

Gutachten

erstattet dem

Verein Ethik und Medizin in der Schweiz (VEMS)

zu Fragen

der Sachkunde bei den
Wirtschaftlichkeitsprüfungen in der
obligatorischen Krankenversicherung

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich/St. Gallen

Inhalt

1	Auftrag	2
2	Vorbemerkung	3
3	Fragestellung	3
4	Aufbau	3
5	Allgemeine Einordnung der krankenversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren 3	
6	Allgemeine Aspekte der Durchführung des Verwaltungsverfahrens im Sozialversicherungsrecht..	6
6.1	Sozialversicherungsrechtliches Verwaltungsverfahren als Teil des öffentlich-rechtlichen Verfahrensrechts	6
6.2	Rollenwechsel des Versicherungsträgers beim Wechsel zum Gerichtsverfahren	6
6.3	Gebot der Unabhängigkeit und Neutralität des Durchführungsorgans.....	8
6.4	Gebot der Sachkunde des Durchführungsorgans	8
6.5	Gebot der Objektivität des Durchführungsorgans.....	8
6.6	Grundsatz der Fairness des Verfahrens	8
6.7	Abstellen auf spezifisches Fachwissen	10
7	Ausgestaltung und Durchführung der Wirtschaftlichkeitsverfahren im Krankenversicherungsrecht 13	
7.1	Wirtschaftlichkeitsverfahren als Teil des sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens/rechtliche Grundlagen	13
7.2	Unabhängigkeit, Neutralität, Sachkunde und Objektivität	14
7.3	Einzelfragen des Wirtschaftlichkeitsverfahrens	14
7.3.1	Verhältnis Verwaltungsverfahren – Gerichtsverfahren	14
7.3.2	Rollenwechsel des Versicherungsträgers beim Übergang vom Verwaltungsverfahren zum Gerichtsverfahren	15
7.3.3	Untersuchungsprinzip	16
7.3.4	Beweismittel	16
7.3.5	Beweiswürdigung	16
8	Zusammenfassung: Beleuchtung der einzelnen Schritte des Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahrens 17	
8.1	Zur Fragestellung	17
8.2	Ablauf im Überblick und allgemeine Einordnung	17
8.3	Bestimmung der zu überprüfenden Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer.....	17
8.4	Besprechungen im Vorgang des gerichtlichen Verfahrens	18
8.5	Verfahren vor der Paritätischen Vertrauenskommission und analogen Einrichtungen	18
8.6	Verfahren vor dem Schiedsgericht	18
8.6.1	Ausgangspunkt: Klageverfahren, nicht Beschwerdeverfahren	18
8.6.2	Kein Parteirollenwechsel – durchgängige Parteistellung	19
8.6.3	Kein vorangehendes Abklärungsverfahren – Abklärung einzig im Gerichtsverfahren	19
8.6.4	Auswirkungen auf das Schiedsgericht.....	19
8.6.5	Neue Regelung des Schiedsgerichtes?	20
8.6.6	Hinweis zur Rechnungstellerstatistik	20
8.6.7	Ergebnis	20
9	Beantwortung der Fragen	21

1 Auftrag

Am 13. Februar 2017 wurde der Unterzeichnende angefragt, ob er zu bestimmten Fragen der Wirtschaftlichkeitsprüfung in der Krankenversicherung ein Gutachten schreiben könne. Dies wurde in der Folge grundsätzlich bejaht, worauf am 23. Februar 2017 der Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt und die zu beantwortenden Fragen gestellt wurden.

2 Vorbemerkung

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstattet. Es nennt alle verwendeten Quellen und bezeichnet gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten bei der Bewertung bestimmter Fragen. Wie üblich kann mit der Abgabe des vorliegenden Gutachtens nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Frage zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche im vorliegenden Gutachten als zutreffend bezeichnet werden.

3 Fragestellung

Im Rahmen des Gutachtens sind folgende Fragen zu beantworten:

Frage 1: Welchen rechtlichen Voraussetzungen hat das Verfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfung zu genügen? Insbesondere: Welche Sachkunde haben die Krankenversicherer bzw. die eingesetzten Gremien aufzuweisen?

Frage 2: Wie ist – ausgehend von der Beantwortung von Frage 1 – die heutige Ausgestaltung des Wirtschaftlichkeitsverfahrens zu beurteilen?

4 Aufbau

Im Aufbau hält sich das vorliegende Gutachten an die vorgenannte Frage. Es wird – im ersten Hauptteil – zunächst aufgezeigt, wie die krankenversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsverfahren einzuordnen sind. Dabei wird insbesondere zu beleuchten sein, welche verfahrensrechtliche Stellung die bei den Wirtschaftlichkeitsverfahren tätigen Gremien haben. Davon ausgehend ist zu klären, welche rechtsstaatlichen Grundsätze die tätig werdenden Gremien zu erfüllen haben. Hier wird Bezug zu nehmen sein auf die allgemeine Einordnung der Wirtschaftlichkeitsverfahren und auf Erkenntnisse aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht. In der Folge wird ein Zwischenergebnis zu formulieren sein. Gestützt auf dieses Zwischenergebnis kann – im zweiten Hauptteil – geprüft werden, wie die heutige verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Wirtschaftlichkeitsverfahren zu würdigen ist.

5 Allgemeine Einordnung der krankenversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren

Regelmässig haben sozialversicherungsrechtliche Leistungserbringer sich so zu verhalten, dass eine kostengünstige Leistungserbringung sichergestellt ist. Dies hat besondere Bedeutung im Bereich der

Krankenpflegeversicherung. Hier ist mit Art. 56 KVG bzw. Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG¹ eine eingehende Regelung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung aufgenommen worden. Von besonderer Bedeutung ist, dass die Versicherung für Leistungen, welche über das Mass der Wirtschaftlichkeit hinausgehen, die Vergütung verweigern kann. Eine zu Unrecht bezahlte Vergütung kann zurückgefordert werden, wie dies Art. 56 Abs. 2 KVG festlegt.² Dieser Normbefehl richtet sich primär an die Leistungserbringerinnen, indirekt allerdings auch an die Krankenversicherer. Erfasst vom Gebot der Wirtschaftlichkeit ist auch etwa der Bereich der Arzneimittel.³

Die Frage, wer in der Krankenversicherung die Wirtschaftlichkeitsprüfung gestützt auf welche Unterlagen in welcher Art und Weise vornehmen kann bzw. muss, ist nicht leicht zu entscheiden. Jedenfalls zeigt die Analyse der neuesten Entwicklung der Rechtsetzung, dass das Bundesamt für Gesundheit vermehrt Aufgaben im Bereich der Wirtschaftlichkeitsprüfung übernimmt. So haben die Versicherer nach Art. 28 KVV dem Bundesamt Daten bezogen auf die Wirtschaftlichkeitsprüfung zu liefern. Zudem müssen die Leistungserbringenden selber dem Bundesamt für Statistik Daten liefern, wobei diese Datenlieferung gerade auch mit Blick auf die Prüfung der Wirtschaftlichkeit erfolgt (Art. 30a KVV).

Die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit kann prospektiv erfolgen, doch wird in aller Regel erst eine rückwirkende Kontrolle durchgeführt. Dazu stehen verschiedene Methoden zur Verfügung. Es kann einerseits eine Einzelfallkontrolle vorgenommen werden und andererseits auf eine Wirtschaftlichkeitskontrolle mittels Durchschnittskostenvergleich zurückgegriffen werden. Bei der letztgenannten Methode, welche insbesondere bei ärztlicher Behandlung im ambulanten Bereich angewandt wird,⁴ werden die durchschnittlichen Kosten, welche ein Leistungserbringer ausgelöst hat, verglichen mit dem Fallkostendurchschnitt einer Gruppe von Leistungserbringern, denen der betreffende Leistungserbringer zugehört. Von zentraler Bedeutung ist dabei die zutreffende Erfassung der Vergleichsgruppe, welche homogen sein muss und in den massgebenden Gesichtspunkten dem betreffenden Leistungserbringer entsprechen muss. Regelmässig wird beim Vorliegen einer qualitativen Überschreitung des Durchschnittswerts die Annahme getroffen, dass im darüber liegenden Bereich eine unwirtschaftliche Behandlung vorliegt. Dabei gilt als Toleranzbereich ein Ansatz von 20 bis 30 Indexpunkten. Der Leistungserbringer kann durch das Vorbringen von Praxisbesonderheiten rechtfertigen, dass bei ihm ein darüber hinausgehender Wert ermittelt wird; von Bedeutung hierfür sind beispielsweise behandlungsintensive Patienten, ein sehr grosses Einzugsgebiet, das Fehlen von Notfallpatienten oder die Neuaufnahme der beruflichen Tätigkeit.

Zu beachten ist, dass bei den entsprechenden Rückforderungsverfahren wegen unwirtschaftlicher Behandlung nur die direkten Kosten, welche die betreffende Leistungserbringerin verursacht, berücksichtigt werden können. Indirekte Kosten, welche lediglich veranlasst wurden (beispielsweise durch die Verschreibung von Medikamenten oder durch die Anordnung von Laborkontrollen),

¹ Zur Frage der rechtlichen Grundlage vgl. BGE 141 V 25.

² Allgemein zu den Wirtschaftlichkeitsverfahren AMSTUTZ, 89 ff.; ATHANSOPOULOS, passim; DUC, 59 ff.; EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle, passim; EUGSTER, Überarztung, 97 ff.; GATTIKER, 1098 ff.; GIANELLA, 121 ff.; JAEFLI, 145 ff.; ISELIN, 106 ff.; JUNOD, 129 ff.; KESSLER/D'ANGELO/TRITTIN, 7; LUGINBÜHL, 1 ff.; SCHAFFHAUSER/KIESER, passim; WENGER, 69 ff.

³ Vgl. für ein Beispiel BGE 127 V 275.

⁴ Für ein – eher seltenes – Beispiel einer Rückforderung gegenüber einer stationären Einrichtung vgl. BGE 133 V 579.

können nicht Teil der Rückforderungssumme bilden.⁵ Zudem muss bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung berücksichtigt werden, welches die allfälligen kompensatorischen Einsparungen des betreffenden Leistungserbringers sind (beispielsweise Vermeiden von kostspieligen Spitalaufenthalten durch intensive Behandlung im ambulanten Bereich).⁶

Der Rückerstattungsanspruch wird von den einzelnen Krankenversicherungen, nicht jedoch von einem Krankenkassenverband durchgesetzt.⁷ Der Rückforderungsanspruch verwirkt nach Ablauf eines Jahrs seit Kenntnisnahme der unwirtschaftlichen Behandlung⁸ (relative Frist); mit dem Ablauf von fünf Jahren seit Einreichung der einzelnen Rechnung ist der Rückforderungsanspruch jedenfalls verwirkt (absolute Frist). In den Verträgen zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern sind oft besondere Vermittlungsverfahren vorgesehen, welche durchgeführt werden bevor gegebenenfalls eine Klage vor dem kantonalen Schiedsgericht einzureichen ist. Im Schiedsgerichtsverfahren sind vor allem die zutreffende Bestimmung der zu beweisenden Punkte, die korrekte Würdigung der Beweismittel und die Mitwirkungspflicht der Parteien von besonderer Wichtigkeit. Dabei muss berücksichtigt werden, dass statistische Materialien nur dann zum Beweis der unwirtschaftlichen Behandlung taugen, wenn sie in zutreffender Berücksichtigung der statistischen Erkenntnisse erstellt wurden⁹ und ein nachvollziehbares und schlüssiges Ergebnis vorliegt.

Art. 56 Abs. 6 KVG hält fest, dass Leistungserbringer und Versicherer vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festlegen. Diese Kompetenzzuordnung bedeutet nicht eine uneingeschränkte Einräumung einer Vertragsautonomie. Der Vertrag nach Art. 56 Abs. 6 KVG muss sich unmittelbar an die gesetzlichen Vorgaben halten und dabei Rücksicht nehmen auf die Art und Weise, 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. Die Entwicklungen nach dem Inkrafttreten von Art. 56 Abs. 6 KVG zeigen, dass es den beteiligten Parteien keineswegs einfach fällt, eine neue Methode vertraglich zu vereinbaren. Mit der Festlegung der Methode wird im Übrigen noch nicht bestimmt, wer in der Folge die Wirtschaftlichkeitsprüfung vorzunehmen hat. Angesichts der Vielfalt von Bestimmungen, welche sich auf die Wirtschaftlichkeitsprüfung beziehen, drängt sich eine umfassende Analyse auf, welche bezogen auf die Wirtschaftlichkeitsprüfung eine umfassende und alle Leistungserbringenden einschliessende Vorgehensweise festlegen soll. Zweckmässigerweise würde diese Gesamtschau nicht nur die Krankenversicherung, sondern auch andere Sozialversicherungszweige einbeziehen.

⁵ Vgl. BGE 137 V 43.

⁶ Vgl. zur Wirtschaftlichkeitsprüfung BGE 119 V 448 (Toleranzbereich), 127 V 46 (Rolle des Vertrauensarztes), 130 V 377 (Einschluss von veranlassten Kosten), 133 V 37 (Berücksichtigung von kompensatorischen Einsparungen).

⁷ Vgl. BGE 111 V 348.

⁸ Regelmässig ist dieser Zeitpunkt gegeben, wenn die einzelne Krankenversicherung die Rechnungstellerstatistik (RSS) von santésuisse erhält.

⁹ Diesbezüglich geht es etwa darum, dass näherer Aufschluss über die Zusammensetzung der Vergleichsgruppe gegeben wird; dazu BGE 136 V 415.

6 Allgemeine Aspekte der Durchführung des Verwaltungsverfahrens im Sozialversicherungsrecht

6.1 Sozialversicherungsrechtliches Verwaltungsverfahren als Teil des öffentlich-rechtlichen Verfahrensrechts

Das schweizerische Sozialversicherungsrecht bildet Teil des öffentlichen Rechts. Es wird von den Versicherungsträgern (etwa den Krankenversicherern) und der Bundesverwaltung (insbesondere dem Bundesamt für Gesundheit) durchgeführt. Diese Stellen und Behörden sind an die tragenden Grundprinzipien gebunden, welche im öffentlichen Recht gelten. Insbesondere beachten sie das Willkürverbot, den Rechtsgleichheitsgrundsatz, das Legalitätsprinzip sowie das Verhältnismässigkeitsgebot.

6.2 Rollenwechsel des Versicherungsträgers beim Wechsel zum Gerichtsverfahren

Das schweizerische Sozialversicherungsrecht ist so ausgestaltet, dass der Versicherungsträger und die Bundesbehörde im Verwaltungsverfahren eine andere Rolle einnehmen als im anschliessenden strittigen Verfahren. Während die genannten Stellen und Behörden im Verwaltungsverfahren nach den allgemeinen Prinzipien des öffentlichen Verfahrensrechts vorgehen, ändert ihre Aufgabe bei der Durchführung eines strittigen Verfahrens vor der Gerichtsinstanz. Hier wird die Stelle oder Behörde zu einer Partei, welche grundsätzlich berechtigt, befugt oder verpflichtet ist, die Parteiinteressen durchzusetzen. Das Bundesgericht verkennt diesen Rollenwechsel nicht. Nach bundesgerichtlicher Auffassung ist der entsprechende Rollenwechsel kennzeichnendes, typisches Element der schweizerischen Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens.

Nachfolgend findet sich ein Auszug aus dem Leitscheid des Bundesgerichts, welcher sich auf den vorgenannten Rollenwechsel bezieht. BGE 136 V 376 bezieht sich auf die Beweistauglichkeit von Administrativgutachten der Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) unter den Aspekten der Unabhängigkeit sowie der Verfahrensfairness und Waffengleichheit. Zusammengefasst wird in diesem Bundesgerichtsentscheid ausgeführt, dass aus der formellen Parteieigenschaft der Durchführungsstelle der Invalidenversicherung im gerichtlichen Prozess bzw. aus deren Legitimation zur Erhebung von Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht gefolgert werden darf, die Beweiserhebungen der Verwaltung im vorausgehenden nichtstreitigen Verfahren seien Parteihandlungen.

In BGE 136 V 376, 378 ff. wird folgendes ausgeführt:

„4.1.2 Nach ständiger Rechtsprechung handelt die IV-Stelle nicht als Partei, sondern als zur Neutralität und Objektivität verpflichtetes Organ des Gesetzesvollzuges, solange in der Sache kein Beschwerdeverfahren angehoben ist (BGE 114 V 228 E. 5a S. 234; BGE 104 V 209 E. 1c S. 211; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 551/86 vom 25. Mai 1987 E. 1b, nicht publ. in: BGE 113 V 159; so zuletzt bestätigt im Urteil 8C_845/2008 vom 4. März 2009 E. 3.1). Nach Eintritt der Rechtshängigkeit wird die Verwaltung zwar im prozessualen Sinne zur Partei; sie ist lite pendente indessen weiterhin der Objektivität verpflichtet und hat daher nicht auch im materiellen Sinn Parteieigenschaft. Auf dieser Rechtslage beruht auch die Judikatur über die Beweiskraft

versicherungsmedizinischer Berichte und Gutachten (BGE 125 V 351; BGE 122 V 157). Bei formell einwandfreien und materiell schlüssigen (das heisst beweistauglichen und beweiskräftigen) medizinischen Entscheidungsgrundlagen des Versicherungsträgers (Administrativgutachten) besteht daher nach der – kürzlich bestätigten – Rechtsprechung kein Anspruch auf eine gerichtliche Expertise (BGE 135 V 465 E. 4 S. 467).

4.2.1 Nach der Rechtsauffassung, wie sie in der gesetzlichen Ordnung über die Amtsermittlungspflicht des Sozialversicherungsträgers zum Ausdruck kommt, wird Beweis über sozialversicherungsrechtliche Ansprüche schwergewichtig auf der Stufe des Administrativverfahrens geführt, nicht im gerichtlichen Prozess. Hierin liegt eine Grundentscheidung des Gesetzgebers, deren Abänderung im formellen Gesetz vollzogen werden müsste (vgl. Art. 164 Abs. 1 lit. e-g BV). An der Ordnung schweizerischen Zuschnitts des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bislang nicht Anstoss genommen (vgl. den Nichtzulassungsentscheid *Bicer gegen Schweiz* vom 22. Juni 1999, in: VPB 2000 Nr. 138 S. 1341, betreffend BGE 122 V 157), ebenso wenig an der Rechtsprechung, die ein abschliessendes Abstellen auf MEDAS-Gutachten erlaubt (Nichtzulassungsentscheid der Europäischen Menschenrechtskommission [EKMR, bis 1998] *Baumgartner gegen Schweiz* vom 20. April 1998, in: VPB 1998 Nr. 95 S. 917, betreffend BGE 123 V 175; vgl. auch AHI 1997 S. 120, I 41/95).

4.2.2 Die Rechtsgutachter [gemeint: Jörg Paul Müller und Johannes Reich] gelangen zum Ergebnis, die gegenwärtige Ausgestaltung des Verfahrens zur Beurteilung von IV-Leistungsansprüchen genüge im Hinblick auf das grosse Gewicht der von den MEDAS erstellten Gutachten – jedenfalls ohne genügende kompensatorische Behelfe – dem in Art. 6 EMRK verankerten Recht auf ein faires Verfahren nicht. Nach ihrer Auffassung werden die IV-Stellen aufgrund von deren Beschwerdelegitimation im bundesgerichtlichen Verfahren (Art. 62 Abs. 1^{bis} ATSG und Art. 89 IVV in Verbindung mit Art. 201 Abs. 1 Satz 1 AHVV [SR 831.101]) zur Partei; die beigezogenen MEDAS-Administrativgutachten seien folglich als Beweismittel einer Partei zu betrachten. Damit hafte dem gesamten Abklärungsverfahren der Anschein der Einseitigkeit an, was die konventionsrechtlich geforderte Fairness und Waffengleichheit in Frage stelle.

Zu bedenken ist indessen, dass die Verwaltung aufgrund von Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG immer dann zur Beschwerde berechtigt ist, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. Daraus ist offenkundig nicht abzuleiten, jede – meist vorgängige – Sachverhaltsabklärung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren durch die betreffende Verwaltungseinheit sei Parteihandeln und das gerichtliche Abstellen darauf EMRK-widrig. Der rechtsgutachterlichen Schlussfolgerung liegt nicht die dargelegte rechtliche Konzeption zugrunde, wonach das Durchführungsorgan der Sozialversicherung als Behörde auch nach dem Übergang zum Anfechtungsstreitverfahren – trotz seiner formellen Parteistellung – an die rechtsstaatlichen Grundsätze (Art. 5 BV) gebundenes Verwaltungsorgan bleibt, welches zur Neutralität und Objektivität verpflichtet ist (vgl. neben den in E. 4.1.2 zitierten Urteilen BGE 105 V 186 E. 1 S. 188; ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, 2000, S. 157 Rz. 281 ff., S. 200 Rz. 388 ff. und S. 201 Rz. 391 ff.; STÉPHANE BLANC, *La procédure administrative en assurance-invalidité*, 1999, S. 11 ff. und 121 f.; FRANZ SCHLAURI, *Grundstrukturen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens in der Sozialversicherung*, in: *Verfahrensfragen in der Sozialversicherung*, Schaffhauser/Schlauri [Hrsg.], 1996, S. 26 f.; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, *Praxiskommentar zum VwVG*, 2009, N. 53 zu Art. 6 VwVG; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern [VRPG]*, N. 5 und 26 zu Art. 12 VRPG; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Bd. II, 1984, S. 838 f.). Im Hinblick auf diese verfassungsrechtliche Lage darf aus der formellen Parteieigenschaft der Durchführungsstelle im gerichtlichen Prozess bzw. der Legitimation zur Erhebung von Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht gefolgert werden, auch die Beweiserhebungen der IV-Stelle im (vorausgehenden) nichtstreitigen Verfahren bis zum Verfügungsersass seien Handlungen einer (formellen) Partei. Denn das Verfügungsverfahren zählt nicht zur Verwaltungsrechtspflege im Sinne des Anfechtungsstreitverfahrens, das heisst des Beschwerdeverfahrens (FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl. 1983, S. 14, 16 und 169; RHINOW/KOLLER/KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, 1996, S. 7 Rz. 25, S. 8 Rz. 31 und S. 144 Rz. 748). Was vor der IV-Stelle stattfindet, ist ein Einparteienverfahren mit dem/der Leistungsgesuchsteller/in als Partei und der IV-

Stelle als Behörde, welche nach den Grundsätzen des Amtsbetriebes die Herrschaft über das Verfahren innehat (SVR 2007 IV Nr. 22 S. 77, I 478/04 E. 2.2.4.3; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, 1979, S. 87 Ziff. 11.22, S. 113 ff. und 119 ff.; HÄNER, a.a.O., S. 147 Rz. 263; BENOIT BOVAY, Procédure administrative, 2000, S. 87; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4. Aufl. 1991, S. 217 Ziff. 953; PIERRE MOOR, Droit administratif, Bd. II, 1991, S. 126 f.; zur Frage der Rechtsanwendung von Amtes wegen und des Amtsbetriebs statt vieler: KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. 1998, S. 39 Rz. 112 ff. und S. 41 Rz. 117 f.; URS MÜLLER, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, 2010, S. 163 Rz. 911 ff. und S. 58 Rz. 292 ff.).“

6.3 Gebot der Unabhängigkeit und Neutralität des Durchführungsorgans

Der Versicherungsträger und die Behörde sind an die Gebote der Unabhängigkeit und der Neutralität gebunden. Dies lässt sich etwa daran erkennen, dass ein Versicherungsträger über die ihm gesetzlich zugeordneten Aufgaben hinaus nicht ohne weiteres zusätzliche Aufgaben übernehmen darf. Beispiel dafür bildet Art. 63 Abs. 3 und Abs. 4 AHVG, wonach den AHV-Ausgleichskassen nur unter bestimmten Voraussetzungen weitere Aufgaben übertragen werden dürfen.

6.4 Gebot der Sachkunde des Durchführungsorgans

Es gehört zu den Kennzeichen des Durchführungsorgans, dass ihm eine genügende Sachkunde zur Verfügung steht. Grundsätzlich müssen sich Versicherungsträger und Behörde so organisieren, dass sie einen gesicherten Zugang zur erforderlichen Sachkenntnis haben. Dabei ist nicht zwingend vorausgesetzt, dass die Stelle oder die Behörde selber mit eigenen Kräften handelt. Als zulässig wird an sich betrachtet, dass sie Dritte beauftragt. Dabei müssen die Dritten aber ihrerseits die massgebenden Grundsätze einhalten, welche für die Stelle oder Behörde gelten. So sind auch beauftragte Dritte an die Schweigepflicht gebunden und müssen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz beachten.

6.5 Gebot der Objektivität des Durchführungsorgans

Das Durchführungsorgan muss die Verwaltungsaufgabe unabhängig und mit einzigem Blick auf das Gesetz vollziehen. Das Legalitätsprinzip, welches das Verwaltungshandeln steuert, gebietet, dass das Durchführungsorgan sich nach Massgabe des Gesetzes verhält. Damit ist verbunden, dass nur solche Ziele verfolgt werden dürfen, welche im Gesetz angelegt sind. Zudem dürfen nur Mittel eingesetzt werden, welche gesetzlich vorgesehen sind.

6.6 Grundsatz der Fairness des Verfahrens

Art. 6 Abs. 1 EMRK bestimmt, dass über Streitigkeiten „in einem fairen Verfahren“ entschieden wird.¹⁰ Dass die Rückforderungen der Krankenversicherer unter die Streitigkeiten im genannten Sinne fallen, ist unbestritten.

Der Grundsatz der Fairness ist in vielfältiger Weise konkretisiert worden. Nachstehend finden sich Äusserungen in der Lehre und in Materialien dazu. Diese Äusserungen werden so gruppiert, dass

¹⁰ Dazu GAEDE, passim.

zunächst allgemeine Festlegungen wiedergegeben werden. In der Folge geht es um Ausführungen zum Prinzip der Fairness im Gerichtsverfahren.

„Je vollständiger und besser verfügbar Handelsinformationen sind, desto effizienter ist der Prozess der Preisbildung und desto grösser ist das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Fairness und damit die Funktionsfähigkeit des Effektenmarktes.“¹¹ „Die Beziehung zwischen der IV-Stelle und den Versicherten muss auf Fairness und Nachvollziehbarkeit beruhen. So kann eine optimale Kommunikation erreicht werden, was wiederum eine bessere Akzeptanz des Entscheides mit sich bringt.“¹²

Der Grundsatz der Fairness des Verfahrens hat gerade bezogen auf die schwächere Partei grosse Auswirkungen: „Anders verhält es sich bei geschäftsunkundigen, sozial und wirtschaftlich schwächeren Parteien, oder auch bei solchen Parteien, – obwohl wirtschaftlich und sozial durchaus ebenbürtig oder gar stärker – denen durch unseriöse Machenschaften ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts in unzulässiger Weise entzogen wird (z. B. wenn die eine Partei die unvorteilhafte Lage der Gegenpartei in Verletzung elementarer Regeln der Fairness ausnützt, um zu einem prozessualen Vorteil zu gelangen, den sie sonst nicht erreicht hätte).“¹³

Bei solchen Ausgangslagen gebietet der Grundsatz der Waffengleichheit eine bestimmte Korrektur. So muss z.B. die Anklagebehörde den Beschuldigten über alle Beweismittel informieren, welche für und gegen ihn sprechen; dabei handelt sich um eine Auswirkung des Grundsatzes der Waffengleichheit.¹⁴ Es muss deshalb die Wissensparität beachtet und es müssen die Grundlagen und die Anwendung auf den konkreten Fall erläutert werden.¹⁵ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte prüft dabei, ob das gesamte Verfahren (inkl. Beweisverfahren) fair war; nicht Gegenstand der Überprüfung bilden die einzelnen Beweisschritte, weil diesbezüglich auf das innerstaatliche Recht abzustellen ist.¹⁶

Aus der Rechtsprechung zum Fairnessprinzip ist nachfolgend auf zwei Urteile hinzuweisen:

„2.1 Die (im durch BGE 137 V 210 E. 4.4.1.4 [oben E. 1.1] definierten Umfang bestehende) Verpflichtung der Beschwerdeinstanzen, Gerichtsgutachten einzuholen, dient aus Sicht der versicherten Person zunächst der Fairness des Verfahrens (vgl. BGE 137 V 210 E. 4.2 S. 259); diese wiederum ist wesentliche Voraussetzung einer tragfähigen medizinischen Entscheidungsgrundlage (vgl. BGE 138 V 271 E. 1.2.1 und 1.2.2 S. 275 f.; 137 V 210 E. 2.5 S. 241 mit Hinweisen). An einer solchen müssen versicherte Person und IV-Stelle gleichermassen ein Interesse haben. Zu bedenken ist dabei, dass die IV-Stelle nicht als Partei handelt, sondern als zur Neutralität und Objektivität verpflichtetes Organ des Gesetzesvollzuges, solange in der Sache kein Beschwerdeverfahren angehoben ist. Selbst nach Eintritt der Rechtshängigkeit wird die Verwaltung zwar im prozessualen Sinne zur

¹¹ So Eidgenössisches Finanzdepartement, Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastuktur (FinfraG) Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 29. November 2013, 45.

¹² Der Abklärungsprozess in der Invalidenversicherung bei Rentenentscheiden, Forschungsbericht (des Bundesamtes für Sozialversicherung) 4/15.

¹³ So BBl 1983 I 301 (Botschaft IPRG). – Vgl. zu Besonderheiten des IV-rechtlichen Abklärungsverfahrens LENDFERS, 10 ff.; zum Fairnessgebot im Allgemeinen SCHMUCKLI, passim; WIEDERKEHR, passim.

¹⁴ Dazu MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, Art. 6 Rz. 106.

¹⁵ Dazu MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, Art. 6 Rz. 111.

¹⁶ Dazu MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, Art. 6 Rz. 139.

Partei; sie ist lite pendente indessen weiterhin der Objektivität verpflichtet und hat daher nicht auch im materiellen Sinn Parteieigenschaft (BGE 136 V 376 E. 4.1.2 S. 378 mit Hinweisen).“¹⁷

„4.2.1 Der Anspruch auf faires Verfahren bzw. rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) beinhaltet auch den Anspruch, zum Beweis über bestrittene rechtserhebliche Sachverhalte zugelassen zu werden. Nicht beweisbedürftig sind demgegenüber Sachfragen, die nicht rechtserheblich oder nicht umstritten sind. Der Anspruch auf ein faires Verfahren schliesst zudem nicht aus, dass das Verfahren für die Feststellung des massgebenden Sachverhalts bestimmten Formvorschriften unterstellt wird und dass das Gericht aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung beantragte Beweise nicht abnimmt, wenn es zum Ergebnis kommt, dass der Sachverhalt genügend geklärt ist oder das beantragte Beweismittel zu seiner Erhellung nichts beiträgt (Urteil 5A_798/2009 vom 4. März 2010 E. 3, nicht publ. in: BGE 136 I 178; BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148).“¹⁸

Zusammengefasst gilt bezogen auf das Prinzip der Fairness folgendes:

„Bedeutsam ist auch das in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) für die gerichtlichen Verfahren garantierte Recht auf ein faires Verfahren, das den Grundsatz der Waffengleichheit umfasst. Dieser soll nicht nur eine formale Gleichheit der prozessualen Rechtspositionen der Parteien (in einem Gerichtsverfahren), sondern weitergehend auch ihre (durch das Gericht zu verwirklichende) materielle Gleichwertigkeit im Sinne einer prozessualen Chancengleichheit gewährleisten. Das Sozialversicherungsverfahren ist geprägt durch ein relativ hohes Mass an Ungleichheit zwischen den Beteiligten zu Gunsten der Verwaltung, weil regelmässig eine versicherte Person gegen einen Sozialversicherungsträger prozessiert, der eine von ihr begehrte Leistung abgelehnt hat. Dieser Person, die sich oftmals in einer schwierigen sozialen Lage befindet und nur über geringe finanzielle Mittel verfügt, steht eine spezialisierte Fachverwaltung mit erheblichen finanziellen Ressourcen, besonders ausgebildeten Sachbearbeitern und entsprechend geschulten juristischen und medizinischen Fachpersonen gegenüber. Allerdings verpflichtet Art. 6 Ziff. 1 EMRK die Vertragsstaaten nicht, eine vollständige Waffengleichheit zwischen den Parteien herzustellen. Aus der Konvention ergibt sich jedoch ein Anspruch der versicherten Person, nicht in eine prozessuale Lage versetzt zu werden, aus der sie keine vernünftige Chance hat, ihre Sache dem Gericht zu unterbreiten, ohne gegenüber den andern Verfahrensbeteiligten klar benachteiligt zu sein. Das an die gerichtlichen Instanzen gerichtete Fairnessgebot entfaltet Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren. Da sich die Beschwerdeinstanzen auf die Sachverhaltsabklärungen des nach dem Willen des Gesetzgebers hierzu in erster Linie zuständigen Versicherungsträgers stützen dürfen und die Fairness im Verlaufe des funktionellen Instanzenzuges insgesamt eingehalten werden muss, muss bereits das Verwaltungsverfahren dem Fairnessgebot genügen. Stellt das Gericht im Einzelfall einen Verstoss gegen das Fairnessgebot fest, korrigiert es den angefochtenen Verwaltungsentscheid. Wer den strukturelle Nachteile festgestellt, von welchen Leistungsansprecher der Sozialversicherung typischerweise betroffen sind, bedarf es gegebenenfalls struktureller Korrekturen, wie sie das Bundesgericht im Falle von MEDAS- Gutachten angeordnet hat. Das Waffengleichheitsgebot gilt im gesamten Verfahren der Sachverhaltsabklärung.“¹⁹

6.7 Abstellen auf spezifisches Fachwissen

Bei den Wirtschaftlichkeitsverfahren in der Krankenversicherung kommt den Vertretungen der beteiligten Parteien grosse Bedeutung zu.²⁰ Diese sollen der Gerichtsinstanz die Fachkunde, welche zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeitsfragen benötigt wird, vermitteln.²¹ Ausgehend davon ist

¹⁷ Urteil 9C_971/2012, vom 13. Februar 2013.

¹⁸ So Urteil 2C_257/2011, vom 25. Oktober 2011.

¹⁹ So LEUZINGER-NAEF, 35-36.

²⁰ Zur Zusammensetzung des Schiedsgerichts vgl. Ziff. 8.7.

²¹ Dazu Ziff. 8.7.

nachfolgend auf die Frage einzugehen, ob sich aus einem solchen Einbezug des Fachwissens verfahrensrechtliche Fragen ergeben. Zu klären sind also grundrechtliche Probleme bei der Nutzung technischen Fachwissens des Gerichts. Dazu hat sich die Literatur folgendermassen geäussert:

„[Rz 14] Gerichtsinternes technisches Fachwissen bringt das Verständnis der betroffenen Rechtskreise unmittelbar in den kollegialgerichtlichen Meinungsbildungsdiskurs ein und unterstützt damit einen *multidisziplinären Ansatz bei der Problembewältigung*. Der Einbezug des technischen Fachwissens wird im Unterschied zum externen Gerichtsgutachten diskursiver und einfacher ausgestaltet. Die Beantwortung strittiger fachtechnischer Fragen ist weniger aufwändig. Das Gericht kommt deshalb seiner Kognitionsverpflichtung verstärkt nach und überprüft auch fachtechnische Aspekte eines Verwaltungsentscheids eigenständig. (...)“

[Rz 15] Dennoch ergeben sich im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bei der Nutzung gerichtsinternen Fachwissens einige grundrechtliche Probleme, die es in der Folge näher zu betrachten gilt.

1. Mangelhafte Transparenz

[Rz 16] In erster Linie zeichnet sich bei der Nutzung der gerichtsinternen Fachressourcen ein Problem bezüglich der Transparenz ab.

[Rz 17] Im Asylrecht stellen die Berichte der Dienststelle «Länderexpertise» oft die entscheidende Basis für die Abweisung oder Gutheissung eines Asylantrags dar.³⁵ Diese Berichte sind jedoch allesamt *nicht öffentlich* zugänglich. Nicht einmal die Verfahrensparteien haben eine Einsichtsmöglichkeit. Offengelegt werden im Urteil lediglich die explizit verwendeten Passagen einer Expertise. Meist werden auch die Grundlagen dieser Berichte und die angewandten Arbeitsmethoden nicht genannt. Nur teilweise gehen die Quellen, die für eine interne Länderexpertise verwendet wurden, aus den Urteilen hervor. Den Parteien ist es zudem nicht möglich, nachzuvollziehen, welche *konkreten Experten* an einem im Urteil verwendeten Bericht mitgearbeitet haben.

[Rz 18] Soweit ersichtlich, wird den Parteien in einem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auch nicht angezeigt, wann ein Richter von einem gerichtsinternen Ökonomen unterstützt wird. Jedenfalls wird in den Urteilen nicht auf gerichtsinterne ökonomische Expertisen Bezug genommen. Ebenso wenig geht aus den Urteilen hervor, wann «privates» Fachwissen eines Richters Einfluss in ein Verfahren findet.

[Rz 19] Eine einheitliche Praxis zur Offenlegung gerichtsinternen Fachwissens besteht im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht jedenfalls nicht. Vielmehr wird das gerichtsinterne Fachwissen den Parteien in den meisten Fällen nicht offengelegt. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob dies mit dem *Anspruch auf rechtliches Gehör* der Verfahrensparteien nach Art. 29 Abs. 2 BV zu vereinbaren ist.

[Rz 20] Teilaspekt des Gehörsanspruchs ist das Akteneinsichtsrecht. Dieses vermittelt den Verfahrensparteien einen voraussetzungslosen Anspruch auf Einsicht in alle *verfahrenswesentlichen Akten*. Verfahrenswesentlich sind sämtliche Akten, die theoretisch dazu geeignet sind, einen Entscheid zu beeinflussen. Ein tatsächlicher Einfluss der nachgefragten Akte ist demnach nicht notwendig. Der Entscheid, ob eine Akte für den Ausgang des Verfahrens relevant sein könnte, muss bei der Verfahrenspartei liegen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden „behördeninterne“ Akten bislang jedoch nicht vom Akteneinsichtsrecht erfasst. Als behördenintern gelten Akten, die ausschliesslich der Meinungsbildung innerhalb der Entscheidbehörde dienen und insbesondere keinen Beweischarakter haben.⁴⁵ Folglich stellt sich die Frage, ob das gerichtsinterne technische Fachwissen *lediglich zur Beweiswürdigung* und damit zur behördeninternen Meinungsbildung dient, oder ob das interne Fachwissen auch als *Beweismittel* verwendet wird.

[Rz 21] Zumindest *teilweise* kommt den gerichtsinternen Expertisen im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht sicherlich Beweischarakter zu: Die Berichte der Dienststelle «Länderexpertise» stellen zweifelsohne Beweismittel dar. Ebenso qualifizieren die Expertisen der gerichtsinternen Ökonomen wohl – zumindest teilweise – als Beweismittel. Ein anderes Bild zeigt sich beim gesetzlich nicht vorgesehenen internen Fachwissen. Ein

Bundesverwaltungsrichter, der neben der juristischen auch über eine medizinische Ausbildung verfügt, wird wohl kaum selbst medizinische Begutachtungen vornehmen. Sein Expertenwissen wird vermutungsweise vorwiegend zur gerichtsinternen Beweiswürdigung respektive Meinungsbildung genutzt.

[Rz 22] Stellt eine gerichtsinterne Expertise ein Beweismittel dar, so muss den Verfahrensparteien grundsätzlich vollständige Einsicht in diese Expertise gewährt werden. Das Akteneinsichtsrecht ist *vor Urteilsfällung* zu gewähren. Es genügt somit nicht, wenn die Expertise erst nach richterlicher Würdigung durch Einbezug in die Urteilsbegründung zum Ausdruck kommt.

[Rz 23] Das Akteneinsichtsrecht kann jedoch *eingeschränkt* werden, wenn eine gesetzliche Grundlage gegeben ist, öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen bestehen und die Einschränkung verhältnismässig erscheint. Gemäss Art. 27 VwVG (i.V.m. Art. 37 VGG) darf das Bundesverwaltungsgericht die Einsichtnahme in eine Akte verweigern, wenn wesentliche öffentliche oder private Interessen dies erfordern. Art. 27 VwVG stellt demnach die gesetzliche Grundlage für die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht dar. Das Gericht muss die Interessen an der Akteneinsicht und die Interessen an der Abweisung eines Einsichtsbegehrens gegeneinander abwägen und dabei den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. (...)

2. Rechtsgleichheit der Beschwerdeführenden

[Rz 26] Ein weiteres grundrechtliches Spannungsfeld ergibt sich aus der Tatsache, dass gerichtsinternes technisches Fachwissen am Bundesverwaltungsgericht die Ausnahme und *nicht die Regel* darstellt.

[Rz 27] Die *Prüfungsdichte*, die das Bundesverwaltungsgericht im konkreten Fall anwendet, hängt stark davon ab, ob es in einem bestimmten Fachgebiet internes Fachwissen zur Verfügung hat oder nicht. In Bereichen, in denen dem Bundesverwaltungsgericht interne Fachressourcen fehlen, räumt es den vorinstanzlichen Verwaltungsbehörden «technisches» Ermessen ein und überprüft die fachtechnischen Verwaltungsausführungen kaum eigenständig. In den Bereichen hingegen, in denen das Bundesverwaltungsgericht auf interne Fachressourcen zurückgreifen kann, kommt es seiner Kognitionsverpflichtung nach Art. 49 VwVG vermehrt nach.

[Rz 28] (...) Überprüft das Bundesverwaltungsgericht fachtechnische Fragen in einigen Fällen uneingeschränkt und mittels eigener Fachressourcen, während es denselben Fragetypus in anderen Fällen nicht oder nur auf die Plausibilität der vorinstanzlichen Ausführungen hin kontrolliert, stellt sich die Frage, ob dies mit der *Rechtsgleichheit* der Beschwerdeführenden zu vereinbaren ist.

[Rz 29] Art. 8 Abs. 1 BV besagt, dass jeder Mensch einen Anspruch darauf hat, vom Staat gleich wie andere Menschen behandelt zu werden, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden. Die Behörden trifft die Pflicht, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.⁶⁶ Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung bedingt, dass die gleiche Behörde eine bestimmte Regelung rechtsgleich anwendet. Die fachbereichsspezifische Einschränkung der Prüfungsdichte durch das Bundesverwaltungsgericht stellt eine *ungleiche Anwendung von Art. 49 VwVG* dar. Dabei ist das Unterscheidungskriterium, ob das Gericht interne Fachressourcen zur Verfügung hat oder nicht. (...) Eine rechtsgleiche Anwendung von Art. 49 VwVG kann auch erreicht werden, wenn in den Fällen, in denen ein Rückgriff auf internes Fachwissen nicht möglich ist, *externe Experten nach Art. 12 lit. e VwVG* beigezogen werden. Es besteht folglich kein öffentliches Interesse an einer fachbereichsspezifischen Einschränkung der Prüfungsdichte durch das Bundesverwaltungsgericht. Die rechtungleiche Anwendung von Art. 49 VwVG basiert nicht auf sachlichen Gründen. Im Einzelfall kann dadurch eine *Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots* im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV resultieren.²²

²² So BINDER, Technisches Fachwissen, Rz. 14 ff.

Diese Ausführungen zeigen, dass bezogen auf die Verwertung von Fachwissen innerhalb einer Gerichtsinstanz Zurückhaltung notwendig ist und Rahmenbedingungen zu beachten sind. Es wird nachfolgend zu prüfen sein, wie es sich diesbezüglich mit dem Fachwissen innerhalb des Schiedsgerichts nach Art. 89 KVG verhält.²³

7 Ausgestaltung und Durchführung der Wirtschaftlichkeitsverfahren im Krankenversicherungsrecht

7.1 Wirtschaftlichkeitsverfahren als Teil des sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens/rechtliche Grundlagen

Dass im Sozialversicherungsrecht überprüft wird, ob die Leistungserbringenden die Leistungsvoraussetzungen (im Krankenversicherungsrecht: Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen) überprüfen, legt das Gesetz entsprechend fest.²⁴ Dabei handelt es sich um ein im Verfahren, welches durch das Sozialversicherungsrecht geordnet wird.

Im Krankenversicherungsrecht – dem hier primär interessierenden Bereich – legt Art. 56 Abs. 6 KVG bezüglich des Verfahrens folgendes fest:

6 Leistungserbringer und Versicherer legen vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit fest.

Hier wird eine beweisrechtliche Aussage gemacht, indem bestimmt wird, wie die Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festgelegt wird.

Art. 59 Abs. 2 KVG legt bezogen auf die Zuständigkeit Folgendes fest:

2 Über Sanktionen entscheidet das Schiedsgericht nach Artikel 89 auf Antrag eines Versicherers oder eines Verbandes der Versicherer.

Art. 89 KVG bezieht sich auf das Schiedsgericht und ordnet das Folgende:

Art. 89 Kantonales Schiedsgericht

1 Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern entscheidet ein Schiedsgericht.

2 Zuständig ist das Schiedsgericht desjenigen Kantons, dessen Tarif zur Anwendung gelangt, oder desjenigen Kantons, in dem die ständige Einrichtung des Leistungserbringers liegt.

3 Das Schiedsgericht ist auch zuständig, wenn die versicherte Person die Vergütung schuldet (System des Tiers garant, Art. 42 Abs. 1); in diesem Fall vertritt ihr Versicherer sie auf eigene Kosten.

4 Der Kanton bezeichnet ein Schiedsgericht. Es setzt sich zusammen aus einer neutralen Person, die den Vorsitz innehat, und aus je einer Vertretung der Versicherer und der betroffenen Leistungserbringer in gleicher Zahl. Die Kantone können die Aufgaben des Schiedsgerichts dem kantonalen Versicherungsgericht übertragen; dieses wird durch je einen Vertreter oder eine Vertreterin der Beteiligten ergänzt.

²³ Dazu Ziff. 8.7.

²⁴ Vgl. Art. 56 und Art. 59 KVG, Art. 54 und Art. 54a UVG.

5 Der Kanton regelt das Verfahren; dieses muss einfach und rasch sein. Das Schiedsgericht stellt unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen fest; es erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei.

6 Die Entscheide werden, versehen mit einer Begründung und einer Rechtsmittelbelehrung sowie mit den Namen der Mitglieder des Gerichts, schriftlich eröffnet.

7.2 Unabhängigkeit, Neutralität, Sachkunde und Objektivität

Die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit im Krankenversicherungsrecht muss vor einem unabhängigen Schiedsgericht im Sinne von Art. 89 KVG erfolgen. Die Rechtsprechung betont dies sowohl bezogen auf die vorsitzende Person wie auch mit Blick auf die Vertretungen der Beteiligten. Es gilt bezogen auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung Folgendes:

„Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK geben auch im Rahmen von Art. 89 KVG einen Anspruch auf einen gesetzlichen und unparteiischen Richter (K 139/04 E. 3.5 m.H. = SVR 2006 KV 31; 9C_149/2007 E. 3.5 = SVR 2008 KV Nr. 17), was auch Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist (K 153/03 E. 2.1.2 m.H.; 9C_393/2007 E. 3.4.1). Der Anspruch umfasst ebenfalls das Recht, dass diejenigen Richter mitentscheiden, die auf gesetzlichem Weg gewählt bzw. ernannt worden sind (K 97/04 E. 3 = RKUV 2005 KV 318 71), und das Recht auf eine (numerisch) richtige Besetzung des Gerichts (K 28/06 E. 1.3; K 139/04 E. 3.5 = SVR 2006 KV 31; 9C_149/2007 E. 3.5 = SVR 2008 KV Nr. 17). Die Mitwirkung von vier nicht formgültig gewählten Schiedsrichtern verletzt Art. 30 Abs. 1 BV (K 27/04 = SVR 2006 KV Nr. 3; vgl. a. K 97/04 E. 6 ff. = RKUV 2005 KV 318 71), ebenso das Versäumnis, die Auswechslung der Vertretung der KVers der beklagten Ärztin mitzuteilen (K 153/03 E. 2.2).“²⁵

Die Neutralität wird im Gesetz als zwingende Voraussetzung für den Vorsitz des Schiedsgerichts genannt.²⁶ Diese vorgeschriebene Zusammensetzung des Schiedsgerichts „stellt eine bundesrechtliche, für die Kantone verbindliche Minimalvorschrift dar. Die paritätische Besetzung mit Vorsitz einer neutralen Person ist gleichsam Wesensmerkmal des Schiedsgerichts.“²⁷

Dass das Schiedsgericht neben der neutralen vorsitzenden Person aus je einer Vertretung der Versicherer und der betroffenen Leistungserbringenden zusammengesetzt ist, erklärt sich daraus, dass damit dem Schiedsgericht die notwendige Fachkunde vermittelt werden soll. Der Gesetzgeber hat sich also dafür entschieden, dem Gericht eine „interne“ Wissensvermittlung zu erlauben.²⁸

7.3 Einzelfragen des Wirtschaftlichkeitsverfahrens

7.3.1 Verhältnis Verwaltungsverfahren – Gerichtsverfahren

Die Aufteilung zwischen der Phase des Verwaltungsverfahrens und der Phase des Gerichtsverfahrens ist in verschiedener Hinsicht zentral. Dabei muss nämlich berücksichtigt werden, dass die Rolle der

²⁵ So EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 89 Rz. 15.

²⁶ Vgl. Art. 89 Abs. 4 KVG.

²⁷ So EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 89 Rz. 14.

²⁸ Näheres dazu in Ziff. 8.7 sowie bei KIESER, Formelle Fragen, 101 ff.

Verwaltung bzw. – im Versicherungsrecht – des Versicherungsträgers beim Wechsel vom Verwaltungsverfahren zum Gerichtsverfahren eine Veränderung erfährt. Im Verwaltungsverfahren ist der Versicherungsträger vollumfänglich an die vorgenannten Prinzipien – Unabhängigkeit, Neutralität, Sachkunde, Objektivität – gebunden. Wenn derselbe Versicherungsträger ein Streitverfahren führt – eben: vor einem Gericht bzw. im hier interessierenden Zusammenhang vor dem Schiedsgericht nach Art. 89 KVG – nimmt der Verwaltungsträger die Parteirolle ein.²⁹ Es ergibt sich dabei ein Rollenwechsel; zwar bleibt der Versicherungsträger an die genannten allgemeinen Prinzipien gebunden, doch tritt zugleich hinzu, dass der Versicherungsträger Verfahrenspartei wird.

Mit diesem Rollenwechsel verbunden sind Auswirkungen in weiterer Hinsicht. Dabei steht die Bedeutung des Untersuchungsprinzips im Vordergrund. Zwar gilt dieses Prinzip sowohl im Verwaltungsverfahren wie auch im Gerichtsverfahren.³⁰ Allerdings hat das Untersuchungsprinzip im Gerichtsverfahren eine anderer Bedeutung als im Verwaltungsverfahren; im Gerichtsverfahren (welches sich an ein Verwaltungsverfahren anschliesst) wird der Sachverhalt nicht grundlegend neu abgeklärt, sondern lediglich bezogen auf noch strittige und als solche bezeichnete Punkte. Es gilt also diesbezüglich gewissermassen ein gemildertes Rügeprinzip.³¹ Weil also im Verwaltungsverfahren typischerweise die Sachverhaltsabklärung erfolgt, kann im daran anschliessenden Beschwerdeverfahren das Untersuchungsprinzip gemildert berücksichtigt werden.

Diese besondere Ausgangslage besteht allerdings nicht, wenn ein Verfahren vor dem Schiedsgericht durchgeführt wird. Beim Schiedsverfahren nach Art. 89 KVG kommt nämlich die besondere Ausgangslage hinzu, dass hier dem Gerichtsverfahren kein Verwaltungsverfahren vorangeht. Anders als in den durch das ATSG geordneten Sozialversicherungsbereichen, wird kein formelles, an die allgemeinen Prinzipien (Gehörsanspruch, Untersuchungsprinzip etc.) gebundenes Verfahren durchgeführt. Diese besondere Verfahrensausgestaltung konkretisiert sich etwa darin, dass im Vorverfahren der Kontakt nicht mit den einzelnen Krankenversicherern erfolgt, sondern einzig mit der beauftragten Stelle.³² Es fehlt also im vorgelagerten Verfahren am Abschluss mit einer Verfügung oder am Einspracheverfahren, wie es nach Art. 49 und Art. 52 ATSG für das Sozialversicherungsrecht allgemein gilt.

7.3.2 Rollenwechsel des Versicherungsträgers beim Übergang vom Verwaltungsverfahren zum Gerichtsverfahren

Wenn ein Versicherungsträger sich im Verwaltungsverfahren als Durchführungsorgan betätigt, hat er eine andere Rolle als im Gerichtsverfahren, in welchem er Partei ist. Entsprechend bezieht sich das Bundesgericht auf einen entsprechenden „Rollenwechsel“ des Versicherungsträgers.³³ Zwar betont das Bundesgericht Grenzen des „Rollenwechsels“ und weist insbesondere auf die weiterhin bestehende Verpflichtung zur Objektivität hin.³⁴ Dennoch liegt ober ein offener Rollenwechsel vor.

²⁹ Dazu Ziff. 8.7.

³⁰ Dazu etwa Art. 43, Art. 61 lit. c ATSG.

³¹ Dazu EGLI, Rechtsverwirklichung, 166: Das Gericht wird „innerhalb des Streitgegenstandes nicht beanstandete Punkte nur zurückhaltend aufgreifen.“

³² Es handelt sich dabei regelmässig um die *santésuisse*.

³³ Vgl. Urteil 9C_161/2011, vom 3. Mai 2011, E. 3.4.

³⁴ Dazu Ziff. 6.2.

7.3.3 Untersuchungsprinzip

Dass im Sozialversicherungsrecht das Untersuchungsprinzip gilt, ist schon früh als Ausdruck davon verstanden worden, dass damit die Überlegenheit des Versicherungsträgers ausgeglichen werden soll.³⁵ Es gehört insoweit dazu, dass die sozialversicherungsrechtlichen Gerichtsinstanzen „in gewisser Hinsicht *anwaltliche* Aufgaben für den Versicherten übernehmen“.³⁶

Was die Bedeutung der Untersuchungsmaxime betrifft, ist von zentraler Bedeutung, ob eine Zweiteilung des Verfahrens in Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren besteht oder ob das Untersuchungsprinzip einzig für das Gerichtsverfahren vorgeschrieben ist. Wenn letzteres gilt, verlagert sich die Abklärungspflicht in das Gerichtsverfahren. In solchen Fällen darf das Gericht nicht unbesehen auf die von einer Partei vorgelegten Unterlagen abstellen; denn diese Unterlagen stammen bei einer solchen Ausgangslage nicht von einer Partei, welche – wie es sich bei den sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren verhält – gegebenenfalls zuvor die Unterlagen im Rahmen des Untersuchungsprinzips beschaffen musste und dabei nach den Grundsätzen der Objektivität und Neutralität vorgehen musste. Bei den sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren muss zwar das Versicherungsgericht den Sachverhalt nur insoweit überprüfen bzw. abklären, als dies von einer Partei entsprechend verlangt wird. Anders ist es aber bei den originären Klageverfahren; hier fehlt es ja eben gerade an einer zuvor bereits erfolgten objektiven Abklärung des Sachverhalts. Bei diesen originären Klageverfahren haben Parteivorbringen nicht den Anschein der Objektivität, sondern müssen im Rahmen der gerichtlich vorzunehmenden Sachverhaltsabklärung auf ihre Überzeugungskraft hin überprüft werden.

7.3.4 Beweismittel

Im Sozialversicherungsrecht bestehen keine Beweismittelbeschränkungen. Es sind alle den Parteien zur Verfügung stehenden bzw. von der Behörde erhebbaren Beweise abzunehmen. Zulässig sind also Akten, Urkunden, Gutachten, Zeugenaussagen, Augenscheine etc.

7.3.5 Beweiswürdigung

Die Beweiswürdigung erfolgt im Sozialversicherungsrecht generell unter Berücksichtigung des Beweisgrades der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Die Behörde nimmt insoweit ein Sachverhaltselement als gegeben an, wenn keine ernsthaften Einwände gegen die entsprechende Annahme sprechen. Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit lässt sich nicht prozentual quantifizieren; mindestens steht fest, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht voraussetzt, dass eine Überzeugung von mindestens 75 Prozent bestehen muss.

³⁵ Dazu BBl 1015 IV 243: „Aber gerade diese Überlegenheit der Anstalt [gemeint: Suva] ist ein Grund mehr, dem Gerichte einen ausgleichenden Einfluss auf die Geltendmachung der Parteistandpunkte einzuräumen.“

³⁶ So EGI, Rechtsverwirklichung, 168.

8 Zusammenfassung: Beleuchtung der einzelnen Schritte des Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahrens

8.1 Zur Fragestellung

Ausgehend von den vorstehend gewonnenen Ergebnissen ist – im Sinne einer Synthese – auf die einzelnen Schritte des Wirtschaftlichkeitsverfahrens einzugehen und eine Einordnung vorzunehmen.

8.2 Ablauf im Überblick und allgemeine Einordnung

Das Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren in der Krankenversicherung ist dadurch gekennzeichnet, dass die rückfordernden Krankenversicherer nicht befugt sind, Verfügungen zu erlassen. Der Grund dafür liegt in der Ausgangslage, dass die Bestimmungen des ATSG auf das Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren keine Anwendung finden.³⁷ Sofern im Zusammenhang mit einem Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren eine Streitigkeit entsteht, ist diese auf dem Gerichtsweg so zu klären, dass die rückforderungswilligen Krankenversicherer vor dem Schiedsgericht nach Art. 89 KVG eine Klage gegen die Leistungserbringenden einzureichen haben. Anders als es im Sozialversicherungsrecht üblich ist, stellt sich damit die Ausgangslage so dar, dass sich nicht eine Teilung des Verfahrens in ein Verfügungsverfahren und ein Beschwerdeverfahren ergibt. Diese Ausgangslage hat auf die Parteirolle und auf die Einordnung des Verhaltens der Krankenversicherer grundlegende und wichtige Auswirkungen. Anders als im Sozialversicherungsrecht allgemein geht es also nicht darum, dass im Gerichtsverfahren eine nach den Grundsätzen der Objektivität und Neutralität bereits erhobene Sachverhaltsgrundlage zu überprüfen ist. Vielmehr geht es um ein Klageverfahren, in welchem die beteiligten Parteien je Parteistellung haben und in welchem der massgebende Sachverhalt erstmals zu ermitteln ist.

Diese besondere Ausgangslage hat in verschiedener Hinsicht Auswirkungen, wie sich dies den nachfolgenden Überlegungen entnehmen lässt.

8.3 Bestimmung der zu überprüfenden Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer

Die Krankenversicherer, welche eine Rückforderung vornehmen wollen, haben diejenigen Leistungserbringenden zu bestimmen, denen gegenüber ein Rückforderungsanspruch geltend gemacht werden soll. Weil den Krankenversicherern diesbezüglich ein erhebliches Ermessen zusteht, handelt es sich dabei um einen Vorgang, welcher rechtlich wenig vorgegeben ist. Zwar haben die Krankenversicherer nach dem Grundsatz der Rechtsgleichheit vorzugehen, doch sind sie befugt, weitere Aspekte zu berücksichtigen. So kann etwa berücksichtigt werden, ob eine Leistungserbringerin die Tätigkeit zu Lasten der Krankenversicherer beispielsweise altershalber in nächster Zeit ohnehin einstellen wird.

³⁷ Dazu Art. 1 Abs. 2 KVG.

8.4 Besprechungen im Vorgang des gerichtlichen Verfahrens

Regelmässig erfolgen im Zusammenhang mit der Wirtschaftlichkeitsprüfung Besprechungen zwischen den Krankenversicherern und den Leistungserbringenden. Dabei handelt es sich nicht um ein Verfahren, wie es im Verwaltungsverfahren der anderen Sozialversicherer (beispielsweise einer IV-Stelle) gilt. Vielmehr geht es um Besprechungen zwischen Parteien, welche regelmässig unterschiedliche Auffassungen haben. Zwar sind die Krankenversicherer als Durchführungsorgan der Sozialversicherung allemal an die grundlegenden Prinzipien des öffentlichen Rechts gebunden. Doch ist ihre Rolle von derjenigen einer IV-Stelle oder einer analogen Stelle deshalb verschieden, weil bei diesen Vorbesprechungen bereits ein bestimmter Parteistandpunkt durchgesetzt werden soll.

8.5 Verfahren vor der Paritätischen Vertrauenskommission und analogen Einrichtungen

Regelmässig finden vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens interne Überprüfungsverfahren vor Vertrauenskommissionen und analogen Einrichtungen statt. Solche Kommissionen sind unterschiedlich ausgestaltet. Es darf keineswegs der Eindruck entstehen, ein solches Verfahren sei einem gerichtlichen Überprüfungsverfahren gleichgesetzt. Es fehlt nämlich daran, dass die entsprechenden Kommissionen Verfahrensordnungen zu beachten haben, wie sie für eine Gerichtsinstanz gelten. Vielmehr zeichnen sich die entsprechenden Kommissionen dadurch aus, dass sie in einem formlosen Verfahren überprüfen, ob eine geltend gemachte Rückforderung materiell als ausgewiesen erscheint oder nicht. Dabei werden keineswegs in einem formalisierten Verfahren Beweismittel erhoben; es fehlt auch an einer Pflicht der umfassenden Abklärung des Sachverhaltes. Es handelt sich insoweit um eine nur wenig abgesicherte und zuweilen dem Erledigungsprinzip verhaftete Entscheidung einer Kommission.

Diese Ausgangslage ist mit Blick auf das nachfolgende Gerichtsverfahren von erheblicher Bedeutung. Das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG darf nicht von der Prämisse ausgehen, die vorangehende Kommission habe bereits einen verfahrensrechtlich umfassend abgestützten Entscheid getroffen, und es gehe in der Folge noch um die Überprüfung dieses Entscheides. Vielmehr hat sich das Schiedsgericht von einem allenfalls vorangehenden Entscheid der Kommission zu lösen und hat zu berücksichtigen, dass das nach Art. 89 KVG eingeleitete Schiedsgerichtsverfahren ein originäres Klageverfahren darstellt, in welchem die Parteien die jeweiligen Standpunkte erstmals vorbringen und in welchem der Sachverhalt verfahrensmässig (erstmalig) korrekt zu erstellen ist.

8.6 Verfahren vor dem Schiedsgericht

8.6.1 Ausgangspunkt: Klageverfahren, nicht Beschwerdeverfahren

Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass das schiedsgerichtliche Verfahren nach Art. 89 KVG ein originäres Klageverfahren ist. Es findet also vorgängig – anders als im Sozialversicherungsrecht üblich – kein Verwaltungsverfahren statt. Es fehlt deshalb an einer Verfügung, an einem Einspracheentscheid und an einer Beschwerde. Vielmehr bringt im Klageverfahren nach Art. 89 KVG die klagende Partei den ihrer Auffassung nach zutreffenden Sachverhalt vor, und es hat in der Folge die Gegenpartei – die Beklagte – die Möglichkeit, zum Klageantrag und zur Klagebegründung Stellung zu beziehen.

Diese Ausgangslage, welche für das Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren kennzeichnend ist, hat bezogen auf die Parteistellung und auf den Sachverhalt zentrale Auswirkungen.

8.6.2 Kein Parteirollenwechsel – durchgängige Parteistellung

Was die Parteistellung betrifft, sind im Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren die Krankenversicherer regelmässig die Klägerinnen. Weil – eben anders als im Sozialversicherungsrecht üblich – kein Beschwerdeverfahren vorangeht, gibt es keinen Parteirollenwechsel. Vielmehr treten die Krankenversicherer unmittelbar als Klägerinnen auf. Im Verfahren vor dem Schiedsgericht nach Art. 89 KVG kommen regelmässig subsidiär die zivilprozessualen Verfahrensbestimmungen zur Anwendung, und zwar auch, wenn es sich an sich um ein öffentlich-rechtliches Verfahren handelt. Im Schiedsgerichtsverfahren treten die Parteien als solche auf; die Parteien zielen darauf ab, dass das Schiedsgericht den ihnen richtig scheinenden Standpunkt übernimmt. Es fehlt also im Schiedsgerichtsverfahren nach Art. 89 KVG daran, dass die eine Seite – hier die Krankenversicherer – als objektive und neutrale Versicherungsträger auftreten. Vielmehr übernehmen die Krankenversicherer im Wirtschaftlichkeitsverfahren vor dem Schiedsgericht eine prinzipiell typische Parteirolle im Sinne des Zivilprozessrechts.

8.6.3 Kein vorangehendes Abklärungsverfahren – Abklärung einzig im Gerichtsverfahren

Weil im Vorfeld zum Schiedsgerichtsverfahren nach Art. 89 KVG keine Verfügungsverfahren durchgeführt wird, fehlt es an einem Sachverhalt, welcher unter Berücksichtigung des Untersuchungsprinzips und durch einen neutralen und objektiven Versicherungsträger ermittelt wurde. Es ist für das Schiedsgerichtsverfahren gerade kennzeichnend, dass bislang noch kein genügender Sachverhalt ermittelt wurde.

Diese beiden Elemente haben wichtige Bedeutung für die Ausgestaltung des Schiedsgerichtsverfahrens. Das Schiedsgericht muss den Sachverhalt unter Berücksichtigung der beidseitigen Parteistandpunkte ermitteln, ohne dass eine Vermutung für die Richtigkeit eines bestimmten Parteistandpunktes bestehen würde. Es sind die Beweismittel beider Parteien zu berücksichtigen, und es kann keinem Parteistandpunkt der Vorrang zukommen. Ausführungen der Krankenversicherer sind ebenso zu würdigen wie Ausführungen der Leistungserbringenden. Beweismittel sind auf Antrag beider Parteien abzunehmen. Die Beweiswürdigung hat die Ergebnisse des gesamten Beweisverfahrens einzubeziehen.

8.6.4 Auswirkungen auf das Schiedsgericht

Das Schiedsgericht hat unter Berücksichtigung der vorgenannten Elemente eine innere und äussere Haltung einzunehmen, welche die genannten Standpunkte und Ausprägungen berücksichtigt.

Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist bei dieser Ausgangslage von zentraler Bedeutung. Zwar ist die Rede davon, dass – zum neutralen Vorsitz hinzutretend – die Parteien je eine Vertretung bestimmen können beziehungsweise das Schiedsgericht durch Mitwirkende ergänzt wird, welche seitens der Krankenversicherer beziehungsweise seitens der Leistungserbringenden bestimmt wird. Wenn auch unverkennbar ist, dass damit angestrebt wird, dem Schiedsgericht die erforderliche Sachkenntnis zu vermitteln, darf nicht unbesehen darauf abgestellt werden, ein so zusammengesetztes Schiedsgericht verfüge effektiv über die entsprechende Kenntnis. Es muss nämlich zum einen berücksichtigt werden, dass die Sachkenntnis nicht zwingend gegeben ist, weil

sich im Klageverfahren nach Art. 89 KVG sehr viele unterschiedliche Fragen stellen können. Zum anderen muss berücksichtigt werden, dass insbesondere auf der Seite der Leistungserbringenden keineswegs Gewähr dafür geboten ist, dass die hinzutretende Vertretung mit demselben Nachdruck den Standpunkt der Leistungserbringenden betont, wie dies gegebenenfalls für die Seite der Krankenversicherer der Fall ist.³⁸ Es geht also gerade auch beim Schiedsgericht darum, dass die Gewähr bestehen muss, dass die geforderte Fachkenntnis effektiv vorhanden ist.³⁹ Gerade weil bezogen auf den Einbezug von gerichtsinternem Fachwissen eine gewisse Zurückhaltung geboten ist, ist die Frage aufzuwerfen, ob ein so zusammengesetztes Schiedsgericht die erforderliche Gewähr bietet, dass ein faires Verfahren besteht.

8.6.5 Neue Regelung des Schiedsgerichtes?

Es wäre vorzuziehen, wenn das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG insgesamt als neutrales und unabhängiges Gericht ausgestaltet wäre, wie dies beim Zivilgericht üblich ist. Dadurch wäre Gewähr geboten, dass das Schiedsgericht die beiden Parteistandpunkte unbefangen und insgesamt erkennt und die massgebenden Beweismittel allesamt abnehmen und einbeziehen würde. Dabei kann auch berücksichtigt werden, dass auf Bundesebene analoge „Fachgerichte“ kaum mehr existieren.⁴⁰

8.6.6 Hinweis zur Rechnungstellerstatistik

Einzugehen ist letztlich auf die Frage der Rechnungstellerstatistik als Beweismittel. Nach den vorangehenden Ausführungen kann im Schiedsgerichtsverfahren keinem Beweismittel eine vorrangige Bedeutung zukommen; es handelt sich ja eben um ein originäres Klageverfahren, in welchem beide Parteien je ihren Standpunkt vertreten und das gleiche Gewicht haben müssen. Es ist insoweit nicht zutreffend, dass in der bisherigen Rechtsprechung der Rechnungstellerstatistik die Vermutung zugeordnet wird, diese vermöge bezüglich der Unwirtschaftlichkeit etwas Massgebendes vermutungsweise beizutragen, und festgehalten wird, es stehe in der Folge der Gegenpartei offen, den sogenannten Gegenbeweis zu erbringen. Vielmehr darf die Rechnungstellerstatistik lediglich (aber immerhin) als Beweismittel einbezogen werden, wie es auch für andere Eingaben gilt.

8.6.7 Ergebnis

Insgesamt werfen bei dieser Ausgangslage die bisher vorgesehene Ausgestaltung des Schiedsgerichtsverfahrens und die vom Schiedsgericht befolgte Sachverhaltsermittlung erhebliche Bedenken auf. Es wird ernsthaft zu fragen sein, ob bei dieser Ausgangslage ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben ist.

³⁸ Der Grund für diese Feststellung mag darin liegen, dass die Seite der Leistungserbringenden disparater ist als diejenige der Krankenversicherer; letztere haben allemal eine gesetzlich klar vorgegebene Ordnung umzusetzen, während auf der Seite der Leistungserbringenden direkte Konkurrenzverhältnisse vorliegen können.

³⁹ Dazu auch SCHWEIZER, 48, wonach der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Wahl von Laienpersonen in ein Gericht dann als zulässig erachtet, wenn diese aufgrund besonderer Sachkenntnisse ausgewählt werden.

⁴⁰ Dazu BINDER, Expertenwissen, 172: Es „existieren kaum mehr Fachgerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes“.

9 Beantwortung der Fragen

Frage 1: Welchen rechtlichen Voraussetzungen hat das Verfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfungen zu genügen? Insbesondere: Welche Sachkunde haben die Krankenversicherer bzw. die eingesetzten Gremien aufzuweisen?

Antwort: Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren sind öffentlich-rechtliche Verfahren, welche den allgemeinen Anforderungen an solche Verfahren zu genügen haben. Freilich sind Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren – anders als sozialversicherungsrechtliche Verfahren generell – nicht zweigeteilt zwischen Verwaltungsverfahren und (anschliessendem) Beschwerdeverfahren vor einer Gerichtsinstanz. Damit geht bei solchen Verfahren dem Gerichtsverfahren nicht, wie im Sozialversicherungsrecht üblich, ein den Grundsätzen der Objektivität und Neutralität folgendes Verwaltungsverfahren voran. Es kommt damit nicht zu einem „Rollenwechsel“ der Krankenversicherer, sondern diese sind ab der Einleitung des Überprüfungsverfahrens Partei.

Im Schiedsgericht nach Art. 89 KVG soll mit dem Einsatz von Vertretungen der Parteien die Sachkunde gewährleistet werden. Es muss hier beachtet werden, dass solche Fachgerichte im Bundesverwaltungsrecht kaum mehr existieren. Die Literatur verlangt – ebenso wie die Rechtsprechung – die Beachtung von besonderen Rahmenbedingungen, damit auf eine entsprechende Sachkunde abgestellt werden darf. Im Schiedsgerichtsverfahren nach Art. 89 KVG ist wenig schlüssig, auf eine entsprechende Sachkunde abstellen zu wollen; es ist nicht gesichert, dass die mitwirkenden Personen gleichmässig über Sachkunde verfügen, und es ist nicht gewährleistet, dass die je notwendige Sachkunde effektiv vermittelt werden kann.

Frage 2: Wie ist – ausgehend von der Beantwortung von Frage 1 – die heutige Ausgestaltung des Wirtschaftlichkeitsverfahrens zu beurteilen?

Antwort: Die heutige Ausgestaltung des Schiedsgerichtsverfahrens wirkt nicht überzeugend. Die Einführung eines Klageverfahrens – anstelle des im Sozialversicherungsrecht üblichen Verfügungs-/Einsprache-/Beschwerdeverfahrens – ist durch den Wunsch nach Sachkunde nicht zu rechtfertigen. Es besteht die Gefahr, dass das Schiedsgericht zu wenig berücksichtigt, dass dem Klageverfahren kein objektives, neutrales Verwaltungsverfahren vorangegangen ist. Die im Schiedsgerichtsverfahren zu berücksichtigenden Beweismittel haben alle dasselbe Gewicht, und es ist bezogen auf deren inhaltliche Überzeugungskraft vorzugehen. Dass nach bisheriger Rechtsprechung der Rechnungstellerstatistik eine besondere Beweiskraft zugemessen wird, ist deshalb nicht schlüssig.

Zürich/St.Gallen, 31. Mai 2017



Prof. Dr.iur. Ueli Kieser

Literatur

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

ATHANASOPOULOS IOANNIS, Fehlbare Leistungserbringer in der Krankenversicherung, Von der Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebotes bis zum Betrug, Zürcher Diss., Zürich 2013

BINDER ANJA MARTINA, Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Diss. Zürich/Basel/Genf 2016

BINDER ANJA MARTINA, Technisches Fachwissen am Bundesverwaltungsgericht, in: Justice – Justiz – Giustizia 2015/4

DUC JEAN-LOUIS, La polypragmasie dans l'assurance sociale (suisse), CGSS 2007 59 ff.

EGLI PHILIPPE, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren Sozialversicherungsvollzug zwischen Effizienz und Fairness Mit einer kritischen Würdigung von BGE 137 V 210, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012

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

EUGSTER GEBHARD, Überarztung aus juristischer Sicht, Ein Konzert mit Misstönen, in: Gächter Thomas/Schwendener Myriam (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Entwicklungen in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2009, 97 ff.

GÄCHTER THOMAS/MEIENBERGER ARLETTE, Verfassungsmässigkeit von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Sozialversicherung, Zürich/Basel/Genf 2012, 1 ff.

GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Berlin 2007

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 polipragmasia nella giurisprudenza del Tribunale federale delle assicurazioni, in: Temi scelti di diritto delle assicurazioni sociali, Basel/Genf/München 2006, 121 ff.

HAEFELI ANDREAS, Ruinöse Verfahren ohne sichere Grundlagen, in: Gächter Thomas/Schwendener Myriam (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Entwicklungen in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2009, 145 ff.

ISELIN EDOUARD, Polypragmasie et étendue de l'obligation de restitution au sens de l'art. 56 al. 2 LAMal, SZS 2006 106 ff.

JUNOD VALÉRIE, Polypragmasie, analyse d'une procédure controversée, CGSS 2008 129 ff.

KESSLER THOMAS/D'ANGELO MIRJAM/TRITTIN ANKE, Neue Wege bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung, Schweizerische Ärztezeitung 2017;98:07

KIESER UELI, Formelle Fragen der pauschalen Rückforderung gegenüber Leistungserbringern, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung, St. Gallen 2001, 101 ff.

LENDFERS MIRIAM: Kontroverse Debatte über die Fairness im Abklärungsverfahren der Invalidenversicherung, AJP 2012 10 ff.

LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Beweismittel und Beweiswürdigung, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2013, 31 ff.

LUGINBÜHL RUDOLF, Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Krankenversicherung aus juristischer Sicht, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Sozialversicherung, Zürich/Basel/Genf 2012, 1 ff.

MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (HRSG.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017

POLEDNA TOMAS/WERDER GREGORI, Der Vertrauensärztliche Dienst: ein verfassungswidriger Zwitter? AJP 2016 1662 ff.

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

SCHMUCKLI THOMAS, Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege, Diss. Freiburg i. Ü. 1990

SCHWEIZER RAINER, Keine Rechtsprechung ohne ausreichende Rechtskenntnisse, plädoyer 3/17, 44 ff.

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

WIEDERKEHR RENÉ, Beweiserhebung durch Gutachten und Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Eine kritische Würdigung von BGE 137 V 210 ff., in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2013, 1 ff.

WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006