

Wirtschaftlichkeitsverfahren in der Kritik*

Simon Haefeli

«Unwirtschaftliches Verhalten ist aus den Daten des santésuisse-Datenpools sowie aus dem Tarifpool zweifelsfrei nachweisbar.»

Roland Amstutz, *santésuisse* [1]

Mit dem einleitenden Zitat scheint alles gesagt, keine Punkte bleiben offen. Dennoch muss vielleicht, ganz in sokratischer Tradition, gefragt werden: «Jetzt aber, beim Zeus, sage mir, was du ebenso genau zu wissen behauptest.» [2]

Rückforderungsverfahren haben oft grosse finanzielle Auswirkungen für den Arzt. Dazu kommen die Zeit, die neben der Arztstätigkeit in ein Verfahren investiert werden muss, und die Angst, als «schwarzes Schaf» abgestempelt zu werden. Während auf der einen Seite ein gut vorbereiteter, als Verwaltungsorgan amtierender Finanzriese steht, muss sich auf der anderen Seite eine Einzelperson gegen die erheblichen Vorwürfe wehren: Wohl gilt nach der Bundesverfassung [3] die Waffengleichheit für alle Gerichts- und Verwaltungsverfahren, aber was bedeutet schon Waffengleichheit bei so unterschiedlichen Voraussetzungen? Während die Schwächen der santésuisse-Statistik den Ärzten bekannt sein dürften, beleuchtet dieser Artikel das Beweisrecht und die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Thema der veranlassten Kosten, die in den letzten Entscheidungen am umstrittensten waren.

Fragwürdige Beweise

Um ein Urteil zu sprechen, muss der Richter von den Beweisen überzeugt sein, jeder erhebliche Zweifel an den Tatsachen soll ausgeschlossen sein. Wie allgemein im Sozialversicherungsrecht ist auch im Rückforderungsverfahren der Beweisgrad der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» anwendbar [4]. Das öffentliche Interesse an tiefen Prämien rechtfertigt die Senkung des in anderen Verfahren anwendbaren Beweisgrades der «an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit».

Aber im Rückforderungsverfahren ist dem öffentlichen Interesse schon durch die Zulassung der statistischen Analyse, die in anderen Rechtsbereichen kaum Anwendung findet, Genüge getan. Den Krankenkassen wird der Beweis schon deutlich erleichtert. Es kann für die Rückforderungsverfahren also eine Abweichung vom sozialversicherungsrechtlichen Standard gefordert werden (so auch [5]). Dieser Auffassung ist

auch zu folgen, weil santésuisse verlauten lässt, dass aus ihrer Statistik unwirtschaftliches Verhalten «zweifelsfrei nachweisbar» ist [1].

Veranlasste Kosten auf gerichtlichem Prüfstand

Alle Ärzte veranlassen Kosten: Besonders der Grundversorger, der am häufigsten Zielscheibe von Wirtschaftlichkeitsverfahren wird, veranlasst in seiner Funktion als Gatekeeper im Gesundheitswesen viele Leistungen. Wie aber werden veranlasste Kosten in die Wirtschaftlichkeitsprüfung miteinbezogen? Das Bundesgericht entschied [6], dass auch veranlasste Kosten wirtschaftlich zu sein haben, weshalb sie in der Wirtschaftlichkeitsprüfung sowohl «bei der Bestimmung der Indizes im Rahmen der statistischen Methode» als auch «bei der Bemessung der Rückerstattungspflicht» zu berücksichtigen seien.

Gemäss der juristischen Wissenschaft (aktuell [7]) widerspricht dieses Urteil einem grundlegenden Element des Rechtsstaates, nämlich dem verfassungsrechtlichen [8] Legalitätsprinzip. Dieses besagt, dass staatliches Handeln einer rechtlichen Grundlage bedarf. Diese ist im Krankenversicherungsgesetz [9] unter dem Gesichtspunkt des schweren Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit der Leistungserbringer nicht gegeben.

In einem neueren Bundesgerichtsentscheid [10] wird die Kritik der Lehre zwar aufgegriffen, aber (noch) nicht umgesetzt. In diesem Fall wurde eine Ärztin vom kantonalen Schiedsgericht zur Zahlung von Fr. 93 757.70 verpflichtet. Da sie Ausbildungen in verschiedenen Fachrichtungen hatte, waren die direkten Kosten pro Patient deutlich erhöht. Hingegen hatte sie (dank ärzteigenen Zahlen nachweisbar) wesentlich weniger veranlasste Kosten für an Spitäler und Spezialisten überwiesene Patienten.

Das Bundesgericht änderte seine Praxis und bevorzugt seit diesem Entscheid eine Gesamtkostenbetrachtung (inklusive Medikamentenkosten). Es hält richtigerweise fest, dass auch Überweisungen an Spezialärzte und Spitäler miteinzubeziehen sind, was aber aufgrund der von den Krankenkassen gelieferten Daten nicht möglich ist. Dies kann auch als Auftrag an die Krankenkassen aufgefasst werden, ist ihr Handeln doch als Verwaltungstätigkeit zu verstehen und somit staatlich.

* Der Artikel beruht auf dem Aufsatz Haefeli S. Ruinöse Unrechtsprechung. Jusletter. 2008; 18. August. www.weblaw.ch → Jusletter → Archiv/Suche → Jusletter 18. August 2008.

Korrespondenz:
 cand. iur. Simon Haefeli
 NewIndex AG
 Pflanzschulstrasse 3
 CH-8400 Winterthur
simon.haefeli@bluecare.ch

Forderungen für eine neue Rechtsprechung

In Anbetracht der Erleichterung für die Krankenkassen durch die Zulassung des Durchschnittskostenvergleichs und der zweifelhaften Qualität dieses Beweismittels scheint es fragwürdig, dass das Bundesgericht vom sozialversicherungsrechtlichen Standard ausgeht und unwirtschaftliches Verhalten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bewiesen wissen will. Da der häufig einzige Beweis, nämlich der Durchschnittskostenvergleich, nicht Unwirtschaftlichkeit beweist, sondern nur ein Indiz dafür darstellt, sollte das Bundesgericht verlangen, dass die Verletzung des Krankenversicherungsgesetzes durch den Arzt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bewiesen werden muss. Dies insbesondere unter Berücksichtigung der häufig ruinösen Rückzahlungsforderungen der Krankenkassen.

Verfassungsrecht verletzend hat das Bundesgericht vor vier Jahren entschieden, dass ein Arzt veranlasste Kosten – Geld also, das andere verdient haben – bei Feststellung von unwirtschaftlichem Verhalten den Krankenkassen zurückerstatten muss. Wenn nun in der neuesten Rechtsprechung festgehalten wird, dass eine Gesamtkostenbetrachtung der älteren Sichtweise weichen muss, so ist dies sowohl ein klarer Auftrag an die Krankenkassen, verlässliche Statistiken zur Verfügung zu stellen, als auch eine implizite Anerkennung der Fehler der bundesgerichtlichen Beurteilungen.

Diese Fehler müssen nun in der Rechtsprechung noch ausdrücklich anerkannt werden: An der Betrachtung von direkten und veranlassten Kosten zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit gibt es kein Vorbeikommen. Im Falle unwirtschaftlichen Verhaltens dürfen aber nur die direkten Kosten gefordert werden, denn nur von diesen hat der Arzt auch profitiert. Ohne diese Differenzie-

rung verstösst das Bundesgericht gegen das Legalitätsprinzip, eines der fundamentalsten Prinzipien eines Rechtsstaates.

Es bleibt zu wünschen, dass die Gerichte und die Krankenkassen sich selbst die Frage stellen: «Τὸ τί ἔστιν;» – Was ist das, was sie so genau zu wissen behaupten? Die sokratische Tradition des Hinterfragens der eigenen Position kann auch nach 2500 Jahren noch eine heilsame Wirkung entfalten.

In der nächsten Ausgabe der Schweizerischen Ärztezeitung wird eine praktische Anleitung für den betroffenen Arzt erscheinen.

Literatur

- 1 Amstutz R. Der Statistik ausgeliefert? Die Wirtschaftlichkeitskontrolle durch *santésuisse*. In: Schaffhauser R, Schlauri F (Hrsg.). *Medizin und Sozialversicherung im Gespräch*. St. Gallen: Universität St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis; 2006. S. 89-94.
- 2 Platon. *Euthyphron*. Stuttgart: Reclam; 1996.
- 3 Art. 29 Abs. 1 Bundesverfassung (BV)
- 4 Bundesgerichtsentscheid (BGE) 115 V 142.
- 5 Eugster G. *Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden. Juristische Untersuchungen zum Durchschnittskostenvergleich im Rahmen von Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994*. Dissertation. Bern/Stuttgart/Wien: Haupt; 2003.
- 6 BGE 130 V 377.
- 7 Eugster G. Überarztung aus juristischer Sicht, ein Konzert mit Misstönen. In: Gächter T, Schwendener M (Hrsg.). *Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Entwicklungen in der Praxis*. Bern/Zürich: Schulthess; 2008 (in press).
- 8 Art. 5 Abs. 1 BV.
- 9 Art. 56 Abs. 2 KVG.
- 10 BGE 133 V 37.