



www.vems.ch

Beurteilungsqualität und Behandlungskultur

eine Aufarbeitung der Schweizer Wirtschaftlichkeitsverfahren

Stand Juni 2019, aktualisiert Oktober 2019



Autoren: Dr. med. Michel Romanens, Dr. rer. nat. habil. Walter Warmuth,
Dr. med. Edward A. Schober, PhD, Patrick Koop, M.D., Flavian
Kurth

Projektverantwortung: Dr. med. Michel Romanens

Nutzungsrecht: Verein Ethik und Medizin Schweiz VEMS, Verwendung der
Texte, auch auszugsweise, nur mit Quellenangabe

<http://www.docfind.ch/VEMSAufarbeitungWZW.pdf>

Verein Ethik und Medizin Schweiz, Ziegelfeldstrasse 1, 4600 Olten
Tel: 062 212 44 10, www.vems.ch

Inhaltsverzeichnis

Neuste Entwicklungen	Seite	3
Zusammenfassung	Seite	4
Wissenskultur, Rechtskultur, Behandlungskultur	Seite	5
Zweckmässigkeitsbegriff	Seite	10
Setting von Methode und Verfahren	Seite	15
Validierung der Methode	Seite	21
Validierung des Verfahrens	Seite	24
Rechtstheorie und Rechtspraxis	Seite	27
Beurteilung	Seite	33

Neuste Entwicklungen

Mit Schreiben vom 2. Oktober 2019 hat santésuisse auf dieses Positionspapier reagiert¹. Darin schreibt santésuisse: «Wie sich die Methode auf die Gerichtspraxis auswirken wird, wird sich ... erst in einigen Monaten bis Jahren zeigen.» Das ist insofern irreführend, als die rechtlichen Grundlagen heute so sind, dass die Gerichtspraxis gar nicht mehr dieselbe sein dürfte wie bisher. Prof. Kieser hat herzu für den VEMS ein Kurzgutachten² erstellt und stellt fest, dass bei der Abklärung der Wirtschaftlichkeit ärztlicher Leistungen die Medikamentenkosten anders als andere ärztliche Leistungen und Kosten zu berücksichtigen sind. Medikamente sind durch die behördlichen Verfahren also per Definition WZW-konform und müssen entsprechend in den Berechnungen der Wirtschaftlichkeit (RSS-Index, Anova-Index, Regressions-Index) als Morbiditäts-Variable verwendet werden. Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Gesamtkosten-Index durch den Medikamentenkosten-Index geteilt werden muss. Diese einfache aber sehr wirksame Morbiditätskorrektur wurde von uns in einem Artikel in der Schweizerischen Ärztezeitung aufgearbeitet und erklärt³.

Der VEMS hat diesen Systemfehler bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit entdeckt und durch oben erwähntes Kurgutachten von Prof. Kieser rechtswissenschaftlich bestätigen lassen. Dies bedeutet, dass damit sämtliche Urteile auf Ebene PVK, Kanton und Bund zu den Wirtschaftlichkeitsverfahren, welche diese Korrektur nicht berücksichtigt haben, obsolet sind. Nun ist es an der Medizin, auf diese klare Rechtslage entschlossen zu reagieren und zu Unrecht erhobene Regresse zurückzufordern. Insbesondere sind diese Fakten in die laufenden Verfahren einzubringen, die teilweise noch immer auf falscher Beurteilungsgrundlage von santésuisse erbittert weiterverfolgt werden, in manchen Fällen sogar dann, wenn die Anschuldigung zweifelsfrei falsch ist und ihre Falschheit von den Inspektoren von santésuisse sogar zugegeben wird. Wir haben die Verantwortlichen von santésuisse in einer E-Mail⁴ über die effektiven Verhältnisse an der Front informiert, darauf aber nur oben erwähnten Brief erhalten, welcher darauf mit keinem Wort eingeht. Vor diesem Hintergrund sind wir derzeit daran, die rechtlichen Möglichkeiten zu evaluieren, um entsprechend die nächsten Schritte einzuleiten.

¹ <https://docfind.ch/VEMSWirtschaftlichkeitsverfahrenSantesuisseAntwortNold102019.pdf>

² <https://docfind.ch/Kieser082018.pdf>

³ <https://saez.ch/article/doi/saez.2019.18077>

⁴ <https://docfind.ch/VEMSEMailSantesuisseSept19.pdf>

Zusammenfassung

Das Papier richtet sich an die Ärzteschaft, die Versicherer, die Gerichte sowie Entscheidungsträger bei den Behörden und in der Politik. Wir beobachten in unserem Gesundheitswesen eine Behandlungskultur, die den kulturellen Leistungen unseres Landes auf anderen Gebieten nicht entspricht: Patientinnen und Patienten erleben die Medizin vermehrt als Apparat, der ihnen schon mal unheimlich sein kann. Es wird ein Mangel an Zeit für die Patientengespräche moniert, was als mangelnde Empathie oder fehlendes Interesse empfunden wird. Einen Grund für diese Tendenzen machen wir in den Wirtschaftlichkeitsprüfungen der Versicherer aus. Sie können die Indikations- und Behandlungsentscheide beeinflussen und Behandlungspfade dahingehend umgestalten, dass ökonomische und medizinische Kriterien nicht mehr ausgewogen gewichtet werden.

Wir untersuchen dreierlei: Das Setting, in welchem Methode und Verfahren operieren, die Methode selbst und das Verfahren. Dabei stellen wir fest, dass das gegebene Setting im Sinne eines lernfähigen kybernetischen Systems suboptimal ist. Es fehlen Regulative, was sich etwa darin zeigt, dass die Notwendigkeit einer Korrektur der Methode nicht im Setting selbst erkannt wurde, sondern vom Parlament, welches einen entsprechenden Auftrag an Ärzteschaft und Versicherer erteilt hat. Die neue Methode arbeitet unter Einbezug pharmazeutischer Kostengruppen (PCGs). Wir haben sie mittels einer Modellrechnung validiert und stellen fest, dass auch sie wenig geeignet ist, Überarztung verlässlich festzustellen, vielmehr solches Behandlungsverhalten sogar begünstigen kann. Die Versicherer argumentieren, dies würde im Verfahren korrigiert. Wir haben auch dieses Argument einer Validierung unterzogen und können es anhand von Praxisbeispielen nicht bestätigen.

Eine Aufarbeitung der Rechtslehre und -praxis zeigt: Die Handhabung der WZW-Fälle durch unsere Versicherungsgerichte ist eine Einzigartigkeit und steht im Widerspruch zur Rechtslogik und zu den rechtstheoretischen Grundlagen, denn der aufgrund von statistischen Auffälligkeiten Angeklagte muss hier vor Gericht seine Unschuld beweisen. Eine Sichtung der Rechtspraxis in den WZW-Verfahren zeigt denn auch, dass die heutige Handhabung die längste Zeit nicht Usus war. In keinem Kanton wurden Bussen ausgesprochen, ohne dass eine Prüfung auf der Einzelfallebene als Beweis eines tatsächlichen Vergehens vorgenommen wurde. Wir schliessen das Papier mit einer Beurteilung, die das Bundesamt für Gesundheit (BAG) auffordert, vermehrt eine Aufsichtspflicht wahrzunehmen, ebenso die Ärzteschaft, die Qualität ihrer Indikations- und Behandlungsentscheide mittels Audits innermedizinisch systematisch zu überprüfen, um fachfremde Beurteilungen zum Nachteil der Patientinnen und Patienten zu vermeiden.

Wissenskultur, Rechtskultur, Behandlungskultur

Die Kultur ist den Schweizerinnen und Schweizern wichtig und einiges wert. So hat die Kultur- und Kreativwirtschaft der Schweiz 2013 einen Gesamtumsatz von knapp 69 Milliarden Franken⁵ erwirtschaftet (neuere Zahlen sind nicht verfügbar). Die Ausgaben für unser Gesundheitswesen liegen höher, sie betragen im Jahr 2017 insgesamt 82,5 Milliarden (Quelle BfS). Mit jenem Geld soll für unser seelisches Wohlbefinden gesorgt werden, mit diesem für unser körperliches, dafür, «dass es den Menschen in unserem Land gut geht»⁶, wie das Bundesamt für Gesundheit (BAG) auf seiner Website seinen Auftrag formuliert. Es stellen sich allerdings auch hier kulturelle Fragen: Der Moment, da wir uns in die Hände der Medizin begeben, ist ein fragiler. Er wirft uns auf uns selbst zurück, auf unsere Verletzlichkeit und Endlichkeit. Wenn er heute mit gemischten Gefühlen erlebt wird, so hat dies seine Gründe: Wir haben zwar eine hochentwickelte Medizin, die in unserer Gesellschaft so vielen wie nie zuvor zur Verfügung steht. Wir nehmen die Medizin aber auch als eine Maschinerie wahr, was Befremden und Ängste wecken kann. Die erlebte medizinische Behandlungskultur steht jedenfalls in einem gewissen Widerspruch zum kulturellen Anspruch, den unser Land in anderen Bereichen hat und dem wir dort auch gerecht werden. Und diese wie jene Kultur ist formbar.

Wollen wir eine Behandlungskultur formen, so müssen wir Anreize setzen, die ein Handeln und Behandeln im gewünschten Sinn fördern und gegenteiliges Handeln und Behandeln sanktionieren, und dies möglichst dort, wo wir die grösste Hebelwirkung haben. Ein wichtiger Pfeiler unseres Gesundheitswesens ist die ambulante Versorgung durch frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte. Hier kommen die Bürgerinnen und Bürger am häufigsten in Kontakt mit der Medizin, und diese Kontakte beeinflussen auch ihr eigenes gesundheitsrelevantes Verhalten am stärksten. Das Behandlungs- und Beratungsverhalten, das dort praktiziert wird, ist geprägt von den Empfehlungen der Fachgesellschaften sowie von der Aus- und Weiterbildung. Einen grossen Einfluss darauf haben aber auch die Wirtschaftlichkeitsverfahren der Versicherer – vielleicht den grössten, denn diese Verfahren können Bussen zur Folge haben. Je präziser die Methode dieser Verfahren jene Praxen identifiziert, die systematisch unwirksam, unzweckmässig und unwirtschaftlich behandeln, desto besser ist damit eine Behandlungskultur zu gestalten, die von medizinischer Professionalität und ärztlicher Redlichkeit geprägt ist.

Als Argument für die Güte der Methode haben die Versicherer ins Feld geführt, von dieser als Überarzt identifizierte Praxen hätten sich mit wenigen Ausnahmen alle entweder auf einen Vergleich geeinigt oder seien, hätten sie den Gerichtsweg gewählt, dort unterlegen. Dies scheint die

⁵ <https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/kulturstatistiken.html>

⁶ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/auftrag-ziele.html>

Methode zu validieren, kann aber auch andere Gründe haben, etwa wenn die Höhe des Vergleichs diesen für die Praxis attraktiver macht, als den Aufwand des Gerichtswegs zu gehen, oder wenn die Versicherungsgerichte keine eigene Einschätzung der statistischen Grundlagen vornähmen, sondern sich hierbei auf die Unterlagen der Versicherer stützten. Beides ist zumeist der Fall. Eine wissenschaftliche Validierung der Methode jedenfalls läge nur dann vor, wenn Stichproben von Patientendossiers in den von der Methode als Überarzt identifizierten Praxen eine Häufung tatsächlich unnötiger Behandlungen auf der Einzelfallebene belegten. Damit wäre auch eine Widerlegung möglich, indem sich so auch zeigen würde, wo die Methode auf der statistischen Ebene eine Überarztung feststellt, die auf der Ebene der Einzelfallprüfung dann aber nicht festzustellen ist.

Haben wir Gründe, an der Güte der Methode der Wirtschaftlichkeitsverfahren zu zweifeln? In den letzten zehn Jahren haben sich immer wieder Ärztinnen und Ärzte an den Verein Ethik und Medizin Schweiz VEMS gewandt, die der Meinung waren, zu Unrecht mit einem Wirtschaftlichkeitsverfahren belangt worden zu sein. Wir haben die statistischen Grundlagen geprüft und geholfen, wenn wir zur Überzeugung gelangten, diese Einschätzung könnte ihre Berechtigung haben. Dabei sind wir auf Fehlbeurteilungen von Praxen gestossen, auf die wir weiter unten eingehen. Sie waren teilweise so gravierend, dass sich uns Fragen zur Systematik der Beurteilungsmethode stellten: Wird damit Überversorgung tatsächlich und verlässlich identifiziert? Werden damit wirklich Anreize gesetzt, unnötige Behandlungen möglichst zu unterlassen? Oder könnten Methode und Verfahren sogar das Gegenteil bewirken?

Da wir nicht in einer Technokratie leben, sondern in einer Gesellschaft mit intakter Wissens- und Rechtskultur, scheint der Gedanke absurd, ein statistisch-mathematisch ungeeignetes Verfahren komme im öffentlich-rechtlichen Bereich zur Anwendung und sei dann auch noch in der Lage, die Behandlungskultur unserer Ärztinnen und Ärzte entgegen ethischen und gesellschaftlichen Vorgaben zu lenken. Man sollte annehmen dürfen: Unsere Mediziner behandeln nach bestem Wissen und Gewissen und unter Wahrung ihrer Sorgfaltspflicht, die WZW-Verfahren halten sie lediglich dazu an, dies unter Schonung der Ressourcen zu tun.

Diese Annahme impliziert allerdings bereits ein Vorurteil: dass dem ohne Prüfung nicht so wäre, und zwar nicht in wenigen Ausnahmefällen, sondern öfter, womöglich sogar systematisch. Die Medizin steht heute unter Generalverdacht, mit den Ressourcen nicht haushälterisch umzugehen – angeblich, weil sie zu lange habe davon ausgehen können, diese stünden mehr oder weniger uneingeschränkt zur Verfügung. Heute seien die Mittel beschränkt, folglich seien auch strengere Massnahmen zur Kostenkontrolle legitim: so das Diktum, und es muss nicht falsch sein. Es droht so allerdings ein Verlassen des neutralen wissenschaftlichen Fundaments und eine Legitimation oder auch nur Hinnahme einer Ausgestaltung von Methode und Verfahren, die problematisch sein könnte. Und es

wurden hier auch einige Schritte getan, die nicht ohne weiteres zu plausibilisieren sind. So wurde die Methode von den Versicherern selbst in einem in der Wissenschaft unüblichen Prozess ohne Peer-Review entwickelt, später auf einen entsprechenden parlamentarischen Auftrag hin in einer Arbeitsgruppe von santésuisse, curafutura und FHM überarbeitet, allerdings wiederum intransparent.

Seit 2017 identifiziert die neue Methode der santésuisse rund 50% weniger Ärztinnen und Ärzte als Überarzt⁷. Dass diese auch tatsächlich unzweckmässig behandelt haben und ob Praxen, die das taten und tun, auch tatsächlich erkannt werden, ist mehr als fraglich. Auch die neue Methode wurde nicht validiert, wir haben sie aber nach einigem Nachhaken von der Arbeitsgruppe WZW erhalten und geprüft. Im Ergebnis stellen wir fest, dass sie an der falschen Annahme festhält, hohe Kosten seien ein Hinweis auf Überarztung, um das Ergebnis alsdann mit einigen mathematischen Kniffs anzupassen. Das führt zwar zu weniger auffälligen Praxen, man sollte daraus aber nicht auf eine höhere Präzision der Methode schliessen. Sie ist noch zu oft blind für Überarztung bei den niedrigen Kosten, könnte folglich eine solche ebendort attraktiv machen, nicht zuletzt auch deshalb, weil sich so Durchschnittskosten senken lassen, während zur Rationierung bei den aufgrund ihrer schweren Krankheit teuren bis sehr teuren Patientinnen und Patienten motiviert wird. Die Annahme der neuen Methode ist also die der alten, und dass diese Annahme falsch ist, ist seit einiger Zeit hinlänglich bekannt. Wir werden weiter unten aufzeigen wieso.

Die Art und Weise, wie die WZW-Methode der Versicherer entwickelt wurde, ist denn auch von Anfang an auf Widerstand gestossen. Der Ethikrat der öffentlichen Statistik der Schweiz etwa hat in diesem Zusammenhang bereits 2006 eine Stellungnahme⁸ herausgegeben. Darin wird das Verfahren bezüglich seiner nicht gegebenen gesetzlichen Grundlage bemängelt und moniert, dass santésuisse der Charta der öffentlichen Statistik der Schweiz nicht beigetreten ist, «obwohl sie, wie andere ähnliche Institutionen (z.B. die Schweiz. Unfallversicherungsanstalt SUVA als Unterzeichner der Charta), Statistiken von öffentlichem Interesse erstellt». Das Gutachten bemängelt aber auch die Methode selbst, die der Ethikrat der öffentlichen Statistik der Schweiz als «Missbrauch der Statistik» bezeichnet. Ihm vorausgegangen sind Abklärungen und Schreiben an santésuisse und an den damals für das EDI zuständigen Bundesrat Pascal Couchepin⁹. Dass dies bis heute keine Konsequenzen auf die Handhabung von Methodenentwicklung und Verfahren hat, wirft Fragen zur Wissenskultur unseres Landes auf, ebenfalls, dass die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften SAMW in Sachen Wirtschaftlichkeitsverfahren in all den Jahren nichts hat verlauten lassen und auch nichts unternommen hat.

⁷ <https://saez.ch/de/issue/edn/saez.2018.41/>

⁸ http://www.ethikrat-stat.ch/de/assets/File/faelle/a1_Scan.pdf

⁹ <http://www.ethikrat-stat.ch/fallstudien/>

Nicht nachvollziehbar ist auch eine Zäsur in der Rechtspraxis, auf die wir im entsprechenden Kapitel dieses Papiers eingehen: Diese war die längste Zeit so, dass im Vergleich höhere Durchschnittskosten lediglich als Indiz für eine allfällige Überversorgung gewertet wurde, welche dann auf der Ebene konkreter Einzelfälle aber zu belegen war, damit die Versicherungsgerichte den Nachweis einer solchen als gegeben beurteilten und Bussen aussprachen. Mit der alten Rechtspraxis war ein Regulativ der Instanzen gegeben, das vor Justizirrtümern schützte. Seit über 40 Jahren ist das anders: Hohe Durchschnittskosten werden als Beweis für Überversorgung gewertet, es sei denn, die angeklagte Ärztin, der angeklagte Arzt, sei in der Lage, diese Kosten zu begründen, was bedeutet, nicht nur seine Kosten, sondern auch die seiner Kolleginnen und Kollegen zu begründen. Heute erfährt er auf Anfrage zumindest, wer diese sind, bis vor einigen Jahren hingegen musste er diese Begründung unter Unkenntnis seiner Vergleichsgruppe erbringen. Damit wird eine Rechtskultur der Unschuldsvermutung (in dubio pro reo) negiert. Die Versicherungsgerichte stützen sich auf die Unfehlbarkeit der Einschätzung der Versicherer¹⁰, erbracht mit einer Methode, die nicht verifiziert ist und heute 50% weniger Praxen als auffällig identifiziert als noch bis Ende 2016. Das wirft Fragen zur Rechtskultur unseres Landes auf.

Die Kulturförderung der Schweiz wird vom Bundesamt für Kultur geleitet. Die Behörde, welcher die Wahrung unserer medizinischen Behandlungskultur obliegt, ist das Bundesamt für Gesundheit (BAG). Die Arbeit dieser beiden Behörden ist von der Art ihres Auftrags her wohl verschieden, es sticht hier aber ein Unterschied ins Auge, der nicht einleuchtet: Beide Behörden delegieren Teile ihres Auftrags an Dritte. Während das Bundesamt für Kultur diese delegierten Arbeiten aber überwacht und über sie die Regie behält, gibt das Bundesamt für Gesundheit mit den Wirtschaftlichkeitsverfahren das wesentliche Instrument zur Ausgestaltung der Behandlungskultur in die Hände der Versicherer. Es ist deren Dachverband *santésuisse*, der die Wirtschaftlichkeitsverfahren durchführt und deren Tochter *tarifsuisse*, welche einen nicht unwesentlichen Teil der Datenaufbereitung vornimmt – und dies, ohne dass das BAG die sachgerechte Handhabung des Auftrags gebührend überwacht. Gemäss Pascal Strupler, BAG-Direktor, sei das gar nicht möglich. Er schreibt uns: «*Santésuisse* sowie ihre Tochtergesellschaft *SASIS*, welche die Datenaufbereitung im Auftrag von *santésuisse* vornimmt, sind der Aufsichtstätigkeit des BAG jedoch nicht unterstellt.»¹¹

Wie kann das BAG seinen Auftrag erfüllen, wenn ein wesentliches Instrument zu dessen Wahrung den Krankenkassen übertragen wird, die es ohne behördliche Kontrolle ausgestalten? Ist mit dieser Disposition die Behandlungskultur unseres Gesundheitswesens nicht im Kern schon als Kultur der Kassenwarte und Buchhalter angelegt, nicht der Mediziner und Patienten? Rechtfertigt es

¹⁰ ZBI 119/2018 S. 619. Autor Tilmann Altwicker. Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, Seiten 619-642, S 14 im pdf.

¹¹ <http://www.docfind.ch/BAGStrupler052016.pdf>

der Kostendruck, eine Wissens-, eine Rechts- und eine Behandlungskultur aufzugeben, die unser Land und unsere gelebte Demokratie ausmachen und erfolgreich machen – ohne zu prüfen, ob nicht möglicherweise gerade dies die Kosten treibt?

Zweckmässigkeitsbegriff

Eine Kultur hat ihre Rahmen und Erzählungen, und in diesen spielen Begriffe eine zentrale Rolle. Kulturelle Missverständnisse haben ihren Ursprung oft in deren verschiedenem Verständnis. Dies spielt in die interkulturelle Verständigung zwischen Ländern und Regionen hinein und auch in die Kommunikation zwischen Berufsgruppen. Ein Begriff wie «Konzept» etwa hat in der IT-Branche eine andere Bedeutung als in der Werbung, im Journalismus, in der Pädagogik, im Bankenwesen und so weiter. Besteht eine Branche auf der Auslegung des Begriffs in ihrem Sinn, wird die Verständigung mit anderen Branchen schwierig und die Zusammenarbeit kompliziert, folglich ineffizient und teuer. Schauen wir die Zusammenarbeit zwischen Medizin und Ökonomie an, so stellen wir eine hohe Ineffizienz fest: Eine Arbeit aus den USA macht zwischen 1970 und 2009 ein Wachstum der Verwaltungskosten im dortigen Gesundheitswesen von gegen 3'000% aus, während die Ausgaben für Heilung und Pflege in dieser Zeit keine 100% gestiegen sind¹². Für die Schweiz gibt es keine entsprechenden Zahlen, doch ist nicht anzunehmen, dass diese hier komplett anders aussehen.

Ein zentraler Begriff sowohl der Ökonomie, als auch der Medizin ist der Begriff der Zweckmässigkeit. Wie er jeweils verstanden wird, unterscheidet sich indes wesentlich. Dies liegt in den verschiedenen Voraussetzungen und den daraus folgenden Herangehensweisen an die Probleme. Die medizinische Zweckmässigkeit einer Behandlung ergibt sich daraus, einer zu erwartenden positiven medizinischen Wirkung einen möglicherweise in Kauf zu nehmenden medizinischen Schaden gegenüberzustellen (es geht hier also, wie in der WZW-Regel spezifiziert, um eine Wirkung, nicht um einen Nutzen). Medizinethisch geht es darum, das ärztliche Prinzip des Primats des Patientenwohls mit dem Prinzip des «Primum non nocere», dem Patienten möglichst nicht zu schaden, abzuwägen, um zu einer verantwortbaren Behandlungsentscheidung zu gelangen. Wird dabei sorgfältig abgewogen, kann dies im Fall eines medizinischen Schadens für die behandelnde Ärztin, den behandelnden Arzt, auch rechtliche Folgen haben. Ökonomische Fragen stellen sich in dieser Situation erst in zweiter Linie und bezogen auf den angerichteten Schaden, nicht auf die für die Behandlung aufgewendeten finanziellen Ressourcen im Verhältnis zum dafür erhaltenen Mehrwert, wie es die Natur ökonomischen Zweckmässigkeits-Abwägens ist.

Es gibt allerdings Grenzfälle. Wir wollen hierzu die Plastische Chirurgie anschauen. Diese Eingriffe können auch gesundheitsschädigend sein, unter Umständen sogar tödlich. Der mögliche medizinische Nutzen andererseits ist nicht ohne weiteres gegeben. Bei einer Brustverkleinerung aufgrund von Rückenbeschwerden kann er beansprucht werden. Schwieriger wird es bei kosmetischen

¹² <http://pnhp.org/system/assets/uploads/2018/05/Song-Healthcare-in-the-US-Berkeley.ppt>, Folien 23 und 24

Korrekturen. Bei der rekonstruktiven Korrektur einer angeborenen oder durch einen Unfall oder einen Eingriff (etwa eine Krebsbehandlung) verursachten Verstümmelung kann die Linderung auch eines psychischen Leides angeführt werden. Dies gilt auch für Geschlechtsumwandlungen aufgrund einer attestierten sexuellen Identitätsstörung. Strukturierte Untersuchungen eines positiven Zusammenhangs von plastisch-ästhetischen Eingriffen und psychischem Wohlbefinden indes existieren kaum. Es stellt sich die Frage, ob hier nicht sogar ein negativer Zusammenhang bestehen könnte¹³. Der überwiegende Teil der Behandlungen der plastischen Chirurgie¹⁴ ist also medizinisch unzweckmässig und muss deshalb von den Patientinnen und Patienten aus eigener Tasche bezahlt werden. Dazu sind sie bereit, weil sie sich einen persönlichen Nutzen vom Eingriff versprechen, was letztlich eine ökonomische Zweckmässigkeits-Evaluation ist. Wir haben hier also eine Medizin, die bereit ist, medizinisch unzweckmässige Eingriffe durchzuführen, weil den Patientinnen und Patienten die ökonomische Zweckmässigkeit dieser Eingriffe gegeben scheint.

Dies veranschaulicht die beiden Auslegungen des Zweckmässigkeitsbegriffs. Eine Medizin, die sich den ökonomischen Zweckmässigkeitsbegriff verinnerlichte, liefere systematisch Gefahr, ihre Patientinnen und Patienten zu gefährden, indem sie unter Umständen Behandlungen durchführen und Prioritäten setzen würde, die sich aus der Einschätzung guter ökonomischer Kosten-Nutzen-Verhältnissen ergäben, medizinisch aber nicht sachgemäss oder sogar grobfahrlässig sein könnten. Eine Gesundheitsökonomie andererseits, die sich den medizinischen Zweckmässigkeitsbegriff aneignete, wäre nicht mehr in der Lage, Kosten zu kontrollieren, Budgets zu planen, volkswirtschaftliche Szenarien zu entwickeln und entsprechende Entscheidungen zum Wohle der Bürgerinnen und Bürger zu treffen. Hier gilt es, beide Auslegungen des Zweckmässigkeitsbegriffs stets und mit Bedacht auszutarieren, denn keiner von beiden ist richtig oder falsch in einem absoluten Sinn, sondern je nach dem vernünftig und geboten oder nicht, und das auch nur relativ und bezogen auf eine bestimmte Fragestellung und Situation. Das erfordert eine funktionierende interdisziplinäre Kommunikation. Ein 30 Mal höheres Kostenwachstum im Overhead als in der Medizin über die letzten 30, 40 Jahre weist darauf hin, dass dies bisher nicht gelungen ist¹⁵.

Die WZW-Regel des Krankenversicherungsgesetzes KVG schreibt vor, dass Behandlungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein müssen, spezifiziert den Zweckmässigkeitsbegriff aber nicht. Man könnte argumentieren, hier sei wohl eine medizinische Auslegung gemeint, da ja als drittes Kriterium die Wirtschaftlichkeit verlangt werde, welche gegeben ist, wenn eine ökonomische Zweckmässigkeit vorliegt, womit wir bei einer ökonomischen Auslegung des Zweckmässigkeitskri-

¹³ <https://digest.bps.org.uk/2012/02/15/mental-health-problems-worsen-after-cosmetic-surgery/>

¹⁴ <https://de.statista.com/themen/1058/schoenheitsoperationen/>

¹⁵ <http://pnhp.org/system/assets/uploads/2018/05/Song-Healthcare-in-the-US-Berkeley.ppt>, Folien 23 und 24

teriums eine Verdopplung ökonomischer Kriterien hätten. Andererseits ist das Kriterium der Wirksamkeit ein explizit medizinisches, womit bei einer medizinischen Auslegung des Zweckmässigkeitsbegriffs eine Verdopplung medizinischer Kriterien vorläge. Somit zeigt sich auch hier: Man wird den Zweckmässigkeitsbegriff stets zwischen diesen beiden Auslegungen austarieren müssen, um zu vernünftigen, verantwortbaren Entscheidungen zu gelangen.

Die Überprüfung der medizinischen Zweckmässigkeit ist so alt wie die Medizin selbst und war immer schon Teil ihrer Qualitätskontrolle. Dabei geht es einerseits um die Qualität der Behandlung selbst und andererseits um die Qualität des Indikations- und Behandlungsentscheids. Wenn Behandlungen ihre Wirksamkeit mit soliden Studiengrundlagen bewiesen haben, werden die betreffenden Medikamente von Swissmedic zugelassen und die Behandlungen von den medizinischen Fachgesellschaften empfohlen. Dass sie auch zweckmässig angewandt werden, stellt die Aus- und Fortbildung der Medizinerinnen und Mediziner sicher, ebenso die innermedizinische Qualitätssicherung in den entsprechenden Abläufen der Spitäler und im Dialog der frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte. Ärztenetze haben diesen Dialog teilweise strukturiert und zu Qualitätszirkeln institutionalisiert, in denen regelmässig gemeinsam Fälle angeschaut und besprochen werden, damit sich das Wissen dahingehend mehren soll, die medizinische Zweckmässigkeit im Allgemeinen zu verbessern. Dem stellen sich dort Hürden, wo das betreffende Netzwerk eine Budgetverantwortung übernommen hat. Diese kann den medizinischen Qualitätsdiskurs in Richtung eines ökonomischen lenken, mit Tendenz zur Unterversorgung. Analog verhält es sich mit den entsprechenden Strukturen in den Spitälern, dort mit einer Tendenz zur Überversorgung.

Die Initiative Qualitätsmedizin IQM¹⁶ hat erkannt, dass es ein interinstitutionelles Gremium zur Überprüfung der medizinischen Zweckmässigkeit braucht, in welchem frei von Verbindlichkeiten in einem kollegialen Rahmen unter Medizinern Fälle auf ihre Zweckmässigkeit hin überprüft werden. Die Initiative ist in Berlin domiziliert, es haben sich ihr aber auch einige Schweizer Spitäler¹⁷ angeschlossen. Nicht angeschlossen sind die frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte. Auch hat die Initiative keine Unterstützung vonseiten der Krankenkassen und ihrer Dachverbände. Wir haben hier also einen Ansatz, der geeignet ist, die medizinische Zweckmässigkeit strukturiert zu überprüfen, doch auf wenige Spitäler beschränkt bleibt und mit den Mitteln und Ressourcen auskommen muss, die eine innermedizinische Initiative generieren kann. Weder gibt es vonseiten FMH und Fachgesellschaften Vorstösse, eine vergleichbare Initiative für frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte aufzubauen, noch zeigen die Krankenkassen und ihre Verbände Interesse, sich daran zu beteiligen.

¹⁶ <https://www.initiative-qualitaetsmedizin.de/>

¹⁷ <https://www.initiative-qualitaetsmedizin.de/home/mitgliedskliniken/>

Dem gegenüber stehen gut ausgebildete Instrumente und Strukturen zur Beurteilung der ökonomischen Zweckmässigkeit medizinischer Behandlungen. Bei den reinen Kostenvergleichen zwischen Praxen, Indikationsgebieten, stationären und ambulanten Behandlungen, Behandlungsmethoden usw., bezogen auf Städte, Kantone und Länder, ist klar ersichtlich, dass es sich um ein Abwägen ökonomischer Zweckmässigkeit handelt. Schwieriger wird es bei manchen Instrumenten der evidenzbasierten Medizin, die den Eindruck erwecken, beide Auslegungen des Zweckmässigkeitsbegriffs auszutarieren, oftmals aber einseitig ökonomische Zweckmässigkeit untersuchen. Health Technology Assessments HTA¹⁸ etwa werden von der Medizinethik dort kontrovers diskutiert, wo mit dem Konzept der «Quality Adjusted Life Years» oder QALY¹⁹ gearbeitet wird. Dabei geht es darum, dem messbaren monetären Aufwand eine möglichst messbare medizinische Wirkung gegenüberzustellen, welche sich möglichst ebenfalls in Zahlen beziffern lassen soll, und das a priori. Das kann auf der statistischen Ebene einigen Unsinn produzieren: Die Laserentfernung eines Tattoos etwa schneidet in einer HTA-Evaluation der Lebensqualität unter Umständen besser ab als eine Krebsbehandlung. Anders sieht es auf der Einzelfallebene aus: Einzelfall bezogene HTAs können helfen, Behandlungsentscheide a priori besser zu beurteilen. Das bedingt allerdings, dass der Zweckmässigkeitsbegriff ausgewogen angewandt wird und die Evaluation mit neueren technischen Mitteln erfolgt, als dies heute zumeist der Fall ist.

Bezüglich der rechtlichen Priorisierung der drei Kriterien wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich beziehen wir uns auf ein Gutachten, das der Versicherungsrechtsexperte Prof. Kieser im Mai 2015 zuhanden des VEMS zu Fragen der Vergütung von Medikamenten gegen Hepatitis C²⁰ erstellt hat. Prof. Kieser hält dort fest: «Die im Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) geordnete Krankenpflege (bzw. - gleichlautend verwendet - Heilbehandlung) soll eine qualitativ hochstehende medizinische Versorgung (= Element 1) zu möglichst günstigen Preisen (= Element 2) gewährleisten. Damit wird eine der zentralen Zielsetzungen des Krankenversicherungsrechts umschrieben.» Prof. Kieser sieht den Vorrang bei Element 1, der qualitativ hochstehenden Behandlung. Er schreibt: «Dieses Verständnis des Verhältnisses von Qualität und Preis lässt sich bereits dem klaren Wortlaut von Art. 43 Abs. 6 KVG entnehmen. Denn hier wird das eine Ziel – die qualitativ hochstehende medizinische Versorgung – als uneingeschränktes Ziel bezeichnet, während das andere Ziel – der günstige Preis – insoweit beschränkt wird, als es darum geht, einen „möglichst“ günstigen Preis zu erreichen.»

¹⁸ <http://docfind.ch/VEMSFactsheetHTA.pdf>

¹⁹ <http://docfind.ch/VEMSFactsheetQALY.pdf>

²⁰ <http://docfind.ch/Kieser052015.pdf>

In diesem Sinn definiert auch die Eidgenössischen Kommission für allgemeine Leistungen und Grundsatzfragen (ELGK) das Kriterium der Wirtschaftlichkeit. Sie unterteilt die Wirtschaftlichkeit in ihrer Beurteilung einer (neuen) Leistung in folgende Unterkriterien: Wirtschaftlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Kosten und Preise, Kosten-Nutzenprofil der neuen Leistung im Vergleich zum bisherigen Vorgehen, Kostenfolgen. Massgebend für die Beurteilung und Bewertung der Wirtschaftlichkeit einer Leistung sind gemäss Arbeitsdefinition der ELGK also deren direkte Kosten, also die Kosten, die bei der Erbringung der Leistung anfallen. Die Versicherer verstehen den Begriff aber anders, *santésuisse* will mit seinen Verfahren nicht die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinn überprüfen. Vielmehr argumentiert *santésuisse* in Anlehnung an Gebhart Eugster damit, dass die «Wirtschaftlichkeit bezüglich des Vergütungsanspruches einer medizinischen Massnahme dominiert. Wirksamkeit und Zweckmässigkeit sind zwar notwendige, aber nicht hinreichende Kriterien für die Annahme der Wirtschaftlichkeit einer Leistung»²¹.

Zusammenfassend stellen wir fest: Wir haben eine Gewichtung in der Ausbildung von Strukturen und Instrumenten, die der im Gesetz vorgesehenen Priorisierung nicht gerecht wird. Der gleichwertigen Gewichtung der medizinischen Zweckmässigkeit mit der ökonomischen ist schwerlich zu entsprechen, wenn Erstere auf institutioneller Ebene so unvergleichlich schlechter zu überprüfen ist als Letztere. Die Folge ist eine Tendenz zur einseitig ökonomischen Auslegung des Begriffs. Unter dieser Einseitigkeit droht die Medizin, dysfunktional zu werden, während auch die Gesundheitsökonomie so ihre Ziele nicht nur nicht erreichen kann, sondern unter Umständen in ihr Gegenteil verkehrt. Dies, indem sie – wie wir annehmen, ohne dies zu beabsichtigen – die Medizin zu einem vermeintlich kostensparenden, effektiv kostspieligen Handeln und Behandeln anreizen kann: eine Verzögerung oder Vorenthaltung von indizierten Behandlungen führt zu noch teureren Nachbehandlungen und Mengenausweitung bei den medizinisch unzweckmässigen Behandlungen, dort, wo diese in der ökonomischen Beurteilung als zweckmässig erscheinen.

²¹ <https://www.monsieur-sante.ch/de/2016/11/02/wzw-unter-der-lupe-teil-3-wirtschaftlichkeit>

Setting von Methode und Verfahren

Eine Methode und ihre Anwendung in einem Verfahren sollten eingebunden sein in ein Setting, das ein lernfähiges kybernetisches System bildet. Dies ist bei Methode und Verfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfung der frei praktizierenden Praxen insofern besonders wichtig, als es hier, wie im letzten Kapitel aufgezeigt, zur Wahrung einer Behandlungskultur der Professionalität und der medizinischen Redlichkeit darum geht, zwei verschiedene Auslegungen des Zweckmässigkeitsbegriffs so auszutarieren, dass Zweckdienlichkeit der Beurteilung gewährleistet ist.

Der Zweck der WZW-Statistik besteht ja darin, eine statistikbasierte Argumentation als empirische Grundlage für die Abstützung einer richterlichen Entscheidung im Verwaltungsrecht bereitzustellen. Für den Richter ist dabei nicht lediglich die Häufigkeit von Überarztung ausschlaggebend, sondern gemäss den Grundsätzen der Bayes-Statistik das Vorliegen bestimmter prognostischer Vorannahmen²². Während bei der Beurteilung einer Straftat des Strafgerichts, wie etwa bei einem Mordfall, gewisse Vorannahmen richterliche Entscheide beeinflussen, berücksichtigen unsere Versicherungsgerichte bei der Frage der Überarztung allerdings keine Vorannahmen. Solche wären etwa eine Verschuldung oder die Anschaffung teurer, zu amortisierender Geräte etc. Dies ist zu bemängeln, liefern solche Vorannahmen doch mitunter wichtige Hinweise auf eine Motivation zur Überarztung, etwa wenn eine Praxis Geräte anschafft, die mit ihrem Patientengut und in ihrem Einzugsgebiet ohne Überarztung schwerlich zu amortisieren sein dürften. Stattdessen wird eine grundsätzliche Motivation angenommen: die Motivation der Ärztinnen und Ärzte, ihren Umsatz zu steigern. Dies mag ökonomisch betrachtet einleuchten, hat aber den Charakter einer Vorverurteilung und widerspricht insofern der Sicht der Unvoreingenommenheit, zu der das Recht verpflichtet ist.

Die Sicht entspricht auch nicht den Tatsachen, die Voraussetzungen sehen effektiv anders aus: Ärztinnen und Ärzte sind sowohl bei der Auswahl ihrer Patientinnen und Patienten, als auch der durch diese präsentierten Krankheiten, Komplikationen und Kostenfolgen weitgehend dem Zufallsprinzip unterworfen. Sie haben eine beschränkte Möglichkeit, ihre Kosten zu kontrollieren. Dabei sind die Möglichkeiten einer Kostenausweitung geringer als jene einer Kostensenkung: Rationierung der Behandlungen bei den teuren bis sehr teuren Patientinnen und Patienten. Eine solche Unterversorgung ist eine nicht zu unterschätzende Gefahr, denn verweigerte nötige Behandlungen können teure Nachbehandlungen nach sich ziehen. Ob andererseits Überversorgung gezielt erkannt wird, hängt von der Beurteilungsmethode ab, und wie gezielt sie geahndet wird, von der Handhabung der

²² ZBl 119/2018 S. 619. Autor Tilmann Altwicker. Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, Seiten 619-642, S 14 im pdf.

von ihr produzierten Beurteilung durch unsere Versicherungsgerichte. Folglich sollten Letztere die Methode, auf deren Beurteilung sie sich stützen, mitgestalten oder zumindest verstehen.

Allerdings verfügen unsere Versicherungsgerichte kaum über die hierzu erforderliche fachliche Kompetenz. Das Bundesgericht wählte deshalb eine «salomonische» Lösung, indem es seine juristisch als Gesetzgeber notwendige statistische Kompetenz, «die Findung der passenden Methode zur Wirtschaftlichkeitskontrolle einer Grundsatzvereinbarung der betroffenen Gruppierungen²³», den beiden privaten Organisationen *santésuisse* und FMH überliess: «Der Bundesgesetzgeber macht also keine inhaltlichen Vorgaben hinsichtlich der zu verwendenden Methode, sondern überlässt die tatbestandliche Normausfüllung den Leistungserbringern und den Versicherern²⁴. Damit wird ein Setting sich gegenseitig korrigierender Kräfte zu einem solchen sich gegenseitig bestätigender Kräfte. Dies ist eine zweifelsohne problematische Situation, und sie kann im Einzelfall zu schwerem Unrecht führen.

Wir möchten an einem solchen Einzelfall die Problematik des bestehenden Settings aufzeigen. Es ist dies ein Fall, wie der VEMS einige bearbeitet hat und auf Anfrage gerne aufbereitet. Wir besprechen hier eine Grundversorgerin mit internistischer Praxis und delegierter Psychotherapie, welche für die Jahre 2005 bis 2008 wegen überhöhter Arztkosten betreffend mehrere 100'000 Franken durch das kantonale Versicherungsgericht für schuldig befunden wurde. Sie hat sich daraufhin an den VEMS gewandt, und wir begleiten die Ärztin bis heute. Damals hatten wir ihr geraten, mit ihrem Anliegen an das eidgenössische Versicherungsgericht zu gelangen. In dessen Entscheid (9C_570/201S) wurde festgehalten, dass die falsche Vergleichsgruppe gewählt worden war: Es fehlten darin Ärztinnen und Ärzte mit delegierter Psychotherapie. Das Verfahren wurde allerdings weitergezogen, und in der Folge versuchte *santésuisse*, eine korrekte Vergleichsgruppe zusammenzustellen. Da dies nicht gelang, schlug *santésuisse* die analytische Methode vor, welche auch vom Bundesgericht vorgeschlagen worden war. Die Analyse von Einzelfällen durch von den Parteien gemeinsam akzeptierte externe Gutachter ist bisher in der Schweiz allerdings kaum angewandt worden. Entsprechend existiert dazu wenig Methodik.

Ein zentraler Punkt ist die Auswahl der Krankengeschichten. Diese kann zufällig für verschiedene Tage und Jahre durchgeführt werden (Tageszensus Methode), oder es kann sich um eine vollständige Sichtung der Krankengeschichten handeln. Ohne eine valide Stichprobe (valide bedeutet hier, dass nach dem Zufallsprinzip ausgewählt wird) ist es unmöglich, auf ein systematisches Problem zu schliessen. Ein weiteres Problem betrifft die 11 bis 15 Jahre seit der Behandlung der Patientinnen und Patienten, denn es ist im Nachhinein schwierig, rechtlich relevante Tatbestände zu

²³ Art. 56 Abs. 6 KVG: Leistungserbringer und Versicherer legen vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit fest.

²⁴ Das Bundesgericht hat in mehreren jüngeren Entscheidungen auch festgehalten, dass es auf die «beiderseitige Akzeptanz der ... anzuwendenden Methode» ankomme, s. BGer 9C_264/2017 vom 18. Dezember 2017, E. 5.3.2.

eruiieren. Ferner stellt sich die Frage, bei welchen Problemen welche Angemessenheits-Kriterien verwendet werden. Dies betrifft das gesamte Spektrum der Medizin, ist folglich von einem Experten allein nicht abzudecken. Aus diesem Grund sollte, wie in Audit-Verfahren üblich, durch einen zweiten Arzt oder eine zweite Ärztin eine weitere Stichprobe erstellt werden. Zur definitiven Klärung bei Anschuldigungen im Divergenzfall wäre sodann ein dritter Auditor beizuziehen, welcher als Schiedsrichter amtete.

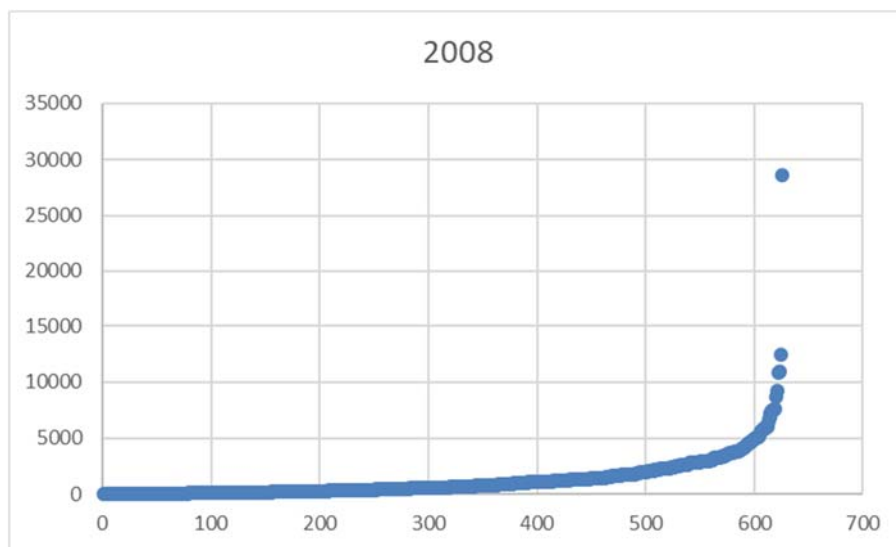
Stattdessen möchte nun eine Prüferin die Praxis dahingehend beurteilen, ob die «Regeln der Wirtschaftlichkeit» verletzt wurden. Für diese Analyse veranschlagt die Prüferin Kosten von rund 142'000 Fr (zwischen 82'800 – 205'200 Fr.) oder zwischen 2'070 und 5'130 Fr. pro Patient. Die Auswahlkriterien für die 40 zu prüfenden Dossiers werden allerdings nicht begründet. Auch werden Daten zur Analyse eingefordert, für welche die Prüferin keine Expertin ist, namentlich EKG (FMH Kardiologie), Röntgenbilder (FMH Radiologie), Krebserkrankungen (FMH Onkologie), Operationen (FMH Chirurgie), Psychotherapie (FMH Psychiatrie). Zusammengefasst: Das Bundesgericht anerkennt, dass bei der Beurteilung die falsche Vergleichsgruppe gewählt wurde, die Kosten für die daraufhin von *santésuisse* vorgeschlagene Einzelfallprüfung sollte dann aber die Beklagte selbst übernehmen, mit einer Beurteilerin, die dafür nicht die Kenntnisse hat, einer Methode, die dazu nicht geeignet ist und zu Kosten, die mit zwischen 2'070 und 5'130 Fr. pro Dossier bei einem Zeitaufwand von rund 20 Minuten pro Dossier die Höhe eines Wucherpreises haben. Den die Beurteilerin aber womöglich deshalb erheben muss, weil sie sich für eine effiziente Beurteilung vielleicht schlicht zu wenig auskennt. Was bleibt der Beklagten nun aber anderes, als sich auf diesen zweifelsohne ungerechten Vorschlag einzulassen? Glücklicherweise hatten die Parteien das Einsehen, auf das massiv überbeurteilte Gutachten zu verzichten.

Eine solche Situation des Unrechts innerhalb eines Rechtsverfahrens, bei dessen Zustandekommen wir hier niemandem eine Absicht unterstellen wollen, kann sich nur ereignen, weil Methode und Verfahren in einem Setting wirken, das nicht sich gegenseitig korrigierende Kräfte aufweist, sondern sich gegenseitig bestätigende. Besonders gefährlich ist ein solches Setting, weil darin Situationen entstehen können, da jede der involvierten Parteien rechtens handelt, das Ergebnis aber ein Unrecht ist. Der dieser gefährlichen Konstellation zugrundeliegende Fehler ist es, die Beurteilung mit der Grundannahme anzutreten, hohe Kosten würden Überarztung beweisen. Sie weisen auf diese noch nicht einmal verlässlich hin, die Haltung ist folglich die einer Voreingenommenheit, und dies darf in einer Demokratie mit funktionierender Rechtsstaatlichkeit niemals die Haltung des Rechts sein.

Zur Verdeutlichung der Problematik noch einmal ein Blick auf den Einzelfall, den wir hier aufbereiten, um die grundsätzliche Problematik aufzuzeigen: Die Kostenverteilung der im Jahr 2008

verarzten 625 Patientinnen und Patienten entspricht einer Paretoverteilung (siehe Abbildung 1). Sie lag zwischen 14.75 und 28'650 Franken (Mittelwert: 1'269.46 Fr). Die teuersten 10% der Patientinnen und Patienten verursachten 43% der Kosten, dies unverändert zu den Jahren 2005 bis 2007. Die Elimination der fünf teuersten Patientinnen und Patienten führte folglich zu einem Absinken der Durchschnittskosten um 9.1%.

Abbildung 1: Angeklagte Grundversorgerin mit 625 Patientinnen und Patienten aus dem Jahr 2008



Wenn das Bundesgericht in diesem Fall die Einigung der beiden Gruppierungen auf die statistische ANOVA-Methode²⁵ anerkannt hat, dann bedeutet dies: Der Einwand mangelnder Einzelfallprüfung ist verfassungsrechtlich betrachtet selten von Erfolg gekrönt.»²⁶ Die statistische Methode übernimmt beim WZW-Verfahren also die Funktion des Anfangsverdachts zuungunsten des Primats der Einzelfallbetrachtung und erhält damit eine verfassungsrechtlich zentrale argumentative Funktion. Diese Handhabung ist in der Schweizerischen Rechtsprechung eine Einzigartigkeit, das derzeitige Setting folglich nicht in der Lage, im Sinne eines lernfähigen kybernetischen Regelkreises die stete Verbesserung von Methode und Verfahren zu fördern. Ein solcher geschlossener Regelkreis ohne Korrektiv wäre nur dann verantwortbar, wenn die ANOVA-Methode der Versicherer über alle Zweifel erhaben wäre. 50% weniger auffällige Ärztinnen und Ärzte mit der neuen Methode im Vergleich zur alten legen nahe, dass davon nicht auszugehen ist.

²⁵ Das Bundesgericht wies die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eines Arztes ab, der eine Einzelfallprüfung (die sog. analytische Methode) gefordert hatte, BGer 9C_264/2017 vom 18. Dezember 2017, E. 4.

²⁶ ZBl 119/2018 S. 619. Autor Tilmann Altwicker. Titel Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, Seiten 619-642. Publikation Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht Herausgeber / Redaktion Giovanni Biaggini (Red.), Arnold Marti (Red.), Lukas Widmer (Red.), Peter Karlen (Red.), Christoph Auer (Red.) ISSN 1422-0709. Verlag Schulthess Juristische Medien AG

Wenn die Versicherer nun im neuen Verfahren unter anderem pharmazeutische Kostengruppen (PCG)²⁷ miteinbeziehen und damit 50% weniger Praxen als auffällig erscheinen, dann bedeutet dies doch: Mindestens 50% der Praxen wurden bisher zu Unrecht gebüsst, sie haben nicht überbehandelt, sondern einfach teure Patientinnen und Patienten. Wieso, zeigt eine Sichtung der gesundheitsökonomischen Literatur: Teure Krankheiten sind teilweise gut an den verwendeten Medikamenten abzulesen. Teure bis sehr teure Therapien werden allerdings in der Regel durch Vertrauensärzte der Krankenkassen bewilligt. Das Manipulationspotential ist hier also vernachlässigbar.

Robert Leu und Konstantin Beck halten in einem Gutachten fest²⁸: «Der zentrale Nachteil dieses Ansatzes liegt darin, dass Diagnosen oft unpräzise und relativ leicht manipulierbar sind. Um diese Manipulationsanfälligkeit der Diagnosecodes zu umgehen, benutzen Lamers (1999), Lamers und van Vliet (2003) und Hornbrook et al. (1996) Medikamenteninformationen, um die Prognosefähigkeit der demographischen Risikoausgleichsformel zu verbessern. Die Grundidee ist einfach. Bestimmte Krankheiten werden mit bestimmten Medikamenten behandelt, was Rückschlüsse auf die zu Grunde liegende Diagnose erlaubt. Eine Manipulationsgefahr besteht nicht, da sich die Information auf effektiv verschriebene Medikamente bezieht. Während falsch eingetragene Diagnosecodes für den Patienten bedeutungslos bleiben, können es sich die Ärzte nur beschränkt erlauben, zu starke oder medizinisch nicht indizierte (zu teure) Medikamente zu verschreiben, weil sie damit unter Umständen die Gesundheit der Patienten gefährden würden. Lamers und van Vliet beschränken sich zudem auf häufig und in grösseren Dosen verschriebene Medikamente, um dennoch verbleibende Manipulation möglichst auszuschliessen».

Die Annahme, teure Kosten würden auf unwirtschaftliches Behandeln hinweisen, deckt sich also auch nicht mit dem derzeitigen Stand der Wissenschaft. Vielmehr lassen die Sicherheitsmechanismen Betrug gerade hier am wenigsten zu. Zum einen würden die Ärztinnen und Ärzte damit schnell auffällig, zum anderen bedeutete dies, eine Therapie zu verschreiben, die medizinisch nicht indiziert ist. Das mag bei Behandlungen mit geringen Kosten ohne gesundheitliche Folgen für die Patientinnen und Patienten möglich sein. Teure Behandlungen hingegen, z.B. für Krebs, Nierenversagen oder rheumatische Erkrankungen, sind eng mit der Indikation verbunden. Eine Fehlbehandlung bedeutet hier einen Straftatbestand, denn damit würde ein Risiko der Körperverletzung und therapiebedingter Todesfälle in Kauf genommen. Vor dem Hintergrund, dass die Verdienstmöglichkeiten bei hochpreisigen Therapien eher gering sind, ist es nicht realistisch, davon auszugehen, die

²⁷ Trottmann M, Telser H, Stampfli D, Hersberger K, Matter K, Schwenkglens M. Übertragung der niederländischen PCG auf Schweizer Verhältnisse. *Polynomics*. 2015. <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00295/12845/index.html?lang=de>.

²⁸ Risikoselektion und Risikostrukturausgleich in der Schweiz. Robert Leu. Konstantin Beck. <http://www.docfind.ch/PCGBeckLeu2006.pdf>

Ärztinnen und Ärzte würden dieses Risiko eingehen, und wenn, dann nur in ganz wenigen Ausnahmefällen. Die Regel dürfte es jedenfalls nicht sein, dass Ärztinnen und Ärzte derart skrupellose Kriminelle sind.

Zu argumentieren schliesslich, das Setting habe diesen Fehler der Methode nun ja erkannt und diese in der Arbeitsgruppe WZW von santésuisse und FMH korrigiert, wäre irreführend. Vielmehr war es das Parlament, das einen entsprechenden Auftrag formulieren musste, um dies zu bewirken. Zuvor wurde die fehlerhafte Beurteilung jahrelang angewandt und von den Versicherungsgerichten als Grundlage ihrer Urteile verwendet. Ein Regulativ spielt im gegebenen Setting also gerade nicht. Dies legt nahe, nicht nur Methode und Verfahren zu hinterfragen, sondern das gesamte Setting ihrer Anwendung: Versicherer, Ärzteschaft, Versicherungsgerichte. Hier wäre das Bundesamt für Gesundheit (BAG) in die Pflicht zu nehmen, eine Aufsichtsfunktion wahrzunehmen.

Validierung der Methode

Schützt die neue Methode vor Fehlbeurteilung? Das ist zumindest fraglich. Dazu der Hintergrund: Pharmazeutische Kostengruppen PCGs werden seit geraumer Zeit für den Risikostrukturausgleich (RSA) unter den Krankenkassen verwendet. Dies, weil aufgrund von Validierungen (Schwenkglenks et al 2015) ein solches Vorgehen als sinnvoll erachtet wurde. Gemäss dieser Arbeit sind allerdings die Kosten pro PCG enorm breit gestreut und können zwischen wenigen 100 Franken und über 100'000 Fr. pro Jahr liegen. Dabei ist unbekannt, wie hoch pro PCG-Fall der Anteil der ambulanten Arztkosten abgebildet wird. Zudem sind auch hier die Kosten nicht normal verteilt, was in Deutschland zu «Umverteilungsübungen» geführt hat²⁹. Es fragt sich deshalb, wie die Korrelationen zwischen den notwendigen ambulanten Arztkosten pro Patienten aufgrund der PCG-Kosten tatsächlich sind. Zudem ist zu erwarten, dass auch die Kosten pro PCG in der Hausarztpraxis einer hohen Variabilität ausgesetzt sind.

Daraus ergeben sich zwei Prämissen für unsere folgende Modellrechnung: Überarztung findet nicht bei teuren, sondern eher bei billigen Patientinnen und Patienten statt, wie ein Gutachten der Gesundheitsforen Leipzig aus dem Jahr 2014 zeigt³⁰. Es wurde von Hochschul-Dozent Dr. rer. nat. habil. Walter Warmuth (Gesundheitsforen Leipzig) unter Beteiligung von Helmut Dahl und Dr. David Matusiewicz (ForBiG Forschungsnahe Beratungsgesellschaft im Gesundheitswesen erstellt. In der zweiten Prämisse wurde die Variabilität von Pareto-verteilten PCG-Kosten künstlich erzeugter Überarztung modelliert. Dabei wird als Grundvoraussetzung die Kostengenerierung durch Indikationsentscheide als Zufallsvariable bei teuren Patientinnen und Patienten einkalkuliert und auch beachtet, dass die teuren Patientinnen und Patienten in der hausärztlichen Praxis relativ selten auftreten (Paretoverteilung der Kosten: die 10% teuersten Patientinnen und Patienten verursachen z.B. 60% der Kosten). Wir wollen mit unserer Modellrechnung nun zwei Fragen beantworten: Wo erwarten wir Überarztung? Und sind pharmazeutische Kostengruppen geeignet für das WZW-Verfahren?

Unser Experiment umfasst drei Typen von hausärztlichen Praxen, wobei alle drei folgende Grundvoraussetzungen erfüllen (die Parameter können im Rechner selber frei verändert werden³¹): Die meisten Patientinnen und Patienten kosten rund 500 Fr. pro Jahr, rund 100 der Patientinnen und Patienten haben PCGs (Pharmazeutische Kostengruppen) und eine hohe Variabilität der Kosten. Die Arztpraxis Typ A1 versorgt rund 900 Patientinnen und Patienten pro Jahr ohne Überarztung, wovon

²⁹ Walter Warmuth. Gesundheitsökonomie in der GKV. Sonderdruck aus Versicherungswirtschaft, 68. Jahrgang, Heft 13, Juli 2013: www.docfind.ch/WarmuthRSA072013.pdf

³⁰ <https://docfind.ch/WZWWarmuth2014.pdf>

³¹ www.docfind.ch/wzwfallacy.xlsx

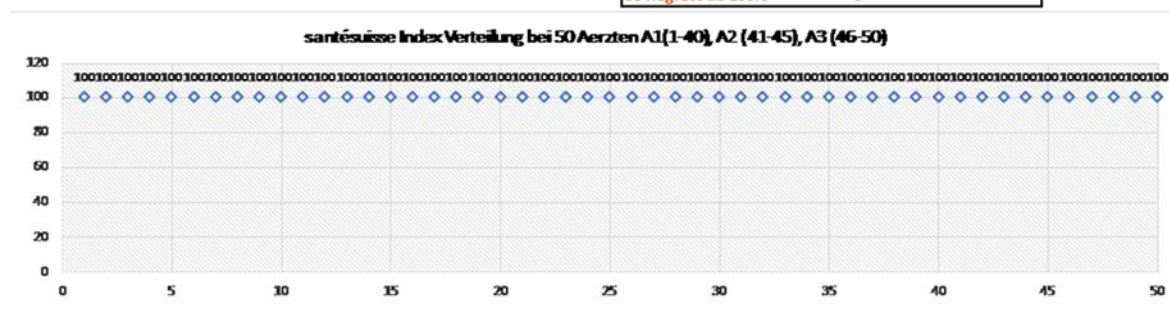
40 Praxen existieren. Typ A2 wird aus 5 Praxen gebildet und versorgt 1'000 Patientinnen und Patienten pro Jahr, wovon 100 Patientinnen und Patienten unnötig mit durchschnittlich ca. 500 Fr. pro Jahr behandelt werden. Typ A3 wird ebenfalls aus nur 5 Praxen gebildet und versorgt rund 500 Patientinnen und Patienten pro Jahr, wobei die hochpreisigen Patientinnen und Patienten ebenfalls rund 100 betragen. Damit behandelt Typ A3 also deutlich mehr hochpreisige Patientinnen und Patienten. Mit diesen drei Praxistypen rechnen wir nun fünf Behandlungsmodelle durch (Modell A bis Modell E), um zu schauen, welches Verhalten von der Methode der santésuisse wie wahrgenommen wird.

Modell A: A1-A3 behandeln alle 1000 Patientinnen und Patienten zu 500 Fr. pro Jahr, keine PCG-Krankheiten. Alle generieren einen santésuisse-Index von 100%, und es gibt keine Überarztung bei billigen Patientinnen und Patienten. A1 behandeln 1000 Patientinnen und Patienten zu 500 Fr. mit Gesamtkosten von 20 Mio. Franken, A2 und A3 behandeln ebenfalls 1000 Patientinnen und Patienten zu 500 Fr. mit Gesamtkosten von je 2.5 Mio. Franken.

	Cut High Cost	MaxCost	MinCost
	90.0%	500	500
	A1	A2	A3
Usual Cost	500	500	500
% PCG Treated of 1'000	0%	0%	0%
Doctor groups	48	5	5

	santésuisse Index	Total Cost	N Pat	Average Cost
A1	100	20 000 000	1 000	500
A2	100	2 500 000	1 000	500
A3	100	2 500 000	1 000	500

Deliktsumme (A2)	0
SS Regress ab 130%	0



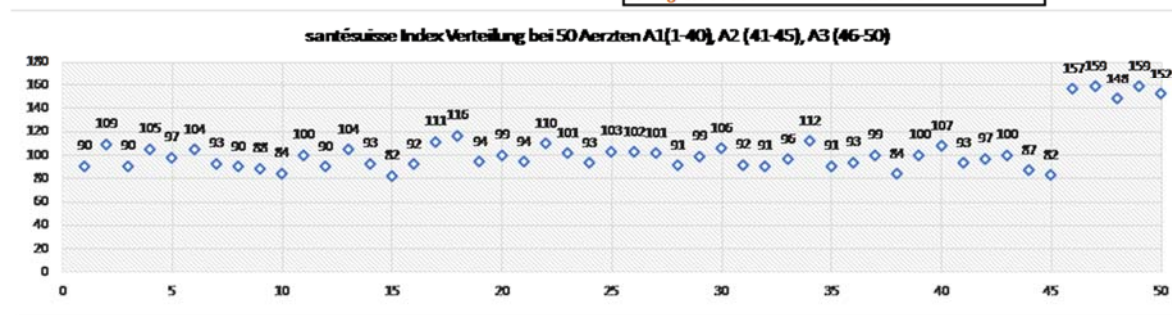
Modell B: 40 A1-Praxen behandeln rund 800 Patientinnen und Patienten zu durchschnittlich je 500 Fr pro Jahr und führen keine Überarztung bei billigen Patientinnen und Patienten durch. Ferner werden rund 100 PCG-Patientinnen und -Patienten behandelt zu Kosten zwischen 500-25'000 Fr.; 5 A2-Praxen behandeln wie A1, zusätzlich aber 100 Patientinnen und Patienten unnötig zu 500 Fr. pro Patient und Jahr. 5 A3-Praxen behandeln 400 Patientinnen und Patienten pro Jahr zu Kosten von 500 Fr, zusätzlich 100 PCG-Patientinnen und -Patienten. Im Ergebnis weisen die 40 A1-Praxen einen santésuisse-Index von 97% auf, die 5 A2-Praxen einen Index von 92% (mit Überarztungskosten von insgesamt 246'813 Fr oder rund 50'000 Fr. pro A2-Praxis), und die A3-Praxen weisen einen

santésuisse-Index von 155% auf (Bereich: 148%-159%) mit einer Regress-Summe (ab 130% Kostenüberschreitung) von 1.15 Mio. Franken oder 230'000 Fr pro Arzt.

	Cut High Cost	MaxCost	MinCost
	90.0%	25 000	500
	A1	A2	A3
Usual Cost	500	500	500
% PCG Treated of 1'000	10%	0%	50%
Doctor groups	48	5	5

	santésuisse Index	Total Cost	N Pat	Average Cost
A1	97	65 686 399	901	1 822
A2	92	8 587 296	1 000	1 717
A3	155	7 162 096	495	2 896

Deliktsumme (A2)	246 813
SS Regress ab 130%	1 146 842

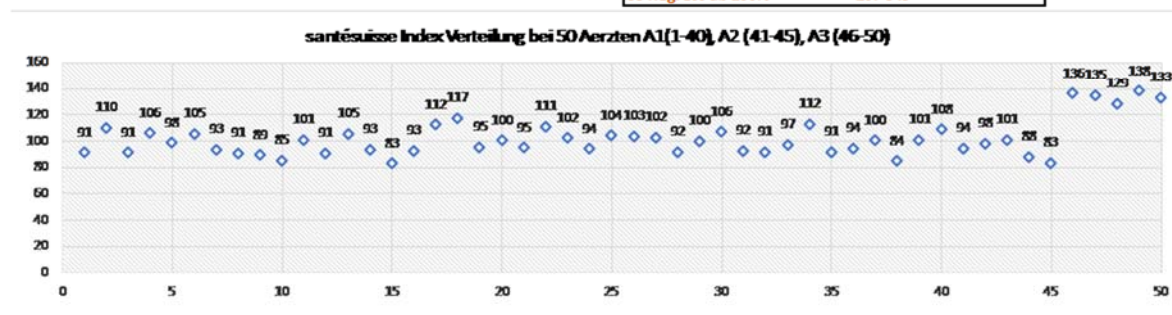


Modell C: hier wird das Modell B verwendet, die Praxen A3 behandeln aber statt 400 jetzt 500 nicht PCG-Patientinnen und -Patienten mit Durchschnittskosten von 500 Fr. pro Jahr. Der Index sinkt dabei auf 134%. Aufgrund der PCG-Variabilität sind aber 4 von 5 Praxen auffällig mit einer gesamten Regress-Summe von 237'840 Franken oder rund 60'000 Fr pro Arzt.

	Cut High Cost	MaxCost	MinCost
	90.0%	25 000	500
	A1	A2	A3
Usual Cost	500	500	500
% PCG Treated of 1'000	10%	0%	40%
Doctor groups	48	5	5

	santésuisse Index	Total Cost	N Pat	Average Cost
A1	98	65 686 399	901	1 822
A2	93	8 587 296	1 000	1 717
A3	134	7 417 596	597	2 486

Deliktsumme (A2)	246 813
SS Regress ab 130%	237 849



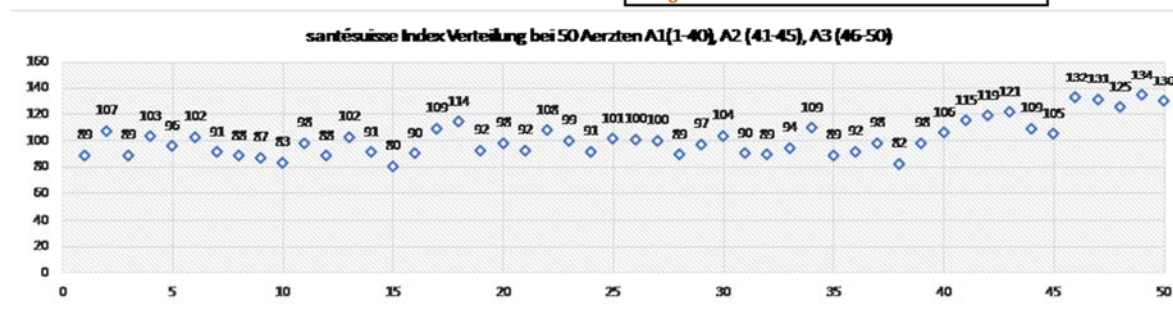
Modell D: Hier überarzteten A2-Praxen alle billigen Patientinnen und Patienten mit 1'000 statt 500 Franken pro Jahr mit einer Deliktsumme von 493'625 Fr (oder rund 100'000 Fr pro Arzt) und einem Index von 114 (Bereich: 105%-121%). Dies führt zu einem Absinken des Indexes bei den A3-Praxen

auf 130% (Bereich: 125%-134%), wovon drei Praxen auffällig bleiben, mit einer Regress-Summe von rund 85'000 Fr.

	Cut High Cost	MaxCost	MinCost
	90.0%	25 000	500
	A1	A2	A3
Usual Cost	500	1 000	500
% PCG Treated of 1'000	10%	0%	40%
Doctor groups	48	5	5

	santésuisse Index	Total Cost	N Pat	Average Cost
A1	96	65 686 399	901	1 822
A2	114	10 836 796	1 000	2 167
A3	130	7 417 596	597	2 486

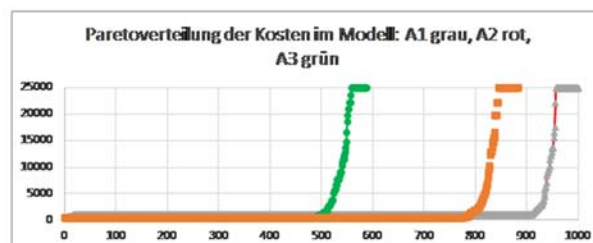
Deliktsumme (A2)	493 625
SS Regress ab 130%	84 861



Am Beispiel vom Modell D zeigt sich die Verteilung der Kosten (Vertikale) bei den Patientinnen und Patienten (Horizontale) wie folgt:

Modell D

	A1	A2	A3
Kostensumme	1803619	2311908	1506273
Kosten billige Patienten	388888	902922	243500
Kosten teure Patienten	1414731	1408986	1262773
Kosten teure Patienten in %	78	61	84



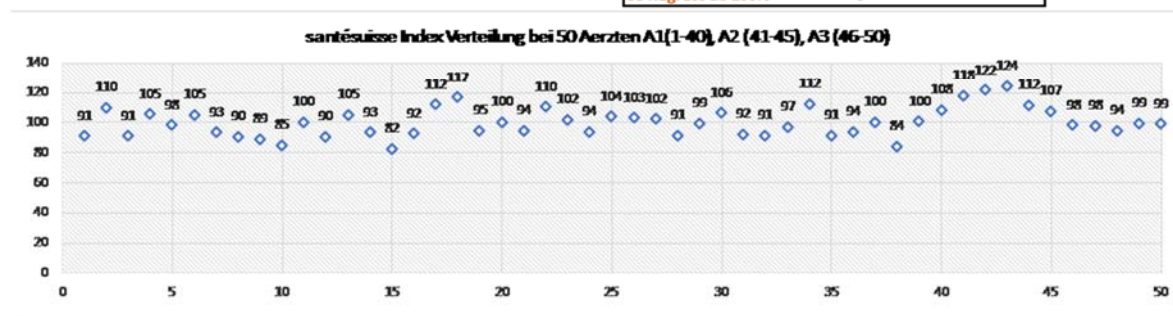
Bei A1-Praxen machen die 10% teuren Patientinnen und Patienten 78% der Kosten aus, bei A2 sind es 61% und bei A3 84%.

Modell E: Wie Modell D, hier werden aber A3-Praxen gleich behandelt wie A1-Praxen, d.h. gleich viele billige und teure Patientinnen und Patienten mit je einem Kostenindex von 98%. Trotz Überarztung bei den A2-Praxen im Betrag von 493'625 Fr (oder rund 100'000 Fr pro Arzt) ist keine Praxis kostenauffällig (A2-Bereich: 107%-124%, Durchschnitt 117%). Die Regress-Summe beträgt somit 0 Franken.

	Cut High Cost	MaxCost	MinCost
	90.0%	25 000	500
	A1	A2	A3
Usual Cost	500	1 000	500
% PCG Treated of 1'000	10%	0%	10%
Doctor groups	48	5	5

	santésuisse Index	Total Cost	N Pat	Average Cost
A1	98	65 686 399	901	1 822
A2	117	10 836 796	1 000	2 167
A3	98	8 175 096	900	1 817

Deliktsumme (A2)	493 625
SS Regress ab 130%	0



Aufgrund dieser Modellrechnungen wird klar: Überarztung ist aus dem santésuisse-Index nicht erkennbar. Auffällig werden ausschliesslich korrekt arbeitende Ärztinnen und Ärzte mit relativ vielen teuren PCG-Patientinnen und -Patienten. Je nach Grad der Überarztung in den A2-Praxen verschwindet ein Regress komplett aus den Berechnungen (Modell E), obwohl 5 Praxen eine Deliktsumme von rund 500'000 Franken erzeugen. Unter der Voraussetzung einer Paretoverteilung der Kosten erscheinen nur A3-Praxen als auffällig, weil sie relativ weniger billige Patientinnen und Patienten behandeln.

Die Methode ist also nicht geeignet, Überarztung verlässlich festzustellen. In Deutschland, das die Suche nach der richtigen Methode auf einer falschen Basis hinter sich hat, wurde dies erkannt. Man korrigiert heute zurück in Richtung einer vermehrt medizinisch und nicht zu stark ökonomisch geprägten Behandlungskultur. Wie das Deutsche Ärzteblatt im Dezember 2018 schreibt, sollen «Ärztliche Entscheidungen ... künftig nur noch im konkreten Verdachtsfall überprüft werden. Man schaffe „bestimmte Regresse und die Zufallsprüfungen ab“, wie Bundesgesundheitsminister Jens Spahn (CDU) der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ) sagte. Ärzte sollten ihre Patienten ohne Angst vor einem Regress gut versorgen können.»³²

³² <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/100046/Spahn-will-Regresse-gegen-Aerzte-lockern>

Validierung des Verfahrens

Die hier aufbereiteten statistisch-mathematischen Mängel der Methode der Versicherer sind seit Längerem bekannt. Dass daran festgehalten wurde und wird, kann nur in Gründen des Verfahrens liegen: Erfüllt eine mangelhafte Methode, eingebettet in ein entsprechend ausgestaltetes Verfahren, ihren Zweck dennoch? Die Versicherer argumentieren so, wenn sie von einer präventiven Wirkung der Wirtschaftlichkeitsverfahren sprechen. Diese könnte vielleicht sogar höher sein, je weniger präzise die Methode arbeitet. In einem Klima willkürlicher Beurteilung, wo jeder Angst haben muss, jederzeit als Überarzt gebüsst zu werden, macht sich eine Stimmung des übervorsichtigen Lieber-mal-Nicht breit: Man überlegt sich bei teuren Behandlungen besser zweimal, ob man sie anwendet, da man ja ins Fadenkreuz einer willkürlichen Kontrollinstanz geraten könnte. Wir wollen diesen Ansatz zunächst nicht werten, sondern objektiv auf seine Zweckdienlichkeit hin untersuchen: Kann das funktionieren?

Wenn die Durchschnittskosten einer Praxis 30% und mehr über dem Schnitt der Vergleichsgruppe liegen, wird sie von *santésuisse* angeschrieben. Bisher hat *santésuisse* den Kostenvergleich lediglich bezüglich des Alters der Patientinnen und Patienten korrigiert. Die Annahme, das Alter begründe die Morbidität hinlänglich, wurde durch *santésuisse* aufgrund von aggregierten Altersklassen allerdings überschätzt. Der VEMS hat in einem Artikel in der *Ärztzeitung*³³ aus dem Jahr 2014 mathematisch-statistisch hergeleitet, weshalb ein hohes Durchschnittsalter höhere Durchschnittskosten je nach Arzttätigkeit nicht einmal zu 5% zu erklären vermag. Das neue Modell wird beschrieben³⁴ als ein «fixed effects model» mit den erklärenden Variablen «Alter», «Geschlecht», «Wahlfranchise», «Vorjahres-Hospitalisation» und «pharmazeutische Kostengruppen». Ergänzend habe man noch den Praxisstandort berücksichtigt (unter Einschluss soziologischer Faktoren, welche aber «keinen signifikanten Einfluss auf die Kosten» hätten). Ferner berücksichtige man einen Unsicherheitsindikator: je höher die Abweichungen innerhalb der Patientengruppen (Anmerkung: gemeint sind wahrscheinlich Alter- und Geschlechtsgruppen), desto höher sei der Unsicherheitsindikator, was man dann berücksichtige, da dies wertvolle Hinweise liefere.

Die belangten Ärztinnen und Ärzte können ihrerseits sogenannte Praxisbesonderheiten einbringen, um ihre Kosten zu erklären. Es geht hier allerdings nicht darum, die Behandlungen medizinisch zu begründen, sondern zu erklären, wieso andere Praxen im Vergleich günstiger arbeiten. Lange musste dies ohne Kenntnis der anderen Praxen der Gruppe bewerkstelligt werden. Heute kann

³³ <https://saez.ch/de/resource/jf/journal/file/view/article/saez/de/saez.2014.03182/SAEZ-03182.pdf>

³⁴ <https://saez.ch/de/article/doi/saez.2018.17241/>

die Praxis die Vergleichsgruppe anfordern, um abzuschätzen, wo die Unterschiede im Behandlungsverhalten liegen könnten, wenn nach den Korrekturen durch *santésuisse* noch immer signifikant höhere Durchschnittskosten bleiben. Wir wollen an drei Beispielen aus unserer Beratung zeigen, was dies praktisch bedeuten kann.

Mit rheumatologischen Krankheiten können psychosomatische und psychische Beschwerden einhergehen. Die anderen Praxen seiner Gruppe verwiesen hierfür an den Spezialisten weiter, unser Klient hatte sich dieses Zusatzwissen angeeignet, und ein Rheumatologe darf diese Behandlung im Rahmen des Tarmed-Tarifs Taxpunkt 00.0520 (psychosoziale Beratung) auch abrechnen. Er hatte nun aber höhere Durchschnittskosten. Diese galt es, im Gespräch mit *santésuisse* zu begründen, wobei wir ihm assistierten. In diesem Gespräch wurden wir von *santésuisse* aufgefordert, eine Vergleichsgruppe zu definieren. Eine solche war allerdings nicht zu finden, da unser Arzt in der Region der einzige war, der so behandelte. Wir brachten das Argument ein, diese Art der Behandlung spare Kosten. Dies wurde zwar als korrekt befunden. In der Folge wurde das Verfahren aber nicht sistiert, sondern ein Vergleich ausgesprochen, der vom betreffenden Arzt wohl oder übel akzeptiert wurde, damit er wieder arbeiten konnte. Will er nun ein abermaliges Verfahren vermeiden, so bleibt ihm nur, seine Behandlungsmodalität zu ändern: weiterverweisen. Damit verursacht er Mehrkosten, wird dann aber nicht mehr wegen angeblich kostenintensivem Behandeln gebüsst. Der Effekt des Verfahrens ist klar ein kostentreibender.

Einen weiteren Fall haben wir in einem Artikel in der *Ärztezeitung*³⁵ thematisiert: Ein Psychologe, der wenige Patientinnen und Patienten psychotherapeutisch behandelt, wird mit Praxen verglichen, die zehnmal so viele Patientinnen und Patienten medikamentös behandeln. Er wird verfolgt, obwohl er für jede Behandlung Kostengutsprachen der Kassen hat. Wir haben ihm in unserer Beratung die mathematisch-statistischen Grundlagen geliefert und ihm bei der Korrespondenz mit *santésuisse* geholfen. Auch hier blieb dem betreffenden Arzt aber nur, auf den vorgeschlagenen Vergleich einzutreten. Dass dieser bereits bei Eröffnung des Verfahrens von *santésuisse* vorgeschlagen wurde, lässt vermuten: Es war den Versicherern klar, dass hier kein Fall missbräuchlicher unnötiger Behandlungen zur persönlichen Bereicherung vorliegt. Will der betreffende Arzt ein abermaliges Verfahren vermeiden, so bleibt ihm nur, sein Behandlungsverhalten anzupassen: medikamentöse Behandlung auch bei Patientinnen und Patienten, denen mit einer Gesprächstherapie besser zu helfen ist. Die Folgen: Ihre Behandlungskosten könnten steigen, da leichte psychische Erkrankungen nach dem Absetzen der Medikation – ohne ausreichende Psychotherapie – oft rezidivieren³⁶. Auch hier ist der Effekt des Verfahrens möglicherweise ein kostentreibender, jedenfalls kein kostensenkender.

³⁵ <https://saez.ch/de/article/doi/saez.2018.06234>

³⁶ <https://www.tagesanzeiger.ch/wissen/medizin-und-psychologie/den-therapeuten-am-draht/story/17201297>

Den dritten Fall haben wir dem Branchenportal medinside.ch bekanntgemacht, welches darüber auch berichtet hat³⁷: Hier hat eine Praxis mit 55'000 Patientinnen und Patienten den Vergleich der gesamten Gruppe verzerrt und 16% mehr Ärztinnen und Ärzte als auffällig erscheinen lassen. Einer davon hat sich an den VEMS gewandt. Nach Aufdecken des Fehlers hat santésuisse das Verfahren bei der PVK (paritätische Vertrauenskommission) ohne weitere Begründung und Erklärung sistiert. Wie es sich auf die Behandlungskultur auswirken wird, für einen Statistikfehler von santésuisse zur Kasse gebeten zu werden, können wir nicht abschätzen. Aus dem vorigen Kapitel wissen wir aber, mit welchem Behandlungsverhalten man sich vor solcher Willkür schützen kann: Schwerkranke möglichst nicht behandeln. Da deren Krankheiten damit nicht heilen, werden sie sie anderswo behandeln lassen, eher verspätet, deshalb eher teurer, eher in den Ambulatorien oder sogar den Stationen der Spitäler, wo die Behandlungskosten höher sind. Der Effekt des Verfahrens also auch hier: tendenziell kostentreibend.

Diese drei Beispiele legen nahe, dass es eine gefährliche Strategie wäre, eine Methode anzuwenden, die erkanntermaßen mangelhaft ist, und dann darauf zu hoffen, dass ein kompromissloses Durchsetzen derselben insgesamt einen kostensenkenden Effekt habe. Die präventive Wirkung der Wirtschaftlichkeitsverfahren, wie sie derzeit ausgestaltet sind, ist also fragwürdig. Hier würde wahrscheinlich eine Strategie in umgekehrter Richtung mehr fassen: Sistieren der Verfahren, wo diese offensichtlich ungerechtfertigt sind, um zu signalisieren, dass den Versicherern an einer fairen Beurteilung gelegen ist. Das Problem unnötiger Behandlungen kann nur in partnerschaftlicher Zusammenarbeit von Versicherern und Medizinern gelöst werden.

Die Arbeitsgruppe WZW von FMH und santésuisse hat sich zu sehr auf die Methode konzentriert und im Versuch, diese auf der Basis einer falschen prognostischen Vorannahme zu kitten, Zeit und Energie verloren. Dabei kam das Verfahren nicht zur Sprache, und überhaupt nicht hinterfragt wurde das Setting: Das Verfahren läuft weiterhin unter der Regie der Versicherer und unter Ausschluss der Medizin, was eine ausgewogene Beurteilung der Zweckmässigkeit der Behandlungen im ökonomischen sowie im medizinischen Sinn erschwert. Schaltet sich das Bundesamt für Gesundheit (BAG) nicht korrigierend ein, sind einzig unsere Versicherungsgerichte in der Lage, Gegensteuer zu geben. Wir wollen im nächsten Kapitel anschauen, unter welchen Voraussetzungen sie ihre Arbeit taten und tun.

³⁷ <https://www.medinside.ch/de/post/gesucht-die-billig-praxis-mit-55-000-patientinnen>

Rechtstheorie und Rechtspraxis

Wir haben zur Klärung der Rechtssituation der Wirtschaftlichkeitsverfahren beim Versicherungsrechtsexperten Prof. Ueli Kieser verschiedene Gutachten eingeholt, wovon wir im Folgenden auf das jüngste vom Juni 2017 «zu Fragen der Sachkunde bei den Wirtschaftlichkeitsprüfungen in der obligatorischen Krankenversicherung»³⁸ zurückgreifen. Prof. Kieser stellt zusammenfassend fest: «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.»

Einleitend listet Prof. Kieser die rechtlichen Grundlagen und stellt fest: «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.» Als Gebote an das Durchführungsorgan formuliert Prof. Kieser: das Gebot der Unabhängigkeit und Neutralität, das Gebot der Sachkunde, das Gebot der Objektivität sowie das Gebot der Fairness an das Verfahren selbst. Diese Gebote werden aus den Gesetzesgrundlagen hergeleitet.

Eine anschliessende Analyse der Rechtspraxis legt frei, dass sie in der Handhabung der Wirtschaftlichkeitsverfahren teilweise verletzt werden: «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

³⁸ <http://docfind.ch/Kieser052015.pdf>

nach bisheriger Rechtsprechung der Rechnungstellerstatistik eine besondere Beweiskraft zugemessen wird, ist deshalb nicht schlüssig.»

Grundlegend hält Prof. Kieser fest: «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, werden die durchschnittlichen Kosten, welche ein Leistungserbringer ausgelöst hat, verglichen mit dem Fallkostendurchschnitt einer Gruppe von Leistungserbringern, denen der betreffende Leistungserbringer zugehört.» Wie wurde dies früher gehandhabt? Hierzu haben wir die Literatur gesichtet.

Dr. Rudolf Schweizers schreibt in seinem Buch «Die kantonalen Schiedsgerichte für Streitigkeiten zwischen Ärzten oder Apothekern und Krankenkassen»³⁹ aus dem Jahr 1957: «Diese Methode, bei welcher der Durchschnitt der streitigen Krankheitsfälle mit dem Durchschnitt verglichen wird, den die Gesamtheit der Ärzte oder der betreffenden Arztgruppe pro Fall aufweist, ist stark umstritten.» Hierzu führt er ein Argument ins Feld, das bis heute seine Gültigkeit hat: «Wohl das grösste Bedenken gegen die Durchschnittsmethode besteht darin, dass gewissenlose Ärzte ihre Durchschnitte durch «Teilung» eines Krankheitsfalls in zwei oder mehrere Fälle reduzieren können.» Bezüglich der Alternativen ist der Autor allerdings skeptisch: «Wer die Durchschnittsmethode selbst als Indiz ganz ablehnt, beachtet nicht, dass die anderen Beweismittel, die für den Nachweis einer unwirtschaftlichen Behandlungsweise in Schiedsgerichtsprozessen zur Verfügung stehen, auch keine exakten Aufschlüsse geben. Krankengeschichten können die Schwere der Krankheit übertrieben. Die Krankenscheine selbst sind für die Beurteilung der Schwere des Falles noch weniger zuverlässig. Patienten, die als Zeugen einvernommen werden, sehen die Krankheit je nach dem Grade ihrer Ängstlichkeit und je nach den Orientierungen, die sie vom Arzt erhalten haben, häufig leichter oder schwerer an, als es den Tatsachen entsprach.»

Eine Sichtung der Rechtspraxis in verschiedenen Kantonen indes zeigte, dass damals nie allein der Durchschnittsvergleich beigezogen wurde, so etwa im Kanton St. Gallen: «Überschreitungen der Durchschnitte seien für sich allein kein genügendes Beweismittel, aber doch ein nicht unerhebliches Indiz für zu hohe Behandlungskosten ... Ein weiteres gewichtiges Indiz für eine unwirtschaftliche Behandlung sei gegeben, wenn dem Arzt in einer Reihe von Einzelfällen Aufwendungen nachgewiesen werden können, die überflüssig gewesen seien und ohne Not hätten unterbleiben können.» Oder im Kanton Zürich: «Die Zürcher Praxis neigt dazu, Überarztung nur dann anzunehmen,

³⁹ <http://www.docfind.ch/WZWHHistoryA.pdf>

wenn sie, abgesehen von der Durchschnittsüberschreitung, durch einen Experten festgestellt wird, der alle streitigen Krankenscheine überprüft hat.» Dieser Usus zieht sich durch die damalige Rechtspraxis in allen Kantonen unseres Landes.

Insgesamt galt also noch in den Sechzigerjahren, dass eine Ärztin, ein Arzt, einer Überschreitung der Durchschnittskosten wegen noch nicht als schuldig galt, es sei denn, die Krankenkasse erbringe konkrete Beweise für Überbehandlung auf der Einzelfallebene, und diese seien so zahlreich, dass von einer systematischen Überbehandlung ausgegangen werden kann. Trotz uneinheitlicher diesbezüglicher Auffassungen über die Beweislastverteilung sieht Dr. Schweizer einen Konsensus: «Das Schweigen des Gesetzes nach dieser Richtung ist aber mit *Guldener* so auszulegen, dass die Partei, die Tatsachen behauptet, aus denen sie den Untergang von Rechten oder Pflichten ableitet, für diese Tatsachen die Beweislast trifft.» Wie die heutige Rechtspraxis ist, hält Prof. Kieser in obigem Gutachten fest: «Regelmässig wird beim Vorliegen einer qualitativen Überschreitung des Durchschnittswerts die Annahme getroffen, dass im darüber liegenden Bereich eine unwirtschaftliche Behandlung vorliegt.»

Auch das Problem, dass Ärztinnen und Ärzte ihre Durchschnittskosten mit Kniffen senken können, wie wir es in den vorigen Kapiteln aufgezeigt haben, wurde bereits 1946 diskutiert. Theo Käslin, Rechtsanwalt aus Luzern, schreibt in der Schweizerischen Juristenzeitung⁴⁰: «Es ist zu beachten, dass es der Arzt, wenn er mala fide handelt, in der Hand hat, seinen Durchschnitt zu „steuern“. Denn je mehr Krankenscheine – auch Bagatellfälle –, umso tiefer der Kostendurchschnitt. Diese Methode der bürokratischen Kniffe ist zweifelsohne verwerflich und auch nicht ungefährlich hinsichtlich der Einstellung der Moral der Krankenkassenmitglieder. Mancher Arzt wird aber der Versuchung, solche Kniffe anzuwenden, umso weniger widerstehen, als er sich subjektiv hierzu berechtigt fühlt. Zahlreiche Aussprüche und Voten von Aerzten beweisen dies.»

Der Autor kommt zum Schluss: «Es kaum zweifelhaft erscheint, dass die Anwendung des Durchschnittsberechnungssystems weder rechtlich noch sachlich haltbar ist. Wo, wie z.B. im Kanton Luzern, die Anwendung dieses Systems ausdrücklich vorbehalten wird, scheint ein an sich unzulässiges Überprüfungssystem verbindliche Wirkung zu erhalten. Prima vista braucht man sich darüber umso weniger aufzuhalten, als ja der Aerzteschaft vor Erlass der Verordnung Gelegenheit geboten wurde, dazu Stellung zu nehmen. Wenn sie sich also freiwillig in ihrer Rechtsstellung einengen liess, so war das ihre Sache. Denn weder handelt es sich um ein unverzichtbares Recht, noch wird dadurch ein verfassungsmässig garantiertes Recht verletzt. Trotzdem bleibt auch hier die Tatsache bestehen, dass ein an sich sachliches und rechtlich unhaltbares System durch behördliche Verfügung eine ihm

⁴⁰ www.docfind.ch/WZWHistoryB.pdf

nicht zukommende Beweiskraft erhalten hat. Es liegt hier an der Schiedsgerichtspraxis, diesem System jene modifizierende Beweisqualität zuzuerkennen, welche im zukommt, nämlich als Indizienbeweis. Die bisherige Praxis lässt allerdings befürchten, dass die Schiedsgerichte dieser Forderung auch in Zukunft kaum gerecht zu werden vermögen».

Zusammengefasst: Die Handhabung der WZW-Verfahren durch unsere Versicherungsgerichte steht im Widerspruch mit den Rechtsgrundlagen, sie ist ein Bruch mit einer Handhabung, die jahrzehntelang Usus war und keine Bussen aussprach ohne Schuldnachweis auf der Ebene der Einzelfallprüfung, und sie ist vor der hier aufbereiteten Situation schwer zu plausibilisieren: Lohnend ist die unnötige Verschreibung hochpreisiger Medikamente kaum, die behandelnde Ärztin, der behandelnden Arzt nähme damit aber eine Gesundheitsgefährdung mit möglicher tödlicher Folge der Patientinnen und Patienten in Kauf – ein Tatbestand, der von unseren Versicherungsgerichten allerdings nicht an die Strafbehörden weitergeleitet wird, wenn sie Praxen verurteilen und Bussen aussprechen. Es fragt sich deshalb, ob sie selber an ein tatsächliches Verschulden der Verurteilten glauben.

Beurteilung

Der VEMS hält die derzeitige Handhabung der Wirtschaftlichkeitsverfahren der Versicherer auf drei Ebenen für problematisch: Setting, Methode, Verfahren. Das Setting im Zusammenspiel zwischen Ärzteschaft, Versicherern und Versicherungsgerichten ist nicht geeignet, Kräfte auszutarieren. Vielmehr verstärken sich diese gegenseitig, was zu zweierlei führen kann: Zum einen ist es im derzeitigen Setting möglich, dass eine unrechtmässige Verurteilung und Busse ausgesprochen wird, obwohl die beteiligten Parteien, jede für sich, nicht unrechtmässig handeln. Im Einzelfall kann dies schweres Unrecht zur Folge haben und Ärztinnen und Ärzte, deren einziges Vergehen es ist, teure, weil schwer kranke Patientinnen und Patienten zu behandeln, zu Bussen verurteilen. Je nach Höhe der Busse kann dies zur Praxisaufgabe zwingen. Zum anderen ist eine Verbesserung von Methode und Verfahren im derzeitigen Setting kaum möglich. Die Methode ist heute anders, identifiziert rund 50% weniger Praxen als auffällig, präziser ist sie aber nicht. Auch berücksichtigt ihre Anwendung im Verfahren die seit geraumer Zeit erkannten und bekannten Fehler nicht gebührend. Vielmehr ist sie noch zu oft gekennzeichnet von einem sturen Festhalten an Abläufen, auch dort, wo den Beteiligten bekannt sein muss, dass die Methode falsch identifiziert hat. Dies kann die frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzten zu einem Behandlungsverhalten anreizen, mit welchem sie nicht mehr auf dem Radar der *santésuisse* erscheinen, wozu sie dann aber unter Umständen tendenziell unnötig behandeln.

Vor diesem Hintergrund erachten wir es als ratsam, bei der Neugestaltung der WZW-Verfahren in folgender Reihenfolge vorzugehen: Setting, Methode, Verfahren. Das Setting ist geprägt von der in der wissenschaftlichen Literatur als falsch erkannten und in diesem Papier anhand von Beispielen als falsch dargelegten Annahme, hohe Durchschnittskosten seien ein sicherer Hinweis auf Überarztung. Die Handhabung des Verfahrens geht darüber noch hinaus und nimmt an, sie seien ein Beweis dafür, es sei denn, die betreffende Praxis könne ihre erhöhten Durchschnittskosten begründen. Da diese Begründung statistisch, nicht auf der Einzelfallebene zu erfolgen hat und die Gerichte auch keine Einzelfallprüfung vornehmen, führt dies zu einer im Schweizer Rechtswesen einzigartigen Situation: Der Angeklagte ist schuldig, es sei denn, er kann seine Unschuld beweisen, und er wird verurteilt, ohne dass ein konkreter Beweis seiner Schuld vorliegt.

Die Versicherungsgerichte sind vor diesem Hintergrund gefordert, ihre Rolle und ihr Handeln zu überdenken und zu korrigieren. Allerdings sollte eine Umgestaltung des Settings auch dem BAG eine korrigierende Funktion verleihen und eine Verantwortung von ihm einfordern. Ohne behördliche Kontrolle dürfte es schwerlich gelingen, Methode und Verfahren in Richtung Sachdienlichkeit und Rechtsstaatlichkeit zu korrigieren. Doch auch die medizinischen Fachgesellschaften sind gefordert, zusammen mit der SAMW mit dem systematischen Aufbau interinstitutioneller Audits

einer Beurteilung ihrer Arbeit durch fachfremde Gremien mit tendenziell einseitig ökonomischer Sicht entgegenzuwirken, um damit ihren Beitrag an die Ausgestaltung einer Behandlungskultur zu leisten, die von medizinischer Professionalität und ärztlicher Redlichkeit geprägt ist.