Die Schweizerische Ärztezeitung soll weder für die Medizin noch für das Recht nur die Funktion der Prawda haben, die nur die offizielle Parteimeinung druckt. Der Fortschritt lebt von der Kontroverse. Hingegen haben wir von vielen Mitgliedern erfahren, dass sie bei externen Rechtstexten gerne im Sinne einer unverbindlichen Orientierungshilfe wissen möchten, ob der FMH-Rechtsdienst die Auffassung von Autor oder Autorin teile.

Für den folgenden Text ist die Antwort einfach: Ich habe den Volltext des Gutachtens lesen können; sowohl Peter Meier (Rechtsanwalt und Notar, 5012 Schönenwerd, Rechtsberater der G7) wie auch ich teilen vollumfänglich Argumentation und Schlussfolgerungen von Monika Gattiker.

Hanspeter Kuhn, Fürsprecher, stv. Generalsekretär FMH

Überarztung – Ist der Einbezug der veranlassten Kosten rechtlich zulässig*?

M. Gattiker

* Zusammenfassung eines Rechtsgutachtens über BGE 130 V 377ff., das die Autorin zusammen mit Prof. Dr. iur. Tomas Poledna, Badertscher Dörig Poledna, im Auftrag der Firma Merck Sharp & Dohme-Chibret AG, Glattbrugg, verfasst hat. Dieses erscheint im September 2005 in der AJP.

1 Für das KUVG hatte das Bundesgericht bereits einige Jahre so entschieden.

2 Vorwiegend für verordnete Medikamente und Physiotherapien.

3 Apotheker oder Physiotherapeut.

4 Art. 23 KUVG.

5 Das eidgenössische Versicherungsgericht hielt die Rückforderungen nach Art. 23 KUVG für zulässig, obwohl diese Bestimmung überhaupt kein Rückforderungsrecht vorsah. Die Begründung war in diesem Fall ebenso fragwürdig wie nach Art. 56 Abs. 2 KVG.

6 Das eidgenössische Versicherungsgericht verwendete analog eine Bestimmung aus dem AHV-Gesetz, nämlich Art. 47 Abs. 1 AHVG, was rechtlich ebenfalls höchst fragwürdig war.

Korrespondenz:
RA Dr. iur. Monika Gattiker
Badertscher Dörig Poledna
Mühlebachstrasse 32
Postfach 769
CH-8024 Zürich
Tel. 044 266 20 66
Fax 044 266 20 70

E-Mail: gattiker@bdp.ch

Internet: www.bdp.ch

Das Urteil des eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Versicherer stellen seit Jahren (existenzbedrohende) Forderungen gegen Leistungserbringer, zumeist Praxisärzte, wegen (angeblich) unwirtschaftlicher Behandlung (sogenannter Überarztung). Sowohl der Begriff der Überarztung als auch die in diesem Zusammenhang verwendeten ZSR-Statistiken von santésuisse sind höchst umstritten.

Mit dem Urteil vom 18. Mai 2004 ging das eidgenössische Versicherungsgericht einen Schritt weiter. Es entschied, dass der Leistungserbringer bei Überarztung auch nach dem KVG [1] nicht nur die eingenommenen Honorare, sondern *auch* die von ihm *veranlassten Kosten* [2] zu erstatten habe. Damit sollte der (veranlassende) Leistungserbringer auch Beträge an die Versicherer bezahlen müssen, die nicht er selbst, sondern ein Dritter [3] eingenommen hat. Das Gericht begründete seine Meinung mit der umfassenden Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebots nach KVG und der Pflicht der Krankenversicherer zur Kostenüberwachung. Andererseits habe die rechtliche Grundlage für diese Rückforderungen, Art. 56 Abs. 2 KVG, ihren Sinngehalt unverändert aus der entsprechenden Norm im KUVG [4] übernommen [5].

Die Begründung des eidgenössischen Versicherungsgerichts *überzeugt* bei näherer Betrachtung *nicht*. Denn Art. 23 KUVG beinhaltete zwar den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz auch für die veranlassten Kosten, sah aber gar keine Rückforderungen gegen Leistungserbringer vor [6]. Das Rückforderungsrecht ergibt sich auch nicht ohne weiteres aus dem Umstand, dass der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz umfassend gelten soll. Solche Forderungen sind rechtlich nur zulässig, wenn sie mit *Verfassungsprinzipien vereinbar* sind.

Das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Bundesverfassung als Schranke staatlichen Handelns

Nach dem Legalitätsprinzip muss sich staatliches Handeln stets auf eine rechtliche Grundlage stützen. Das *Handeln der Verwaltungsbehörden* muss im Einzelfall *voraussehbar* und *rechtsgleich* sein. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. Die rechtsstaatliche Grundstruktur des Rechtssatzes ist daher der «Wenn-dann-Satz». Besonders hohe Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm sind zu stellen, wenn mit dieser durch *Androhung von Sanktionen* unmittelbar ein bestimmtes Verhalten des Bürgers bewirkt werden soll oder wenn *eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Entscheidungen* zu treffen ist. Der einzelne soll vor ungerechtfertigten Rechtseingriffen durch den Staat geschützt werden.

Die Krankenversicherer gelten als Teil der ausgelagerten Bundesverwaltung. Die Forderungen von Krankenversicherern wegen angeblicher Überarztung stellen einen staatlichen Eingriff in die Rechte der Leistungserbringer dar. Die

Erstattung veranlasster Kosten stellt eine Sanktion dar, zumal eine Vielzahl von gleichartigen Fällen zu regeln ist. Deshalb bedarf es hierfür einer klaren rechtlichen Grundlage.

Die Analyse von Art. 56 Abs. 2 KVG zeigt, dass Rückforderungen von zu Unrecht an den Leistungserbringer bezahlten Honoraren zulässig sind [7]. Art. 56 Abs. 2 Satz 2 KVG besagt nämlich, dass eine dem Leistungserbringer nach dem KVG zu Unrecht bezahlte Vergütung zurückgefordert werden kann.

Bei den veranlassten Kosten wurde die Vergütung nicht dem veranlassenden Leistungserbringer bezahlt. *Art. 56 Abs. 2 Satz 2 KVG* lässt nach seinem Wortlaut *nur* eine *Rückforderung vom Zahlungsempfänger* zu. Auch die anderen Auslegungsmethoden führen zum gleichen Ergebnis, ohne dass hier auf die juristischen Details eingegangen werden soll. Dabei hätte der Gesetzgeber durch entsprechende Formulierung der Bestimmung die veranlassten Kosten ohne weiteres in die Forderungen nach Art. 56 Abs. 2 KVG einbeziehen können.

Deshalb stellt der Einbezug der veranlassten Kosten in die Forderungen gemäss Art. 56 Abs. 2 KVG einen Verstoss gegen das Legalitätsprinzip, eines der wichtigsten Verfassungsprinzipien, dar. Die *Begründung des eidgenössischen Versicherungsgerichts* erweist sich als *verfassungswidrig*.

Forderung der veranlassten Kosten aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus Haftung?

Allenfalls ist der Einbezug der veranlassten Kosten gestützt auf allgemeine Rechtsgrundsätze, insbesondere die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung oder Haftungsprinzipien, zulässig.

Die *ungerechtfertigte Bereicherung* erlaubt stets *nur* eine *(Rück-)Forderung vom Empfänger* der Leistung. Es stellt sich hier dasselbe Problem wie bei Art. 56 Abs. 2 KVG: bei den veranlassten Kosten geht es nicht um Rückforderungen vom Leistungsempfänger.

Jedoch könnten die veranlassten Kosten allenfalls nach den Grundsätzen der *Haftung* vom veranlassenden Leistungserbringer gefordert werden. Der Leistungserbringer würde dann für die finanziellen Folgen der unwirtschaftlichen Behandlung haftbar gemacht. Die finanziellen Folgen bestehen im (zuviel) bezahlten Honorar. Hier spielt es dann *keine Rolle, ob ein Dritter Empfänger der Zahlung war*.

Bei der Haftung muss der (geschädigte) Versicherer/Versicherte insbesondere den Schaden und die Widerrechtlichkeit beweisen. Dies würde bedeuten, dass er bei jeder einzelnen Behandlung die erhöhten Kosten und die Unwirtschaftlichkeit, die zu den erhöhten Kosten geführt hat, zu beweisen hätte.

Die heute von den Gerichten im Zusammenhang mit Art. 56 Abs. 2 KVG zugelassene Durchschnittskostenmethode genügt diesen Anforderungen in keiner Weise. Auf dieser Beweisgrundlage müsste jede Haftpflichtforderung abgelehnt werden. Folglich wäre der Einbezug der veranlassten Kosten in die Forderungen gegen Leistungserbringer nach den heute geltenden Haftungsgrundsätzen möglich, *sofern die Versicherer insbesondere die erhöhten Kosten und die Unwirtschaftlichkeit, die zu den Kosten geführt hat, im Einzelfall beweisen würden*.

Einbezug der veranlassten Kosten gestützt auf das Verursacherprinzip?

Es bestehen gewisse Parallelen zum *Verursacherprinzip*. Das Prinzip wird v.a. im öffentlichen Recht herangezogen, wenn es gilt, die Kosten für polizeiliche Massnahmen auf den Verursacher abzuwälzen. Der Leistungserbringer könnte als Verursacher für die veranlassten Kosten, d.h. Leistungen an Dritte, zu deren Bezahlung verpflichtet werden.

Auch das Verursacherprinzip setzt eine genügend bestimmte rechtliche Grundlage voraus, wenn – wie im vorliegenden Fall – nur sozialpolitische Interessen betroffen sind.

Wie oben dargelegt stellt Art. 56 Abs. 2 KVG keine genügend bestimmte Rechtsgrundlage für den Einbezug der veranlassten Kosten dar. Das gilt auch im Zusammenhang mit dem Verursacherprinzip. Es existieren weder in anderen Gesetzen noch in den einschlägigen Verordnungen andere Rechtsgrundlagen, die anstelle von Art. 56 Abs. 2 KVG den Einbezug der veranlassten Kosten erlauben würden. *Damit scheitert auch die (analoge) Anwendung des Verursacherprinzips am Legalitätsprinzip*.

Zusammenfassung

Der Einbezug der veranlassten Kosten in die Forderungen gemäss Art. 56 Abs. 2 KVG verstösst gegen das Legalitätsprinzip. Das Urteil des eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 18. Mai 2004 zu den veranlassten Kosten ist verfassungswidrig. Auch die mögliche (analoge) Anwendung des Verursacherprinzips scheitert daran, dass Art. 56 Abs. 2 KVG den Einbezug der veranlassten Kosten nicht vorsieht und es auch keine

7 Allerdings wird zu Recht in Frage gestellt, ob die Durchschnittskostenmethode tatsächlich geeignet ist, um eine Überarztung festzustellen, zumal es ernstzunehmende Hinweise gibt, dass die Statistiken beachtliche Mängel aufweisen.

andere rechtliche Bestimmung in Gesetzen oder einschlägigen Verordnungen gibt, die diesen Einbezug zulassen würde.

Nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung ist der Einbezug der veranlassten Kosten nicht möglich, weil dieses Rechtsinstitut nur die (Rück-)Forderung vom Zahlungsempfänger erlaubt. Bei den veranlassten Kosten ist der veranlassende Leistungserbringer nicht Zahlungsempfänger.

Einzig nach den Haftungsgrundsätzen wäre der Einbezug der veranlassten Kosten möglich. Allerdings müsste der Versicherer hierbei insbesondere die erhöhten Kosten und die Unwirtschaftlichkeit, die zu den Kosten geführt hat, in jedem einzelnen Fall beweisen. Die heute von den Gerichten anerkannte Durchschnittskostenmethode, die auf den Index gemäss den ZSR-Statistiken abstellt, genügt diesen Anforderungen nicht.

Diese Grundsätze hätte das eidgenössische Versicherungsgericht beim Erlass des erwähnten Urteils berücksichtigen müssen.