

# TarMed und Art. 6 EMRK

Besteht ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung nach der Europäischen Menschenrechtskonvention?

C. Zemp Gsponer, F. Bitzi

## Einleitung

Die Tarifstruktur TarMed ist weitgehend ausgearbeitet. Zurzeit läuft das notwendige Reengineering. Die Entwürfe der Rahmenverträge sind vorhanden. Noch nicht geeinigt hat man sich über das Kostenneutralitätskonzept. Weitere Hindernisse könnten im Zusammenhang mit der Umlagerung des Einkommens aus der Selbstdispensation entstehen. Es wird von Seiten der Ärzteschaft alles Mögliche dazu beigetragen, dass die Arbeiten innert den von Frau Bundesrätin Dreifuss gesetzten Fristen abgeschlossen werden können.

Aus der Sicht der fernen Beobachterinnen können wir feststellen, dass in den vergangenen Monaten bei verschiedenen TarMed-Playern die Erkenntnis gewachsen ist, dass eine Einführung nur erfolgen kann, wenn die Vertragspartner ursprünglich als sakrosankt erachtete Positionen aufgeben und konstruktive Lösungen zu finden helfen. Diesem Zweck dient auch der runde Tisch, der demnächst stattfinden wird und an welchem die Vertreter von FMH, H+, MTK, SDK, KSK und EDI/BSV teilnehmen.

Zweck dieses Austausches ist die Klärung verschiedener Punkte, die *conditio sine qua non* zur Einführung von TarMed sind, wie zum Beispiel die Möglichkeit der unterjährigen Anpassung des Tarifes, Szenarien im Falle von Beschwerden usw. Damit soll der Weg zur Tarifeinführung geebnet werden.

Aber was ist, wenn dies nicht gelingt?

## Szenarien

Es sind verschiedene Szenarien denkbar<sup>1</sup>. Die wahrscheinlichste Variante ist, dass sich der Bundesrat der ausgehandelten Tarifstruktur bemächtigt und diese im Sinne von Art. 43 Abs. 5 KVG einführt. Dann würde es in den Händen der kantonalen Verbände oder der Kantonsregierungen liegen, den Taxpunktwert festzulegen. Allfällige Beschwerden gegen die Entscheide der Kantonsregierungen wären an den Bundesrat zu richten.

Eine weitere Variante wurde am 7. Juni 2000 im Ständerat diskutiert. Ein Vertreter einer grösseren Krankenkasse forderte, dass sich das Parlament TarMed annehmen solle und die Einführung der Tarifstruktur im Rahmen von dringlichen Bundesbeschlüssen beschleunige. Dem ist entgegenzuhalten, dass dieses Vorgehen nicht den Vorgaben des KVG entsprechen würde. Das Gesetz enthält Mechanismen bei Fehlen von Tarifverträgen. Es bezeichnet die Kantonsregierungen bzw. den Bundesrat als zuständige Instanz. Beschlüsse des Parlamentes würden somit die gesetzliche Ordnung nicht respektieren, die es *nota bene* selbst gesetzt hat.

Es ist somit nicht auszuschliessen, dass der Bundesrat Entscheide bezüglich TarMed fällt, sei es als verfügende Behörde oder als Beschwerdeinstanz.

## Der Bundesrat entscheidet – und dann?

Es stellt sich nun die Frage, ob der Entscheid des Bundesrates endgültig ist.

Nach der Systematik des KVG tritt der Bundesrat an Stelle einer gerichtlichen Behörde. Es ist ein Weiterzug weder an das Bundesgericht noch an das Eidgenössische Versicherungsgericht vorgesehen. Dies ist aber nicht mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vereinbar. Diese Bestimmung garantiert den grundrechtlichen Anspruch darauf, dass eine Streitsache von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden und mit voller Überprüfungsbefugnis ausgestatteten Gericht behandelt wird. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist in der Schweiz unmittelbar anwendbar. Als staatsvertragliche Norm muss Art. 6 EMRK selbst dann angewendet werden, wenn der Gesetzgeber ein Rechtsmittel bewusst ausschliessen wollte. Kann ein verwaltungsbehördlicher Akt aus prozessualen Gründen nicht vor ein Gericht gebracht werden, so ist Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt.

Dazu wird in der Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Teilrevision der Bundesrechtspflege ausgeführt: «Die meisten der bestehenden Zuständigkeiten des Bundesrates in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege entbehren der inneren Rechtfertigung und können heute nur noch historisch erklärt werden. Davon ausgenommen sind Streitigkeiten, in denen rein politische Fragen zu entscheiden sind [...]. In den übrigen Bereichen ist eine rechtliche Beurteilung durch ein Gericht möglich und aufgrund der Rechtsweggarantie verfassungsrechtlich auch geboten. [...] Als politische Behörde kann der Bundesrat bei der Beurteilung von Beschwerden geneigt sein, politischen Erwägungen stärkeres Gewicht beizumessen als rechtlichen Überlegungen.»<sup>2</sup>

Korrespondenz:  
lic. iur. Christine Zemp Gsponer  
Schwanenplatz 4  
CH-6004 Luzern

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch den Artikel von Meier P. TarMed – ja oder nein? Abbruch der Verhandlungen – Aufstand – Ausstand? Schweiz Ärztezeitung 1999;80(45):2627-32, der sich eingehend mit den verschiedenen Szenarien befasst hat.

<sup>2</sup> Botschaft des Bundesrates vom 28.2.2001, S. 16.

## Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK

Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist anwendbar, wenn «zivilrechtliche» Ansprüche und Verpflichtungen oder die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage zur Diskussion stehen. Zudem setzt Art. 6 Abs. 1 EMRK voraus, dass sich die Streitigkeit auf ein Recht bezieht, von dem sich mit guten Gründen sagen lässt, es sei im nationalen Recht verankert.<sup>3</sup>

Es muss folglich geklärt werden, ob bei behördlichen Entscheiden im Zusammenhang mit TarMed zivilrechtliche Ansprüche im Sinne der EMRK betroffen sind.

Zivilrechtliche Ansprüche sind zunächst einmal alle Streitigkeiten aus dem Privatrecht. Der Gerichtshof für Menschenrechte hat die Anwendbarkeit aber in kontinuierlicher Rechtsprechung u. a. auf den Bereich des Verwaltungsrechts ausgedehnt. Nicht entscheidend ist somit, ob ein Streit zwischen Privatpersonen vorliegt oder ob auch der Staat involviert ist. Massgebliche Bedeutung kommt dem Kriterium der vermögensrechtlichen Natur eines Streites («aspect pécuniaire») zu. Darunter fallen auch staatliche Leistungen im Bereich des Sozialversicherungsrechts, gewisse Ansprüche des Angestellten im öffentlichen Dienstrecht, Ansprüche gegen den Staat aus Enteignungen etc.

Nicht von Bedeutung für den Geltungsbereich der EMRK ist somit, ob es sich um ein Gerichts- oder um ein Verwaltungsverfahren handelt. Ebenfalls nicht massgeblich für den «zivilrechtlichen» Charakter ist, ob eine Berufsausübung auch öffentlichen Zwecken dienen soll, wie beispielsweise die Gesundheitsvorsorge der Ärzte oder die Funktion der Anwälte in der Justiz.

Wie erwähnt, besteht die zweite Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Anspruches nach Art. 6 Abs. 1 EMRK darin, dass ein innerstaatlich gewährtes Recht geltend gemacht wird. Dazu gehören Privatrechte des ZBG und des OR, Ansprüche aus der Sozialversicherung und aus dem Verantwortlichkeitsrecht, aber auch private Erwerbsrechte, die sich aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27n BV) ergeben.<sup>4</sup>

## Aus der Praxis

Die Europäische Menschenrechtskommission erklärte Art. 6 EMRK in einem Fall, in dem es um das Honorar eines deutschen Zahnarztes ging, für anwendbar. Der Streit drehte sich um die Höhe der von Sozialversicherungsträgern zu erstattenden Beiträgen aus zahnärztlicher Behandlung.<sup>5</sup> Konkret waren einem deutschen Zahnarzt von der Kassenzahnärztlichen Vereinigung die Honorare für die Behandlung versicherter Personen mit der Begründung gekürzt worden, dass diese den Durchschnittswert in seinem Distrikt unverhältnismässig überstiegen. Der Beschwerdeführer machte geltend, die Kassenzahnärztliche Vereinigung sei kein unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Kommission

musste folglich zuerst beurteilen, ob überhaupt zivilrechtliche Ansprüche im Sinne der EMRK vorlagen. Dabei kam sie zum Schluss, dass die Festsetzung von Zahnarzthonoraren privatrechtlichen Charakter habe, da es um eine vertragliche Beziehung zwischen Arzt und Patient gehe. Diese Überlegung weitet der Gerichtshof auf alle Ärzte aus, die zu Lasten der Sozialversicherung tätig sind.

Nationalrat Marc F. Suter hatte bereits 1996 in einer einfachen Anfrage die Frage aufgeworfen, ob bei abschliessenden Entscheiden des Bundesrates im KVG – ohne Möglichkeit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde – nicht ein Menschenrechtsverstoss vorliege. Als Beispiel wurde damals der Spitalisten-Anerkennungsentscheid genannt.<sup>6</sup>

In der Antwort des Bundesrates wurde erwogen, dass Spitalisten auch als Planungsentscheide betrachtet werden könnten, bei denen ein beträchtlicher Ermessensspielraum bestehe und Zweckmässigkeitsüberlegungen eine grosse Rolle spielten. «Ziel des KVG und der darin vorgesehenen Zulassungsordnung für Spitäler ist die Errichtung eines sozialverträglichen Krankenversicherungswesens und nicht die Sicherung von Einkommen der Leistungserbringer. Das nationale Recht garantiere diesen mithin keinen Anspruch, und bei Auseinandersetzungen um Spitalisten handle es sich nicht um Streitigkeiten über ein eigentliches Recht».<sup>7</sup>

Dies wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht am 1. Mai 2000 im Urteil K 143/99 bestätigt.<sup>8</sup> Es trat auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Schweizer Paraplegiker-Zentrums Nottwil nicht ein, das sich gegen die Nichtaufnahme auf die Spitalliste des Kantons Zürich zur Wehr gesetzt hatte.<sup>9</sup> Das EVG hielt fest, dass das innerstaatliche Recht gegen den Bundesratsentscheid grundsätzlich kein Rechtsmittel vorsehe. Im Rahmen der Überprüfung, ob der Beschwerdeführer aufgrund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung habe, führte das EVG aus, dass weder dem Bundesrecht noch dem kantonalen Recht Beurteilungsmassstäbe für die Bedarfsermittlung und Spitalplanung zu entnehmen seien. Folglich drehe sich die Streitsache über Spitalisten nicht um «Ansprüche» im Sinne der EMRK. Ob allenfalls das Kriterium «zivilrechtlich» erfüllt sei, liess das EVG offen.

<sup>3</sup> BGE 126 I 151 Erw. 3b, 125 I 209 Erw. 7a.

<sup>4</sup> Villiger ME. Probleme der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren. AJP 1995;2: 163-71, S. 165.

<sup>5</sup> Urteil der Europäischen Menschenrechtskommission vom 18. 7. 1986/E 11097/84. Obwohl der zivilrechtliche Charakter des Anspruchs anerkannt wurde, wurde die Beschwerde mangels Ausschöpfung des nationalen Instanzenzuges nicht zugelassen.

<sup>6</sup> Einfache Anfrage von Nationalrat Marc F. Suter vom 12. Dezember 1996 (96.1134) «Menschenrechtsverstösse im Krankenversicherungsgesetz (KVG)?».

<sup>7</sup> Antwort des Bundesrates zur einfachen Anfrage 96.1134, gutgeheissen am 14. Mai 1997, Ziff. 4.

<sup>8</sup> BGE 126 V 172.

<sup>9</sup> Publiziert in RKUV 4/2000, S. 202 ff.

### Anwendbarkeit bei TarMed

Weder innerstaatliche Gerichte noch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte haben die Frage einer allfälligen Anwendbarkeit der Rechtsweggarantie von Art. 6 EMRK im Bereich des Krankenversicherungsgesetzes je entschieden. Zu erwähnen ist in diesem Bereich einzig der oben erwähnte Entscheid der Menschenrechtskommission im Zusammenhang mit Arzthonoraren in Deutschland.

Die Tarifstruktur bestimmt in Kombination mit den Taxpunktwerten den «Preis» der medizinischen Leistung. Sie beeinflusst damit unmittelbar das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient. Daran kann der Umstand, dass aufgrund unseres Systems der sozialen Krankenversicherung die Krankenkasse einen Teil der Kosten rückerstattet («tiers garant») oder direkt übernimmt («tiers payant»), nichts ändern. Die Tarifstruktur bzw. die Verträge zwischen Ärztevereinigungen und Krankenkassen über den Taxpunktwert betreffen daher zivilrechtliche Ansprüche der am Behandlungsvertrag Beteiligten. Dies folgt im übrigen auch im Vergleich mit dem vorstehend geschilderten Fall über die deutschen Arzthonorare.

Theoretisch hat ein Arzt die Möglichkeit, die vertraglich oder behördlich festgesetzten Preise abzulehnen und den Ausstand zu erklären. Dies kommt allerdings aufgrund der heutigen Entwicklung im Gesundheitswesen in Normalfall faktisch einem beruflichen Ausschluss gleich und ist keine echte Alternative. Es würde im Ergebnis einem eigentlichen Berufsverbot gleichkommen.

Im Gegensatz zum Bereich der Spitalisten bestehen für die Ausgestaltung der Tarifstruktur und der Tarifverträge im KVG gesetzliche Vorgaben. Der Einzelleistungstarif ist betriebswirtschaftlich zu bemessen und hat eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten zum Ziel (Art. 43 Abs. 4 und 6 KVG). Die Beteiligten haben einen Anspruch darauf, dass diese gesetzlichen Kriterien eingehalten werden. Entscheide im Zusammenhang mit TarMed sind denn auch nicht reine Planungsentscheide, wie dies bei Spitalisten der Fall ist, sondern haben konkreten Einfluss auf das Arzt-Patienten-Verhältnis und greifen damit unmittelbar in die zivilrechtlichen Ansprüche der Beteiligten ein.

Die Rechtsweggarantie nach Art. 6 EMRK muss somit folgerichtig auch auf Entscheide rund um TarMed Anwendung finden. Zum einen geht es um eine zivilrechtliche Angelegenheit, zum anderen liegt ein

eigentlicher Anspruch im Sinne der EMRK vor. Die gesetzliche Regelung des KVG kommt den Anforderungen der EMRK nicht nach.

### Vorgehen unter geltendem Recht

Das Bundesgericht kann die nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK erforderliche gerichtliche Kontrolle eines Bundesratsentscheides unter geltendem Recht nicht übernehmen. Trotzdem muss dem aus Art. 6 EMRK folgenden Anspruch auf gerichtliche Beurteilung Genüge getan werden. Es liegt folglich ein Konflikt zwischen einer Norm des nationalen Rechts und einer für die Schweiz verbindlichen staatsvertraglichen Regelung vor. Das Bundesgericht ist deshalb beispielsweise in einem Entscheid vom 26. Juli 1999<sup>10</sup> auf eine Beschwerde eingetreten, obwohl die Zuständigkeit nach staatlichem Recht nicht gegeben gewesen wäre. Da Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine freie richterliche Überprüfung des Sachverhalts und der Rechtsfragen voraussetzt, wurde das eingereichte Rechtsmittel als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegengenommen.

Auch bei Entscheiden bezüglich TarMed müsste das Bundesgericht bzw. das EVG im Lichte der vorstehenden Ausführungen auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde eintreten und diese mit umfassender Kognition beurteilen. Dies bedeutet, dass eine freie Überprüfung der Rechtsanwendung zulässig sein muss, auch die Kontrolle von Ermessensentscheiden. Die Rügemöglichkeiten dürfen somit nicht auf Willkür oder Verletzung von verfassungsmässigen Rechten beschränkt sein. Eine direkte Beschwerde an den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof ist ausgeschlossen, da der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft sein muss.

### Aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels

Einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei aufschiebende Wirkung zuerkannt werden. Dies bedeutet, dass die Einführung eines angefochtenen Tarifes bis zur Beendigung des Beschwerdeverfahrens suspendiert wäre. Ob mit oder ohne aufschiebende Wirkung, bei Beschwerden gegen Entscheide betreffend TarMed wäre die Einführung des Tarifes, die ja nach Möglichkeit gesamtschweizerisch erfolgen sollte, wenn nicht rechtlich, so mindestens faktisch blockiert.

<sup>10</sup> BGE 125 II 417.

---

### Ausblick: Die Justizreform

In der Abstimmung vom 12. März 2000 wurde die Justizreform vom Volk angenommen. Damit soll u. a. das geltende Rechtssystem dahingehend korrigiert bzw. ergänzt werden, dass eine Rechtsweggarantie im Sinne eines umfassenden Zugangs zu einem unabhängigen Gericht verwirklicht wird, insbesondere auch in allen Fällen, in denen der Bundesrat oder ein Departement heute endgültig entscheidet. Beschwerden im Bereich der Krankenversicherung gegen Entscheide der Kantonsregierungen werden dem neu zu schaffenden Bundesverwaltungsgericht zugewiesen. Gegen dessen Entscheid besteht kein Rechtsmittel.

---

### Fazit

Die vorstehenden Ausführungen können unter Umständen als gewagt erscheinen, da sich bisher sämtliche Instanzen vor Entscheiden, die Signalwirkung auf die zur Diskussion stehende Frage haben könnten, gewunden haben. Dennoch darf die Rechtsweggarantie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch im Krankenversicherungsbereich nicht übergangen werden und es kann davon ausgegangen werden, dass sich das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Beschwerden rund um TarMed zu befassen hat.