

Gutachterliche Äusserung zur vertraglichen Festlegung einer  
Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit (Art. 56 Abs. 6 KVG)

erstattet

dem Verein Ethik und Medizin in der Schweiz (VEMS)

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser

## Inhalt

1. Ausgangspunkt: Art. 56 KVG.....	2
2. Wirtschaftlichkeit in der Krankenversicherung.....	2
3. Grundsätzliche Einordnung des Vertrags gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG.....	3
3.1. Ausgangslage.....	3
3.2. Gestaltungsmöglichkeit im Vertrag gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG .....	4
3.3. Beschränkte Tauglichkeit des Durchschnittskostenvergleichs sowie der ANOVA-Methode..	4
3.4. Zwischenergebnis.....	5
4. Einordnung des Vertrags gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG im heutigen Zeitpunkt.....	6
4.1. Einordnung der Fragestellung .....	6
4.2. Vertragliche Festlegungen für die weitere Ausgestaltung der gewählten Methode.....	6
4.3. Einordnung .....	7
5. Ergebnisse.....	7

### 1. Ausgangspunkt: Art. 56 KVG

Art. 56 Abs. 6 KVG legt fest, dass Leistungserbringer und Versicherer vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festlegen. Diese Bestimmung ist seit 1. Januar 2013 in Kraft (AS 2012 4087). Die entsprechende gesetzliche Neuerung geht auf parlamentarische Initiativen zurück, welche eine Optimierung der bisherigen Wirtschaftlichkeitskontrollen forderten (Initiativen 07.483, 07.484 und 07.485). Die entsprechende Zielsetzung wurde in der Folge von den massgebenden Instanzen unterstützt. Es geht um die nationalrätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (dazu BBl 2011 2519); auch der Bundesrat unterstützte das Anliegen (BBl 2011 2529), und im Parlament war das Anliegen ebenfalls nicht umstritten (AB 2011 N 1308 sowie AB 2011 S 1106).

In der Folge setzten zwischen den Leistungserbringenden und den Krankenversicherungen Besprechungen ein. Diese führten freilich nicht umgehend zu einem Erfolg. Diesbezüglich muss berücksichtigt werden, dass eine Übergangsfrist lief, bei deren Ablauf in der Folge der Bundesrat die entsprechende Prüfmethode festzulegen gehabt hätte. Die Übergangsbestimmung zur Änderung vom 23. Dezember 2011 lautet folgendermassen:

„Für die Leistungserbringer nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe a legt der Bundesrat die Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit nach Artikel 56 Absatz 6 fest, wenn Versicherer und Leistungserbringer sich nicht innert 12 Monaten nach Inkrafttreten der vorliegenden Änderung vertraglich auf eine Methode geeinigt haben.“

Die Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 lit. a KVG sind die Ärztinnen und Ärzte.

Ein Vertrag wurde in der Folge erst unmittelbar vor Ablauf der Übergangsfrist, nämlich am 27. Dezember 2013/16. Januar 2014, abgeschlossen (dazu nachstehend Ziff. 3).

### 2. Wirtschaftlichkeit in der Krankenversicherung

Ausgangspunkt der Wirtschaftlichkeitsprüfung bildet Art. 56 Abs. 1 KVG. Hier wird als Ziel der Wirtschaftlichkeitsprüfung auf zwei Aspekte Bezug genommen, nämlich auf das Interesse der Versicherten und auf den Behandlungszweck. Dies bedeutet, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung eine gewisse sekundäre Bedeutung hat. Diese Betrachtungsweise des Gesetzgebers steht in

Übereinstimmung mit Art. 43 Abs. 6 KVG. Danach muss in der Schweiz eine qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung (primäres Ziel) zu möglichst günstigen Kosten (sekundäres Ziel) erreicht werden. Es kann sich also nicht so verhalten, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung ein primäres Ziel darstellt und dass dadurch das Interesse der Versicherten sowie die Zweckmässigkeit der Behandlung tangiert oder gar verletzt werden. Dies bringt mit sich, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung eine gewisse Zurückhaltung zeigen muss. Es geht also darum, dass eine zu rigide Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgebotes nicht erfolgen soll (dazu BGE 127 V 43 E. 3). Die Wirtschaftlichkeit muss sich im Übrigen allemal nach objektiven Kriterien gestalten (dazu Urteil K 97/85 E. 8c).

Keinesfalls kann es sich so verhalten, dass unverändert das bisherige Durchschnittskostenvergleichsverfahren angewendet wird; einem solchen Ergebnis stünde nur schon entgegen, dass im Parlament klar festgehalten wurde, dass dieses Verfahren nicht überzeugt und deshalb ein anderes Verfahren zu bestimmen ist. Es geht also bei dieser zu fällenden Entscheidung primär darum, ein ausserhalb des bisherigen Durchschnittskostenvergleichs stehendes, praxistaugliches sowie verlässliches Instrument festzulegen, um die Wirtschaftlichkeit überprüfen zu können. Um welche Instrumente es sich handeln kann, wird nachstehend aufzuzeigen sein.

### 3. Grundsätzliche Einordnung des Vertrags gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG

#### 3.1. Ausgangslage

Welche Methode für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit einer (ambulanten ärztlichen) Behandlung herangezogen werden soll, war in der schweizerischen Krankenversicherung immer wieder umstritten.

Nach der gesetzlichen Regelung müssen alle Leistungen, welche zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung erbracht werden, wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Deshalb legt Art. 56 Abs. 5 KVG fest, in den Tarifverträgen Massnahmen zur Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit vorgesehen sind. Damit steht fest, dass das Gebot der Wirtschaftlichkeit ein durch das Gesetz festgelegtes Prinzip der Leistungserbringung ist.

Zugleich hält Art. 56 Abs. 2 KVG fest, dass die Krankenversicherer die Vergütung für Leistungen, welche nicht wirtschaftlich sind, verweigern dürfen und eine insoweit zu Unrecht bezahlte Vergütung zurückfordern können. Sowohl für die prinzipielle Leistungserbringung wie auch für die Frage der Wirtschaftlichkeitsprüfung gilt dabei derselbe Wirtschaftlichkeitsbegriff.

Bei dieser Ausgangslage ist der Begriff der Wirtschaftlichkeit im Krankenversicherungsgesetz selber verankert. Die (allenfalls notwendige) Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsbegriffes muss sich insoweit unmittelbar an die gesetzliche Regelung halten. Ausgeschlossen wäre es, einen Wirtschaftlichkeitsbegriff zu schaffen, welcher nicht den gesetzlichen Vorgaben und Zielsetzungen entsprechen würde. Hier wirkt sich ebenfalls aus, dass durch (Tarif- oder sonstige) Verträge nicht eine gesetzliche Bestimmung abgeändert, beschränkt oder ausgehöhlt werden darf. Dies hat das Bundesgericht bezogen auf tarifvertragliche Bestimmungen wiederholt festgelegt, und es muss berücksichtigt werden, dass durch vertragliche Regelungen nicht etwa ein an sich bestehender sozialversicherungsrechtlicher Leistungsanspruch beschränkt werden darf (dazu BGE 130 V 163).

Wenn also Art. 56 Abs. 6 KVG festhält, dass Leistungserbringer und Versicherer vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festlegen, bedeutet dies nicht eine uneingeschränkte Einräumung einer Vertragsautonomie. Der Vertrag nach Art. 56 Abs. 6 KVG muss sich unmittelbar an die gesetzlichen Vorgaben halten und muss dabei sorgfältig einbeziehen, wie das Gesetz bezogen auf das Wirtschaftlichkeitsgebot zu verstehen ist. Letztlich bedeutet die in Art. 56 Abs. 6 KVG festgelegte

Befugnis einzig, dass mit Blick auf die notwendige Abklärung des Sachverhalts eine bestimmte Methode vereinbart wird.

### 3.2. Gestaltungsmöglichkeit im Vertrag gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG

Wenn nach Art. 56 Abs. 6 KVG die Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festgelegt werden soll, ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, wie der Wirtschaftlichkeitsbegriff von Art. 32 Abs. 1 sowie von Art. 56 Abs. 1 KVG zu verstehen ist. Es muss insoweit eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festgelegt werden, welche sicherstellt, dass die Leistungen, welche im Interesse der Versicherten liegen und für den Behandlungszweck erforderlich sind, allemal erbracht werden. Sollte eine Kontrolle festgelegt werden, welche diesen Aspekt einschränkt oder nicht umsetzt, würde eine gesetzwidrige vertragliche Regelung vorliegen. Eine solche vertragliche Regelung wäre durch die rechtsanwendenden Behörden nicht zu berücksichtigen. Insoweit liegt bei der Festlegung der Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit ein nur sehr beschränkter vertraglicher Spielraum vor.

### 3.3. Beschränkte Tauglichkeit des Durchschnittskostenvergleichs sowie der ANOVA-Methode

#### 3.3.1. Gesetzesmaterialien

Werden die Materialien zur Einfügung von Art. 56 Abs. 6 KVG analysiert, zeigt sich, dass diese gesetzgeberische Entwicklung auf verschiedene parlamentarische Initiativen zurückging. Es wurde mit diesen Initiativen eine „Optimierung des Verfahrens zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit“ gefordert (dazu BBl 2011 2530).

Der Bundesgesetzgeber ging dabei davon aus, dass die bisherige Methode, welche zur Wirtschaftlichkeitskontrolle verwendet wurde, „durch eine partnerschaftlich vereinbarte und transparente Methode ersetzt werden“ soll, wobei die entsprechende neue Methode „gemeinsam“ durch Leistungserbringer und Versicherer zu erarbeiten wäre. Besonders wurde darauf hingewiesen, dass es sich um „eine qualitative Wirtschaftlichkeitskontrolle (handeln sollte), bei der die Morbidität des jeweils massgebenden Patientenkollektivs“ berücksichtigt wird (so BBl 2011 2530).

Der Bundesrat unterstützte diesen Vorschlag, wonach Versicherer und Leistungserbringer „gemeinsam eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit zu erarbeiten haben“ (BBl 2011 2531). Um diese Erarbeitung einer neuen Methode zu sichern, war nach den Festlegungen des Bundesrats vorausgesetzt, „dass die Versicherer ihr Berechnungsmodell zur Diskussion stellen und das Vorgehen offen darlegen (und) dass die Leistungserbringer die für eine Verfeinerung der Überprüfungsmethode erforderlichen Angaben bereitstellen“ (so BBl 2011 2531). Der Bundesrat beantragte nur insoweit eine Abweichung vom vorliegenden Vorschlag des Parlaments, als die Übergangsfrist auf 24 Monate erhöht werden soll (dazu BBl 2011 2531).

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass nach klaren Äusserungen im Parlament die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit verbessert werden soll und dass die Krankenversicherer das bisherige Berechnungsmodell zur Diskussion stellen (so Ruth Humbel, AB 2011 N 1309). Die bisher verwendete Methode ANOVA wurde im Parlament als nicht transparent bezeichnet (so Ignazio Cassis, AB 2011 N 1308). Im Ständerat wurde ebenfalls darauf hingewiesen, dass die bisher verwendete Methode ANOVA unbefriedigend, nicht transparent und lückenhaft ist (Liliane Maury Pasquier, AB 2011 S 1106). Es wurde im Ständerat explizit darauf hingewiesen, dass das spezifische Ziel der gesetzlichen Änderung darin bestehe, „bel et bien d’ouvrir la voie à l’élaboration d’une nouvelle méthode de contrôle du caractère économique des prestations“ (so Liliane Maury Pasquier, AB 2011 S 1107).

Damit steht auf Grund der Gesetzesmaterialien gut fassbar fest, dass im Rahmen von Art. 56 Abs. 6 KVG von den Vertragsparteien eine neue Methode der Wirtschaftlichkeitsprüfung entwickelt werden soll.

### 3.3.2. Literatur und Rechtsprechung

Dem bisher verwendeten Durchschnittskostenvergleich werden in der Lehre – sowie auch in der Rechtsprechung – Einwände entgegengehalten. Insbesondere muss berücksichtigt werden, dass der Durchschnittskostenvergleich aus einer Zeit stammt, in der die Arztpraxen noch viel homogener ausgestaltet waren. Hier hat sich aber eine erhebliche Entwicklung ergeben, und es haben sich die Arztpraxen auch innerhalb einer Fachgruppe ganz unterschiedlich ausgestaltet. Es ist also zunehmend schwieriger (wenn nicht gar unmöglich) geworden, eine zutreffende Vergleichsgruppe festlegen zu können. Es kommt hinzu, dass je nach Einzugsgebiet die Praxen ganz unterschiedlich ausgestaltet sind. So sind Arztpraxen in einem wirtschaftlich schlechter gestellten Stadtteil anders ausgestaltet als Praxen in wirtschaftlich höher stehenden Stadtteilen. Es kommt hinzu, dass bestimmte Arztpraxen vor allem von jüngeren Personen frequentiert werden. Sehr unterschiedlich ist auch, in welchem Ausmass die Patientinnen und Patienten Franchisen zu begleichen haben. Solche und zahlreiche weitere Aspekte haben dazu geführt, dass der Durchschnittskostenvergleich als nicht (mehr) tauglich bezeichnet wird (vgl. zum Ganzen die Einwände bei KIESER UELI, Wirtschaftlichkeitsverfahren in der Krankenversicherung, Neueste Entwicklungen und eine Würdigung, Gutachten erstattet dem Verein Ethik und Medizin Schweiz, Dr. med. Michel Romanens, 4600 Olten).

Nicht günstiger zu bewerten ist das ANOVA-Verfahren. In diesem Verfahren wird ein (fiktiver) gesamtschweizerisch ermittelter Einheitsindex pro medizinische Spezialität angenommen. Es wird also bezogen auf den geprüften Arzt so verfahren, wie wenn er die gleiche Alters- und Geschlechtsverteilung wie die Vergleichsgruppe als Ganzes hätte; im zweiten Schritt werden die Kosten so ausgewiesen, wie wenn alle Leistungserbringer im gleichen Kanton tätig wären. Es handelt sich diesbezüglich also um eine Berücksichtigung bestimmter Elemente, welche in der Folge aber vollständig standardisiert werden. Die Methode der ANOVA-Berechnung ist umstritten (vgl. dazu GEBHARD EUGSTER, Jusletter vom 27. August 2012, Rz. 81; vgl. auch AB 2011 N 1308 und N 1310; Voten Cassis und Heim). Entsprechend hat das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen festgehalten, dass die ANOVA-Methode noch nicht als massgebend erklärt werden könne (KSCHG 2005/2 sowie 2006/2).

### 3.4. Zwischenergebnis

Im Vertrag vom 27. Dezember 2013/16. Januar 2014 wird unter Ziffer 1 festgehalten:

„Als statistische Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit wird die Varianzanalyse festgelegt.

Die Varianzanalyse wird zur Beurteilung von beobachteten Unterschieden zwischen Leistungserbringern innerhalb ihrer Vergleichsgruppe in den Wirtschaftlichkeitsverfahren verwendet.“

Offenbar wurde – unmittelbar vor Ablauf der gesetzlich festgelegten Übergangsfrist – von Leistungserbringenden und Krankenversicherern vereinbart, dass die bisher verwendete ANOVA-Methode weiterhin zur Anwendung kommen soll, um die Wirtschaftlichkeitsprüfung vorzunehmen. Dies entspricht denn auch der seitherigen Rechtsanwendung. Die Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren werden – nach wie vor – durch den Bezug der Rechnungstellerstatistik (RSS) sowie der ANOVA-Methode vorgenommen.

Dieses vertraglich festgelegte Ergebnis spiegelt offensichtlich die gesetzgeberische Zielsetzung nicht. Das Parlament hat klar festgelegt, dass es um den Ersatz der bisher verwendeten Methode gehe und dass die Vertragsparteien gemeinsam eine neue Methode zu erarbeiten hätten. Gegenüber der bisherigen ANOVA-Methode wurden im Parlament klare und gut dokumentierte Einwände erhoben.

Weil – wie ausgeführt – der nach Art. 56 Abs. 6 KVG zu schliessende Vertrag die gesetzlichen Vorgaben zwingend und uneingeschränkt einzuhalten hat, bedeutet dies, dass die trotzdem vorgenommene Festlegung der bisher verwendeten Methode sich höchstens für eine äusserst kurze Frist halten lässt. Diese kurze Frist könnte zudem nur dann beansprucht werden, wenn unmittelbar danach eine

neu entwickelte und insbesondere die in den Gesetzesmaterialien explizit erwähnten Morbiditätskriterien einschliessende Methode zur Verfügung stehen wird. Wie es sich diesbezüglich verhält, ist in der nächsten Ziffer der vorliegenden Stellungnahme zu analysieren.

## 4. Einordnung des Vertrags gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG im heutigen Zeitpunkt

### 4.1. Einordnung der Fragestellung

Im heutigen Zeitpunkt (Jahreswechsel 2015/2016) steht die vertragliche Vereinbarung vom 27. März 2013/16. Januar 2014 seit zwei Jahren in Kraft. Nach dem Wortlaut des Vertrages kommt nach wie vor die ANOVA-Methode zur Anwendung.

Es ist nachfolgend zu klären, ob diese vertragliche Festlegung der gesetzgeberischen Vorgabe entspricht, wobei insbesondere die seit in Krafttreten von Art. 56 Abs. 6 KVG verfllossene Zeitspanne in die Beurteilung einzubeziehen ist.

### 4.2. Vertragliche Festlegungen für die weitere Ausgestaltung der gewählten Methode

Im Vertrag von 27. März 2013/16. Januar 2014 wird bezogen auf die Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit – im Anschluss an die Festlegung der Varianzanalyse folgendes festgehalten:

„Das heute verwendete Varianzanalysemodell mit demographischen, erklärenden Variablen soll künftig von Leistungserbringern und Versicherern gemeinsam weiter entwickelt und unter anderem durch Morbiditätsvariablen ergänzt werden.

Die erklärenden Variablen sollen auf der Basis einer stetig sich verbessernden Datengrundlage in neuen statistischen Modellen erprobt und validiert werden.“

Vorstehend wurde darauf hingewiesen, dass es der gesetzgeberischen Absicht klar entspricht, die bisher verwendete ANOVA-Methode durch eine neue Methode abzulösen, wobei sich der nach Art. 56 Abs. 6 KVG zu schliessende Vertrag gerade auf die Festlegung der neuen Methode beziehen soll. Entgegen dieser in den Materialien klar festgelegten gesetzgeberischen Absicht ist durch die Vertragsparteien die Weiterführung der bisherigen ANOVA-Methode vereinbart worden. Dass im Vertrag zudem – wie soeben aufgezeigt – festgehalten wurde, dass diese Methode weiterzuentwickeln sei und zudem die Morbiditätskriterien einzubeziehen seien, ändert offensichtlich nichts daran, dass mit dem Vertrag just jene Methode weitergeführt wird, welche gemäss klaren gesetzgeberischen Vorgaben abzulösen (gewesen) wäre. Eine solche Weiterführung der bisherigen Methode wäre allenfalls hinnehmbar gewesen, wenn innert sehr kurzer Zeit eine neue Methode zur Verfügung gestanden wäre. So verhielt es sich aber offensichtlich Ende 2013 nicht, weil ja bereits damals nur vereinbart wurde, dass zukünftig Anstrengungen zur Ausarbeitung einer neuen Methode in die Wege geleitet werden.

Im heutigen Zeitpunkt ist nicht erkennbar, dass die Entwicklung einer neuen Methode vorangeschritten wäre. Es fehlt nach wie vor – auch ansatzweise – daran, dass beispielsweise Morbiditätskriterien angewendet werden. Damit steht fest, dass zum einen nach wie vor die gemäss parlamentarischer Festlegung abzulösende Methode weiterhin angewendet wird und dass zudem die im Gesetz festgelegte Übergangsfrist längst verstrichen ist, ohne dass die Anwendung einer neuen Methode in Aussicht steht. Dass dieser Stillstand auch auf einen bedauerlichen personellen Umstand auf Seiten der Ärzteschaft zurückgeht, ist bekannt, kann aber angesichts der Länge des Stillstandes nicht allein massgebend sein.

### 4.3. Einordnung

Das Gesetz legt in Art. 56 Abs. 6 KVG fest, dass in einem engen Rahmen und unter unmittelbarer Berücksichtigung der gesetzlichen Festlegungen eine bestimmte Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit vertraglich vereinbart wird. Dabei steht fest, dass das Parlament klar davon ausgeht, dass es sich um eine neue Methode handelt. Im heutigen Zeitpunkt – rund drei Jahre nach dem Inkrafttreten der gesetzlichen Änderung – wird nach wie vor die bisherige Methode angewendet, und zwar gestützt auf eine entsprechende vertragliche Vereinbarung. Es ist im heutigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass damit das Gesetz verletzt wird. Die Auslegung von Art. 56 Abs. 6 KVG ergibt, dass die Vertragsparteien eine neue Methode zu vereinbaren haben, und zwar innert einer relativ kurzen Übergangsfrist.

Damit ist davon auszugehen, dass die weitere Verwendung der ANOVA-Methode nicht mehr durch das Gesetz abgedeckt ist. Die darauf abzielende vertragliche Bestimmung muss in der Rechtsanwendung übergangen werden. Es muss die Wirtschaftlichkeitskontrolle im heutigen Zeitpunkt zwingend durch eine andere, überzeugendere Abklärungsmethode als die früher verwendete ANOVA-Methode vorgenommen werden.

## 5. Ergebnisse

Art. 56 Abs. 6 KVG ist so zu verstehen, dass in unmittelbarer Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festzulegen ist.

Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass es sich um eine neue und gemeinsam auszuarbeitende Methode handeln muss.

Die bisher verwendete ANOVA-Methode wird vom Parlament als nicht geeignet betrachtet.

Zur Einführung der neuen Methode stand eine kurze Übergangsfrist zur Verfügung, welche im heutigen Zeitpunkt längst abgelaufen ist.

Die vertragliche Vereinbarung, wonach die bisherige ANOVA-Methode weiterzuführen und in der Folge weiter zu entwickeln ist, wäre vom Gesetz gedeckt (gewesen), wenn unmittelbar die Ausarbeitung einer neuen Methode abgeschlossen hätte werden können. Im heutigen Zeitpunkt – drei Jahre nach dem Inkrafttreten der neuen Fassung von Art. 56 Abs. 6 KVG – ist die weitere Verwendung der ANOVA-Methode nicht mehr möglich. Sie muss unmittelbar durch eine andere Methode ersetzt werden bzw. es muss die Wirtschaftlichkeitsprüfung auf Grund anderer Vorgehensweisen durchgeführt werden. Unmittelbar anwendbar wäre etwa die Einzelfallprüfung.

Zürich, 21. Dezember 2015

(Prof. Dr. iur. Ueli Kieser)