Zusammensetzung der Vergleichsgruppe kennt. Dazu gehören nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts die Kenntnis der Namen der erfassten Ärztinnen und Ärzte und die (anonymisierte) Verteilung der Kosten der einzelnen Ärzte und Ärztinnen in der Vergleichsgruppe³⁹.

3.5 Massgeblichkeit des Gesamtkostenindex

In statistischer bzw. abrechnungsmässiger Hinsicht wird regelmässig unterschieden zwischen direkten Kosten der ärztlichen Behandlung sowie veranlassten Kosten. Die Rechtsprechung hat festgelegt, dass für die Bestimmung der Wirtschaftlichkeit ein Gesamtkostenindex aus direkten und zugleich aus veranlassten Kosten gebildet werden muss⁴⁰. Was den Teilbereich der veranlassten Kosten betrifft, muss berücksichtigt werden, dass Überweisungen an Spezialärzte nicht erfasst werden. Deshalb werden auf diese Weise veranlasste Kosten in der Statistik nicht

³⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts K 9/07, E. 8.3.

³⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts K 54/01, E. 3.1.

³⁷ Vgl. RKUV 1982 201; vgl. zur Auseinandersetzung auch Urteil des Bundesgerichts K 113/03, E. 5.5.

³⁸ Dazu BGE 119 V 448.

³⁹ Eingehend dazu Urteil 9C_968/2009, E. 6.3.3.

⁴⁰ Dazu BGE 133 V 37.

erfasst. Ebenfalls nicht erfasst werden Daten zu stationären Leistungen; entsprechend fehlen Kosten von stationären Leistungen ebenfalls bei der Rubrik der veranlassten Kosten⁴¹.

3.6 Berücksichtigung von kompensatorischen Effekten

Nach der Rechtsprechung ist im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung der Gesamtkostenindex massgebend⁴². Diesbezüglich ist für das Bundesgericht von Bedeutung, dass eine „wirkliche Gesamtbetrachtung“ erforderlich ist. Dies schliesst nach der Rechtsprechung beispielsweise in sich, dass auch die durch Überweisung an Spezialärzte und Spitäler veranlassten Kosten mit einbezogen werden müssen⁴³, soweit dadurch insgesamt ein Spareffekt erzielt werden kann.

Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass für eine solche Gesamtbetrachtung nicht unbedingt eine aufwendige Einzelfallanalyse erforderlich ist, sondern dass statistische Angaben beschafft werden können und zwar am ehesten von den Krankenversicherern⁴⁴.

3.7 Höhe der Rückforderung/Berücksichtigung von Praxisbesonderheiten

Soweit im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsverfahrens eine Unwirtschaftlichkeit festgestellt wird, entspricht der Rückforderungsbetrag prinzipiell dem festgestellten unwirtschaftlichen Mehraufwand.

Nach ständiger Praxis entspricht dieser (unwirtschaftliche) Aufwand der Differenz zwischen dem Fallwert des geprüften Arztes und dem Fallwert, welcher sich in der Vergleichsgruppe ergibt. Zusätzlich wird eine bestimmte Sicherheits- und Toleranzzone berücksichtigt. Dieser Toleranzbereich liegt nach der Rechtsprechung bei einem Gesamtbetrag von 120 bis 130 Indexpunkten⁴⁵.

⁴¹ Vgl. EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 103.

⁴² Vgl. BGE 133 V 37; dazu GATTIKER, Veranlasste Kosten, 1098 ff.

⁴³ Wie bereits vorstehend aufgezeigt, werden diese beiden Kategorien im Rahmen des Gesamtkostenindex statistisch nicht erfasst; vgl. dazu Ziff. 3.5 (vgl. auch Ziff. 6.3.5) sowie EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 103.

⁴⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts K 6/06, E. 5.3.6; Vgl. dazu die Urteilsbesprechung von UELI KIESER, AJP 2007 514; vgl. sodann auch Urteil des Bundesgerichts K 9/07, E. 8.2.; vgl. für eine Reaktion auf die Rechtsprechung auch HANSPETER KUHN, SAeZ 2006 2165 f.

⁴⁵ In BGE 130 V 377 nicht publizierte E. 6.2 des Urteils des Bundesgerichts K 150/03 (= SVR 2005 KV Nr. 4); vgl. auch Urteil des Bundesgerichts K 9/07, E. 8.1.

Bei der Bestimmung der Höhe der Rückforderung werden zudem Praxisbesonderheiten berücksichtigt. Die Rechtsprechung hat eine Reihe von Tatbeständen als Praxisbesonderheit anerkannt bzw. verworfen⁴⁶.

Als Praxisbesonderheit wurden im konkreten Fall anerkannt: Kostenintensive Fälle über dem Durchschnitt; Frauenanteil in Allgemeinpraxen über dem Durchschnitt; Psychosomatikeranteil und/oder polymorbide Patienten über dem Durchschnitt; psychiatrische Patienten in einer Allgemeinpraxis über dem Durchschnitt; Ausländeranteil über dem Durchschnitt; Hausbesuche über dem Durchschnitt; sehr grosses Einzugsgebiet; Patientenalter und langjährige Patienten über dem Durchschnitt; keine Notfallpatienten; Praxisanfänger und Anlaufpraxis; rückläufige Patientenzahl; fremdsprachige Patienten über dem Durchschnitt; besondere Leistungsangebote und Behandlungsschwerpunkte (Methadonprogramm, psychische Erkrankung, Rehabilitation, Physiotherapie).

Nicht als Praxisbesonderheiten wurden anerkannt: Besondere apparative Ausstattung; bessere Ausbildung; sorgfältige Behandlung; Immigrantenanteil über dem Durchschnitt; Versorgung von zwei Pflegeheimen als Heimarzt; besondere Leistungsangebote und Behandlungsschwerpunkte (Allgemeinpraktiker mit internistischer Praxis, komplementärmedizinische Ausrichtung, Spezialisierung auf Diabetologie in einer Allgemeinpraxis).

Bei der Berücksichtigung der Praxisbesonderheiten ist nach der Rechtsprechung regelmässig der Einzelfall von Bedeutung. Es kommt hinzu, dass entsprechende Praxisbesonderheiten im Rahmen der Überprüfung der Wirtschaftlichkeit jeweils geltend zu machen sind und dass die jeweilige Besonderheit begründet und nachgewiesen werden muss⁴⁷. Wenn eine (fallwirksame) Praxisbesonderheit anerkannt ist, wird dieser Ausgangslage durch einen Zuschlag zu dem den Toleranzbereich begrenzenden Indexwert Rechnung getragen. Denkbar ist nach der Rechtsprechung auch, dass die Fälle mit Praxisbesonderheit nach der Fallwertberechnung ausgeklammert werden⁴⁸.

Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung diejenigen Behandlungen auszuscheiden sind, welche im Einzelfall durch die Krankenversicherung vorgängig bereits genehmigt wurden. Denn diesbezüglich fällt die Anwendung des Durchschnittskostenvergleichs ausser Betracht⁴⁹. In der Praxis haben insbesondere Leistungen

⁴⁶ Die nachfolgende Zusammenstellung ist entnommen aus: EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 391 f.

⁴⁷ Vgl. dazu Urteil 9C_457/2009, E. 8.3.

⁴⁸ Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts K 148/04, E. 3.3.2.

⁴⁹ Vgl. RKUV 1999 320, E. 5.d und 5.e.

der Psychotherapie eine Bedeutung, weil hier die besonders kostenintensiven längeren Psychotherapien vertrauensärztlich zu prüfen sind⁵⁰.

4 Bedeutung und Auswirkung des Untersuchungsprinzips und des Anspruchs auf rechtliches Gehör

4.1 Untersuchungsprinzip

Die Untersuchungspflicht überträgt dem Versicherungsträger die Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts, wobei dieser von Amtes wegen zu handeln hat⁵¹. Regelmässig geht es um die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes⁵², wobei zudem das Gebot der rechtsgleichen Behandlung zu berücksichtigen ist. Es besteht keine Bindung an allfällige Anträge der Parteien, sondern der Versicherungsträger hat aus eigener Initiative vorzugehen. Das Untersuchungsprinzip bezieht sich auf die notwendigen Abklärungen, was eine entsprechende Grenzziehung erforderlich macht. Der Versicherungsträger hat nämlich zu bestimmen, in welchem Umfang Abklärungen vorzunehmen sind. Ebenfalls hat er zu klären, in welcher Tiefe innerhalb des so abgegrenzten Bereiches die Abklärungen voranzutreiben sind. Dabei müssen die Abklärungen so geführt werden, dass die betroffene Person ihnen zu folgen vermag.

4.2 Rechtliches Gehör

Der Anspruch auf rechtliches Gehör zählt zu den zentralen Verfahrensgarantien und ist verfassungsrechtlich gewährleistet⁵³. Der Anspruch auf rechtliches Gehör trägt zum einen dazu bei, die Zielsetzung der materiellen Richtigkeit der Entscheidungen sicherzustellen; zum anderen stärkt er das Vertrauen der Parteien in die Versicherungsdurchführung. Die entsprechende Verfahrensgarantie hat einen zusätzlichen und besonderen Stellenwert, wo es um einen Entscheid geht, welcher gestützt auf einen unbestimmt gehaltenen Rechtssatz getroffen wird⁵⁴. Der Gehörsanspruch ist formeller Natur, weshalb bei der Verletzung des Anspruchs prinzipiell eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung erfolgt⁵⁵. Freilich lässt die Rechtsprechung die Heilung einer nicht besonders schwer wiegenden Gehörsverletzung unter bestimmten Umständen zu⁵⁶.

Art. 42 ATSG legt einen nicht eingeschränkten Anspruch auf rechtliches Gehör fest. So gilt etwa der Gehörsanspruch auch dann, wenn ein Rechtsgutachten eingeholt wurde⁵⁷.

Einen zentralen Teil des Gehörsanspruchs bildet die Akteneinsicht nach Art. 47 ATSG⁵⁸. In Art. 47 Abs. 1 ATSG ist für vier getrennte Tatbestände die Akteneinsicht geregelt. Im Vordergrund steht die Akteneinsicht der betroffenen Person selbst (d.h. des Arztes, der wegen Unwirtschaftlichkeit ins Recht gefasst werden soll), welche sich auf alle sie betreffenden Daten bezieht⁵⁹.

⁵⁰ Vgl. dazu Art. 2 ff. KLV.

⁵¹ Vgl. dazu generell SVR 2009 IV Nr. 4, I 110/07, E. 4.2.2.

⁵² Vgl. für einen illustrativen Anwendungsfall SVR 2009 IV Nr. 4, I 110/07.

⁵³ Vgl. Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 126 V 131.

⁵⁴ Vgl. BGE 127 V 435.

⁵⁵ Vgl. BGE 126 V 132.

⁵⁶ Vgl. BGE 126 V 132.

⁵⁷ Vgl. BGE 128 V 272.

⁵⁸ Anwendungsfall: BGE 132 V 387.

⁵⁹ Zu berücksichtigen ist, dass es sich in Art. 47 ATSG um die verfahrensrechtliche Akteneinsicht und nicht um die datenschutzrechtliche Akteneinsicht handelt.

Eine Entscheidung, welche sich auf sogenannte geheime Akten stützt, ist ausgeschlossen; es ist der Partei in jedem Fall vom wesentlichen Inhalt eines Aktenstücks Kenntnis zu geben⁶⁰.

Das Verfahren der Akteneinsicht wird in Art. 8 f. ATSV geregelt; von besonderer Bedeutung ist die Möglichkeit, dass die Behörde die Akten in Kopie zustellt; die Akteneinsicht ist grundsätzlich kostenlos.

5 Hinweise zum Beweisrecht

5.1 Zulässige Beweismittel

Welche Beweismittel im Sozialversicherungsverfahren zulässig sind, regelt Art. 43 ATSG nicht abschliessend⁶¹. Ergänzend ist deshalb auf den in Art. 12 VwVG enthaltenen Katalog von Beweismitteln bzw. auf einzelgesetzliche Regelungen zurückzugreifen.

Als Urkunden gelten etwa Arztrechnungen. Urkunden haben im Abklärungsverfahren eine zentrale Bedeutung, und sehr oft wird ausschliesslich gestützt auf Urkunden entschieden.

Den Zeugenaussagen kommt im Verwaltungsverfahren ein nur geringer Stellenwert zu, weil dieses Verfahren weitgehend schriftlich ausgestaltet ist und zudem die in Art. 14 VwVG geregelte Zuständigkeitsordnung die Durchführung von Zeugenbefragungen einschränkt.

Auskünfte, die mündlich oder schriftlich erteilt werden können, haben im Sozialversicherungsverfahren eine besondere Bedeutung, was damit zusammenhängt, dass vielfach Einzelfragen abzuklären sind, ohne dass dazu eine umfassende Untersuchung erforderlich ist. Die Auskunft wird in Art. 43 Abs. 1 ATSG geregelt. Danach müssen die erforderlichen Auskünfte eingeholt werden; mündlich erteilte Auskünfte sind schriftlich festzuhalten⁶².

Gutachten – bzw. Obergutachten⁶³ – haben im Sozialversicherungsverfahren insbesondere bei der hinreichenden Abklärung von medizinischen Sachverhalten eine Bedeutung. Dieses Beweismittel hat insoweit nur subsidiäre Bedeutung⁶⁴.

5.2 Mitwirkungspflichten

Im Sozialversicherungsverfahren kommt – insbesondere bei Leistungsansprüchen – der Mitwirkungspflicht der Parteien eine erhebliche Bedeutung zu. Oft ist nämlich die versicherte Person die einzige Person, welche den massgebenden Sachverhalt hinreichend kennt. Dies hat Auswirkungen auch bei den Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren, weil hier der Arzt und die Ärztin allfällige Praxisbesonderheiten besonders gut kennen bzw. überhaupt nur sie darüber Auskunft geben können.

5.3 Beweisgrad

⁶⁰ Vgl. dazu Art. 48 ATSG; die praktische Bedeutung dieser besonderen Akteneinsicht beschränkt sich auf eng abgegrenzte Bereiche (beispielsweise in bestimmten Fällen der Militärversicherung oder bei Fabrikationsgeheimnissen).

⁶¹ Vgl. BBl 1991 II 261.

⁶² Auszugehen ist dabei davon, dass Auskünfte nur Nebenpunkte betreffen dürfen; dazu BGE 117 V 285, 119 V 214.

⁶³ Dazu SVR 2009 UV Nr. 4, 8C_89/2007.

⁶⁴ Dies wird daran erkennbar, dass in Art. 44 ATSG der Terminus des "müssens" verwendet wird.

Der im Sozialversicherungsrecht prinzipiell massgebende Beweisgrad ist derjenige der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit*⁶⁵. Dieser Beweisgrad ist höher als derjenige der blossen Möglichkeit bzw. Hypothese, erreicht aber auch nicht denjenigen der strikten Annahme der zu beweisenden Tatsache. Überwiegend wahrscheinlich ist ein bestimmter Sachverhalt, wenn der entsprechenden Überzeugung keine konkreten Einwände entgegenstehen. Soweit zwischen zwei oder mehreren Möglichkeiten zu entscheiden ist, gilt derjenige Sachverhalt als überwiegend wahrscheinlich, der sich am ehesten zugetragen hat⁶⁶.

5.4 Grundsatz der freien Beweiswürdigung/Beweislast

Im Sozialversicherungsverfahren gilt – wie im öffentlichen Recht allgemein – der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Für den Beweiswert ist deshalb die Herkunft eines Beweismittels oder dessen Kennzeichnung grundsätzlich nicht massgebend⁶⁷. Im Sozialversicherungsrecht fehlt es deshalb an förmlichen Beweisregeln, weshalb alle Beweise umfassend und pflichtgemäss zu würdigen sind.

Eine eigentliche Beweislast besteht im Sozialversicherungsrecht - anders als im Zivilrecht - nicht. Wenn eine bestimmte Tatsache beweislos bleibt, hat diejenige Partei die Folgen davon zu tragen, welche bestimmte Rechte daraus ableiten wollte. In diesem Sinne existiert im Sozialversicherungsrecht die Verknüpfung zwischen Haupt- und Gegenbeweis nicht; vielmehr müssen alle massgebenden Sachverhaltselemente von Amtes wegen ermittelt werden, und es ist sodann eine freie Beweiswürdigung vorzunehmen.

6 Prinzipielle Einordnung des Wirtschaftlichkeitsverfahrens nach Art. 56 KVG

6.1 Wirtschaftlichkeitskontrolle bei der Einzelleistung versus Wirtschaftlichkeitskontrolle beim Leistungserbringer

Art. 56 trägt den Randtitel „Wirtschaftlichkeit der Leistungen“. Derselbe Begriff findet sich auch in Art. 32 Abs. 1 KVG. Es ist mithin eingangs in grundsätzlicher Hinsicht zu klären, wie nach den gesetzgeberischen Zielen die Wirtschaftlichkeit im Bereich der Krankenversicherung durchzusetzen ist. Dabei geht es um die Klärung der zentralen Frage, ob die Wirtschaftlichkeitsprüfung sich schwergewichtig auf den Leistungserbringer bezieht oder ob Ansatzpunkt für die Wirtschaftlichkeitsprüfung die jeweilige Einzelleistung ist.

Art. 32 KVG bezieht sich nach seinem Randtitel auf die „Voraussetzungen“ der Kostenübernahme. Art. 32 KVG bringt dabei einen allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck, der keiner prinzipiellen Einschränkung unterliegt. In systematischer Hinsicht kommt deshalb bezogen auf das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot Art. 32 KVG der Vorrang gegenüber Art. 56 KVG zu; denn die letztgenannte Bestimmung bezieht sich auf die „Kontrolle der Wirtschaftlichkeit“⁶⁸; diese Kontrolle ist dem allgemeinen Prinzip der Kostenübernahme nach Art. 32 KVG regelmässig nachgelagert. Aus dieser Betrachtung heraus lässt sich erkennen, dass das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot in Art. 32 KVG verankert ist. Daraus wiederum lässt sich ab-

⁶⁵ Vgl. grundlegend zur Bedeutung dieses Beweisgrades MÜLLER, *Verwaltungsverfahren*, 1545 ff.

⁶⁶ Vgl. BGE 111 V 374. Vgl. zur Diskussion zum Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit SVR 2010 EL Nr. 2, 9C_348/2009, E. 2.3.3.

⁶⁷ Vgl. BGE 125 V 352.

⁶⁸ Vgl. so den Randtitel des 6. Abschnittes vor Art. 56 KVG.

leiten, dass Hauptansatzpunkt der Wirtschaftlichkeit die jeweilige Leistung (und nicht primär der Leistungserbringer) ist.

Wenn Art. 56 KVG beleuchtet wird auf die Frage hin, welches die effektive Tragweite des hier festgelegten Kontrollmechanismus ist, kann also nicht von vorneherein davon ausgegangen werden, dass es sich um die einzig zulässige Möglichkeit der Wirtschaftlichkeitskontrolle handelt. Vielmehr ist – dem vorerwähnten allgemeinen Prinzip folgend – von zentraler Bedeutung, dass nach den gesetzgeberischen Absichten die Wirtschaftlichkeit insbesondere bezogen auf die jeweilige Einzelleistung zu gewährleisten ist.

Was das Verhältnis der Wirtschaftlichkeitskontrolle bei der jeweiligen Einzelleistung zur Wirtschaftlichkeitskontrolle beim Leistungserbringer betrifft, zeigt die Entwicklung in den letzten Jahren, dass die Wirtschaftlichkeitskontrolle beim Leistungserbringer eine abnehmende Bedeutung hat. Verschiedene Elemente haben dabei Bedeutung erhalten:

- Es fällt zunächst ins Gewicht, dass die Rechtsetzung dahin tendiert, zunehmend Leistungen einer besonderen vertrauensärztlichen Prüfung und einer darauf basierenden vorgängigen Kostengutsprache zu unterstellen.
- In einem weiteren Punkt wird zunehmend wichtiger, dass mit den heutigen Leistungserfassungssystemen die Krankenversicherer besser in die Lage versetzt werden, die Leistungsprüfung bei den Einzelleistungen vorzunehmen; so ist es im heutigen Zeitpunkt etwa deutlich einfacher geworden, zu überprüfen, welche Tarifpositionen in welchem Umfang verrechnet werden, oder es können besonders „kritische“ Tarifpositionen einer besonderen Kennzeichnung zugeführt werden, damit eine umgehende Kontrolle der Einzelleistung ermöglicht wird.
- Ferner muss berücksichtigt werden, dass die Patientenfluktuation zunimmt⁶⁹; es ist im heutigen Zeitpunkt häufiger anzutreffen, dass Patientinnen und Patienten verschiedene Ärzte aufsuchen, was wiederum aufzeigt, dass die auf den Leistungserbringer bezogene Wirtschaftlichkeitskontrolle ihr Hauptgewicht zunehmend verliert⁷⁰.
- Sodann ist zu berücksichtigen, dass im Krankenversicherungsrecht mittlerweile eine längere Liste von zugelassenen Leistungserbringern besteht⁷¹. Wenn Art. 56 KVG insgesamt umgesetzt werden soll, drängt sich auf, ein Kontrollsystem zu entwickeln, dass die Kontrolle aller Leistungserbringer erlaubt. So verhält es sich in der Praxis indessen nicht, weil sich die Wirtschaftlichkeitsverfahren nach Art. 56 KVG prinzipiell auf die ambulant täti-

⁶⁹ Es geht um das regelmässig besprochene Thema des „doctor shopping“.

⁷⁰ Wenn ein Patient nämlich für eine und dieselbe Krankheit verschiedene Ärzte und Ärztinnen konsultiert, kann ein solches (insgesamt allenfalls unwirtschaftliches) Verhalten nicht über die Wirtschaftlichkeitskontrolle nach Art. 56 KVG korrigiert werden.

⁷¹ Vgl. Art. 35 Abs. 2 KVG.

gen Ärztinnen und Ärzte allein ausrichten. Dies hat insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit erhebliche Bedeutung.

- Letztlich ist von zentraler Bedeutung, dass im Bereich der Ärzteschaft – wie auch in anderen Bereichen der Gesundheitsversorgung – eine zunehmend Spezialisierung und Schwerpunktbildung abzeichnet bzw. bereits zugetragen hat. Dies bringt mit sich, dass die Vergleichbarkeit des wirtschaftlichen Verhaltens einzelner Leistungserbringer zunehmend erschwert wird.

Diese Überlegungen zeigen, dass der Wirtschaftlichkeitskontrolle nach Art. 56 KVG jedenfalls bezogen auf Ärztinnen und Ärzte prinzipiell ein abnehmendes Gewicht zukommt.

6.2 Massgeblichkeit des Durchschnittskostenvergleichs - Prinzipielle Überlegungen

Wie vorstehend aufgezeigt, hat die Rechtsprechung bestimmt, dass die Frage der Wirtschaftlichkeitsprüfung insbesondere gestützt auf den Durchschnittskostenvergleich beantwortet wird⁷². Es ist nachfolgend in grundsätzlicher Hinsicht zu klären, ob diese Ausrichtung auf den Durchschnittskostenvergleich zutrifft oder ob sie allenfalls bestimmten Einschränkungen untersteht.

6.2.1 Validierte Datengrundlage

Der Durchschnittskostenvergleich basiert mit Selbstverständlichkeit darauf, dass die ihm zugrunde gelegten Daten *verlässlich, d.h. validiert* sind. Wenn es nicht möglich ist bzw. nur eingeschränkt möglich ist, die entsprechenden validierten Daten zu erhalten, ist auch das Gewicht des Durchschnittskostenvergleichs eingeschränkt. Darauf wird nachfolgend zurückzukommen sein, wenn die einzelnen Elemente des Durchschnittskostenvergleichs einer vertieften Prüfung unterzogen werden⁷³. Bereits an dieser Stelle ist indessen in grundsätzlicher Weise darauf zu verweisen, dass statistische Untersuchungen ergeben, dass bezogen auf die Rechnungstellerstatistik bezogen auf verschiedene Elemente weiterer Abklärungsbedarf besteht; erwähnt wird,

- dass bei bestimmten Prüfrechnungen (definiert durch Kanton und Fachspezialisierung) unstimmmige Resultate sich ergeben und

⁷² Dazu Ziff. 3.3.

⁷³ Dazu eingehender Ziff. 6.3.

- dass die Variablen Kanton und Fachspezialisierung für den Rechnungstellerstatistik-Index der gesamten Kosten prädiktiv sind, obwohl ihr Einfluss eigentlich durch die Referenzkollektivbildung neutralisiert werden sollte⁷⁴.

6.2.2 Pflichtleistungsvermutung

Im Krankenversicherungsrecht besteht die *Pflichtleistungsvermutung*. Das entsprechende Konzept beruht auf der im einzelnen Behandlungsfall widerlegbaren Vermutung, dass Ärzte und Chiropraktoren wirksame und zweckmässige Behandlungsmethoden anwenden⁷⁵. Diese Pflichtleistungsvermutung bringt die prinzipielle Annahme mit sich, dass diejenigen Leistungen, welche von Ärzten und Ärztinnen erbracht werden, grundsätzlich durch die Krankenversicherung zu vergüten sind. Die Vermutung kann selbstverständlich widerlegt werden, doch fällt die Beweislosigkeit (d.h. der nicht geglückte Nachweis, dass keine Pflichtleistung erbracht wurde) zum Nachteil der Krankenversicherung aus. Denn in einer entsprechenden Konstellation ist es ihr sodann nicht gelungen, die vom Gesetz angestellte Vermutung einer Pflichtleistung zu widerlegen. Dies hat offensichtlich Bedeutung für den Durchschnittskostenvergleich. Denn auch diesbezüglich ist vom allgemeinen geltenden Grundsatz der Pflichtleistungsvermutung auszugehen⁷⁶.

6.2.3 Wirtschaftsfreiheit

Ob im Bereich der Krankenversicherung eine verfassungsrechtliche gewährleistete *Wirtschaftsfreiheit* besteht und angerufen werden kann, ist in der Lehre nicht eindeutig geklärt. Immerhin steht aber fest, dass sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten müssen und dass sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft sorgen⁷⁷. Entsprechend verhält es sich denn auch so, dass die Rechtsprechung jeweils bezogen auf konkrete Konstellationen prüft, ob es sich um eine zulässige bzw. um eine unzulässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit handelt⁷⁸.

Gegenstand der Wirtschaftsfreiheit bildet die Gestaltungsfreiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit. Es besteht mithin ein prinzipieller Freiraum für den Arzt und die Ärztin, die Praxistätig-

⁷⁴ Vgl. im einzelnen Gutachten SCHWENKGLLENKS, 53 ff., 57 ff.

⁷⁵ So EUGSTER, Krankenversicherung, N 575.

⁷⁶ Vgl. zu den entsprechenden beweisrechtlichen Überlegungen Ziff. 8.

⁷⁷ Vgl. Art. 94 BV.

⁷⁸ Vgl. etwa RKUV 1999 169; vgl. auch EUGSTER, Krankenversicherung, N 309, welcher darauf hinweist, dass die Tätigkeit des Arztes grundsätzlich der Wirtschaftsfreiheit untersteht.

keit auszugestalten. Insoweit ist nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig, eine Rückforderung bezogen auf eine bereits vergütete Leistung festzulegen. Es muss zudem berücksichtigt werden, dass entsprechende Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit eine klare gesetzliche Grundlage voraussetzen⁷⁹.

6.3.4 Wahlfreiheit der versicherten Person

In einem letzten Punkt ist zu berücksichtigen, dass die versicherte Person grundsätzlich die Möglichkeit hat, den *Leistungserbringer zu wählen bzw. zu wechseln*. Insoweit ist es prinzipiell der versicherten Person überlassen, bei welchen Leistungserbringern sie welche Leistung erbracht haben will. Dieses im Gesetz angelegte⁸⁰ Prinzip belegt, dass bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit nicht zwingend zentral beim Leistungserbringer anzusetzen ist, sondern dass vielmehr auf sonstigen Wegen insbesondere bezogen auf die Einzelleistungen bzw. bezogen auf die versicherten Personen die Wirtschaftlichkeit zu gewährleisten ist⁸¹.

6.3 Auseinandersetzung mit einzelnen Punkten des Durchschnittskostenvergleichs

6.3.1 Qualität der erhobenen Daten – Prinzipielle Überlegungen

Der Durchschnittskostenvergleich ist dann ein verlässliches Instrument für die Klärung der Frage nach der Wirtschaftlichkeit, wenn die dafür erhobenen Daten verlässlich und vollständig sind. In der juristischen Lehre werden diesbezüglich aus verschiedener Sicht Einwände erhoben. Ferner werden erhebliche Einschränkungen aus statistischer Sicht gemacht⁸².

Zunächst wird in der Literatur vorgebracht, dass die Gleichbehandlung von Leistungserbringern, die nach dem System des tiers garant abrechnen, mit solchen, die nach dem System des tiers payant abrechnen, unzulässig ist. Denn beim System des tiers payant werden auch Bagatellfälle und sparsam behandelte Krankheitsfälle erfasst, was beim anderen System nicht der Fall ist⁸³.

⁷⁹ Dazu eingehender Ziff. 7.

⁸⁰ Vgl. dazu Art. 41 Abs. 1 KVG.

⁸¹ Dass Unterschiede im Abdeckungsgrad fachärztlicher Leistungen durch verschiedene Grundversorger nicht in die Wirtschaftlichkeitsberechnungen einbezogen werden, rügt - aus statistischer Sicht - das Gutachten SCHWENKLENKS, 5.

⁸² Dazu insbesondere die Gutachten WASEM und SCHWENKLENKS, auf welche nachfolgend jeweils näher einzugehen ist.

⁸³ Vgl. EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 111.

Zudem muss bedacht werden, dass üblicherweise Langzeitpatienten in der Regel eine tiefere Franchise haben und dass höhere Franchisen verstärkt bei jüngeren Versicherten anzutreffen sind. Insoweit korreliert ein überdurchschnittliches Patientenalter oder ein höherer Anteil an älteren Patienten regelmässig mit tieferen Franchisen und damit höheren Fallkosten⁸⁴.

Sodann muss – bezogen auf die Franchise – berücksichtigt werden, dass bei einer Erfassung auch der wegen der Franchise nicht zur Abrechnung eingereichten Behandlungsfälle der Fallwert und der Gruppenfallwert je deutlich sinken würden. Wenn dieses Element nicht berücksichtigt wird, erfolgt eine allenfalls unzutreffende Bemessung des als unwirtschaftlich betrachteten Mehraufwands⁸⁵. Bei diesem Argument ist zu beachten, dass der Selbstzahler-Anteil in den Arztpraxen vergleichsweise hoch ist⁸⁶.

Einwände werden sodann bezogen auf die Massgeblichkeit des Gesamtkostenindex erhoben. Hier wird ausgeführt, dass die Vergleichbarkeit von Praxen besser wird, wenn die Wirtschaftlichkeit anhand spezieller Leistungsarten ermittelt wird, weil dadurch verschiedene Leistungen unter dem Gesichtspunkt ihrer Gleichartigkeit katalogisiert werden können⁸⁷. Beim Gesamtkostenindex ist ferner zwingend, dass die kompensatorischen Zusammenhänge insgesamt erfasst und quantifiziert werden⁸⁸.

Sodann muss bei der Erhebung der Daten berücksichtigt werden, dass in der Statistik von santésuisse zwischen den Behandlungsfällen der direkten Kosten und den Behandlungsfällen der veranlassten Kosten keine Verknüpfung besteht. Insoweit ist nicht sichergestellt, dass innerhalb der betreffenden Abrechnungsperiode die Behandlungsfälle mit veranlassten Kosten korrelieren mit den Behandlungsfällen mit direkten Kosten⁸⁹.

Einwände werden in der Lehre sodann erhoben gegen die in der Rechtsprechung angenommene Ausgangslage, dass der statistisch ermittelte Gruppenfallwert überhaupt eine Wirtschaftlichkeitsaussage erlaubt. Die entsprechenden Einwände beinhalten die Überlegung, dass im Gruppenfallwert auch eine minimalistische Medizin, welche die Patienten nicht ausreichend behandelt, erfasst wird. Sodann wird eingewendet, dass der Gruppenfallwert nicht die Binnenverteilung der Fallwerte pro Praxis der Vergleichsgruppe einbezieht⁹⁰. Ferner muss berücksich-

⁸⁴ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 111.

⁸⁵ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 111.

⁸⁶ Vgl. dazu Gutachten SCHWENKGLLENKS, 4 oben (Selbstzahler-Anteil von 18%). In diesem Gutachten wird statistisch nachgewiesen, dass bei Ärzten mit einem höheren Selbstzahleranteil statistisch zumeist signifikante Korrelationen im Sinne niedrigerer Indexwerte auftreten; vgl. dazu Gutachten, 4 oben, 50.

⁸⁷ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 112.

⁸⁸ Dazu eingehender Ziff. 6.3.6.

⁸⁹ Ausführlich dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 112 f.

⁹⁰ Dazu ausführlich EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 113 ff.

sichtigt werden, dass regelmässig bei den erhobenen Daten auch solche Daten mitberücksichtigt werden, die im Zusammenhang stehen mit vertrauensärztlich überprüften und in der Folge von der Krankenversicherung bewilligten Behandlungen; dies hat in statistischer Hinsicht deshalb eine erhebliche Bedeutung, weil zunehmend eine vertrauensärztliche Überprüfung vorgesehen ist, bevor eine Leistung überhaupt erbracht werden kann.

In einem letzten Punkt muss berücksichtigt werden, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung und der nach der Rechtsprechung massgebende Gesamtkostenindex naturgemäss voraussetzen, dass sämtliche massgebenden Leistungen erfasst werden. Das ist bei den direkten Kosten zwar prinzipiell sichergestellt, nicht hingegen bei den veranlassten Kosten und noch viel weniger bei den eingesparten Kosten. Es müsste ein System geschaffen werden, welches erlauben würde, eine zutreffende gesamthafte Darstellung der direkten, der veranlassten sowie der kompensatorisch eingesparten Kosten zu spiegeln. Nur ein solches System würde erlauben, gestützt auf den Durchschnittskostenvergleich eine haltbare Aussage zu machen.

6.3.2 Bildung der Vergleichsgruppen

Der Durchschnittskostenvergleich basiert zentral auf einer *zutreffenden Bestimmung der Vergleichsgruppe*. Ein entsprechender Vergleich ist methodisch nur zulässig, wenn die wesentlichen Praxismerkmale der Vergleichsgruppe unter einander und mit der Praxis des geprüften Arztes übereinstimmen⁹¹. Insoweit ist von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Vergleichsgruppe korrekt zusammengestellt wird.

In der Praxis wird auf den *Facharztstitel im FMH-Ärzteindex* abgestellt. Diese Regelung bildet einen zutreffenden Ausgangspunkt; denn es ist offensichtlich, dass damit prinzipiell eine vergleichbare ärztliche Ausrichtung gewährleistet wird.

Indessen müssen bei genauerer Prüfung Vorbehalte bezüglich dieses Vorgehens gemacht werden. Zunächst fällt ins Gewicht, dass der verzeichnete FMH-Titel noch keineswegs sicherstellt, dass sich der betreffende Arzt tatsächlich und insgesamt auf die mit dem Titel bezeichnete Tätigkeit ausrichtet. Die Praxis zeigt etwa, dass beispielsweise ein mit einem Spezialarztstitel verzeichneter Arzt zuweilen in einem erheblichen Ausmass auch allgemeine innere Medizin praktiziert⁹². In einem weiteren Punkt ist zu berücksichtigen, dass ein bestimmter FMH-

⁹¹ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 104.

⁹² So die Feststellung bei EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 104 unten.

Facharzttitel noch nicht gewährleistet, dass auch das Patientengut analog ausgestaltet ist⁹³. Sodann zeigt die Erfahrung, dass bei bestimmten spezialärztlichen Ausrichtungen innerhalb der Gruppe mit demselben FMH-Titel erhebliche Unterschiede bestehen. Es bezieht sich dieser Einwand etwa auf die Onkologie, wo bei einem erheblichen Teil der Onkologen die besonders hohen Medikamentenkosten nicht über die eigene Arztpraxis, sondern über ein Spital fakturiert werden⁹⁴.

Massgebend ist ferner, dass die Vergleichsgruppe aus dem *geografisch gleichen Tätigkeitsbereich* stammt. Es kann sich also nicht so verhalten, dass ein gesamtschweizerischer Vergleich gezogen wird, weil hier die (offenbar) bestehenden erheblichen geografischen Unterschiede zu Unrecht ausgeglichen werden⁹⁵.

Sodann ist von hoher Bedeutung, dass die *Vergleichsgruppe so gross* ist, dass ein statistisch gültiger Schluss überhaupt möglich ist. In der Literatur wird hier ausgeführt, dass mindestens zehn Praxen herangezogen werden müssen, um eine zutreffende Vergleichsbasis zu finden⁹⁶.

Genügend gross muss offensichtlich auch die eigene Patientenkohorte sein. Wie im Gutachten WASEM aufgezeigt wird, führen bei Ärzten mit kleineren Patientenkohorten besondere Behandlungen schneller zu einer positiven Kostenauffälligkeitsprüfung als bei solchen mit grösseren Kohorten, in denen einzelne Hochkostenfälle abgepuffert werden⁹⁷.

Wenn bei der Zusammenstellung der Gruppen diese Aspekte berücksichtigt werden, bildet der Gruppenfallwert einen verlässlichen Ausgangspunkt dafür, den Durchschnittskostenvergleich vorzunehmen. Dabei fällt ins Gewicht, dass bei der Nennung der Gruppenfallwerte nachvollziehbar aufgezeigt werden muss, nach welchen Kriterien die Gruppe zusammengesetzt wurde. Es muss auch darauf aufmerksam gemacht werden, welche die dabei zwar ins Gewicht fallenden Aspekte sind, die jedoch - beispielsweise mangelnder entsprechender Daten - nicht berücksichtigt werden konnten.

⁹³ Dies stellt eine in verschiedener Hinsicht bedeutsame Ausgangslage dar. Vgl. zu den Versuchen, bestimmte Faktoren mit dem ANOVA-Index zu korrigieren Ziff. 6.3.3; hier wird aber auch darauf hinzuweisen sein, dass wegen der Nichtberücksichtigung der Morbidität der ANOVA-Index keine hinreichende Korrekturmöglichkeit darstellt.

⁹⁴ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 105, mit Hinweis auf NADIG, Rationierung, 855.

⁹⁵ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 106 f.

⁹⁶ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 107.

⁹⁷ Vgl. Gutachten WASEM, 34.

Es ist offensichtlich, dass die heutige Statistik noch nicht alle massgebenden Aspekte und Besonderheiten aufzufangen vermag⁹⁸. Insoweit ist im heutigen Zeitpunkt offen, ob das Heranziehen von Gruppenfallwerten durch *santésuisse* eine genügende Basis dafür bildet, einen in statistischer Hinsicht zutreffenden Durchschnittskostenvergleich vorzunehmen. Diese Offenheit der Grundlage muss beweisrechtliche Folgen haben⁹⁹.

6.3.3 Korrekturfaktoren/ANOVA-Statistik

In der Praxis wird der Durchschnittskostenvergleich jeweils als Ausgangspunkt genommen; in der Folge werden noch allfällige Praxisbesonderheiten berücksichtigt. Damit wird zugleich zum Ausdruck gebracht, dass der blosse Gruppenfallwert noch nicht ausreichend dafür ist, eine verlässliche Aussage zur Wirtschaftlichkeit des ärztlichen Handelns zu machen.

Im Zusammenhang mit den entsprechenden Korrekturfaktoren geht es zum einen darum, diese gegebenenfalls bereits in die Statistik einzubauen; zum anderen ist es von Bedeutung, dass ein gewonnener Gruppenfallwert im konkreten Vergleich unter Bezugnahme auf Besonderheiten allenfalls noch korrigiert wird.

Hier ist auf die im heutigen Zeitpunkt ebenfalls vorhandene ANOVA-Statistik einzugehen. Denn diese hebt sich von der Rechnungstellerstatistik insoweit ab, als bei der ANOVA-Methode zusätzliche Faktoren bereits im Rahmen der statistischen Erhebung berücksichtigt werden. Die ANOVA-Methode basiert grundsätzlich auf der gleichen Datenbasis wie die Rechnungstellerstatistik. Zusätzlich wird indessen eine weitere Standardisierung vorgenommen, indem der Einfluss des Alters und des Geschlechts mitberücksichtigt wird. Es wird also gewissermassen so gerechnet, wie wenn bei allen Leistungserbringern einer bestimmten Facharztgruppe dieselbe Alters- und Geschlechtsverteilung der Patienten vorliegt¹⁰⁰.

In der Lehre wird die ANOVA-Methode kritisiert. Es wird entgegengehalten, dass nicht nachvollzogen werden könne, dass in statistisch korrekter Weise die Einflussfaktoren Alter und Geschlecht berücksichtigt werden. Sodann wird vorgebracht, dass das Ergebnis der entsprechenden komplexen rechnerischen Operation nur ein fiktiver gesamtschweizerischer Einheitsindex ist, der die Bezugnahme auf die konkreten Tatsachen nicht möglich macht. Schliesslich

⁹⁸ Vgl. dazu auch EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 105, mit Hinweis auf Verbesserungen durch *santésuisse*.

⁹⁹ Dazu eingehender Ziff. 8.

¹⁰⁰ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 123 f.

wird eingewendet, dass mit dem ANOVA-Index die regionalen Kostenunterschiede eliminiert werden¹⁰¹.

Ernsthafte Einwände gegen die ANOVA-Methode werden insbesondere aus statistischer Sicht erhoben. Im Gutachten WASEM wird fundiert aufgezeigt, dass eine Risikoadjustierung bei ambulanten Ärzten lediglich auf Basis von Alter und Geschlecht bewirkt, dass der behandelnde Arzt in einem nicht vertretbaren Umfang das Morbiditätsrisiko trägt¹⁰². Das Gutachten SCHWENKLENKS zeigt, dass die Art der Medikamentenabgabe sowie der Selbstzahleranteil für den ANOVA-Index signifikant prädikativ sind, aber nicht berücksichtigt werden¹⁰³.

Andere Korrekturfaktoren werden jeweils im Einzelfall berücksichtigt und zwar als sogenannte Praxisbesonderheiten. Dies stellt grundsätzlich das zutreffende Vorgehen dar, weil offenbar der Gruppenfallwert noch nicht hinreichend verlässlich ist, um den Vergleich mit der konkreten Vergleichsgruppe zu ermöglichen. Denn es ist eben denkbar, dass in der konkreten Praxis Besonderheiten bestehen, welche sodann erfordern, dass die Wirtschaftlichkeit nicht mit einem reinen Vergleich der beiden Zahlen bestimmt wird. Nicht hierin liegt also die Problematik, sondern darin, dass nach der Rechtsprechung das Geltendmachen von Praxisbesonderheiten dem überprüften Arzt zugeordnet wird und dabei gewissermassen von einem „Gegenbeweis“ ausgegangen wird¹⁰⁴.

6.3.4 Einbezogene direkte Kosten

Nachfolgend ist zusammenzustellen, welche direkten Kosten bei der Rechnungstellerstatistik sowie der darauf basierenden ANOVA-Statistik einbezogen werden. Es erfolgt dabei eine Einschränkung auf die ärztliche Tätigkeit, weil – soweit ersichtlich – der Durchschnittskostenbereich nur bezogen auf die ambulante ärztliche Tätigkeit vorgenommen wird.

Die Rechnungstellerstatistik weist bei den direkten Kosten die vom Arzt selber erbrachten Leistungen sowie die Medikamente vom Arzt aus. Dabei erfolgt naturgemäss eine Beschränkung auf diejenigen Leistungen, welche der Krankenversicherung bekannt sind. Dies schliesst in sich, dass ausschliesslich diejenigen Leistungen des Arztes umfasst werden, bei denen der Patient die Rechnung der Krankenversicherung einreicht bzw. der Arzt die Rechnung der Krankenversicherung direkt stellt. Bei Rechnungen, welche dem Krankenversicherer einge-

¹⁰¹ Ausführlich dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 124 ff.

¹⁰² Vgl. dazu Gutachten WASEM, insbesondere 26 ff.; Gutachten SCHWENKLENKS, 5.

¹⁰³ Vgl. Gutachten SCHWENKLENKS, 4, 50 ff.

¹⁰⁴ Dazu eingehender Ziff. 8.2.

reicht werden, ohne dass - wegen einer zu hohen Franchise - eine Leistungspflicht der Krankenversicherung entsteht, erfolgt im Rahmen der Rechnungsstellerstatistik allenfalls keine statistische Erfassung¹⁰⁵.

6.3.5 Einbezogene indirekte Kosten

Unter indirekten Kosten werden bei der Rechnungsstellerstatistik die vom jeweiligen Arzt bei anderen Leistungserbringern veranlassten Leistungen verstanden. Dabei werden in der Rechnungsstellerstatistik die veranlassten Kosten gegliedert in Arzneimittel von der Apotheke, in Labor sowie in auswärtige Physiotherapie. Sonstige veranlasste Kosten werden demgegenüber nicht erfasst. Dies bedeutet, dass beispielsweise veranlasste Spitexbehandlungen nicht erfasst werden. Es handelt sich insoweit offensichtlich nicht um eine umfassende Erfassung der veranlassten Kosten¹⁰⁶.

Was den Einbezug der veranlassten Kosten betrifft, ist zudem von massgebender Bedeutung, ob eine hinreichende gesetzliche Grundlage dafür besteht, diese in die Wirtschaftlichkeitsverfahren einzubeziehen¹⁰⁷.

6.3.6 Kompensatorische Effekte

Soweit es sich um eine Wirtschaftlichkeitskontrolle der ärztlichen Tätigkeit handelt, ist offensichtlich eine gesamthafte Betrachtungsweise erforderlich. Diese schliesst in sich, dass nicht nur die ärztlichen Kosten einbezogen werden, sondern dass auch berücksichtigt wird, welche sonstigen Aufwendungen durch das zu beurteilende ärztliche Verhalten eingespart werden konnten. Es ist etwa von Bedeutung, dass gegebenenfalls durch eine intensive ärztliche Behandlung eine stationäre Behandlung (mit den daraus resultierenden Kosten) vermieden werden konnte.

Es entspricht denn auch der Rechtsprechung, dass im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsverfahrens kompensatorische Effekte mitberücksichtigt werden müssen¹⁰⁸. Die entsprechenden kom-

¹⁰⁵ Vgl. die Hinweise im Gutachten SCHWENKGLLENKS, 4 oben, 50, wo nachgewiesen wird, dass entsprechende statistische Auswirkungen bestehen, weshalb eine entsprechende Erfassung notwendig ist.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch Ziff. 3.5.

¹⁰⁷ Verneinend – mit Hinweisen auf GATTIKER und ISELIN - EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 132 f.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Ziff. 3.6.

pensatorischen Effekte sind statistisch vorderhand nicht greifbar¹⁰⁹, weil nicht bestimmt werden kann, welche Kompensationsbereiche überhaupt bestehen. Dies schwächt naturgemäss die Aussagekraft der statistischen Werte entscheidend. Es wird denn auch - gerade aus statistischer Sicht - festgehalten, dass Unterschiede in der Abgabe von Patienten an einen Facharzt oder an ein Spital jedenfalls berücksichtigt werden müssen¹¹⁰. Jedenfalls ist – wenn nicht eine hinreichende Übersicht über die kompensatorischen Effekte möglich ist – ausgeschlossen, eine insgesamt überzeugende Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Tätigkeit vorzunehmen.

6.3.7 Zulässige Abweichung in statistischer Hinsicht

Nach der ständigen Rechtsprechung wird ein unwirtschaftliches Handeln noch nicht angenommen, wenn der betreffende Arzt bezogen auf seine eigene Tätigkeit einen Indexwert von 130 Punkten nicht überschreitet. Es liegt insoweit eine „Toleranz- und Sicherheitszone“¹¹¹ vor. Die Rechtfertigung dieser Toleranzzone liegt darin, dass die Rechtsprechung erreichen will, bei Wirtschaftlichkeitsfragen eine hinreichende Beweisaussage vornehmen zu können. Denn sie nimmt an, dass bei Überschreiten in einem bestimmten Ausmass der Verdacht einer unwirtschaftlichen Behandlungsweise als begründet gilt¹¹². Die Problematik dieser Rechtsprechung liegt darin, dass in statistischer Hinsicht selbstverständlich – jedenfalls prinzipiell – eine wirtschaftlich handelnde Praxis auch gegeben sein kann, wenn die Abweichung mehr als 30 Punkte beträgt. Es wird diesbezüglich aus statistischer Warte bemerkt, dass bei der Bestimmungen eines massgebenden Schwellenwertes facharztgruppenspezifisch vorgegangen werden müsste, weil sich unterschiedliche Varianzen in den Leistungsausgaben ergeben¹¹³. Ferner wird - ebenfalls aus statistischer Sicht - eingewendet, dass gegenüber der heutigen Praxis (Schwellenwert von 130 Punkten) eine Modellerweiterung notwendig ist, welche dafür sorgen könnte, dass weder wirtschaftlich handelnde Ärzte als "kostenauffällig" erfasst werden noch unwirtschaftliche handelnde Ärzte nicht erfasst werden¹¹⁴.

6.3.8 Zwischenergebnis

¹⁰⁹ Vgl. die Hinweise im Gutachten SCHWENKGLLENKS, 5 f.

¹¹⁰ Vgl. Gutachten SCHWENKGLLENKS, 5.

¹¹¹ So der Begriff bei EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 116.

¹¹² So EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 117.

¹¹³ Vgl. Gutachten WASEM, 24 f.

¹¹⁴ Vgl. Gutachten WASEM, 25.

Die vorstehend vorgenommene Einzelwürdigung ergibt, dass im heutigen System des Durchschnittskostenvergleichs erhebliche Hindernisse bestehen. Es fehlt bei einer gesamthaften Würdigung an einer hinreichenden Basis dafür, auf die mit den heutigen statistischen Werten vorgenommene Bewertung der ärztlichen Tätigkeit abzustellen. Die in der Lehre erhobenen zahlreichen Einwände aus statistischer und rechtlicher Sicht belegen, dass ernsthafte Bedenken bestehen¹¹⁵, und zwar unabhängig von der prinzipiell ohnehin nur eingeschränkten Bedeutung des Durchschnittskostenvergleichs¹¹⁶ und unabhängig davon, dass zunehmend der Durchschnittskostenvergleich (mit Ansatz beim Leistungserbringer) an Bedeutung verliert¹¹⁷.

Insgesamt ist bei dieser Ausgangslage die geltende Rechtsprechung einer zwingenden Neubeurteilung zu unterziehen. Dabei müssen die in der Lehre mannigfaltig geäußerten Einwände ernsthaft geprüft werden.

7 Frage der gesetzlichen Grundlage

In der Lehre wird festgehalten, dass die im Zusammenhang mit einer festgestellten Unwirtschaftlichkeit vorgenommene Rückforderung die Eigentumsgarantie sowie bestimmte Ausprägungen der Wirtschaftsfreiheit tangiert¹¹⁸. Es stellt sich insoweit die Frage nach der hinreichenden gesetzlichen Grundlage für einen entsprechenden Eingriff. Diesbezüglich fällt ins Gewicht, dass Art. 36 BV festlegt, dass die Einschränkung von Grundrechten nur zulässig ist, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht, wobei eine schwerwiegende Einschränkung im (formellen) Gesetz selbst vorgesehen sein muss.

Was die unter bestimmten Voraussetzungen verlangte formelle gesetzliche Grundlage betrifft, gilt das Prinzip, dass die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage umso höher sind, je schwerer der Eingriff ist¹¹⁹. Die entsprechende generell-abstrakte Regelung muss dabei hinreichend bestimmt und klar sein. Dies konkretisiert sich dahingehend, dass durch die gesetzliche Grundlage sichergestellt sein muss, dass die Betroffenen erkennen können, welche rechtlichen Vorschriften auf einen gegebenen Fall anwendbar sind. Das Gesetz muss sodann so präzise formuliert sein, dass die betreffende Person ihr Verhalten danach einrichten kann. Ferner ist verlangt, dass die betreffende Person die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den

¹¹⁵ Dazu Ziff. 6.3.

¹¹⁶ Vgl. zu letzterem Element Ziff. 6.2.

¹¹⁷ Dazu Ziff. 6.1.

¹¹⁸ Dazu EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 135.

¹¹⁹ Vgl. dazu RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 36 N 12.

Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. Wesentliche Wertungen dürfen schliesslich nicht der Gesetzesanwendung überlassen werden¹²⁰.

Im vorliegenden Fall beruht die Rückforderung bei unwirtschaftlichem Verhalten auf Art. 56 KVG. Diese Bestimmung erschöpft sich bezogen auf die Rückforderung darauf, festzustellen, dass eine insoweit zu Unrecht bezahlte Vergütung zurückgefordert werden kann. Es wird sodann bestimmt, wer rückforderungsberechtigt ist¹²¹.

Diese generell-abstrakte Regelung ist offensichtlich nur überaus knapp gehalten und zeigt lediglich den Grundsatz sowie die zur Rückforderung berechnigte Partei auf. Es fehlt hingegen an allen weiteren Festlegungen, etwa bezogen

- auf die Art und Weise, wie die Rückforderung zu bestimmen ist,
- welche Leistungen eingezogen werden können,
- wie die Unwirtschaftlichkeit zu bestimmen ist und
- wie das Verhältnis zu sonstigen prinzipiellen Aspekten (etwa der Therapiewahlfreiheit) ist.

In der Literatur wird deshalb zu Recht die gesetzliche Grundlage als ungenügend bezeichnet¹²².

8 Beweisrechtliche Aspekte

8.1 Vermutung der Überarztung

Die Rechtsprechung geht bezogen auf die Wirtschaftlichkeit der Behandlung von gewissen Vermutungen aus. Sie nimmt an, dass – Praxisbesonderheiten vorbehalten – bei Überschreiten eines Indexwertes von 130 Punkten eine Unwirtschaftlichkeit bewiesen ist. Es wird gewissermassen vermutet, dass insoweit der Arzt sich nicht mehr an die massgebenden rechtlichen Grundlagen gehalten hat.

Es geht dabei um eine qualifizierte natürliche Vermutung. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass das in der betreffenden Vermutung enthaltene hypothetische Urteil in gleich gelagerten

¹²⁰ Vgl. dazu RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 36 N 15.

¹²¹ Vgl. Art. 56 Abs. 2 KVG:

¹²² Vgl. EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 135 f., mit Hinweisen auf GATTIKER und ISELIN. Der genannte Autor bezieht sich aber nur auf die veranlassten Leistungen, ohne dass er näher auf die Frage einginge, ob nicht die gesamte Ausgestaltung der Rückforderung im heutigen Zeitpunkt eine ungenügende gesetzliche Grundlage hat.

Fällen allgemeine Geltung für die Zukunft beansprucht. Der betreffende Erfahrungssatz hat dabei einen solchen Abstraktionsgrad erreicht, dass er gewissermassen einen normativen Charakter hat¹²³. Die natürliche Vermutung ist ein auf die Lebenserfahrung bezogener Schluss. Ein solcher Erfahrungssatz ist grundsätzlich nicht beweisbedürftig, wobei es aber – was im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist – eine Ausnahme gibt, wenn der Erfahrungssatz auf besonderer Sachkunde oder auf speziellen Fachkenntnissen beruht¹²⁴.

Es kann also nur unter bestimmten Voraussetzungen im Sinne einer Vermutung angenommen werden, der Beweis eines unwirtschaftlichen Handelns sei erbracht, wenn der Indexwert von 130 Punkten überschritten hat. Damit dieser Schluss gezogen werden kann, muss nämlich überzeugend dargetan werden, der betreffende Schluss (nämlich auf ein unwirtschaftliches Handeln) sei (einzig) zutreffend. Mithin muss die Überzeugung bestehen, dass bei Überschreiten des Indexwertes von 130 Punkten regelmässig der betreffende Arzt das für die Behandlung des Leidens notwendige Mass überschritten hat. Ein solcher Schluss ist letztlich nur dann zulässig, wenn nachvollziehbar und schlüssig dargetan werden kann, dass der Durchschnittskostenvergleich regelmässig zu validierten Resultaten führt. Dies ist nach den voranstehenden Überlegungen¹²⁵ nicht der Fall. Insoweit ist es auch nicht zutreffend, dass im Sinne einer Vermutung angenommen wird, beim Überschreiten des Indexwertes von 130 Punkten liege an sich – gewissermassen im Sinne eines Beweises – ein unwirtschaftliches Verhalten vor.

8.2 Hauptbeweis - Gegenbeweis

Die Rechtsprechung ist so ausgestaltet, dass die rückforderungswillige Krankenversicherung die Vermutungsbasis – Überschreiten des Indexwertes – darzutun hat. Dies hat sodann die Vermutung zur Folge, dass der betreffende Arzt unwirtschaftlich gehandelt hat. Diesem steht in der Folge gewissermassen der „Gegenbeweis“ zu, dass es sich nicht so verhält. Der jeweilige Arzt ist nämlich nach der Rechtsprechung bezogen auf das Vorliegen von fallwertwirksamen, die Unwirtschaftlichkeitsvermutung widerlegenden Praxisbesonderheiten beweisbelastet¹²⁶.

Für eine solche Zuordnung der Beweislast fehlt es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Denn es gilt allemal der Untersuchungsgrundsatz¹²⁷. Sowohl beim Beweis wie auch beim Gegenbeweis geht es nämlich um die Erstellung desjenigen Sachverhaltes, welcher in der Fol-

¹²³ Dazu MÜLLER, Vermutung, 551 f.

¹²⁴ Dazu MÜLLER, Vermutung, 553.

¹²⁵ Vgl. dazu Ziff. 6.3.

¹²⁶ Vgl. EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, 118 f.

¹²⁷ Vgl. dazu in einer analogen Betrachtungsweise MÜLLER, Vermutung, 569.

ge für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit massgebend ist. Es verhält sich also nicht so, dass das Geltendmachen allfälliger Praxisbesonderheiten gewissermassen einen „Gegenbeweis“ zum bereits erbrachten Beweis darstellt. Vielmehr handelt es sich bei Praxisbesonderheiten ebenso wie bei anderen Aspekten des ärztlichen Verhaltens um Sachverhaltselemente, welche insgesamt bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des ärztlichen Verhaltens massgebend sind. Es verbietet sich, bei den insgesamt massgebenden Sachverhaltselementen bestimmte Zuordnungen zu einer Partei vorzunehmen.

Einzig bezogen auf eine allfällige Mitwirkungspflicht eines Arztes kann bezogen auf bestimmte Sachverhaltselemente angenommen werden, diese seien unter besonderer Mitwirkung des betreffenden Arztes darzutun. So verhält es sich zweifellos bezogen auf die Praxisbesonderheiten; denn der jeweilige Arzt kennt diese in besonderer Weise und ist insoweit gehalten, im Rahmen der Mitwirkungspflicht an der Eruiierung der betreffenden Sachverhaltselemente besonders mitzuwirken. Dies stellt aber nicht einen „Gegenbeweis“ dar, sondern gehört zum Untersuchungsgrundsatz.

8.3 Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

Im Sozialversicherungsrecht ist ein Schluss auf das Bestehen einer bestimmten Tatsache möglich, wenn mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist, dass sich der betreffende Sachverhalt entsprechend zugetragen hat. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit liegt dann vor, wenn kein vernünftiger Zweifel bezogen auf den entsprechenden Schluss besteht. Soweit generell auf die Grenze von 130 Indexpunkten abgestellt wird, liegen nach den vorstehenden Überlegungen offensichtlich begründete Zweifel vor.

Mit dem Nachweis des Überschreitens der Grenze von 130 Punkten durch die heute verwendete Rechnungstellerstatistik und den ANOVA-Index wird noch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargetan, dass ein unwirtschaftliches Praktizieren des ambulant tätigen Arztes vorliegt. Damit allein ist also dem Untersuchungsgrundsatz noch nicht Genüge getan worden. Vielmehr müssen im Rahmen des Beweisverfahrens gegebenenfalls zusätzliche Sachverhaltselemente festgestellt werden, welche sodann – eben mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – den Schluss darauf zulassen, dass der betreffende Arzt unwirtschaftlich bzw. wirtschaftlich gehandelt hat.

Insoweit steht also der im Sozialversicherungsrecht allgemein massgebende Grundsatz der überwiegenden Wahrscheinlichkeit in einem direkten Zusammenhang mit der Abklärungs-

pflicht. Das Untersuchungsprinzip ist noch nicht vollumfänglich umgesetzt worden, wenn statistisch ein bestimmter Indexwert ausgewiesen wird; es ist vielmehr zwingend, zusätzliche Abklärungen zu treffen, um in der Folge – eben mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – auf ein bestimmtes Ergebnis schliessen zu können.

9 Zusammenfassende Ergebnisse

- 9.1 Der Wirtschaftlichkeit des Handelns kommt in der Sozialversicherung ein hohes Gewicht zu¹²⁸. Dies gilt in besonderem Masse für die obligatorische Krankenpflege¹²⁹.
- 9.2 Die Rechtsprechung zur Wirtschaftlichkeit in der obligatorischen Krankenpflege folgt seit je bestimmten Grundlinien und ordnet dabei der Rechnungstellerstatistik von santésuisse primäre Bedeutung zu¹³⁰.
- 9.3 Um die Wirtschaftlichkeit der Heilbehandlung bestimmen zu können, kann grundsätzlich entweder die Einzelleistung überprüft werden oder es kann das Handeln der Leistungserbringer untersucht werden. Dass in der bisherigen Praxis die Wirtschaftlichkeitskontrolle primär beim Leistungserbringer einsetzt, ist im Zuge der gegenwärtigen Entwicklungen zunehmend in Frage zu stellen¹³¹.
- 9.4 Der gestützt auf die Rechnungstellerstatistik vorgenommene Durchschnittskostenvergleich leidet sowohl in rechtlicher wie auch in statistischer Sicht an wesentlichen Mängeln¹³². Er ist nicht geeignet, den Beweis zu erbringen, dass ein unwirtschaftliches Handeln vorliegt¹³³.
- 9.5 Dem ANOVA-Index werden aus statistischer Sicht erhebliche Unzulänglichkeiten entgegengehalten¹³⁴.
- 9.6 Es unterliegt Zweifeln, ob die heutige Durchschnittskostenvergleichsmethode mit der daraus resultierenden Rückforderung beim Arzt bzw. bei der Ärztin eine genügende gesetzliche Grundlage hat¹³⁵.

¹²⁸ Dazu Ziff. 2.1.

¹²⁹ Dazu Ziff. 2.2.

¹³⁰ Dazu Ziff. 3.

¹³¹ Dazu Ziff. 6.1.

¹³² Dazu Ziff. 6.3.

¹³³ Dazu Ziff. 6.3, 8.3.

¹³⁴ Dazu Ziff. 6.3.3.

¹³⁵ Dazu Ziff. 7.

9.7 In verfahrensmässiger Hinsicht geht es um die Massgeblichkeit des Untersuchungsprinzips, welches gebietet, alle massgebenden Sachverhaltselemente (auch etwa Praxisbesonderheiten) von Amtes wegen abzuklären¹³⁶. Es ist verfehlt, von Haupt- und Gegenbeweis zu sprechen¹³⁷.

Zürich, 26. Januar 2011

Ueli Kieser

PD Dr.iur., Vizedirektor IPR-HSG

¹³⁶ Dazu Ziff. 4.1, 8.2.

¹³⁷ Dazu Ziff. 8.2.

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ ROLAND, Der Statistik ausgeliefert? Die Wirtschaftlichkeitskontrolle durch santésuisse, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri (Hrsg.), Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, St. Gallen 2006, 89 ff.

CEREGHETTI ANTONELLA, Nul est censé ignorer ..., comment faire face à l'accusation de polypragmasie, Revue medicale suisse 2008 2356 ff.

DUC JEAN-LOUIS, La polypragmasie – notion, preuve sanctions. Vers une modification et évolution de jurisprudence, AJP 2009 203 ff.

EUGSTER GEBHARD, Überarztung aus juristischer Sicht - Ein Konzert mit Misstönen, in: Thomas Gächter/Myriam Schwendener (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Bern etc. 2009

EUGSTER GEBHARD, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Diss. Zürich 2003.

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, im: Schweizerische Bundesverwaltungsrecht, Teil Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007

EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Zürich/Basel/Genf 2010

Kommentar Medizinalberufegesetz/Commentaire loi sur les professions médicales, Basel 2009

GATTIKER MONIKA, Veranlasste Kosten – Einbezug in die Forderungen wegen Überarztung nach Art. 56 Abs. 2 KVG, AJP 2005 1098 ff.

GIANELLA LUISA, Il controllo dell'economicità dei trattamenti medici: la nozione di polypragmasia nella giurisprudenza, in: Temi scelti di diritto delle assicurazioni sociali, Lugano 2006, 121 ff.

HAEFELI ANDREAS, Ruinöse Verfahren ohne sichere Grundlagen, in: Thomas Gächter/Myriam Schwendener (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Bern etc. 2009 145 ff.

HAEFELI SIMON, Wirtschaftlichkeitsverfahren in der Kritik, SaeZ 2008 1749 f.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009

HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 4. Auflage Basel 2008

ISELIN EDOUARD, Polypragmasie et étendu de l'obligation de restitution au sens de l'art. 56 al. 2 LA-MaL, SZS 2006 106 ff.

MÜLLER URS, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in: Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, 549 ff.

NADIG JÜRIG, Verdeckte Rationierung dank Wirtschaftlichkeitsverfahren?, SaeZ 2008 855

REICH THEODOR, Durchschnittliche Behandlungskosten als Beweismethode?, SJZ 1972 120 ff.

ROMANENS MICHEL, Krankenkassen, santésuisse und Wirtschaftlichkeitsverfahren, die keine sind: eine Moratoriumsforderung für die ANOVA-Methode, SaeZ 2009 49 ff.

SCHAFFHAUSER RENÉ/KIESER UELI (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung, St. Gallen 2001

St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich etc. 2008

WENGER MATTHIAS, Die Angst des Arztes vor der Polypragmasie, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri (Hrsg.), Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, St. Gallen 2006, 69 ff.