

Gutachten

dem

Verein Ethik und Medizin in der Schweiz (VEMS)

zu Fragen

der Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der ärztlichen
Behandlung

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich

Inhalt

1	Auftrag.....	2
2	Vorbemerkung.....	2
3	Fragestellung	2
4	Aufbau	3
5	Ausgangspunkt	3
6	Allgemeine Aspekte des Wirtschaftlichkeitsverfahrens	5
6.1	Rechtliche Grundlage.....	5
6.1.1	Gesetz	5
6.1.2	Vertrag	6
6.2	Grundsätzliche Einordnung des Vertrags gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG.....	10
6.2.1	Ausgangslage	10
6.3	Gestaltungsmöglichkeit im Vertrag gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG.....	11
6.4	Gesetzesmaterialien zu Art. 56 Abs. 6 KVG.....	12
7	Methode PCG/DDD – eine allgemeine Einordnung	13
7.1	Ausgangspunkt.....	13
7.2	Grundlagen der Verwendung des Morbiditätsfaktors PCG	15
7.2.1	Methode im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung	15
7.2.2	Bestimmung der massgebenden Methode generell	17
7.2.3	Vertragliche Bestimmung der massgebenden Methode.....	20
8	Einordnung des Morbiditätskriterium PCG.....	22
8.1	Allgemeine Aspekte	22
8.2	Bildung von Vergleichsgruppen	23
9	Verantwortlichkeiten und Rückforderungen.....	24
10	Beantwortung der gestellten Fragen	25

1 Auftrag

Am 7. November 2022 wurde der Unterzeichnende angefragt, ob er zu bestimmten Fragen der Überprüfung der Wirtschaftlichkeit des ärztlichen Behandeln ein Gutachten schreiben könne. Dies wurde in der Folge grundsätzlich bejaht, worauf am 14. November 2022 der Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt und die zu beantwortenden Fragen gestellt wurden.

2 Vorbemerkung

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

3 Fragestellung

Im Rahmen des Gutachtens sind folgende Fragen zu beantworten:

1. Wie sind pharmazeutische Kostengruppen (PCG) anhand von täglich definierten Medikamentendosen (DDD) prinzipiell einzuordnen? Wie ist die Einordnung, wenn Medikamente (noch) nicht in der PCG-Liste erscheinen? Ist eine Winsorisierung notwendig?
2. Ist überzeugend, Morbiditätsvariablen von DDD/PCG abzuleiten und die betreffenden Ergebnisse für die Wirtschaftlichkeitsprüfung zu verwenden?
3. Soweit Morbiditätsvariablen abgeleitet werden können (Frage 2): Welches sind die Kriterien, um die Vergleichsgruppe zu bilden? Spielt das Ausmass der Verrechnung von PCG/DDD eine Rolle?
4. Soweit sich Einschränkungen bezüglich der Morbiditätsvariablen von DDD/PCG zeigen (Fragen 2 und 3): Wie ist bezogen auf damit bereits begründete Rückforderungen umzugehen?
5. Ergeben sich aus der Beantwortung der Fragen 1 bis 4 allfällige Verantwortlichkeitsansprüche?

4 Aufbau

Im Aufbau hält sich das vorliegende Gutachten an die vorgenannten Fragen. Es wird zunächst aufgezeigt, wie die im Gutachten im Zentrum stehende Ausgangslage (dazu Ziff. 5) der Bestimmung von Morbiditätsvariablen in das Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren einzuordnen ist (Ziff. 6).

Im nächsten Schritt ist die Möglichkeit einer vertraglichen Vereinbarung einer bestimmten Beweismethode grundsätzlich einzuordnen (Ziff. 7).

In der Folge ist auf die Frage einzugehen, wodurch sich «Pharmazeutische Kostengruppen (PCG) anhand von täglich definierten Medikamentendosen (DDD)» (PCG/DDD) auszeichnen. Gestützt darauf ist zu klären, ob und gegebenenfalls inwieweit eine Verwendung von PCG/DDD im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsprüfung erfolgen kann. Eine nächste Fragestellung bezieht sich auf die Bildung von Vergleichsgruppen, soweit PCG/DDD bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung verwendet wird (Ziff. 8).

Gestützt auf die in Ziff. 8 gewonnenen Erkenntnisse ist ein Zwischenergebnis zu formulieren. Ausgehend davon ist zu klären, wie sich das Ergebnis bezogen auf bereits festgelegte Rückforderungen auswirkt. Schliesslich ist zu klären, ob sich unter Berücksichtigung der gewonnenen Ergebnisse allfällige Verantwortlichkeiten ergeben (Ziff. 9).

Die Beantwortung der gestellten Fragen findet sich in der abschliessenden Ziff. 10.

5 Ausgangspunkt

Seitens der Auftraggeberin wird die Ausgangslage wie folgt geschildert:

2018 und 2019 waren die ersten Jahre, in denen bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung pharmazeutische Kostengruppen (PCG) anhand von täglich definierten Medikamentendosen (DDD) für den Index berücksichtigt werden konnten.¹ Es lässt sich feststellen, dass die bei den Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren berücksichtigten Arztpraxen betreffend PCG/DDD grosse Unterschiede aufweisen. Insbesondere zeigt sich, dass die berücksichtigten Arztpraxen untereinander durch unterschiedliche Krankheiten charakterisiert sind.

Die PCG werden in 34+1 Klassen kategorisiert. Es wird der Mittelwert der abgerechneten definierten täglichen Medikamentendosen (DDD) pro PCG und Arztpraxis angegeben. Die Variabilität der stark aggregierten Summe der DDD ist dabei sehr hoch und kann auch 0 betragen (d.h. es wird gar keine PCG assoziierte Morbidität abgerechnet). Die Analyse zeigt z.B. auch, dass 2019 11% der behandelten Personen eine DDD-Summe von < 10 bei einem Mittelwert von 173 und einem Medianwert von 165 aufwiesen; dies bedeutet,

- dass diese Personen alle gesund waren,
- dass nicht PCG-Medikamente abgerechnet wurden oder
- dass es sich um Krankheiten handelte, die nicht mit Medikamenten behandelt wurden.

Die Aufnahme von Medikamenten in die Spezialitätenliste erfolgt jeweils jährlich und führt dazu, dass Arztpraxen, welche diese Medikamente verschreiben, einem u.U. massiven Rückforderungsrisiko ausgesetzt sind; diese neuen Medikamente sind nämlich noch nicht auf der PCG-Liste aufgeführt sind.

Zudem kann festgestellt werden, dass wichtige kardiologische Medikamente nicht in der PCG-Liste erscheinen, insbesondere Antithrombotika wie Plavix. Wenn morbiditätsdefinierende Medikamente nicht in der vom BAG publizierten PCG-Liste erscheinen, werden vorhandene Morbiditäten nicht erfasst.

In der Wirtschaftlichkeitsprüfung werden die publizierten PCG-Listen des BAG verwendet. Insofern stellt sich die Frage nach einer Verantwortlichkeit des BAG.

Ferner zeigt sich, dass santésuisse den Regressionsindex ohne Konfidenzintervall kommuniziert. Das Konfidenzintervall kann je nach Arztpraxis beträchtlich sein (insbesondere bei Arztpraxen mit wenigen Klienten), was auf das Resultat des Regressions-Indexes Auswirkungen hat.

Im Vertrag zwischen FMH, Curafutura und santésuisse wird die Winsorisierung der Gesamtkosten nicht festgelegt. Gemäss einem Gutachten 2017 Polynomics müssen indessen vor der Festlegung des Regressionsindex Kosten eliminiert werden, welche das 95%-Perzentil der

¹ Die neue Methode wurde 2017 zum ersten Mal angewandt, damals noch mit 24, ab 2018 mit 34 Diagnosen.

Kosten überschreiten, also die sehr hohen Kosten. Wenn dieser Schritt nicht erfolgt, führen die Regressions-Index Berechnungen zu falschen Resultaten.

6 Allgemeine Aspekte des Wirtschaftlichkeitsverfahrens

6.1 Rechtliche Grundlage

6.1.1 Gesetz

Art. 56 Abs. 6 KVG hält das Folgende fest:

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

Art. 59 Abs. 1 KVG regelt, dass gegen Leistungserbringer, die gegen die im Gesetz vorgesehenen Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsanforderungen (Art. 56, 58a und 58h) oder gegen vertragliche Abmachungen sowie gegen die Bestimmungen über die Rechnungsstellung (Art. 42) verstossen, Sanktionen ergriffen werden. Dabei werden in Art. 59 Abs. 1 KVG folgende Sanktionen genannt:

a. die Verwarnung;

b. die gänzliche oder teilweise Rückerstattung der Honorare, welche für nicht angemessene Leistungen bezogen wurden;

c. eine Busse bis zu 20 000 Franken; oder

d. im Wiederholungsfall den vorübergehenden oder definitiven Ausschluss von der Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung.

Weiter hält die Bestimmung in Art. 59 Abs. 2 und Abs. 3 KVG das Folgende fest:

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

³ *Verstösse gegen gesetzliche Anforderungen oder vertragliche Abmachungen nach Absatz 1 sind insbesondere:*

a. die Nichtbeachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes nach Artikel 56 Absatz 1;

[...]

Diese Regelung bildet auf Gesetzesebene die Grundlage für das Wirtschaftlichkeitsverfahren.

6.1.2 Vertrag

6.1.2.1 Allgemeine Einordnung

Art. 56 Abs. 6 KVG legt fest, dass die «Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit» durch die Leistungserbringenden und die Versicherer vertraglich festgelegt wird.

Zu dieser Bestimmung hält die Literatur Folgendes fest:

«VII. Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit (Abs. 6)

1. Allgemeines zur Wirtschaftlichkeitskontrolle

Die Prüfung und der Nachweis i. S. v. Art. 56 Abs. 6, ob bzw. dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit eingehalten bzw. verletzt worden ist, wird als «Wirtschaftlichkeitskontrolle» bezeichnet. Sie wird in aller Regel retrospektiv durchgeführt, kann aber auch prospektiv oder während einer laufenden Behandlung geschehen (BGE 127 V 43 E. 2a; SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 872; ders., Art. 56 N 5 je m.w.H.).

Diese systematische Kontrolle der Tätigkeit aller Leistungserbringer erfolgt durch die Versicherungen bzw. deren Dachverband «santésuisse» (s. dazu Art. 35 N 5). Die Krankenversicherer sind dazu unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips berechtigt und verpflichtet (BGE 133 V 359 E. 6.1; 127 V 43 E. 2b, 2e und 3; SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 872; ders., Art. 56 N 4).

Die Versicherer können als Durchführungsorgane der OKP gem. Art. 76 KVV gemeinsam die Angaben über Art und Umfang der von den verschiedenen Leistungserbringern erbrachten Leistungen und die dafür in Rechnung gestellten Vergütungen bearbeiten. Die gemeinsame Bearbeitung der Angaben darf ausschliesslich zu den vom Verordnungsgeber genannten Zwecken erfolgen, also u. a. zur Kontrolle und Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen i. S. v. Art. 56 KVG (vgl. Art. 76 lit. b KVV).

Machen die Krankenversicherungen einen Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit geltend, tragen sie nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB grundsätzlich die Beweislast, wobei an die Substantiierung im schiedsgerichtlichen Verfahren (s. dazu Art. 89 N 31 ff.) keine hohen Anforderungen gestellt werden (BGER, 25. 9. 2008, 9C_567/2007, E. 1.3 m.w.H.; Eugster, Art. 56 N 5). Bestehen konkrete Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten, ist es auf Klage hin Sache des Schiedsgerichts, gem. Art. 89 Abs. 5 unter Mitwirkung der Parteien und Einvernahme der Versicherten als Zeugen die für den Entscheid erheblichen Tatsachen festzustellen und die notwendigen Beweise zu erheben (BGER, 25. 9. 2008, 9C_567/2007. E. 1.3).

Die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit spielt in der Praxis eine bedeutende Rolle bei der Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots: Sie dient nicht nur der Korrektur von Abrechnungen über unwirtschaftliche Leistungen und dem Schutz vor unberechtigten Forderungen im konkreten Einzelfall, sondern hat darüber hinaus auch generalpräventiven Charakter aufgrund der impliziten Aufforderung zu einem korrekten Verhalten (Poledna, Arzt, 413 f.). Förderlich sind diesem Ziel sowohl die Prüfung der

eingereichten Rechnungen selbst (s. dazu Art. 43 N 2 ff.) als auch die mögliche Durchsetzung eines entsprechenden Rückforderungsanspruchs (s. dazu N 29 ff.).

2. Zulässige Beweismethoden

Die Wirtschaftlichkeitskontrolle gem. Art. 56 Abs. 6 kann über verschiedene Methoden erfolgen (BGE 135 V 237 E. 4.6; 133 V 37 E. 5.3.2 ff.; 130 V 377 E. 7.2; EVG, 1. 3. 2006, K 142/05, E. 7.1; Gächter/Rütsche, Rz 1104). Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hatte einst die zulässigen Beweismethoden bestimmt, die später vom BGer bestätigt wurden und weiterhin von den Krankenversicherern herangezogen werden (ausführlich zu den verschiedenen Prüfmethode SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 875 und 876 ff.; ders., Art. 56 N 6 und 7 ff. je m.w.H.).

Nach dieser Rechtsprechung darf bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit eine Einzelfallprüfung (analytische Methode), ein Durchschnittskostenvergleich (statistische Methode) oder eine Kombination beider Ansätze (gemischte Methode) zur Anwendung gelangen (BGE 119 V 448 E. 4d; EVG, 1. 3. 2006, K 142/05, E. 7.1; 27. 11. 2001, K 90/01, E. 3b; Schürer, 78 ff.; s. dazu N 135 ff. und 139 ff.). Hierzu hat sich eine umfangreiche Spruchpraxis der Versicherungen und Gerichte entwickelt, die aber trotz der teilweise sehr differenzierten und ausführlich begründeten Entscheidungen in einigen Punkten recht unbestimmt und umstritten geblieben ist (Poledna, Arzt, 414).

Früher wurden teilweise auch andere Methoden angewendet. In einzelnen Kantonen gab es das sog. Perzentilensystem, das u.a. die Häufigkeitsverteilung der Falldurchschnitte aller Ärzte der Vergleichsgruppe in die Berechnungen einbezieht, oder die stichprobenweise Einzelfallprüfung, die auf Hochrechnungen basiert (SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 875; ders., Art. 56 N 23 je m.w.H.). Diese zwei alternativen Methoden werden heute kaum mehr praktiziert.

Beim Vollzug der Kontrolle sind die vergütungspflichtigen Krankenversicherer und kantonalen Schiedsgerichte in ihrer Wahl der Beweismethode grundsätzlich frei (EVG, 1. 3. 2006, K 142/05, E. 7.1; 27. 11. 2001, K 90/01, E. 3b; Poledna, Arzt, 414). Die Versicherungen setzen in aller Regel nicht auf die Prüfung von Einzelfällen, weil ein solches Vorgehen meistens als zu aufwändig erscheint, sondern auf die Analyse der jeweils generierten Kosten im Vergleich zu denjenigen anderer Leistungserbringer, was sich gemeinhin als die effizientere Strategie erweisen dürfte (SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 875; Poledna, Arzt, 414). Auf diese Weise sollen aus der Vielzahl der den Krankenkassen unterbreiteten Abrechnungen diejenigen herausgefiltert werden, die merklich höhere Beträge aufweisen, ohne dass besondere Umstände diese Kostendifferenz rechtfertigen können (BGE 119 V 448 E. 4b; Gächter/Rütsche, Rz 1104; s. zur Überbehandlung bzw. Überarztung N 20 f., 24). Hierfür stellen die Versicherer auf die von ihnen statistisch aufbereiteten Daten ab, deren Qualität im Detail allerdings keiner gerichtlichen Überprüfung unterzogen wird (EVG, 1. 3. 2006, K 142/05, E. 8.1.1; Poledna, Arzt, 414).

[...]

Die Methode des Durchschnittskostenvergleichs ist aus Gründen der Praktikabilität durch die Praxis entwickelt worden und heute vorherrschend (BGE 137 V 43 E. 2.2; 119 V 448 E. 4d; EVG, 1. 3. 2006,

K 142/05, E. 7.1; 27. 11. 2001, K 90/01, E. 3b; SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 875; Gächter/Rüttsche, Rz 1104)».²

6.1.2.2 Zum früheren und zum aktuellen Vertrag

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

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

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

Im heutigen Zeitpunkt besteht eine vertragliche Ordnung, wonach die Versicherer und die Leistungserbringer die sogenannte Regressionsmethode anwenden.³ Dabei handelt es sich im Grunde um einen Durchschnittskostenvergleich, bei welchem die Durchschnittskosten der Praxis mit den Ärztinnen und Ärzten der gleichen Facharztgruppe (ganze Schweiz) verglichen werden. Zusätzlich werden folgende Morbiditätskriterien des Patientengutes berücksichtigt:

- Wahlfranchisen
- Aufenthalt in einem Spital
- PCG (Pharmaceutical cost groups)

Als arzt spezifische Faktoren werden folgende Umstände berücksichtigt

- Praxisstandort (Kanton)
- Facharztgruppe

Alter und Geschlecht der Patienten werden auch berücksichtigt. Seit 2021 werden die Anova-Indizes zwar nicht mehr ausgewiesen, doch erfolgt – soweit ersichtlich – aber nach wie vor eine Alters- und Geschlechterkorrektur. Die vertraglich vereinbarte Methode kommt ab dem Statistikjahr 2017 zur Anwendung. Sie wird im Vertrag als Screeningmethode bezeichnet und beinhaltet ein zweistufiges Vorgehen.

Stufe 1: Anhand des Regressionsindex sollen statistisch auffällige Leistungserbringer detektiert werden.

² BSK KVG-Vasella, Art. 56 N 126-144

³ Vertrag betreffend Screeningmethode im Rahmen der Kontrolle der Wirtschaftlichkeit gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG zwischen FMH, santésuisse und Curafutura vom 23. August 2018.

Stufe 2: Nach der Detektion ist in einer vertieften Prüfung zu klären, ob die Praxis die Leistungen unwirtschaftlich erbringt.

Im Vertrag wird ergänzend umschrieben, welches die beweisrechtliche Bedeutung der Ergebnisse des Regressionsindex ist. Dabei wird das Folgende festgehalten:

Weist ein Arzt auffällige Kosten auf, so heisst dies nicht per se, dass der Arzt unwirtschaftlich arbeitet. Um näher abzuklären, ob ein im Sinne der angewandten Methode auffälliger Arzt unwirtschaftlich arbeitet oder nicht, erfolgt eine Einzelanalyse durch die santésuisse.⁴

Als Grundlage für die Screeningmethode wurden die Branchendaten der Versicherer (Daten- und Tarifpool der SASIS AG) bezeichnet. Die Zuständigkeit für die Wirtschaftlichkeitskontrolle wurde den Versicherern übertragen.⁵

Die vorgenannte vertragliche Regelung hat zu Äusserungen geführt. Als Beispiel dafür ist die folgende Stellungnahme aufzuführen:

«Wirtschaftlichkeitsverfahren und Statistik (mit Replik) Replik auf 'Wirtschaftlichkeitsverfahren und Statistik'

Der Autor weist zu Recht auf die Wichtigkeit der Vergleichbarkeit hin – ist diese nicht erfüllt, so ist selbstredend auch der resultierende Indexwert nicht relevant. Daher ist im Vertrag zwischen der FMH, curafutura und santésuisse auch klar festgehalten, dass die Screeningmethode der erste Schritt der Wirtschaftlichkeitskontrolle ist und einzig als statistische Berechnungsmethode zur Detektion von Ärzten mit auffälligen Kosten gem. KVG zur Anwendung kommt. Weist ein Arzt auffällige Kosten auf, so heisst das nicht per se, dass der Arzt unwirtschaftlich arbeitet. Dies wird von santésuisse in der ggf. nachfolgenden Einzelfallanalyse abgeklärt. Dabei hat der Arzt die Möglichkeit, sein Kostenbild zu erklären. Die Screening Methode berücksichtigt gegenüber der bisher angewandten ANOVA Methode mehr Morbiditätsparameter (zusätzlich zu Alter und Geschlecht auch Anteil hohe Franchisen, Spitalaufenthalt im Vorjahr und die PCG). Zwei wichtige Parameter sind jedoch unverändert: Massgebend ist die ZSR Nummer des verantwortlichen Arztes und der statistische Vergleich erfolgt innerhalb der eigenen Facharztgruppe.⁶ Ist diese inhomogen, wie z.B. invasiv und nicht invasiv tätige Ophthalmologen, ist eine Mittelwertbetrachtung nicht geeignet. Entsprechend kann der Arzt, falls er von santésuisse kontaktiert wird, in dem der statistischen Überprüfung nachfolgenden Schritt entsprechend sein Kostenbild erklären, indem er seine, z.B. primär invasive Tätigkeit mit seinen Abrechnungsdaten aufzeigt. Bevor santésuisse Ärzte kontaktiert, führt diese eigene Analysen der Abrechnungsdaten durch und kann

⁴ Vertrag betreffend Screeningmethode im Rahmen der Kontrolle der Wirtschaftlichkeit gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG zwischen FMH, santésuisse und Curafutura vom 23. August 2018 Ziff. 2.

⁵ Vertrag Ziff. 6

⁶ Beizufügen ist die folgende – im wiedergegebenen Zitat nicht enthaltene – Einschränkung: Der Vergleich erfolgt nicht mehr in jedem Fall innerhalb der Facharztgruppe. Seit einigen Jahren hat santésuisse wieder eine Vergleichsgruppe "75 Gruppenpraxen". Dieser Gruppe werden grundsätzlich alle Praxen, die als juristische Personen organisiert sind, zugeordnet, und zwar unabhängig von den jeweils vertretenen Facharzttiteln.

so z.T. Gründe für Kostenabweichungen erkennen und damit einen unnötigen Aufwand für santésuisse und eine ungerechtfertigte Anfrage an den Arzt vermeiden. Schlussendlich muss der Arzt sein Kostenbild erklären können. Die Versicherer sind vom Gesetz her verpflichtet, die Einhaltung der Wirtschaftlichkeitsgebote zu überprüfen. Aufgrund des jährlichen Rhythmus der Überprüfung mittels der Screening Methode und der Abarbeitung der Fälle durch santésuisse werden effektiv auch Ärzte um die Weihnachtszeit kontaktiert – dies ist sicherlich kein idealer Zeitpunkt, ebenso ist die Wortwahl für den betroffenen Arzt manchmal nicht angebracht. Die FMH kann santésuisse diesbezüglich nur auf den Umstand hinweisen, dass eine faire Kommunikation notwendig ist – dies wird auch von santésuisse anerkannt. Schlussendlich findet die Kommunikation aber zwischen zwei Personen statt. Miss- und Unverständnisse lassen sich nicht absolut ausschliessen.

Fallpauschalen und Trennung der Abrechnung 'invasiv – nicht invasiv': Wie A.J. erwähnt, ist es empfehlenswert, die Kosten für die verschiedenen Bereiche intern auszuscheiden, um in der Einzelfallprüfung entsprechend argumentieren zu können. Dieser Ratschlag ist generell empfehlenswert und gilt nicht nur für dieses Beispiel. Ein Arzt sollte immer die Kosten nach Patientengruppen bezüglich Indikation aufteilen können. Nur so lässt sich effektiv das Kostenbild santésuisse gegenüber erklären. Über zwei verschiedene ZSR Nummern abzurechnen ist hingegen nicht möglich. Aktuell sind die Pauschalen mengenmässig nicht relevant. Es ist aber richtig, dass bei einer zukünftigen mengenmässig relevanten Koexistenz von Einzelleistungs- und Pauschaltarif die Methode der Wirtschaftlichkeitsüberprüfung angepasst werden muss. Bei Fallpauschalen können, wie A.J. zu Recht festhält, nicht die Kosten das primäre Kriterium sein, sondern eher wie im Tarifcontrolling die Häufigkeit der Anwendung der einzelnen Pauschalen. Diese Fragestellung ist auf dem Radarschirm der Vertragsparteien. Dr. med. Urs Stoffel, FMH-Zentralvorstand, Departementsverantwortlicher Ambulante Versorgung und Tarife»⁷

Diese Stellungnahme zeigt folgende Faktoren:

- Die Screening-Methode stellt im Verfahren einen ersten Schritt dar, dem weitere Schritte, die sich auf den konkreten Einzelfall beziehen, folgen
- Soweit Pauschalen verwendet werden, eignet sich das vertraglich vereinbarte Modell nicht ohne weiteres.

6.2 Grundsätzliche Einordnung des Vertrags gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG

6.2.1 Ausgangslage

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

Nach der gesetzlichen Regelung müssen alle Leistungen, welche zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung erbracht werden, wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein.

⁷ Schweizerische Ärztezeitung 2022;103(18):595–597.

Deshalb legt Art. 56 Abs. 5 KVG fest, in den Tarifverträgen Massnahmen zur Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit vorgesehen sind. Damit steht fest, dass das Gebot der Wirtschaftlichkeit ein durch das Gesetz festgelegtes Prinzip der Leistungserbringung ist.

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

Bei dieser Ausgangslage ist der Begriff der Wirtschaftlichkeit im Krankenversicherungsgesetz selbst verankert. Die (allenfalls notwendige) Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsbegriffes muss sich insoweit unmittelbar an die gesetzliche Regelung halten. Ausgeschlossen wäre es, einen Wirtschaftlichkeitsbegriff zu schaffen, welcher nicht den gesetzlichen Vorgaben und Zielsetzungen entsprechen würde. Hier wirkt sich ebenfalls aus, dass durch (Tarif- oder sonstige) Verträge nicht eine gesetzliche Bestimmung abgeändert, beschränkt oder ausgehöhlt werden darf. Dies hat das Bundesgericht bezogen auf tarifvertragliche Bestimmungen wiederholt festgelegt, und es muss berücksichtigt werden, dass durch vertragliche Regelungen nicht etwa ein an sich bestehender sozialversicherungsrechtlicher Leistungsanspruch beschränkt werden darf.⁸

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

6.3 Gestaltungsmöglichkeit im Vertrag gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG

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

⁸ Dazu BGE 130 V 163.

berücksichtigen. Insoweit liegt bei der Festlegung der Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit ein nur sehr beschränkter vertraglicher Spielraum vor.

6.4 Gesetzesmaterialien zu Art. 56 Abs. 6 KVG

Werden die Materialien zur Einfügung von Art. 56 Abs. 6 KVG analysiert, zeigt sich, dass diese gesetzgeberische Entwicklung auf verschiedene parlamentarische Initiativen zurückging. Es wurde mit diesen Initiativen eine «Optimierung des Verfahrens zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit» gefordert.⁹

Der Bundesgesetzgeber ging dabei davon aus, dass die bisherige Methode, welche zur Wirtschaftlichkeitskontrolle verwendet wurde, «durch eine partnerschaftlich vereinbarte und transparente Methode ersetzt werden» soll, wobei die entsprechende neue Methode «gemeinsam» durch Leistungserbringer und Versicherer zu erarbeiten wäre. Besonders wurde darauf hingewiesen, dass es sich um »eine qualitative Wirtschaftlichkeitskontrolle (handeln solle), bei der die Morbidität des jeweils massgebenden Patientenkollektivs« berücksichtigt wird.¹⁰

Der Bundesrat unterstützte diesen Vorschlag, wonach Versicherer und Leistungserbringer «gemeinsam eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit zu erarbeiten haben».¹¹ Um diese Erarbeitung einer neuen Methode zu sichern, war nach den Festlegungen des Bundesrats vorausgesetzt, «dass die Versicherer ihr Berechnungsmodell zur Diskussion stellen und das Vorgehen offen darlegen (und) dass die Leistungserbringer die für eine Verfeinerung der Überprüfungsmethode erforderlichen Angaben bereitstellen».¹²

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass nach klaren Äusserungen im Parlament die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit verbessert werden soll und dass die Krankenversicherer das bisherige Berechnungsmodell zur Diskussion stellen.¹³ Die bisher verwendete Methode ANOVA wurde im Parlament als nicht transparent bezeichnet.¹⁴ Im Ständerat wurde ebenfalls darauf hingewiesen, dass die bisher verwendete Methode ANOVA unbefriedigend, nicht transparent und lückenhaft ist.¹⁵ Es wurde im Ständerat explizit darauf hingewiesen, dass das spezifische Ziel der gesetzlichen Änderung darin bestehe, «bel et bien d'ouvrir la voie à l'élaboration d'une nouvelle méthode de contrôle du caractère économique des prestations».¹⁶

⁹ Dazu BBl 2011 2530.

¹⁰ So BBl 2011 2530.

¹¹ BBl 2011 2531.

¹² So BBl 2011 2531.

¹³ So Ruth Humbel, AB 2011 N 1309.

¹⁴ So Ignazio Cassis, AB 2011 N 1308.

¹⁵ Liliane Maury Pasquier, AB 2011 S 1106.

¹⁶ So Liliane Maury Pasquier, AB 2011 S 1107.

7 Methode PCG/DDD – eine allgemeine Einordnung

7.1 Ausgangspunkt

Es steht fest, dass aufgrund der gegenwärtigen vertraglichen Vereinbarung bei der Screening-Methode der Faktor PCG (Pharmaceutical cost groups) als ein Morbiditätsfaktor berücksichtigt wird. Daneben werden als weitere Faktoren die Wahlfranchisen und die Frage des Aufenthalts in einem Spital einbezogen.

Was die Einordnung des Faktors PCG betrifft, ist eingangs auf eine Studie hinzuweisen, welche im Auftrag des BAG erstellt wurde:¹⁷

«Das Ziel der vorliegenden Studie war, das 2015 entwickelte Schweizer PCG-Modell (vgl. Trottmann et al., 2015) an die aktuellen Gegebenheiten und die seither erfolgten Aktualisierungen des niederländischen Modells anzupassen. In den Niederlanden werden zwei getrennte Risikoausgleiche berechnet, einerseits für die somatische und andererseits für die psychiatrische Versorgung. Entsprechend bestehen auch zwei PCG-Modelle. 2018 enthielt das somatische Modell 33 und das psychiatrische sieben PCG. Im Vergleich enthielt das bisherige Schweizer Modell 24 PCG. Das PCG-Modell gruppiert Versicherte aufgrund ihres Arzneimittelkonsums in möglichst eindeutige Indikationsgebiete. Um nur chronisch kranke Versicherte zu erfassen, werden Versicherte erst in eine PCG gruppiert, wenn sie eine Mindestmenge bestimmter Wirkstoffe im Vorjahr bezogen haben. Die Mindestmenge wird anhand «standardisierter Tagesdosen» (Defined Daily Dose, DDD) gemessen.

Für die Aktualisierung des Schweizer PCG-Modells haben wir in einem ersten Schritt die zwei PCG-Modelle des niederländischen Risikoausgleichs zusammengeführt. Wir sind dabei dem Grundsatz gefolgt, möglichst viele PCG und PCG mit dem feinsten Detaillierungsgrad in das Schweizer Modell zu übernehmen. Als beschränkenden Rahmen haben wir die Verordnung über den Risikoausgleich in der Krankenversicherung (VORA) berücksichtigt. Wir schlagen vor, den Grossteil der PCG der beiden niederländischen Listen von 2018 zu übernehmen. Für die so identifizierten PCG prüften wir die enthaltenen Wirkstoffe auf ihre Eindeutigkeit und ihr Vorkommen auf der SL. Wir nahmen Ergänzungen aufgrund der Schweizer Verhältnisse vor. Pro Wirkstoff und Darreichungsform ermittelten wir danach die DDD. Dabei stützten wir uns primär auf die aktuellsten Publikationen der WHO, sekundär auf die niederländischen und schweizerischen Definitionen gemäss Trottmann et al. (2015). Allgemein fehlende DDD wurden mit der für die Indikation zugelassenen Mindestdosierung gemäss Fachinformation ergänzt. Auf dieser Basis erstellten wir eine Liste mit den auf der SL enthaltenen Spezialitäten der Wirkstoffe im PCG-Modell, inklusive der pro Spezialität enthaltenen DDD-Menge. Die so erstellte Liste dient zur Gruppierung der Versicherten in die PCG.

¹⁷ Aktualisierung der PCG-Liste für den Schweizer Risikoausgleich, Studie im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, Schlussbericht, erstattet von Polynomics AG; Universität Basel, Pharmaceutical Care Research Group; Universität Basel, Institut für Pharmazeutische Medizin, 22. Januar 2019.

In empirischen Analysen von Schweizer Risikoausgleichsdaten haben wir gezeigt, dass das so erstellte Schweizer PCG-Modell die Vorhersagegüte des Risikoausgleichs massgeblich verbessert. Neben verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten des Modells haben wir die Notwendigkeit zur Berücksichtigung weiterer PCG geprüft und kamen zum Schluss, dass unter der aktuellen VORA nennenswerte Verbesserungen des PCG-Modells leider nicht realisiert werden können. Ohne diese Einschränkung, würden wir spezifisch den Einbezug einer PCG für Versicherte mit extrem hohen Kosten empfehlen.

Das im vorliegenden Bericht vorgeschlagene PCG-Modell ist stark durch die pharmazeutische Beurteilung und die in der VORA festgehaltenen Bestimmungen beeinflusst. In unseren empirischen Untersuchungen zeigten wir zwei Wege auf, um das PCG-Modell weiter zu entwickeln. Stünde eine Zeitreihe der notwendigen Daten über mehrere Jahre zur Verfügung, könnten diese zwei Vorschläge detaillierter untersucht werden. Zusätzlich könnte empirisch die Hierarchisierung der PCG überprüft und verbessert werden. Ein solches Vorgehen würde jedoch bedeuten, dass gewisse grundlegende Prinzipien der aktuellen VORA, wie beispielsweise die Hierarchisierung von ausschliesslich verwandten Krankheitsbildern, missachtet würden.

Aufgrund der knappen Zeit konnten wir zahlreiche empirische Auswertungen, die mit den verfügbaren Daten möglich gewesen wären, und weitere notwendige Abklärungen im Rahmen dieses Projekts nicht durchführen. Zu nennen sind hier insbesondere:

- *Die drei PCG 'Autoimmunkrankheiten', 'Krebskomplex' und 'Wachstumsstörungen' basieren in den Niederlanden auf sogenannten 'Add-on'-Präparaten. Diese ausserordentlich teuren Präparate werden ausschliesslich stationär eingesetzt, jedoch als Einzelleistung gesondert von der Fallpauschale vergütet. Die medizinische Praxis in der Schweiz für diese Wirkstoffe sollte abgeklärt werden. Speziell zu erwähnen sind die 'Wachstumsstörungen', deren Prävalenz mit derjenigen in der erwachsenen Schweizer Bevölkerung plausibilisiert werden sollte.*
- *Das vorgeschlagene Schweizer Modell enthält sechs PCG der niederländischen psychiatrischen Liste. Zwischen diesen PCG bestehen verhältnismässig hohe Überschneidungen der darin eingruppierten Versicherten. Unter Berücksichtigung der Eigenheiten des niederländischen und Schweizer Gesundheitssystems sollten diese PCG betreffend Wirkstoffe, Hierarchisierung und Interaktion nochmals überdacht werden.*

Da sich sowohl das Arzneimittelangebot als auch die Anwendungsgebiete und Verschreibungspraxis der verfügbaren Arzneimittel in stetigem Wandel befinden, ist es unabdingbar, eine periodische Überprüfung und Aktualisierung des PCG-Modells durchzuführen. Eine jährliche Gesamtüberarbeitung des Modells erscheint nicht verhältnismässig. Der Eidgenössischen Arzneimittelkommission EAK wurde die Aufgabe anvertraut, neu auf die SL aufgenommene Arzneimittel und Wirkstoffe auf deren Zuteilung zu einer PCG zu prüfen. Die notwendigen Arbeiten kleiner Revisionen des PCG-Modells sollten dadurch abgedeckt sein. Für eine seltenere, periodische Gesamtüberarbeitung des Modells (z. B. im Fünfjahresrhythmus) erachten wir folgende fachlichen Anforderungen an das durchführende Team als zwingend:

- *Kenntnisse in der Pharmazie, mit Fokus auf die Eigenheiten des Schweizer Marktes*

- *Ökonometrische Kenntnisse, mit Fokus auf die ökonometrische Modellierung von Gesundheitskosten*
- *Gesundheitsökonomische Kenntnisse, mit Fokus auf solidarisch finanzierte Gesundheitssysteme und Risikoausgleich zwischen Krankenversicherern*
- *Medizinische Kenntnisse, mit Fokus auf chronische Krankheitsbilder und deren Behandlungsmöglichkeiten.*

Weiter ist zu entscheiden, wie stark man sich in Zukunft am niederländischen Modell orientieren will. Der Detaillierungsgrad des PCG-Modells ist bereits sehr hoch, weshalb wir im Rahmen dieser Aktualisierung feststellten, dass nun auch viele systemabhängige Anpassungen (z. B. PCG basierend auf der niederländischen Add-on-Liste) vorgenommen werden. Auch in der Schweiz könnten solche Anpassungen in Zukunft sinnvoll sein.

Die Einteilung der Versicherten basiert auf der GTIN-Liste, die im Rahmen dieses Projektes erstellt wurde. Zur Erstellung dieser Liste wurde ein Stichtag der SL definiert. Da sich die SL monatlich ändert, sind entsprechend auf der GTIN-Liste nicht alle Präparate, die 2018 von der OKP vergütet wurden, vorhanden. Zudem wurde die PCG-Gruppierung für die empirischen Untersuchungen anhand von Daten aus dem Jahr 2016 durchgeführt. Auch im realen Risikoausgleich ist mit einer zeitlichen Verschiebung der Datenbasis und einem «Hinterherhinken» des PCG-Modells zu rechnen. Um eine saubere PCG-Gruppierung aller durch die OKP vergüteten Präparate zu erhalten empfehlen wir, eine reine Wirkstoffliste (ATC-5) mit den pro Darreichungsform spezifizierten DDD zu führen. Die Daten der Krankenversicherer müssten nach wie vor auf Ebene des GTIN vorliegen und könnten aufgrund des ATC-5-Codes zur Gruppierung der PCG selektiert werden. Dieses Vorgehen bedingt jedoch, dass auf der SL oder in einem anderen geeigneten Register pro Präparat (GTIN) neben dem ATC-Code die Darreichungsform und Wirkstoffmenge in maschinell lesbarer Form zur Verfügung stehen müssten. Diese Informationen zentralisiert in maschinell lesbarer Form und entsprechender Qualität zur Verfügung zu haben, würde den Aufwand bei der Überarbeitung des PCG-Modells wesentlich verringern und zur Qualitätssicherung beitragen.

Schlussendlich führt das vorgeschlagene PCG-Modell jedoch zu einer deutlichen Verbesserung der Vorhersagegüte im Vergleich zum Risikoausgleich ohne PCG. Basierend auf den vorgeschlagenen Ausgestaltungs- und Weiterentwicklungsmöglichkeiten sollten weitere Verbesserungen des Modells geprüft werden, die allerdings (teilweise) eine Änderung der VORA erforderlich machen würden.»¹⁸

7.2 Grundlagen der Verwendung des Morbiditätsfaktors PCG

7.2.1 Methode im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung

Dass in der Krankenversicherung die Erfüllung der Voraussetzungen geprüft wird, unter denen eine Leistungsvergütung erfolgt, ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amts wegen. Der Krankenversicherer hat zu klären, ob die in Art. 32 KVG genannten

¹⁸ Studie, 39-41.

Voraussetzungen der Wirksamkeit, der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit im Einzelfall erfüllt sind. Daneben sieht das Gesetz vor, dass weitere Prüfungsschritte vorgenommen werden. Dazu gehört nach Art. 56 KVG die nachträgliche Prüfung der Frage, ob sich der Leistungserbringer und die Leistungserbringerin in den Leistungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist. Dass es sich dabei (auch) um eine nachträgliche Prüfung handelt, zeigt Art. 56 Abs. 2 KVG, wonach eine dem Leistungserbringer oder der Leistungserbringerin zu Unrecht bezahlte Vergütung zurückgefordert werden kann. Seit je steht fest, dass mit unterschiedlichen Methoden geklärt werden kann bzw. geklärt wird, ob eine unwirtschaftliche Behandlung vorliegt oder nicht. Während also «die Leistungserbringer verpflichtet sind, ihre vergütungspflichtige Tätigkeit durchweg wirtschaftlich auszuführen, obliegt es den Krankenversicherern, die abgerechneten Leistungen dauernd zu kontrollieren.»¹⁹ «Die Leistungserbringer geniessen beruflich-geschäftliche und diagnostisch-therapeutische Freiheit, ebenfalls Teilbereiche der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), nur in den Schranken des Wirtschaftlichkeitsgebots (BGE 110 V 187 E. 5a und 6; SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 870; ders., Art. 56 N 2).»²⁰

Das Gesetz regelt das Vorgehen im Zusammenhang mit der nachträglichen Wirtschaftlichkeitsprüfung – von Art. 56 Abs. 6 KVG abgesehen – nicht. Immerhin steht fest, dass «das KVG von der im Einzelfall widerlegbaren Vermutung (BGE 129 V 167 E. 3.2; 125 V 21 E. 5b; BGer, 11. 9. 2009, 9C_224/2009, E. 1.1; Eugster, Jusletter 16. 5. 2005, Rz 8) aus[geht], dass Ärzte und Chiropraktoren wirksame, zweckmässige und wirtschaftliche Methoden anwenden (Umkehrschluss aus Art. 33 Abs. 1 KVG i. V. m. Art. 33 lit. a KVV).»²¹

Die Wirtschaftlichkeit wird komparativ beurteilt, indem die im konkreten Einzelfall massgebenden Rechnungen mit analogen Rechnungen anderer Leistungserbringer bzw. Leistungserbringerinnen verglichen werden.

«Der Nachweis einer Überbehandlung bzw. Überarztung gilt als erbracht, wenn eine beträchtliche Zahl von Rechnungen eines Leistungserbringers an einen Krankenversicherer im Durchschnitt merklich höher ist als die Rechnungen anderer Leistungserbringer derselben Berufsgruppe von Medizinalpersonen bzw. derselben Art von Gesundheitseinrichtungen [...], die in einer ähnlichen Region tätig sind und einen ähnlichen Patientenbestand aufweisen, ohne dass irgendeine Besonderheit die Kostendifferenz rechtfertigen kann (BGE 119 V 448 E. 4b; Gächter/Rütsche, Rz 1104 ...).»²²

¹⁹ So BSK KVG-Vasella, Art. 56 N 1.

²⁰ So BSK KVG-Vasella, Art. 56 N 12.

²¹ BSK KVG-Vasella, Art. 56 N 5.

²² BSK KVG-Vasella, Art. 56 N 21.

7.2.2 Bestimmung der massgebenden Methode generell

7.2.2.1 Ausgangspunkt

Die Methode, welche im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsprüfung verwendet wird, muss von den vorgenannten allgemeinen Grundsätzen ausgehen. Es ist also erforderlich, dass die Methode so bestimmt bzw. ausgewählt wird, dass die prinzipielle Vermutung der Wirtschaftlichkeit beachtet und im Einzelfall geklärt wird, ob die entsprechende Vermutung widerlegt wird.

7.2.2.2 Feststellungen in der Literatur

Der Blick auf die bisherige Praxis zeigt, dass seit je unterschiedliche Methoden Verwendung gefunden haben, wobei sich die Unterschiede im zeitlichen Verlauf besonders stark unterscheiden.

Die Literatur hält dazu das Folgende fest:

«Die Wirtschaftlichkeitskontrolle gem. Art. 56 Abs. 6 kann über verschiedene Methoden erfolgen (BGE 135 V 237 E. 4.6; 133 V 37 E. 5.3.2 ff.; 130 V 377 E. 7.2; EVG, 1. 3. 2006, K 142/05, E. 7.1; Gächter/Rütsche, Rz 1104). Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hatte einst die zulässigen Beweismethoden bestimmt, die später vom BGer bestätigt wurden und weiterhin von den Krankenversicherern herangezogen werden (ausführlich zu den verschiedenen Prüfmethode SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 875 und 876 ff.; ders., Art. 56 N 6 und 7 ff. je m.w.H.).

Nach dieser Rechtsprechung darf bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit eine Einzelfallprüfung (analytische Methode), ein Durchschnittskostenvergleich (statistische Methode) oder eine Kombination beider Ansätze (gemischte Methode) zur Anwendung gelangen (BGE 119 V 448 E. 4d; EVG, 1. 3. 2006, K 142/05, E. 7.1; 27. 11. 2001, K 90/01, E. 3b; Schürer, 78 ff.; ...). Hierzu hat sich eine umfangreiche Spruchpraxis der Versicherungen und Gerichte entwickelt, die aber trotz der teilweise sehr differenzierten und ausführlich begründeten Entscheidungen in einigen Punkten recht unbestimmt und umstritten geblieben ist (Poledna, Arzt, 414).

Früher wurden teilweise auch andere Methoden angewendet. In einzelnen Kantonen gab es das sog. Perzentilensystem, das u.a. die Häufigkeitsverteilung der Falldurchschnitte aller Ärzte der Vergleichsgruppe in die Berechnungen einbezieht, oder die stichprobenweise Einzelfallprüfung, die auf Hochrechnungen basiert (SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 875; ders., Art. 56 N 23 je m.w.H.). Diese zwei alternativen Methoden werden heute kaum mehr praktiziert.

Beim Vollzug der Kontrolle sind die vergütungspflichtigen Krankenversicherer und kantonalen Schiedsgerichte in ihrer Wahl der Beweismethode grundsätzlich frei (EVG, 1. 3. 2006, K 142/05, E. 7.1; 27. 11. 2001, K 90/01, E. 3b; Poledna, Arzt, 414). Die Versicherungen setzen in aller Regel nicht auf die Prüfung von Einzelfällen, weil ein solches Vorgehen meistens als zu aufwändig erscheint, sondern auf die Analyse der jeweils generierten Kosten im Vergleich zu denjenigen anderer Leistungserbringer, was sich gemeinhin als die effizientere Strategie erweisen dürfte (SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz

875; Poledna, Arzt, 414). Auf diese Weise sollen aus der Vielzahl der den Krankenkassen unterbreiteten Abrechnungen diejenigen herausgefiltert werden, die merklich höhere Beträge aufweisen, ohne dass besondere Umstände diese Kostendifferenz rechtfertigen können (BGE 119 V 448 E. 4b; Gächter/Rütsche, Rz 1104; ...). Hierfür stellen die Versicherer auf die von ihnen statistisch aufbereiteten Daten ab, deren Qualität im Detail allerdings keiner gerichtlichen Überprüfung unterzogen wird (EVG, 1. 3. 2006, K 142/05, E. 8.1.1; Poledna, Arzt, 414).»²³

7.2.2.3 Einordnung

Bei der Einordnung der Frage nach der Methode ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass es sich um die Bestimmung eines Beweismittels handelt. Es geht nämlich um die Frage, ob – im Einzelfall – von der bestehenden Vermutung der Wirtschaftlichkeit des Handelns abzuweichen ist. Zu klären ist also die Frage, ob im konkreten Sachverhalt die Leistungsvergütungsvoraussetzung der Wirtschaftlichkeit erfüllt ist oder nicht. Damit besteht ein Konnex zum Untersuchungsprinzip.

Das im Sozialversicherungsrecht – wie auch im ganzen öffentlichen Recht – zentrale Untersuchungsprinzip ist dadurch gekennzeichnet, dass keine Einschränkung von Beweismitteln besteht. Nach dem Untersuchungsgrundsatz hat die Behörde den rechtserheblichen Sachverhalt von Amts wegen abzuklären, ohne dabei an Anträge der Parteien gebunden zu sein. Sie hat deshalb aus eigener Initiative vorzugehen und darf Parteivorbringen nicht mit der Begründung abtun, diese seien nicht belegt worden. Der Grundsatz wird ergänzt durch die Mitwirkungspflicht der Parteien.²⁴ Was zur Abklärung des Sachverhalts notwendig ist, ergibt sich zum einen daraus, in welchem Umfang Abklärungen vorzunehmen sind, und zum anderen daraus, in welcher Tiefe dies der Fall ist. Zunächst hat also der Versicherungsträger abzugrenzen, welche Bereiche für die zu entscheidende Frage massgebend sind. Er muss also entscheiden, welches die massgebenden Sachverhaltselemente sind. Dies stellt deshalb eine anspruchsvolle Aufgabe dar, weil regelmässig bei Beginn des Abklärungsverfahrens noch nicht umfassend feststeht, welches die infrage kommenden Normen sind. Deshalb kann oft erst während der Durchführung der Untersuchung in verschiedenen Teilschritten bestimmt werden, welches die massgebenden Sachverhaltselemente sind. Dies setzt eine kontinuierliche Überprüfung der einzelnen Abklärungsschritte mit Blick auf die jeweils infrage kommenden Normen voraus und gebietet, gegebenenfalls neue Sachverhaltselemente als massgebend zu bezeichnen. In der Folge hat der Versicherungsträger im Rahmen des so begrenzten Bereichs den Sachverhalt bis zur zweifelsfreien Eruierung abzuklären. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich im Blick auf den je massgebenden Beweisgrad, wobei regelmässig der im Sozialversicherungsrecht massgebende «Hauptbeweisgrad» der überwiegenden Wahrscheinlichkeit heranzuziehen ist. Im Rahmen der Verfahrensleitung kommt dem Versicherungsträger nach der Rechtsprechung «ein grosser Ermessensspielraum bezüglich Notwendigkeit, Umfang und Zweckmässigkeit von medizinischen Erhebungen zu. Was zu beweisen ist, ergibt sich aus der

²³ So BSK KVG-Vasella, Art. 56 N 131-134.

²⁴ Vgl. zum Untersuchungsgrundsatz BGE 117 V 263 f.

jeweiligen Sach- und Rechtslage. Gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz ist der Sachverhalt soweit zu ermitteln, dass über den Leistungsanspruch zumindest mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit entschieden werden kann». ²⁵ Bleiben nach ersten Abklärungsschritten Zweifel an der Vollständigkeit oder der Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachenfeststellung bestehen, ist weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind. ²⁶

Welche Beweismittel im Verwaltungsverfahren zulässig sind, wird im Sozialversicherungsrecht durch Art. 43 ATSG nicht abschliessend geregelt. ²⁷ Immerhin erwähnt das Gesetz

- Formulare (Art. 29 Abs. 2 ATSG),
- Arztberichte (vgl. Art. 29 Abs. 2 ATSG),
- Arbeitgeberberichte (Art. 29 Abs. 2 ATSG),
- Daten im Rahmen der Amtshilfe (Art. 32 Abs. 1 ATSG),
- Daten im Rahmen der Verwaltungshilfe (Art. 32 Abs. 2 ATSG),
- mündliche Auskünfte (vgl. Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG),
- schriftliche Auskünfte (vgl. Art. 28 Abs. 2 und Abs. 3 ATSG),
- Observationen (Art. 43a und Art. 43b ATSG) sowie
- Gutachten (vgl. Art. 44 ATSG).

7.2.2.4 *Zwischenergebnis*

Werden diese allgemeinen Grundsätze auf die hier interessierende Frage der Bestimmung einer Methode übertragen, ergeben sich folgende Grundsätze:

- Beweismittel müssen objektiv geeignet sein, die in Frage stehenden Sachverhaltselemente zu beleuchten.
- Beweismittel müssen dazu beitragen können, den Beweisgrad für die Annahme oder Verwerfung eines Sachverhaltselementes zu erhöhen.
- Beweismittel müssen so ausgestaltet sein, dass der Beweisvorgang nachvollzogen und überprüft werden kann. Andernfalls fällt eine Beweiswürdigung des gewonnenen Beweisergebnisses schwer oder ist ausgeschlossen.

²⁵ So SVR 2014 UV Nr. 2, 8C_815/2012, E. 3.2.1.

²⁶ Urteil 8C_794/2016, E. 4.2.

²⁷ Vgl. so BBl 1991 II 261.

- Ein Beweisvorgang muss prinzipiell wiederholt werden können, weil andernfalls die Verlässlichkeit des Beweismittels nicht gesichert werden kann.

7.2.3 Vertragliche Bestimmung der massgebenden Methode

7.2.3.1 Ausgangspunkt

Bei der hier interessierenden Frage fällt ins Gewicht, dass nach der Festlegung von Art. 56 Abs. 6 KVG die «Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit» durch die Leistungserbringenden und die Versicherer vertraglich festgelegt wird. Dabei handelt es sich um eine besondere, in anderen Rechtsbereichen kaum je anzutreffende Regelung. Es wird damit nämlich eine durch die Behörde bzw. den Versicherungsträger bzw. das Gericht von Amts wegen und im Rahmen der Untersuchungspflicht zu klärende Frage den Parteien übertragen bzw. überlassen. Die Parteien können sich zwar nach Art. 56 Abs. 6 KVG vertraglich auf ein bestimmtes Beweismittel einigen. Im öffentlich-rechtlich geordneten Bereich des Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahrens kann eine solche Übertragung allerdings – wenn überhaupt – nur in einem engsten Rahmen erfolgen. Andernfalls wird der als Prinzip zu beachtende Untersuchungsgrundsatz ausgehebelt (= Verletzung des bundesrechtlichen Grundsatzes der Untersuchungspflicht), und es werden Festlegungen gemacht, welche die Gefahr in sich bergen, dass eine effektive gerichtliche Überprüfung nicht mehr erfolgen kann (= Verletzung des Anspruchs auf eine gerichtliche Beurteilung).

Entsprechend wird die vorbehaltlose Durchsetzung des objektiven Rechts auch in der Literatur als zentrale Aufgabe der Gerichtsinstanzen genannt:

«Zu den zentralen Aufgaben moderner Staaten gehört es, eine funktionierende Justiz einzurichten. Die primären Anliegen für die Verwaltungsrechtspflege bestehen dabei darin, organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, damit die in Kontakt mit dem Staat gelangenden Personen ihre Rechte durchsetzen können und das Verwaltungsrecht als objektive Ordnung verwirklicht wird. Der Zweck der Verwaltungsrechtspflege wird namentlich im Individualrechtsschutz, in der Durchsetzung des objektiven Rechts, in der Rechtsfortbildung und im Schutz der rechtsstaatlichen und demokratischen Grundlagen gesehen. Der Rechtsschutz soll dabei allen Menschen gleichermassen offenstehen. Mit dieser Garantienstellung des Staates für einen funktionierenden, zweckmässigen und gerechten Rechtsschutz wäre es nur schwer in Einklang zu bringen, wenn der Staat bei Rechtsstreitigkeiten, an denen er in der Regel direkt beteiligt ist, leichthin Ausnahmen von der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeitsordnung für sich in Anspruch nimmt und auf vertraglichem Wege eine abweichende Rechtspflegeordnung wählt.»²⁸

7.2.3.2 Parteien

Art. 56 Abs. 6 KVG legt fest, dass Parteien der vertraglichen Einigung die Leistungserbringer und die Versicherer sind. Damit wird die Kompetenz zur Festlegung des Beweismittels zwei

²⁸ MÄCHLER, 403 f.

einzelnen Parteien übertragen, ohne zu beachten, dass eine dritte Partei – die versicherte Person – gegebenenfalls rückerforderungsberechtigt ist. Eine dem Leistungserbringer zu Unrecht bezahlte Vergütung kann zurückgefordert werden; dabei hält Art. 56 Abs. 2 lit. a KVG fest, dass im System des Tiers garant (Art. 42 Abs. 1 KVG) die versicherte Person rückerforderungsberechtigt ist. Es schränkt den Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einer Rückforderung der versicherten Person ein, wenn Dritte – hier Leistungserbringer und Versicherte – vertraglich festlegen können, welches Beweismittel gelten soll.

Hinzuweisen ist der Vollständigkeit halber darauf hin, dass der hier interessierende Vertrag von den Verbänden abgeschlossen wurde. Es stellt sich damit die Frage, ob die am Vertrag beteiligten Verträge hinreichend bevollmächtigt sind, für die Leistungserbringenden einerseits und für die Versicherer andererseits einen Vertrag abzuschliessen.

7.2.3.3 *Einordnung des Vertrags*

Es stellt sich die Frage, ob es sich bei dem nach Art. 56 Abs. 6 KVG abgeschlossenen Vertrag um einen privatrechtlichen oder um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Die Frage hat etwa Auswirkungen darauf, welche Gerichtsinstanz für die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Vertrag zuständig ist.

Es steht im Vordergrund, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag anzunehmen. Denn die Regelungsbefugnis ergibt sich aus Art. 56 Abs. 6 KVG und mithin aus einem öffentlich-rechtlichen Erlass. Der Inhalt des Vertrags – Festlegung eines Beweismittels – fällt in den Bereich der öffentlich-rechtlichen Regelungen. Das für die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit zuständige Gericht – das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG – ist ein öffentlich-rechtlich geordnetes Gericht.

7.2.3.4 *Bindungswirkungen des Vertrags:*

Es stellt sich die Frage, ob die mit Vertrag nach Art. 56 Abs. 6 KVG festgelegte Methode für alle Bereiche des Wirtschaftlichkeitsverfahrens Bedeutung hat.

Zunächst ist auf die Ausgangslage einzugehen, dass bei einer unwirtschaftlichen Behandlung beim System des tiers garant die versicherte Person rückerforderungsberechtigt ist. Es kann sich nicht so verhalten, dass bei einem solchen Verfahren eine in einem Vertrag von Dritten festgelegte Beweismittelbeschränkung Bedeutung haben kann. Eine solche Drittbindungswirkung kann vertraglich nicht vereinbart werden. Es würde damit der Anspruch der Partei auf Beurteilung durch ein Gericht deutlich eingeschränkt, was verfassungsrechtlich nicht möglich ist.

In einem weiteren Punkt ist zu klären, ob die vertragliche Festlegung nach Art. 56 Abs. 6 KVG das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG bindet. Dabei ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass nach Art. 89 Abs. 5 KVG im Schiedsgerichtsverfahren das Schiedsgericht unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen feststellt; es erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei. Diese Festlegung, welche für ein

öffentlich-rechtliches Gericht typisch ist,²⁹ schliesst aus, dass zwei Parteien vertraglich die Massgeblichkeit einer bestimmten Beweismethode vereinbaren. Das Gericht hat von Amts wegen und unabhängig von Parteianträgen zu bestimmen, welcher Sachverhalt zu beweisen ist und hat in der Folge die je in Frage kommenden Beweismittel zu bestimmen.

7.2.3.5 Vertragliche Festlegung der zeitlichen Gültigkeit

Im Vertrag wird festgelegt, dass die Gültigkeit der hier interessierenden Methode ab dem Statistikjahr 2017 besteht. Damit wird bezogen auf ein Beweismittel nicht nur dessen Massgeblichkeit festgelegt, sondern zugleich die zeitliche Anwendung des Beweismittels geordnet. Offensichtlich ist im interessierenden Vertrag diese zeitliche Festlegung getroffen worden, um einen prinzipiellen Übergang der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit zu erreichen. Damit wird gezeigt, dass die vertragliche Festlegung nicht (nur) die Massgeblichkeit eines Beweismittels festlegt, sondern darüber hinausgehend ein bestimmtes Beweisverfahren ordnet. Damit zeigt sich, dass der Vertrag über den ihm in Art. 56 Abs. 6 KVG zugeordneten Bereich hinausgeht und generelle Festlegungen für das Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren vornimmt.

7.2.3.6 Zwischenergebnis

Art. 56 Abs. 6 KVG nimmt eine aussergewöhnliche, nicht ohne weiteres einzuordnende Festlegung vor. In einem öffentlich-rechtlichen Verfahren, welches vom Untersuchungsprinzip beherrscht ist, wird zwei herausgegriffenen Parteien des Verfahrens die Möglichkeit zugeordnet, ein Beweismittel zu bestimmen. Weil auch im Bereich der Wirtschaftlichkeitsprüfung die Umsetzung des objektiven Rechts einzige Richtschnur des Handelns ist, kann einer solchen vertraglichen Festlegung nur eine sehr begrenzte Bedeutung zukommen.

Soweit vertraglich ein Beweismittel – eine bestimmte Methode – festgelegt wird, muss feststellbar und überprüfbar sein, dass es sich um ein Beweismittel handelt, welches zu verlässlichen, nachvollziehbaren und prinzipiell wiederholbaren Resultaten führt. Die vertragliche Festlegung des Beweismittels kann nicht die Bedeutung haben, dass andere Beweismittel ausgeschlossen wären; solche Beweismittel können von den Parteien eingereicht werden oder sie sind von Amts wegen zu erheben.

8 Einordnung des Morbiditätskriterium PCG

8.1 Allgemeine Aspekte

Prinzipiell kann ein bestimmtes Morbiditätskriterium nicht die Bedeutung haben, dass damit eine Wirtschaftlichkeit der Behandlung festgelegt werden kann. Es muss vorerst aufgezeigt werden können und nachvollziehbar erläutert werden, dass das betreffende Kriterium geeignet ist, bezogen auf den Sachverhalt des Behandeln durch bestimmte

²⁹ Vgl. dazu etwa die Vorgaben in Art. 61 ATSG.

Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer ein schlüssiges Resultat zu ergeben. Es muss also bezogen auf das hier interessierende Kriterium aufgezeigt werden können, dass es die vorstehend genannten allgemeinen Anforderungskriterien an ein Beweismittel erfüllt. Soweit ersichtlich, ist für das Morbiditätskriterium PCG ein solcher Aufschluss bisher nicht geleistet worden.

Das Morbiditätskriterium PCG basiert auf der Vergütung von bestimmten Medikamenten. Da sich sowohl das Arzneimittelangebot als auch die Anwendungsgebiete und Verschreibungspraxis der verfügbaren Arzneimittel in stetigem Wandel befinden, wird nachdrücklich betont, dass eine periodische Überprüfung und Aktualisierung des PCG-Modells unabdingbar ist.³⁰ In empirischen Analysen von Schweizer Risikoausgleichsdaten hat sich zwar gezeigt, dass das so erstellte Schweizer PCG-Modell die Vorhersagegüte des Risikoausgleichs massgeblich verbessert.³¹ Indessen ist wenig fassbar, ob das Modell tauglich ist, beweisrechtlich verwertbare Aussagen zur Wirtschaftlichkeit einer Behandlung abzugeben. Es kommt hinzu, dass spezifisch der Einbezug einer PCG für Versicherte mit extrem hohen Kosten empfohlen wird.³²

Insoweit ist – vorderhand – wenig klar, ob das in Frage stehende Kriterium geeignet ist, im Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren angewendet zu werden.

8.2 Bildung von Vergleichsgruppen

«Vergleichsgruppen müssen so gebildet sein, dass sie die für den zu prüfenden Leistungserbringer variabel sind. Dieser Vergleich muss sich auf hinreichend ähnliche Umstände stützen (Patientenbestand mit etwa gleichem «Krankengut», medizinisch gleichartiger Tätigkeitsbereich, allenfalls geographisch entsprechendes Einsatzgebiet etc.) und über einen genügend langen Zeitraum erstrecken (für eine ins Gewicht fallende Anzahl von Rechnungen), damit zufällig auftretende Unterschiede mehr oder weniger ausgeglichen werden (BGE 119 V 448 E. 4b; 103 V 145 E. 5 je mit m.w.H.).»³³

Die Frage, ob – und allenfalls inwieweit – beim Morbiditätskriterium PCG eine Vergleichbarkeit gegeben ist, ist schwierig zu beantworten. Jedenfalls steht fest, dass die vom Kriterium betroffenen Versicherten in einer kleineren Zahl auftreten als die Gesamtzahl der behandelten Versicherten. Dies mag als erforderlich erscheinen lassen, dass auch die Zahl der effektiv vom Kriterium erfassten Personen verglichen werden muss. Es kommt hinzu, dass das Kriterium so konkretisiert werden muss, dass pro erfasstes Krankheitsbild ein Vergleich vorgenommen werden kann; denn letztlich muss beurteilt werden, ob analoge Krankheitsbilder wirtschaftlich oder unwirtschaftlich behandelt wurden.

Festzuhalten ist, dass sich zudem die Frage nach der Winsorisierung von Daten stellt.

³⁰ Dazu Ziff. 7.1.

³¹ Dazu Ziff. 7.1.

³² Dazu Ziff. 7.1.

³³ BSK KVG-Vasella, Art. 56 N 139.

«Winsorizing ist die Transformation von Daten durch die Begrenzung von Extremwerten in den statistischen Daten, um den Effekt von potenziell falschen Ausreißern zu reduzieren. [...] Die Verteilung vieler Statistiken kann durch Ausreißer stark beeinflusst werden. Eine typische Strategie ist es, alle Ausreißer auf ein bestimmtes Perzentil der Daten zu setzen; z.B. würde eine 90%ige Winsorisierung alle Daten unterhalb des fünften Perzentils auf das fünfte Perzentil und die Daten oberhalb dem 95. Perzentil analog auf das 95. Perzentil gesetzt werden. Winsorisierte Schätzer sind in der Regel robuster gegenüber Ausreißern, obwohl es Alternativen wie das Trimmen gibt, die einen ähnlichen Effekt erzielen.»³⁴

Wie es sich diesbezüglich verhält, kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens mangels statistischer Kenntnis nicht beantwortet werden. Immerhin muss darauf hingewiesen werden, dass in der Wissenschaft gefordert wird, dass Fälle mit extrem hohen Kosten ausgeschieden werden.³⁵

9 Verantwortlichkeiten und Rückforderungen

Es sind bezogen auf die Statistikjahre ab 2017 Wirtschaftlichkeitsfragen nach der Screening-Methode, welche vertraglich festgelegt wurden, beurteilt worden. Nach den Ausführungen im vorliegenden Gutachten ist bezogen auf den Morbiditätsfaktor PCG jedenfalls nicht ohne weiteres möglich, ein gestützt darauf ermitteltes Resultat als verlässlich zu betrachten. Es kommt hinzu, dass bezogen auf die vertragliche Festlegung der Methode Voraussetzungen bestehen, die allenfalls nicht erfüllt sind; zudem müssen bezogen auf die Abstützung auf die Screening-Methode Vorbehalte gemacht werden.³⁶

Bei dieser Ausgangslage wird die Frage nach der allfälligen Verantwortlichkeit der Behörde gestellt. Indessen muss beachtet werden, dass im Wirtschaftlichkeitsverfahren nach Art. 56 KVG eine schiedsgerichtliche Beurteilung erreicht werden kann. Wenn dieser Weg nicht eingeschlagen wird, ist an sich nicht möglich, eine Verantwortlichkeit einer Behörde geltend zu machen. Dasselbe gilt, wenn schiedsgerichtlich über eine wirtschaftliche Behandlung entschieden wurde und dabei auf die Ergebnisse der Screening-Methode abgestellt wurde; denn hier stellt sich – einzig – die Frage nach einer allfälligen Verantwortlichkeit der Gerichtsstanz; hier ist nur in besonders stossenden Fällen möglich, eine Verantwortlichkeit der Gerichtsstanz geltend zu machen. Das Haftungssystem hat eben nur Bedeutung, wenn das (sozialversicherungsrechtliche) Verwaltungsverfahren bzw. das gerichtliche Anfechtungsverfahren die Schädigung nicht abwenden konnte.³⁷ Als Beispiel ist der Sachverhalt zu nennen, in welchem die versicherte Person während der laufenden Rechtsmittelfrist keine Beschwerde gegen eine rentenablehnende IV-Verfügung erhebt; es kann in der Folge keine Verantwortlichkeit der IV-

³⁴ So <https://staistikguru.de> – Rechner

³⁵ Dazu Ziff. 7.1.

³⁶ Dazu die anschliessende Fragenbeantwortung in Ziff. 10.

³⁷ Vgl. BGE 133 V 17.

Stelle mit der Begründung geltend gemacht werden, die Rentenablehnung sei materiell unzutreffend.

10 Beantwortung der gestellten Fragen

Wie sind pharmazeutische Kostengruppen (PCG) anhand von täglich definierten Medikamentendosen (DDD) prinzipiell einzuordnen? Wie ist die Einordnung, wenn Medikamente (noch) nicht in der PCG-Liste erscheinen? Ist eine Winsorisierung notwendig?

Das Morbiditätskriterium PCG lässt sich aus juristischer Sicht nicht leicht beurteilen. Dies erklärt sich daraus, dass die verwendeten Daten nicht direkt greifbar sind, dass wenig ersichtlich ist, welche Daten Verwendung finden, dass die Wirkweise nicht leicht nachvollziehbar ist. Weil im Beweisverfahren nur solche Beweismittel verwendet werden sollen, deren Ausgestaltung transparent und nachvollziehbar ist, bestehen Bedenken, wenn das Kriterium PCG als allein massgebendes Kriterium Verwendung findet.

Ist überzeugend, Morbiditätsvariablen von DDD/PCG abzuleiten und die betreffenden Ergebnisse für die Wirtschaftlichkeitsprüfung zu verwenden?

Das Morbiditätskriterium PCG findet in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren Anwendung, welches vom Untersuchungsprinzip geprägt und gesteuert ist. Das Untersuchungsprinzip überträgt der Behörde die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit, den Sachverhalt abzuklären und die Beweismittel zu bestimmen und zu erheben. Damit stellt es einen Fremdkörper dar, wenn es zwei (von mehreren) Parteien überlassen bleibt, ein Beweismittel zu bestimmen. Es ist insoweit wenig überzeugend, dass Art. 56 Abs. 6 KVG zwei bestimmten Parteien überlässt, ein Beweismittel zu bestimmen.

Wird das Beweismittel verwendet, werden damit weitere Beweismittel nicht ausgeschlossen, sondern sind – von Amts wegen – zu erheben.

Soweit Morbiditätsvariablen abgeleitet werden können (Frage 2): Welches sind die Kriterien, um die Vergleichsgruppe zu bilden? Spielt das Ausmass der Verrechnung von PCG/DDD eine Rolle?

Die Vergleichsgruppen müssen ermöglichen, valide Ergebnisse zu erhalten. Beim Morbiditätskriterium PCG muss gesichert sein, dass in der Vergleichsgruppe eine analoge Vertretung des massgebenden Krankheitsbilds anzutreffen ist. Es geht nämlich darum, dass pro Krankheitsbild geklärt wird, ob eine wirtschaftliche Behandlung vorliegt oder nicht. Beim Bilden der Vergleichsgruppe muss sodann beachtet werden, dass bei den zu vergleichenden Sachverhalten je eine hinreichende Zahl von analogen Behandlungsfällen besteht.

Soweit sich Einschränkungen bezüglich der Morbiditätsvariablen von DDD/PCG zeigen (Fragen 2 und 3): Wie ist bezogen auf damit bereits begründete Rückforderungen umzugehen?

Die vertragliche Vereinbarung eines bestimmten Beweismittels kann das Untersuchungsprinzip, wie es im öffentlichen Recht gilt, nicht einschränken. Die vertragliche Vereinbarung kann auch nicht bedeuten, dass in Verfahren mit anderen Parteien (nur) das betreffende, vertraglich vereinbarte Beweismittel verwendet wird.

Ergeben sich aus der Beantwortung der Fragen 1 bis 4 allfällige Verantwortlichkeitsansprüche?

Verantwortlichkeitsansprüche können im Sozialversicherungsrecht nur geltend gemacht werden, wenn das Anfechtungs- bzw. Klageverfahren nicht ermöglicht hat, zu einem dem objektiven Recht entsprechenden Resultat zu gelangen. Ist ein bestimmter Anspruch gerichtlich beurteilt worden, stellt sich bei geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüchen vorab die Frage einer allfälligen Verantwortlichkeit der Gerichtsinstanz. Die Voraussetzungen einer solchen Verantwortlichkeit richten sich nach dem jeweiligen Verfahrensgesetz; regelmässig kann eine Verantwortlichkeit einer Gerichtsinstanz nur unter engsten Voraussetzungen angenommen werden.

Zürich, 19. Januar 2023



Ueli Kieser, Prof. Dr.iur., Rechtsanwalt

Literatur

BSK KVG KVAG, Basel 2020

MÄCHLER AUGUST, Bereiche für den Einsatz von Schiedsgerichten in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, ZSR/RDS Band 137 (2018) I 401 ff.