

## **AKTENNOTIZ**

i. S.: Verein Ethik und Medizin Schweiz

---

### **Urteil des Bundesgerichts 9C\_135/2022 betr. Wirtschaftlichkeitsprüfung**

Eine juristische Einordnung

#### 1. Zum Urteil

Im Urteil 9C\_135/2022 setzt sich das Bundesgericht mit grundsätzlichen Fragen des Wirtschaftlichkeitsverfahrens auseinander und klärt zentrale Probleme. Das Urteil ist in der Besetzung mit fünf Richterinnen und Richtern gefällt worden und stellt damit ein Grundsatzurteil dar. Es wird in Aussicht genommen, das Urteil in der Amtlichen Sammlung zu veröffentlichen.

#### 2. Aufbau

Die vorliegende juristische Würdigung nennt zunächst die wichtigsten Ergebnisse des Urteils (Ziffer 3). In der Folge wird vertieft auf die vertraglich vereinbarte Screening-Methode eingegangen (Ziffer 4). Daran schliesst sich die Frage an, wie nach aktueller Rechtsprechung ein Beweis einer Unwirtschaftlichkeit erbracht werden kann (Ziffer 5). Weitere Hinweise beziehen sich auf die Toleranzmarge (Ziffer 6) sowie auf die Praxisbesonderheiten (Ziffer 7). Die Würdigung schliesst mit verfahrensrechtlichen Hinweisen (Ziffer 8). Eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse findet sich in der abschliessenden Ziffer 9.

#### 3. Wichtigste Ergebnisse

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil folgende zentrale Festlegungen vorgenommen:

- Die vertraglich vereinbarte Methode erfordert bei einem auffälligen Resultat der Regressionsanalyse (Screening-Methode) eine anschliessende Einzelfallprüfung (E. 5.2).
- Ein auffälliges Ergebnis der Screening-Methode bedeutet keine Feststellung von Unwirtschaftlichkeit (E. 5.3).
- Der für die Wirtschaftlichkeitsprüfung tragende Grundgedanke einer Toleranzmarge wird durch die Anwendung der Screening-Methode nicht verändert (E. 5.4).
- Praxistypologische Merkmale wie etwa die Selbstdispensation sind auf der Stufe der Einzelfallprüfung zu berücksichtigen, soweit sie nicht bereits im Rahmen der Screening-Methode einbezogen wurde (E. 5.5). Die Führung einer Praxisapotheke (Selbstdispensation) muss in die Wirtschaftlichkeitsprüfung einfließen; der in der Screening-Methode berücksichtigte Morbiditätsfaktor Pharmaceutical Cost Group (PCG) macht die Berücksichtigung der Selbstdispensation nicht entbehrlich (E. 6.5).

#### 4. Zur Bedeutung der Screening-Methode

Art. 56 Abs. 6 KVG hält fest, dass die Vertragsparteien (Leistungserbringende und Versicherer) vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festlegen. Dabei ist zunächst auf die ANOVA-Methode als statistische Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit zurückgegriffen worden. Am 20. März 2018 vereinbarten die Verbände in der Folge die Screening-Methode, welche aus einer zweistufigen Regressionsanalyse besteht. Im Vertrag vom 20. März 2018 ist zudem festgehalten, dass die vertraglich vereinbarte (zweistufige) Screening-Methode) nur einen ersten Schritt einer Wirtschaftlichkeitsprüfung darstellt; sie soll dazu dienen, Ärztinnen und Ärzte mit auffälligen Kosten zu bestimmen (dazu E. 4.3.2 des Urteils).

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid die Screening-Methode genau untersucht und dabei als Ausgangspunkt festgelegt, dass die Screening-Methode als solche statistischer Natur ist. Dabei hält das Bundesgericht fest, dass das provisorische Ergebnis des Screenings anschliessend auf Grund einer vollständigen Einzelfallbetrachtung validiert werden muss. Es geht darum, dass die Screening-Methode eine umso grössere Treffgenauigkeit hat, als eine grosse Zahl von Faktoren einbezogen wird. Wenn aber – so weiter das Bundesgericht – mehr Faktoren einbezogen werden (und insofern eine höhere Treffgenauigkeit von Verdachtsfällen resultiert) bleibt zugleich

intransparent, ob die einbezogenen Faktoren die tatsächlichen Verhältnisse effektiv abbilden (E. 5.2.2). Deshalb ist für das Bundesgericht jede Screening-Methode nur die Wiedergabe eines provisorischen Ergebnisses, welches anschliessend zwingend auf Grund einer vollständigen Einzelfallbetrachtung validiert werden muss.

Das Bundesgericht äussert sich in der Folge dazu, was mit der Einzelfallanalyse gemeint ist. Es geht dabei nicht – wie bei der analytischen Methode – um die Auswertung von einzelnen Patientendossiers. Zwar ist das je nach Bedarf das zutreffende Vorgehen; indessen steht nach bundesgerichtlicher Auffassung bei diesem zweiten Schritt nicht eine Auswertung der Patientendossiers im Vordergrund, sondern es soll dem Arzt/der Ärztin Gelegenheit gegeben werden, das Kostenbild zu begründen (E. 5.2.4).

Ergänzend weist das Bundesgericht darauf hin, dass die vertraglich vereinbarte Screening-Methode mit anschliessender Einzelfallprüfung grundsätzlich zwingend ist und dass nicht gleichsam voraussetzungslos auf eine andere Art der Prüfung ausgewichen werden darf (E. 5.2.4 am Ende). Damit hat letztlich das Bundesgericht dasjenige bestätigt, was zwischen FMH und den Krankenversicherer Verbänden vertraglich vereinbart wurde: Es wird die Screening-Methode als erster Schritt angewendet, an welchen sich zwingend eine Einzelfallprüfung anschliessen muss.

Das Urteil des Bundesgerichts bleibt recht knapp, soweit es um die Konkretisierung dieser anschliessenden Einzelfallprüfung geht. Zwar hält das Bundesgericht fest, dass „je nach Bedarf auf ausgewählte Patientendossiers zurückzugreifen“ ist; zugleich weist das Bundesgericht darauf hin, dass eher im Vordergrund steht, dass Arzt bzw. Ärztin Gelegenheit erhält, das Kostenbild zu begründen (E. 5.2.4). Was das bedeutet, ist wenig griffig. Es wäre wünschbar, wenn das Bundesgericht bzw. die Verwaltungspraxis konkretisieren würden, wie dieser anschliessende zweite Schritt abzulaufen hat. Insoweit ist der Ertrag des Bundesgerichtsurteils recht klein.

## 5. Frage nach dem Beweismittel und der Beweislast

Mit dem Urteil des Bundesgerichts steht fest, dass die Screening-Methode keinen Beweis und kein hinreichendes Beweismittel darstellt. Es geht lediglich um einen ersten Schritt, der in der Folge zwingend durch einen zweiten Schritt zu vervollständigen ist, wenn ein Beweis erbracht werden soll. Beweisrechtlich relevant ist also die Screening-Methode erst dann, wenn im anschliessend zwingend zu durchlaufenden zweiten Schritt der Wirtschaftlichkeitsprüfung – der Einzelfallprüfung – ein bestimmtes Resultat erreicht wird.

Diese Feststellung hat erhebliche Auswirkungen auf die Beweislast. Die Krankenversicherer, welche vom Arzt und von der Ärztin eine Rückforderung verlangen, müssen das Fundament dieser Rückforderung beweisen. Wenn ihnen dies nicht gelingt, entsteht eine Beweislosigkeit.

Solche Beweislosigkeiten haben bei Rückforderungen wegen unwirtschaftlicher Behandlung ein Gewicht. So hat auch das Bundesgericht im Urteil 9C\_236/2022 sowie 9C\_237/2022 (Urteil vom 22. November 2023) festgehalten, dass im beurteilten konkreten Fall bezogen auf die geltend gemachte Unwirtschaftlichkeit eine Beweislosigkeit besteht (E. 3.4). Eine solche Beweislosigkeit wirkt sich zu lasten der Krankenversicherer aus – ihnen ist nicht gelungen, den Tatbestand einer unwirtschaftlichen Behandlung zu beweisen.

Mit dem nun vorliegenden Grundsatzurteil hat das Bundesgericht geklärt, dass ein Ergebnis der Screening-Methode allein noch nicht genügt, um eine Unwirtschaftlichkeit nachzuweisen. Es besteht gestützt nur auf die Ergebnisse der Screening-Methode immer noch eine Beweislosigkeit. Ein Beweis der Grundlage für eine Rückforderung ist erst erbracht, wenn die Abklärungen im Nachgang zur Durchführung der Screening-Methode – d.h. die Ergebnisse der Einzelfallprüfung – aufzeigen, dass eine unwirtschaftliche Behandlung vorliegt.

## 6. Toleranzmarge

Das Bundesgericht geht näher ein auf die Toleranzmarge. Dabei führt das Bundesgericht aus, dass mit der Toleranzmarge der Grundsatz der ärztlichen Behandlungsfreiheit gewahrt wird.

Auch wenn allenfalls mit der Screening-Methode die Berücksichtigung von verschiedenen Faktoren erfolgt, entfällt die Massgeblichkeit der Toleranzmarge nicht. Denn es geht gerade darum, mit der Toleranzmarge den Grundsatz der ärztlichen Behandlungsfreiheit umzusetzen. Hier hält das Bundesgericht ergänzend fest, dass die Toleranzmarge im Einzelfall festzulegen ist. Dabei weist das Bundesgericht darauf hin, dass hier massgebend sein kann, ob sich Arzt/Ärztin auf bestimmte Krankheiten oder besondere Therapieformen spezialisiert (ohne freilich zu erläutern, ob dies zu einer eher hohen oder eher tiefen Toleranzmarge führt). Es ist vorderhand wenig schlüssig, aus den Erwägungen des Bundesgerichts in Ziffer 5.4 verstehen zu wollen, wie die Toleranzmarge zu bestimmen ist.

## 7. Praxisbesonderheiten

Die Ausführungen des Bundesgerichts sind von hoher Bedeutung für die Berücksichtigung von Praxisbesonderheiten. Dabei hält das Bundesgericht eingangs fest, dass die Screening-Methode nicht alle Praxisbesonderheiten erfasst ( E. 5.5.1).

Es steht für das Bundesgericht im Vordergrund, dass Merkmale, welche auf die Praxistypologie abzielen, wenn möglich schon im Rahmen des Screenings berücksichtigt werden. Dabei ist allerdings erforderlich, dass eine «entsprechende Referenzgruppe» geschaffen und berücksichtigt wird (dazu E. 5.5.2). Andernfalls muss die Praxisbesonderheit auf der Stufe der Einzelfallprüfung (d.h. im Anschluss an die Screening-Methode) berücksichtigt werden.

Wie diese Korrektur vorgenommen wird, führt das Bundesgericht in E. 5.5.2 aus. Neben den kategorialen Merkmalen als Praxisbesonderheiten gibt es ergänzend auch Praxisbesonderheiten, welche mit dem Patientenkollektiv zusammenhängen (überdurchschnittlicher Ausländeranteil, häufige Hausbesuche, Fehlen von Notfallpatienten). Dabei steht für das Bundesgericht fest, dass solche Besonderheiten des Patientenkollektivs durch die Screening-Methode nicht immer bzw. gar nicht erfasst werden (dazu E. 5.5.3).

Damit zeigt sich, dass der zutreffenden Berücksichtigung der Praxisbesonderheiten hohe Bedeutung zukommt. Wie dies verfahrensrechtlich erfolgen muss, wird in der anschliessenden Ziffer 8 erläutert.

Im konkreten Fall hat sich das Bundesgericht vertieft mit der Ausgangslage einer Selbstdispensation befasst (dazu E. 6). Dabei ist das Bundesgericht zum Ergebnis gelangt, dass die Ausgangslage einer Selbstdispensation erhebliche Auswirkungen auf die durchschnittlichen Kosten hat, weshalb notwendigerweise Vergleichsgruppen mit und ohne Selbstdispensation zu bilden sind (E. 6.4.5).

Von Bedeutung wird für die weitere Konkretisierung der Praxisbesonderheiten sein, ob auch bezogen auf weitere Aspekte eine solche prinzipielle Abgrenzung bei der Bildung von Vergleichsgruppen notwendig ist. Jedenfalls zeigt sich, dass das Bundesgericht bei Praxisbesonderheiten durchaus zum Ergebnis kommen kann, es müssten unterschiedliche Vergleichsgruppen gebildet werden.

Insgesamt liegen damit wichtige Aussagen zur Berücksichtigung von Praxisbesonderheiten vor.

## 8. Verfahrensrechtliche Hinweise

In verfahrensrechtlicher Hinsicht weist das Bundesgericht darauf hin, dass die im Anschluss an die Screening-Methode erforderliche Einzelfallprüfung partizipativ durchgeführt werden muss. Es soll das Ziel erreicht werden, dass sich die Beteiligten gütlich einigen. Das Schiedsgericht ist für eine solche Berücksichtigung nach bundesgerichtlicher Auffassung wenig geeignet. Deshalb verlangt das Bundesgericht, dass eine Klage erst erhoben werden kann, wenn die Ergebnisse einer kompletten Einzelfallprüfung vorliegen (E. 5.6).

## 9. Zusammenfassung

Zusammengefasst zeigt die Analyse des Urteils 9C\_135/2022 Folgendes:

- Das Bundesgericht hat sich vertieft mit der heute vertraglich geltenden Screening-Methode auseinandergesetzt und dabei insbesondere klare Grenzen der Kenntnisse aus der Screening-Methode betont. Die Screening-Methode kann den Beweis einer Unwirtschaftlichkeit nicht erbringen.
- An die Ergebnisse der Screening-Methode muss sich eine partizipativ ausgestaltete Einzelfallprüfung anschliessen. Wie die Einzelfallprüfung vorzunehmen ist, lässt das Bundesgericht teilweise offen, wobei es darauf hinweist, dass gegebenenfalls – aber eher nicht im Vordergrund – auf die Analyse von Patientendossiers zurückzugreifen ist. Hier wird näherer Erklärungsbedarf bestehen, wie die zentrale und an die Screening-Methode anschliessende Einzelfallprüfung vorzunehmen ist.
- Das Bundesgericht hat bezogen auf die Berücksichtigung von Praxisbesonderheiten betont, dass die Selbstdispensation eine Praxisbesonderheit darstellt, welche dazu führt, dass unterschiedliche Vergleichsgruppen (mit und ohne Selbstdispensation) zu bilden sind. Praxisbesonderheiten können sich auf kategoriale Aspekte (z.B. Führung einer Praxisapotheke, fachliche Spezialisierung) beziehen, oder es kann sich die Praxisbesonderheit in den Eigenschaften des Patientenkollektivs konkretisieren. Die Praxisbesonderheiten müssen zwingend berücksichtigt werden, soweit sie nicht durch die Screening-Methode bereits Berücksichtigung gefunden haben.
- Die Toleranzmarge von 20 bis 30% spiegelt die ärztliche Behandlungsfreiheit. Eine genaue Screening-Methode wirkt sich auf diese Toleranzmarge

nicht aus. Sie muss so oder so berücksichtigt werden. Das Bundesgericht lässt offen, wie die Toleranzmarge im Bereich zwischen 20 und 30% festzulegen ist.

Zusammengefasst liegt ein wegleitendes Bundesgerichtsurteil vor, wobei wichtige Fragen letztlich nach wie vor offenbleiben:

- Konkretisierung der Toleranzmarge
- Konkretisierung der nach den Ergebnissen der Screening-Methode durchzuführenden Einzelfallprüfung
- Konkretisierung der Praxisbesonderheiten.

Insoweit stellt das Bundesgerichtsurteil einen wichtigen Zwischenschritt dar, wobei freilich zentrale Fragen nach wie vor offen bleiben.

27. Februar 2024 / Ueli Kieser