

**Dr. iur.
Juristischer Berater im
Gesundheitswesen**

Brüggbühlstrasse 32a
Postfach
CH-3172 Niederwangen



**Stellungnahme zu Fragen des Tarifrechts
bei Einzelleistungsvergütung**

20. Dezember 2017

Telefon 031 982 14 50
Telefax 031 982 14 51

Mobile 079 678 17 93
markus.moser@mails.ch

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage und Fragestellung	3
2	Stellungnahme zu den Fragen	4
2.1	Die Vereinbarung einer einheitlichen Tarifstruktur (Art. 43 Abs. 5, 1. Satz KVG)	4
2.1.1	Zur Entstehungsgeschichte von Art. 43 Abs. 5 KVG	4
2.1.2	Der Tarifstrukturvertrag	5
2.1.3	Die Vertragsparteien	5
2.1.4	Zur Repräsentativität der Vertragsparteien	6
2.2	Die Festlegung der einheitlichen Tarifstruktur durch den Bundesrat (Art. 43 Abs. 5, 2. Satz KVG)	8
2.2.1	Voraussetzungen für die Festlegung der Tarifstruktur	8
2.2.2	Vorgehen bei der Festlegung der Tarifstruktur	8
2.3	Die Verfahren zur Genehmigung und zur Festlegung der Tarifstruktur	9
2.3.1	Genehmigung der Tarifstruktur	9
2.3.2	Folgen einer Verweigerung der Genehmigung	10
2.4	Anpassungen der Tarifstruktur durch den Bundesrat (Art. 43 Abs. 5 ^{bis} KVG)	11
2.4.1	Gegenstand der Anpassung an die Tarifstruktur	11
2.4.2	Nicht mehr sachgerechte Tarifstruktur	12
2.4.3	Fehlende Einigung der Tarifpartner	13
2.5	Gesetzesänderung zur Schaffung einer Organisation zur Erarbeitung der einheitlichen Tarifstruktur?	13
2.6	Behebung einer Blockade der Tarifpartner durch die Gesetzesänderung	14
3	Grundlegende Probleme des Tarmed	14
3.1	Grenzen der einheitlichen Tarifstruktur	14
3.2	Verschärfung der Probleme durch einheitliche Taxpunktwerte	15
3.3	Einheitliche Tarifstruktur für die gesamte ärztliche Behandlung?	16
3.4	Evaluation der Auswirkungen des Tarmed	16

1 Ausgangslage und Fragestellung

Das BAG kommt in einem Berichtsentwurf zum Postulat 11.4018, Darbellay „Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen“ zum Schluss, dass sich nur im Bereich der einheitlichen Tarifstruktur bei Einzelleistungstarifen die Frage der Repräsentativität der am Vertrag beteiligten Tarifpartner stelle, nicht aber beim Abschluss von Tarifverträgen im eigentlichen Sinne, weil dort das KVG ausdrücklich auch Verträge zwischen einzelnen Versicherern und Leistungserbringern zulässt.

In diesem Zusammenhang wünscht das BAG eine Stellungnahme zur Frage, wie der Bundesrat gestützt auf die Art. 43 Abs. 5 und Abs. 5^{bis} und auf Art. 46 Abs. 4 KVG vorzugehen hat, wenn ihm eine Vereinbarung zur einheitlichen Tarifstruktur unterbreitet wird, welcher nur ein Teil der Verbände der Tarifpartner zugestimmt hat, beziehungsweise wenn diesen Verbänden nicht alle Versicherer oder Leistungserbringer angehören, für welche die Tarifstruktur gelten soll.

Es stellen sich insbesondere folgende konkrete Fragen:

1. Unter welchen Voraussetzungen liegt eine genehmigungsfähige Vereinbarung über die einheitliche Tarifstruktur im Sinne von Art. 43 Abs. 5 KVG vor (inkl. Hinweis zur Entstehungsgeschichte von Art. 43 Abs. 5 KVG; inkl. Hinweis betr. Abgrenzung „Tarifstrukturvertrag“ und „normaler“ Tarifvertrag)?
2. Wann sind Voraussetzungen gegeben, dass der Bundesrat die Tarifstruktur selber festlegt?
3. Kann der Bundesrat die nur von einem Teil der Tarifpartner getroffene Vereinbarung für diese genehmigen und muss er für die übrigen Tarifpartner die gleiche Tarifstruktur einseitig festlegen? Kann die fehlende Mitwirkung der Tarifpartner mittels Ersatzmassnahmen geheilt werden (Anhörung? Rechtliches Gehör? Vernehmlassungsverfahren bei Festlegung? Hinweis auf interne Prozesse betr. Entscheidungsfindung bei Verbänden)?
4. Unter welchen Voraussetzungen kann der Bundesrat gestützt auf Art. 43 Abs. 5^{bis} KVG Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen?
5. Besteht aufgrund einer fehlenden Repräsentativität der am Vertrag beteiligten Tarifpartner ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf und kann dieser allenfalls mit der Schaffung einer ähnlichen Organisation wie bei stationären Behandlungen behoben werden?
6. Besteht hierbei nach einer entsprechenden Gesetzesänderung das Risiko einer weiteren Blockade, wenn die Tarifstrukturen und deren Anpassungen von den Tarifpartnern und nicht von der Organisation dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet werden müssen, wie das Art. 49 Abs. 2 KVG verlangt?

2 Stellungnahme zu den Fragen

2.1 Die Vereinbarung einer einheitlichen Tarifstruktur (Art. 43 Abs. 5, 1. Satz KVG)

2.1.1 Zur Entstehungsgeschichte von Art. 43 Abs. 5 KVG

Beim Erlass des KVG war es eines der erklärten Ziele, neben der damals in der ambulanten Behandlung praktisch ausschliesslich angewendeten Einzelleistungstarifizierung auch andere Tarifarten zu fördern. Dies kommt insbesondere in Art. 43 Abs. 2 KVG zum Ausdruck. Vor dem Erlass des KVG ist die Tarifstruktur der Einzelleistungsvergütung grundsätzlich in jeden Tarifvertrag vereinbart worden. Im Bereich von UV, MV und IV galt ein in der ganzen Schweiz einheitlicher Tarif, erarbeitet von der Medizinaltarifkommission (MTK) unter Federführung der SUVA. Für die ambulanten Behandlungen der Spitäler galt der sogenannte Spitalleistungskatalog. Im Bereich der Krankenversicherung existierten 24 unterschiedliche Tarifverträge auf kantonaler Ebene. Deren Tarifstrukturen waren zwar nicht völlig unterschiedlich. In einzelnen Kantonen orientierte man sich an der Tarifstruktur anderer Kantone oder dem SUVA-Tarif, wich aber doch in bestimmten Bereichen davon ab. Das führte auch dazu, dass die unterschiedlichen Taxpunktswerte in den Tarifverträgen nicht miteinander verglichen werden konnten. Es herrschte eine grosse Intransparenz. Das war eines der Hauptmotive für die Einführung einer einheitlichen Tarifstruktur.

Die Einführung einer einheitlichen Tarifstruktur für die Einzelleistungsvergütung ist bereits von der Expertenkommission Schoch vorgeschlagen worden.¹ Der Bundesrat hat diesen Vorschlag in seiner Botschaft über die Revision der Krankenversicherung übernommen. Bei den Beratungen des Gesetzesentwurfes im Parlament war dieser Antrag nicht mehr umstritten²; dies vor allem auch deshalb, weil MTK und FMH bereits im Jahr 1986 ein Projekt zur Gesamtrevision des Arzttarifs (GRAT) gestartet haben. Die Nomenklatur des GRAT-Modells wurde in den Jahren 1990 – 1992 erarbeitet, also in der Zeit zwischen den Arbeiten der Expertenkommission Schoch und dem Beginn der Beratungen des KVG im Parlament. Nach Inkrafttreten KVG ist auch das Konkordat der Krankenkassen (heute santésuisse) dem Projekt beigetreten und im Jahr 1997 wurde die Revision des Spitalleistungskatalogs (Projekt Infra Spitäler) mit dem Projekt GRAT zum Projekt Tarmed vereinigt.³

Beim Erlass des KVG konnte man deshalb davon ausgehen, dass die einheitliche Tarifstruktur rasch umgesetzt wird. Aus diesem Grund hat der Bundesrat in Art. 8 seiner Verordnung zur Inkraftsetzung und Einführung des KVG vom 18. März 1994 (AS 1995 1367) bestimmt, dass sämtlich Tarifverträge bis zu Beginn des Jahres 1998 an das neue Recht anzupassen sind. Auf diesen Zeitpunkt hätte also auch eine einheitliche Tarifstruktur für die Einzelleistungsvergütung vorliegen müssen. Der Bundesrat konnte aber schliesslich die Tarifstruktur des Tarmed und die dazu gehörenden Rahmenverträge erst im September 2002 genehmigen. Am 1.1.2004 ist der Tarmed in Kraft getreten. Die Verzögerungen waren vor allem auf Diskussionen innerhalb der Ärzteschaft zurückzuführen. Die FMH stand vor einer Zerreissprobe.⁴

¹ Vgl. Revision der Krankenversicherung, Bericht und Entwurf der Expertenkommission Ziff. 454 S. 60 (Expertenkommission KV)

² In der Expertenkommission hat eine Minderheit die einheitliche Tarifstruktur abgelehnt, vgl. Expertenkommission KV S. 131

³ Zur Geschichte des Tarmed vgl. insbesondere Eidgenössische Finanzkontrolle, Tarmed – der Tarif für ambulant erbrachte ärztliche Leistungen, Evaluation der Zielerreichung und der Rolle des Bundes, November 2010 (EFK Evaluation Tarmed); Ziff. 1.6, S. 10 ff. „Wie kam es zum Tarmed“.

⁴ EFK Evaluation Tarmed S. 12

2.1.2 Der Tarifstrukturvertrag

Der Einzelleistungstarif ist nur eine der nach dem KVG für die ambulante Behandlung zulässigen Tarifarten (Art. 43 Abs. 2 KVG). Die Tarifpartner sind also frei, ob sie einen Tarifvertrag auf der Grundlage der Einzelleistungsvergütung abschliessen wollen. Nach Art. 43 Abs. 5 KVG müssen aber Einzelleistungstarife „auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen“. Damit unterscheidet das KVG bei Einzelleistungstarifen zwischen dem Tarifstrukturvertrag und den gestützt darauf vereinbarten Tarifverträgen.⁵ Die gesamtschweizerisch vorgegebene Tarifstruktur kann in den einzelnen Tarifverträgen nicht abgeändert werden.⁶

Nach Art. 46 Abs. 4 KVG müssen Tarifverträge von der zuständigen Kantonsregierung und in der ganzen Schweiz gültige Tarifverträge durch den Bundesrat genehmigt werden. Der Tarifstrukturvertrag ist zwar kein Tarifvertrag. Sowohl die Praxis des Bundesrates wie die Lehre gehen aber davon, dass die Tarifstrukturverträge im Sinn von Art. 43 Abs. 5 KVG durch den Bundesrat zu genehmigen sind, weil die Tarifstruktur ein genehmigungspflichtiger Teil des Tarifs ist.⁷ Die Kompetenzen der Genehmigungsbehörde erschöpfen sich in der Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung. Weil die Tarifstruktur beim Abschluss von Tarifverträgen mit Einzelleistungsvergütung für die einzelnen Versicherer und Leistungserbringer direkt anwendbar sind, ist ein Beitritt gemäss Art. 46 Abs. 2 KVG zum Tarifstrukturvertrag nicht nötig.

2.1.3 Die Vertragsparteien

Art. 43 Abs. 5 KVG bestimmt nicht ausdrücklich, wer die Vertragsparteien eines Tarifstrukturvertrages sind. Aus der systematischen Interpretation der Bestimmung ergibt sich zunächst, dass auch der Tarifstrukturvertrag wie die Tarifverträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern zu vereinbaren sind (vgl. Art. 43 Abs. 4 KVG⁸). Nach Art. 46 Abs. 1 KVG können einzelne oder mehrere Leistungserbringer, beziehungsweise Versicherer aber auch deren Verbände Parteien eines Tarifvertrages sein. Dies gilt grundsätzlich auch für Tarifstrukturverträge. Könnten also auch einzelne Leistungserbringer und Versicherer einen Tarifstrukturvertrag abschliessen? Nach Eugster werden solche Verträge „in der Regel“ von Verbänden der Tarifvertragsparteien abgeschlossen.⁹ Er schliesst also nicht völlig aus, dass in bestimmten Fällen auch einzelne oder mehrere Leistungserbringer bzw. Versicherer Tarifstrukturverträge abschliessen können.

Im Tarifstrukturvertrag ist auch der Geltungsbereich zu vereinbaren. Die heutige Praxis, wonach der Tarmed für die gesamte ambulante ärztliche Behandlung gilt, ist im KVG nicht zwingend vorgegeben. Zu Beginn des Projekts über die Revision des Arzttarifs war noch offen, ob sich dieses Projekt auch auf die ambulante Behandlung der Spitäler beziehen soll. Die Integration des Spitalleistungskatalogs in das Projekt GRAT/Tarmed ist erst später erfolgt. Zulässig wäre also auch ein Tarifstrukturver-

⁵ Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV Soziale Sicherheit, E Krankenversicherung, 3. Auflage 2016 Basel, N 1001 (Eugster Krankenversicherung)

⁶ Eugster Krankenversicherung, N. 1002

⁷ Eugster Krankenversicherung N. 1139 f.

⁸ Diese Interpretation wird durch die Entstehungsgeschichte von Art. 43 Abs. 4 und 5 KVG bestätigt. Im Antrag des Bundesrates waren der 1. Satz des heutigen Abs. 4 und der 1. Satz des heutigen Abs. 5 im gleichen Absatz vereinigt (Art. 37 Abs. 4 des Antrags); Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 92 ff. 269 (Botschaft KVG)

⁹ Eugster Krankenversicherung, N. 1001

trag, der sich nur auf Ärzte und Ärztinnen im Sinne von Art. 35 Abs. 2 lit.a bezieht. Für Spitäler und Einrichtungen der ambulanten Krankenpflege im Sinne von Art. 36a KVG müsste in diesem Fall eine andere Vergütungsform (z.B. Pauschalen oder ein Zeittarif) vereinbart werden. Soll der der Tarifstrukturvertrag, wie dies heute der Fall ist, auch für die Spitäler gelten, müssen auch die Spitäler als Vertragspartei vertreten sein.¹⁰ Nicht zum vorneherein ausgeschlossen sind auch mehrere unterschiedliche Tarifstrukturen der Einzelleistungsvergütung für ambulante ärztliche Behandlungen, wenn die Anwendungsbereiche klar voneinander abgrenzbar sind.¹¹

2.1.4 Zur Repräsentativität der Vertragsparteien

Im Entwurf der Expertenkommission war ausdrücklich vorgesehen, dass die Vereinbarungen über die Tarifstrukturen der Einzelleistungsvergütung von gesamtschweizerisch repräsentativen Verbänden zu treffen sind.¹² Dies wird in Art. 43 Abs. 5 KVG nicht mehr ausdrücklich verlangt: „Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur beruhen“. Müssen also die Vertragsparteien nicht mehr repräsentativ sein? Der französische Wortlaut ist in dieser Hinsicht klarer: „Les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse“. Auch der italienische Wortlaut verlangt ausdrücklich eine „convenzione a livello nazionale“. Daraus wird deutlich, dass einerseits die Tarifstruktur einheitlich sein muss und andererseits die entsprechende Vereinbarung auf schweizerischer Ebene abgeschlossen sein muss. Das impliziert, dass die Tarifpartner sowohl für die Versicherer wie für die Leistungserbringer landesweit repräsentativ sein müssen.

Die sehr knapp gefasste Formulierung von Art. 43 Abs. 5 KVG ist wahrscheinlich auch darauf zurückzuführen, dass im Zeitpunkt des Erlasses des KVG die Verbandsstrukturen sowohl bei den Versicherern wie bei den Leistungserbringern stabil und klar waren. Dies hat sich inzwischen sowohl bei den Leistungserbringern wie bei den Versicherern geändert.

Die FMH ist zwar weiterhin die Standesorganisation der gesamten Ärzteschaft. Gerade die Erarbeitung des Tarmed hat aber zu grossen internen Spannungen geführt. Die invasiv tätige Ärzteschaft hat im Jahr 1998, nicht zuletzt wegen Meinungsverschiedenheiten im Bereich des Tarmed, eine eigene Gesellschaft (FMS) gegründet,¹³ diese hat sich im Jahr 2004 mit der Union chirurgischer Fachgesellschaften zur FMCH zusammengeschlossen. Die FMCH befasst sich insbesondere mit Tariffragen.¹⁴ Die in der FMCH zusammengeschlossenen Fachgesellschaften sind aber weiterhin Mitglieder der FMH. Bei den Krankenversicherern gibt es inzwischen mit *santésuisse* und *curafutura* zwei Verbände, die gerade auch bei der Überarbeitung der Tarifstruktur des Tarmed unterschiedliche Haltungen eingenommen haben.

Genehmigt der Bundesrat eine von den Tarifpartnern vereinbarte Tarifstruktur, ist diese im vereinbarten Anwendungsbereich für sämtliche Versicherer und Leistungserbringer verbindlich. Es stellt sich deshalb die Frage, wie der Begriff der Repräsentativität der Vertragspartner eines künftigen Tarifstrukturvertrages zu interpretieren ist, wenn als Tarifpartner Verbände auftreten, die nicht sämtliche Leistungserbringer oder Versicherer vertreten oder wenn Verbände, die nicht als Tarifpartner auftreten,

¹⁰ Vgl. auch Ziff. 2.1.4 zur Frage der Repräsentativität, wenn nicht alle Verbände Tarifpartner sind.

¹¹ Vgl. dazu bei Ziff.3.3

¹² Expertenkommission KV, Art. 31 Abs. 2 des Entwurfs.

¹³ EFK Evaluation Tarmed S. 11 ff.

¹⁴ Schweizerische Ärztezeitung 2004;85 Nr. 41 2185 f.

den Tarifstrukturvertrag im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ausdrücklich ganz oder in Teilen ablehnen.

In seiner Stellungnahme zur Interpellation Weibel Thomas (15.3182) erwähnt der Bundesrat, unter welchen Voraussetzungen für ihn eine gemeinsam vereinbarte Tarifstruktur vorliegt. Diese muss von allen massgeblichen Tarifpartnern, welche sowohl bei den Leistungserbringern wie bei den Versicherern eine Mehrheit vertreten, vereinbart sein. Mit Blick auf die Komplexität des Gesundheitswesens dürften diese Voraussetzungen nicht immer genügen. Aus diesem Grund ist aber auch davon abzuraten, die Kriterien für die Repräsentativität der Vertragspartner in der Gesetzgebung verbindlich festzulegen. Die Frage, ob die Vertragspartner sowohl für die Versicherer (und die Versicherten) wie für die Leistungserbringer repräsentativ sind, ist nicht nur eine solche der Arithmetik. Sie muss letztlich anhand des konkreten Falls entschieden werden. Aus diesem Grund soll im Folgenden auf einige aus heutiger Sicht denkbare Fälle näher eingegangen werden.

Nicht alle Verbände sind Tarifpartner

Nicht alle Verbände der Versicherer oder der Leistungserbringer, welche nach bisheriger Praxis in der ganzen Schweiz oder auf kantonaler Ebene Tarifverträge abschliessen, sind am Tarifstrukturvertrag beteiligt.

Das wäre bei den heutigen Verbandsstrukturen der Fall, wenn auf der Seite der Versicherer nur einer der beiden existierenden Verbände dem Tarifstrukturvertrag zugestimmt hat oder wenn auf der Seite der Leistungserbringer nur die FMH oder nur H+ einem Vertrag zugestimmt hat, der für alle ambulanten ärztlichen Behandlungen anwendbar sein soll. Nach den in der Stellungnahme zur Interpellation Weibel Thomas (15.3182) erwähnten Kriterien würde es demnach genügen, wenn die FMH dem Vertrag zugestimmt hat nicht aber H+, weil es deutlich mehr Ärzte als Spitäler gibt. Einen Vertrag, dem die Spitäler nicht zugestimmt haben, als repräsentativ und damit als genehmigungsfähig zu bezeichnen, ist m.E. keine realistische Option. Weniger klar sind die Ausgangslage bei den Versicherern. Aber auch dort würden aber m.E. erhebliche Zweifel an der Repräsentativität bestehen, wenn nur santésuisse mit rund 60% der Versicherten einem Vertrag zustimmt. Bei dieser Ausgangslage dient es der Sache mehr, wenn in einem Festlegungsverfahren den Gründen für eine Ablehnung des Vertrages nachgegangen wird.

Eine Minderheit der Verbandsmitglieder hat den Vertrag abgelehnt

Alle massgebenden Verbände sind Tarifpartner aber innerhalb der Verbände hat eine Minderheit der Verbandsmitglieder den Tarifstrukturvertrag abgelehnt und hält an ihrer Ablehnung in der Öffentlichkeit und gegenüber dem Bundesrat als Genehmigungsbehörde fest.

Ist die Zustimmung zum Tarifstrukturvertrag innerhalb eines Verbandes statuten gemäss zustande gekommen, ist dieser Beschluss auch für die unterlegene Minderheit verbindlich. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn eine Minderheit von Fachgesellschaften, die Mitglieder der FMH sind, den Vertrag abgelehnt hat. Voraussetzung ist, dass die FMH nach ihren Statuten legitimiert ist, für alle Fachgesellschaften Tarifverträge zu verhandeln und zu unterzeichnen.

Zweifel an der Repräsentativität der Verbände

Nicht alle Versicherer oder Leistungserbringer, für welche die einheitliche Tarifstruktur anwendbar sein soll, sind Mitglieder der am Tarifstrukturvertrag beteiligten Verbände.

Steht diesen Versicherern oder Leistungserbringern die Mitgliedschaft in einem der Verbände offen und haben nur einzelne Versicherer oder Leistungserbringer auf eine Mitgliedschaft verzichtet, ist die Repräsentativität der Verbände grundsätzlich gegeben. Hat eine grössere Zahl von Versicherern oder Leistungserbringern auf eine Verbandsmitgliedschaft verzichtet, ist unter Umständen die Repräsentativität nicht gegeben. Zweifel an der Repräsentativität können bestehen, wenn Versicherer beziehungsweise Leistungserbringer ohne eine Verbandsmitgliedschaft in einzelnen Kantonen oder Sprachregionen besonders stark vertreten sind, weil das KVG ausdrücklich auf nationaler Ebene abgeschlossene Vereinbarungen verlangt. Gleiches gilt, wenn sich die fehlende Verbandsmitgliedschaft bei Leistungserbringern auf bestimmte Fachrichtungen konzentrieren würde.

2.2 Die Festlegung der einheitlichen Tarifstruktur durch den Bundesrat (Art. 43 Abs. 5, 2. Satz KVG)

2.2.1 Voraussetzungen für die Festlegung der Tarifstruktur

Nach Art. 43 Abs. 5 legt der Bundesrat die Tarifstruktur dann fest, wenn sich die Tarifpartner nicht auf eine solche einigen können. Daraus folgt, dass vor einem Entscheid des Bundesrates Tarifverhandlungen stattgefunden haben, die aber zu keinem Vertrag geführt haben. Die Tarifpartner haben eine Pflicht zu Tarifverhandlungen und der Bundesrat kann, wie die Kantonsregierungen in den Fällen von Art. 47 Abs. 1 KVG, erst eingreifen, wenn die Tarifverhandlungen gescheitert sind.¹⁵ Die Tarifpartner haben grundsätzlich selber festzustellen, ob die Tarifverhandlungen gescheitert sind. Zumindest müssen sie aber Gelegenheit gehabt haben, Vereinbarungen zu treffen. Das Eingreifen des Bundesrates bildet gegenüber dem Vertragsprinzip die Ausnahme.¹⁶ Ein solches Vorgehen ist auch deshalb angezeigt, weil die Festlegung der Tarifstruktur für die Einzelleistungsvergütung, welche in sämtlichen Bereichen der ambulanten ärztlichen Behandlung zur Anwendung gelangen soll, sehr komplexe Fragen aufwirft. Dies ist auch bei einer Festlegung der Tarifstruktur durch den Bundesrat der Fall.

Bei der Genehmigung der einheitlichen Tarifstruktur nach Inkrafttreten des KVG ist der Bundesrat so vorgegangen. Nach Ablauf der von ihm gesetzten Frist für die Anpassung aller Tarifverträge an das neue Recht (vgl. Ziff. 2.1.1), hat zunächst die Vorsteherin des EDI im Jahr 1998 die Tarifpartner darauf hingewiesen, dass der Bundesrat die Tarifstruktur selber festlegen werde, wenn sich die Tarifpartner nicht darauf einigen können. Im Februar 1999 hat sodann der Bundesrat den Tarifpartnern formell angedroht, die Tarifstruktur selber festzulegen, wenn sie bis Mitte 1999 ihren gesetzlichen Verpflichtungen nicht nachkommen. Die Tarifpartner haben erst Ende Juni 2000 den verlangten Vertrag zur Genehmigung unterbreitet. Er ist vom Bundesrat mit Auflagen zur kostenneutralen Einführung genehmigt worden und schliesslich am 1.1. 2004 in Kraft getreten.¹⁷

2.2.2 Vorgehen bei der Festlegung der Tarifstruktur

Auch bei einer Festlegung der Tarifstruktur durch den Bundesrat sind die für die Festlegung der Tarife geltenden Grundsätze des KVG zu beachten. Die Tarifstruktur muss also betriebswirtschaftliche bemessen und sachgerecht sein (Art. 43 Abs. 4

¹⁵ BVGE 2014/18 E. 5.5.3

¹⁶ Eugster Krankenversicherung N. 1150

¹⁷ Vgl. EFK Evaluation Tarmed, S. 11 ff.

KVG). Sie muss geeignet sein, eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten zu erreichen (Art. 43 Abs. 6 KVG) und sie muss mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und der Billigkeit in Einklang stehen (Art. 46 Abs. 4 KVG).

Die Festlegung der Tarifstruktur durch den Bundesrat erfolgt in Form einer Verordnung.¹⁸ Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art 5 VwVG ist also formell nicht anwendbar (Art. 1 Abs. 1 VwVG). Der Bundesrat hat aber die für die Festlegung der Tarifstruktur massgebenden Sachverhalte trotzdem unter Beteiligung der Tarifpartner zu ermitteln. Er hat sich also zunächst zu erkundigen, welche Vorarbeiten zur Festlegung einer Tarifstruktur geleistet worden sind; aus welchen Gründen der Abschluss des Vertrages gescheitert ist und welche Bereiche allenfalls nicht umstritten waren. Ein solcher Einbezug der von einer Verordnung betroffenen Adressaten ist auch bei der Vorbereitung anderer Verordnungen, die ein spezifisches Fachwissen erfordern, üblich. Liegt die Tarifstruktur vor, ist eine Vernehmlassung zum Verordnungsentwurf durchzuführen.¹⁹

2.3 Die Verfahren zur Genehmigung und zur Festlegung der Tarifstruktur

2.3.1 Genehmigung der Tarifstruktur

Wird der Tarifstrukturvertrag vom Bundesrat genehmigt, ist die Tarifstruktur im dafür vorgesehenen Anwendungsbereich, also beispielsweise im Bereich der ambulanten ärztlichen Versorgung, in allen Tarifverträgen mit Einzelleistungsvergütung verbindlich (vgl. oben Ziff. 2.1.2). Der Bundesrat muss also weder im Genehmigungsentscheid noch in einem anderen Entscheid ausdrücklich festhalten, dass die Tarifstruktur auch für Leistungserbringer und Versicherer gelte, die an der Vereinbarung der Tarifstruktur nicht beteiligt sind. Ist ein Tarifstrukturvertrag aber nur von einem Teil der Tarifpartner getroffen worden, muss der Bundesrat prüfen, ob die am Vertrag beteiligten Parteien sowohl auf der Seite der Leistungserbringer wie auf der Seite für den vereinbarten Anwendungsbereich der Tarifstruktur repräsentativ sind (vgl. oben Ziff. 2.1.4). Ist die Repräsentativität gegeben, ist der Vertrag genehmigungsfähig.

Kommt der Bundesrat zum Schluss, dass die Vertragspartner das Erfordernis der Repräsentativität nicht erfüllen, stellt sich die Frage, ob dieser Mangel unter Mitwirkung des Bundesrates noch behoben werden könnte. In der Stellungnahme des Bundesrates zum Postulat 15.3182 wird dazu erwähnt, dass der Bundesrat den Tarifpartnern eine angemessene Frist einräumen kann, sich in der notwendigen Zusammensetzung auf eine revidierte Tarifstruktur zu einigen. Eine Genehmigung ist aber nur möglich, wenn die für die Repräsentativität fehlenden Tarifpartner dem abgeschlossenen Tarifstrukturvertrag doch noch beitreten oder wenn eine neue Fassung des Vertrags ausgehandelt wird, dem die für die Repräsentativität nötigen Tarifpartner zustimmen.

Der Versuch, doch noch den Abschluss einer Vereinbarung zu erreichen, die schliesslich genehmigt werden kann, dürfte auch für den Bundesrat attraktiver sein als selber eine Tarifstruktur festzulegen. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens kann der Bundesrat aber keine Entscheide treffen, welche den fehlenden Konsens der für eine Genehmigung erforderlichen Tarifpartner ersetzen würde. Nicht ausgeschlossen wäre aber m.E., dass der Bundesrat ein Mediationsverfahren unter Ein-

¹⁸ Eugster Krankenversicherung N. 1001 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

¹⁹ Vernehmlassungsgesetz (SR 172.061) Art. 3 Abs. 1 lit. d. oder lit. e

bezug einer aussenstehenden neutralen Person anregt und unterstützt. Kommt aber schliesslich kein Tarifstrukturvertrag zustande, der das Erfordernis der landesweiten Repräsentativität der Vertragspartner erfüllt, oder steht eine gültig vereinbarte Tarifstruktur nicht in Einklang mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit (Art. 46 Abs.4 KVG) kann der Bundesrat den Vertrag nicht genehmigen.

2.3.2 Folgen einer Verweigerung der Genehmigung

Kann der Bundesrat unmittelbar nach der Verweigerung der Genehmigung eines Tarifstrukturvertrages von seiner Kompetenz zur Festlegung der Tarifstruktur Gebrauch machen? Bei einer Verweigerung der Genehmigung von Tarifverträgen durch die Kantonsregierungen ist ein solches Vorgehen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zulässig. Das Gericht begründet dies damit, dass das KVG vom Vertragsprimat ausgehe. Es sei daher auch in der Genehmigungspraxis darauf zu achten, dass die Bereitschaft zum Abschluss von Verträgen erhalten bleibe. Zudem hätten die zuständigen Behörden bei der Genehmigung einerseits und bei der Festsetzung andererseits unterschiedliche Aufgaben.²⁰ Der Bundesrat ist bei der Festsetzung der Tarifstruktur zwar nicht unmittelbar an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gebunden. Gegen seinen Entscheid steht keine Beschwerde an ein Gericht offen. Die Argumente des Gerichts sind aber auch bei einer Festlegung der Tarifstruktur relevant, insbesondere der Hinweis auf den Vertragsprimat. Auch für den Bundesrat ist es ein erklärtes Anliegen, den Abschluss eines Tarifstrukturvertrags zu fördern und eine eigene Festlegung der Tarifstruktur möglichst zu vermeiden.²¹ Zudem ist auch in den Verfahren klar zu unterscheiden zwischen der Genehmigung eines Tarifstrukturvertrages, welche in der Form einer Verfügung erfolgt, und der Festlegung der Tarifstruktur, welche in der Form einer Verordnung erfolgt.

Mit der Verweigerung der Genehmigung eines Tarifstrukturvertrages ist dieses Verfahren abgeschlossen. Der Bundesrat hat mit einem neuen Beschluss zu entscheiden, ob und wann die Voraussetzungen zur Festlegung der Tarifstruktur erfüllt sind (vgl. vorne Ziff. 2.2). In seiner Stellungnahme zur Interpellation Weibel Thomas (15.3182) geht der Bundesrat davon aus, dass er nach einer Verweigerung der Genehmigung selber eine Tarifstruktur festlegen werde, wenn sich die Parteien innert angemessener Frist nicht auf eine Anpassung einigen können.²²

Für den Bundesrat stellen sich bei der Genehmigung von Tarif- und Tarifstrukturverträgen die gleichen Rechtsfragen wie für die Kantonsregierungen bei der Genehmigung von Tarifverträgen. Im Interesse einer kohärenten Praxis wäre es deshalb sinnvoll, wenn der Bundesrat die Zuständigkeit zur Genehmigung dieser Verträge an das EDI oder das BAG delegiert, damit auch gegen diese Entscheide eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offensteht.

²⁰ BVGer C-2283/2013 E. 24

²¹ Stellungnahme zur Ip. 15.3182 Weibel Thomas, Ziff. 8

²² Stellungnahme zur Ip. 15.3182 Weibel Thomas, Ziff. 8

2.4 Anpassungen der Tarifstruktur durch den Bundesrat (Art. 43 Abs. 5^{bis} KVG)

Art. 43. Abs. 5^{bis} KVG ist gestützt auf eine parlamentarische Initiative durch BG vom 23.12.2011 in das KVG eingefügt worden.²³ Auslöser für die Initiative war der Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle vom November 2010 zur Evaluation und Zielerreichung beim Tarmed. Darin wurde unter anderem festgestellt, das Ziel der Tarifpflege sei nicht erreicht worden. Es fehle eine grundlegende Tarifpflege. Neue Behandlungen würden nicht in den Tarmed aufgenommen und Tarifpositionen, bei welchen der technische Fortschritt sich stark weiterentwickelt habe, würden nicht neu beurteilt. Die EFK hat daher dem BAG vorgeschlagen, im Rahmen der nächsten KVG-Revision, das KVG so zu ergänzen, dass der Bundesrat bei fehlender Einigung der Tarifpartner eine vorläufige Tarifierung festsetzt.²⁴ In den Erläuterungen zu Art. 43 Abs. 5^{bis} hält die SGK des Nationalrats fest, der Bundesrat verfüge damit über ein subsidiäres Mittel, um wesentliche Tarifstrukturen anzupassen, die eingehende Verhandlungen erfordert haben, über die aber zwischen den Tarifpartnern keine Vereinbarung erzielt werden konnte.²⁵ Der Gesetzgeber wollte damit vor allem die Tarifpartner veranlassen, sich zu einigen, damit die Tarifstrukturen sachgerecht bleiben.²⁶

Die Voraussetzungen, unter welchen der Bundesrat gestützt auf Art. 43 Abs. 5^{bis} KVG Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen kann, lassen sich wie folgt umschreiben:

2.4.1 Gegenstand der Anpassung an die Tarifstruktur

Die Bestimmung von Absatz 5^{bis} kommt in Gegensatz zum vorangehenden Absatz 5 zur Anwendung, wenn bereits eine vom Bundesrat genehmigte oder verordnete Tarifstruktur vorliegt und lediglich Anpassungen an das bestehende Tarifwerk in Frage stehen.

Der Anstoss zu Anpassungen an das bestehende Tarifwerk sollte nach dem Grundsatz des Vertragsprinzips²⁷ in erster Linie von den Tarifpartnern ausgehen. Der Anstoss kann aber auch vom Bundesrat ausgehen, wenn nach seiner Auffassung bestimmte Bereiche der Tarifstruktur nicht mehr sachgerecht sind. Der Bundesrat muss aber den Tarifpartnern in diesem Fall Gelegenheit zu Tarifverhandlungen geben, weil er die Tarifstruktur nur dann selber anpassen kann, wenn sich die Tarifpartner nicht auf eine Revision einigen konnten. Kommt der Bundesrat anlässlich der Genehmigung eines Vertrages zur Anpassung der Tarifstruktur zum Schluss, dass auch weitere Tarifpositionen angepasst werden müssten oder die Tarifstruktur als Ganzes neu verhandelt werden müsste, kann er einerseits den Vertrag genehmigen und die Tarifpartner gleichzeitig zu weiteren Vertragsverhandlungen auffordern. Im Genehmigungsverfahren selber kann er aber nicht von sich Anpassungen beschliessen, die nicht Gegenstand des Vertrages sind.

²³ 11.429 Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats zur Parlamentarischen Initiative Tarmed vom 1.9.2011 BBl 2011 7385 ff. (11.429 Bericht SGK-NR)

²⁴ 11.429 Bericht SGK-NR BBl 2011 7387

²⁵ 11.429 Bericht SGK-NR BBl 2011 7388 Ziff. 3

²⁶ 11.429 Bericht SGK-NR BBl 2011 7388 Ziff. 4.1.1

²⁷ Vgl. vorne Ziff. 2.2.1

2.4.2 Nicht mehr sachgerechte Tarifstruktur

Nach Absatz 5^{bis} sind Anpassungen an die Tarifstruktur vorzunehmen, „wenn sie sich als nicht mehr als sachgerecht erweist“. Damit wird auf die generellen Anforderungen von Tarifen in Art. 43 Abs. 4 KVG verwiesen.

Die Tarifstruktur bei der Einzelleistungsvergütung besteht aus der Tarifposition, also der Umschreibung einer einzelnen Leistung und der Zuweisung bestimmter Taxpunkte an diese Tarifposition. Die Taxpunktzahl stellt den abstrakten Wert der Leistung dar; multipliziert mit dem Taxpunktwert ergibt sich der konkrete Wert der Leistung.²⁸ Sachgerecht muss also zunächst die Umschreibung der einzelnen Leistung sein. Sie muss die Kostenrealität der in der Tarifposition umschriebenen Leistung medizinisch richtig und vollständig abbilden. Die einzelnen Tarifpositionen müssen sich konfliktfrei in das Tarifwerk als Ganzes einfügen und dieses darf nicht lückenhaft sein. Die Tarifpositionen müssen betriebswirtschaftlich einwandfrei bemessen sein. Sachgerechtigkeit bedeutet auch, dass bestimmte Gruppen von Leistungserbringern nicht ohne sachlichen Grund privilegiert oder diskriminiert werden dürfen.²⁹ Sachgerechtigkeit ist nicht nur eine Frage reiner Sachlogik, sondern sie beruht auch auf Wertungen. Diese sind einerseits durch das Gesetz vorgegeben. Dazu zählt insbesondere der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Sie können auch auf dem Konsens der Tarifpartner beruhen. Dazu zählt beispielsweise die Absicht, die intellektuellen Leistungen stärker zu gewichten und im Gegenzug den Ertrag bei den technischen Leistungen zu vermindern. Die Tarifgestaltung muss letztlich auch dem Grundsatz der Billigkeit entsprechen.³⁰

Die bestehende Tarifstruktur ist insbesondere dann nicht mehr sachgerecht, wenn eine Tarifposition aufgrund von faktischen Änderungen in der medizinischen Behandlung, beispielsweise wegen technischer Fortschritte nicht mehr der medizinischen Realität entspricht und deshalb die ursprünglichen Berechnungsgrundlagen nicht mehr aktuell sind. Der Mangel kann aber auch darin bestehen, dass aufgrund der Entwicklungen in der Medizin neue Behandlungen zur Verfügung stehen, die in der Tarifstruktur nicht abgebildet sind. Möglich ist auch, dass bestimmte Tarifpositionen von Anfang an nicht sachgerecht waren, dies aber erst bei der konkreten Anwendung des Tarifs deutlich wird, dass also beispielsweise bestimmte Tarifpositionen nicht eindeutig umschrieben sind oder sie sich nicht widerspruchsfrei in das Tarifwerk einfügen lassen.

Bundesrat und Verwaltung können von sich aus Untersuchungen zur Frage durchführen oder durchführen lassen, ob die Tarifstruktur noch sachgerecht ist. Solche Untersuchungen müssen sich nicht nur darauf beschränken, ob die einzelnen Tarifpositionen nach den aktuellen Verhältnissen medizinisch richtig umschrieben und betriebswirtschaftlich korrekt berechnet sind. Sie können sich auch damit befassen, ob die konkreten Ergebnisse der Tarifierstellung mit den ursprünglichen Absichten der Tarifpartner und insbesondere auch dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und der Billigkeit in Einklang stehen (Art. 46 Abs. 4 KVG). Ergeben sich daraus Hinweise, dass die Tarifstruktur nicht mehr sachgerecht ist, verlangt der Grundsatz des Vertragsprimats aber, dass den Tarifpartnern Gelegenheit gegeben wird, auf dem Verhandlungsweg die festgestellten Mängel zu beheben.

²⁸ Eugster Krankenversicherung N. 970

²⁹ Eugster Krankenversicherung N. 991 f.

³⁰ Eugster Krankenversicherung N. 993

2.4.3 Fehlende Einigung der Tarifpartner

Die Voraussetzungen für die Feststellung, dass sich die Tarifpartner nicht auf eine Revision der Tarifstruktur einigen konnten, sind grundsätzlich die Gleichen wie bezüglich der fehlenden Vereinbarung nach Absatz 5. Auch hier gilt der Grundsatz, dass zunächst Verhandlungen über eine Anpassung der Tarifstruktur stattfinden müssen und die Tarifpartner grundsätzlich selber das Scheitern der Verhandlungen feststellen müssen. Ohne eine solche Feststellung der Tarifpartner wird der Bundesrat auch hier seine Kompetenz zur Anpassung der Tarifstruktur mit Zurückhaltung wahrnehmen (vgl. Ziff. 2.2.1). Nimmt er seine Kompetenz zur Anpassung der Tarifstruktur schliesslich wahr, hat er grundsätzlich gleich vorzugehen, wie beim Erlass der Tarifstruktur nach Absatz 5. Er hat auch hier die massgebenden Sachverhalte unter Beteiligung der Tarifpartner zu ermitteln (vgl. Ziff. 2.2.2).

Wird mit einer Vereinbarung über die Anpassung der Tarifstruktur ein bestehender Tarifstrukturvertrag geändert, muss dies zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien vereinbart werden. Existieren diese nicht mehr, gelten deren Rechtsnachfolger als Vertragspartei. Die Frage der Repräsentativität der Vertragspartner muss in diesen Fällen grundsätzlich nicht mehr erneut geprüft werden. Sie kann sich aber dann erneut stellen, wenn Verbände, die ursprünglich die Tarifstruktur vereinbart haben, zwar noch existieren, sie aber Mitglieder verloren haben. Das ist beispielsweise bei santésuisse mit der Gründung von curafutura der Fall. Die gleiche Frage könnte sich auch stellen, wenn die FMH nicht mehr sämtliche Fachverbände der Ärzteschaft umfassen würde oder ihr eine bedeutende Minderheit der Ärzteschaft nicht mehr angehören würde. Stellt sich in diesem Sinne die Frage der Repräsentativität der Vertragsparteien, kann auf die unter Ziffer 2.1.4 gemachten Überlegungen verwiesen werden.

2.5 Gesetzesänderung zur Schaffung einer Organisation zur Erarbeitung der einheitlichen Tarifstruktur?

Im ursprünglichen Entwurf des Bundesrates zur Revision der Spitalfinanzierung vom 15.9.2004 war in Art. 49 Abs. 1 wie in geltenden Formulierung von Art. 43 Abs. 5 KVG vorgesehen, dass die Tarifpartner die gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen für die leistungsbezogenen Pauschalen vereinbaren und der Bundesrat diese festlegt, wenn sich die Tarifpartner nicht einigen können.³¹ Der Entwurf des Bundesrates ist im Ständerat (Erstrat) grundlegend überarbeitet worden. Dabei ist auch die geltende Fassung von Art. 49 Abs. 2 KVG in das Gesetz aufgenommen worden. Die Änderung dürfte auch auf die bis dahin gemachten (schlechten) Erfahrungen bei der Anwendung von Art. 43 Abs. 5 KVG zurückzuführen sein.

Die Schaffung einer permanent bestehenden Organisation für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege der Tarifstruktur der Einzelleistungsvergütung würde sicher dazu führen, dass die einmal festgelegte Tarifstruktur nicht als ein Werk angesehen wird, welches für eine lange Zeit keiner Änderungen und Anpassungen an die Entwicklung der Medizin und der Versorgungsstrukturen bedarf. Die permanente Tarifpflege wäre also besser als heute gewährleistet.

Mit der Schaffung einer solchen Organisation könnte das Problem der Repräsentativität der Tarifpartner, welche an der Erarbeitung der Tarifstruktur beteiligt sind, in dem Sinne gelöst werden, dass bereits bei der Errichtung der Organisation auf eine repräsentative Trägerschaft geachtet wird. Ändern sich nach der Errichtung einer

³¹ Botschaft betreffend die Änderung des BG über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung) vom 15.9.2004 BBl 2004 5551 5596

solchen Organisation die Verhältnisse bezüglich der Repräsentativität der Tarifpartner, wie dies beispielsweise bei den Versicherern mit der Gründung von curafutura der Fall ist, liegt die Zuständigkeit für Anpassungen an die neuen Verhältnisse bei der Organisation beziehungsweise bei den Trägern der Organisation. Diese sind an einer repräsentativen Vertretung der Tarifpartner in den Organen der Organisation interessiert, wenn die Tarifstrukturen nicht von der Organisation, sondern von den Tarifpartnern in Form eines Vertrages dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet werden müssen. Die Vertragspartner müssen auch hier sowohl für die Versicherer wie für die Leistungserbringer repräsentativ sein (vgl. Ziff. 2.1.4).

Die Errichtung einer speziellen Organisation hat vor allem den Vorteil, dass die konkreten Tarifstrukturen in einem ersten Schritt von Fachleuten erarbeitet werden, die sich nicht entweder als Vertreter der Leistungserbringer oder der Versicherer verstehen. Zudem ist eine permanente Weiterentwicklung in kleinen und damit überblickbaren Schritten einfacher zu bewältigen als eine grosse Revision nach einem jahrelangen Reformstau. In diesem Sinn ist eine entsprechende Gesetzesänderung anzustreben.

2.6 Behebung einer Blockade der Tarifpartner durch die Gesetzesänderung

Die Frage, ob mit der Errichtung einer Organisation analog zur stationären Behandlung die heutige Blockade zwischen den Tarifpartnern schon behoben wäre, ist berechtigt, wenn die Tarifstruktur weiterhin von den Tarifpartnern in Form einer Vereinbarung zur Genehmigung zu unterbreiten ist. Die heute bestehenden Interessengegensätze, die auch solche innerhalb der Leistungserbringer sind, würden damit nämlich nicht verschwinden. Sie sind zum Teil so gross, dass tatsächlich die Weiterleitung der von der Organisation erarbeiteten Vorschläge zur Genehmigung an den Bundesrat scheitern könnte. Was müsste also getan werden, um diese Interessengegensätze aufzuheben oder wenigstens zu vermindern?

Aus meiner Sicht sind diese grossen Interessengegensätze und die daraus folgenden Blockaden auf tieferliegende Probleme, nämlich auf den heute sehr weit gefassten Anwendungsbereich des Tarmed und die heutige Praxis beim Abschluss von Tarifverträgen zurückzuführen.

3 Grundlegende Probleme des Tarmed

3.1 Grenzen der einheitlichen Tarifstruktur

Zunächst stellt sich die Frage, ob das heutige Konzept einer einheitlichen Tarifstruktur für die Einzelleistungsvergütung aller ambulant erbrachten ärztlichen Leistungen nicht zu ambitiös ist. Ist es überhaupt möglich, die gesetzliche Vorgabe einer betriebswirtschaftlichen Bemessung von der Kinderärztin bis zum Radiologen und von der ärztlichen Einzelpraxis über die Walk-In-Praxis bis zum Spitalambulatorium und zu Spezialkliniken in einer einheitlichen Tarifstruktur sachgerecht abzubilden? Gerade aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind die Unterschiede zwischen den Versorgungsformen der ambulanten ärztlichen Behandlung grösser als jene zwischen den Spitälern. Zudem gibt es für die stationäre Behandlung in der Praxis - das Gesetz schreibt dies nicht ausdrücklich vor - unterschiedliche Tarifstrukturen für die akute somatische Behandlung, für die Psychiatrie und für die Rehabilitation. Man ist also bei der stationären Behandlung nicht gleich ambitiös vorgegangen wie bei der Tarifstruktur der Einzelleistungsvergütung bei ambulanten ärztlichen Behandlungen.

3.2 Verschärfung der Probleme durch einheitliche Taxpunktwerte

Bei den techniklastigen und invasiven Bereichen bestehen in der Tarifstruktur Über-tarifierungen.³² Dieses Problem wird durch die Praxis beim Abschluss von Tarifver-trägen noch verschärft. Es bestehen praktisch ausschliesslich Verbandsverträge auf kantonaler Ebene, welche für Grundversorger und Spezialisten in gleicher Weise gelten. Das entspricht überhaupt nicht der Absicht des Gesetzgebers. Das KVG schreibt nicht vor, dass nur Verbandsverträge abgeschlossen werden dürfen. Das Gesetz will diese vielmehr zurückdrängen (vgl. Art. 46 Abs. 1 – Abs. 3 KVG).

Die Tarifstruktur des Tarmed verbunden mit einem einheitlichen Taxpunktwert auf kantonaler Ebene hat dazu geführt, dass seit der Einführung des Tarmed die Kosten pro Konsultation bei den Spezialisten deutlich stärker angestiegen sind (+33%) als bei den Grundversorgern (+20%)³³. Zudem gibt es grosse Unterschiede bei den ärztlichen Einkommen, gerade auch zwischen Grundversorgern und Spezialisten.³⁴ Die Folge davon sind Überversorgung in den einen und Unterversorgung in den anderen Bereichen. Die Einkommensunterschiede haben zum Teil ein Ausmass, das kaum mehr mit dem Gebot der Billigkeit in Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG).³⁵

Die unterschiedliche Kosten- und Einkommensentwicklung zwischen Grundversor-gern und Spezialisten liesse sich mit unterschiedlichen Taxpunktwerten verringern. Nach Lehre und Rechtsprechung sind verschiedene Taxpunktwerte für einzelne Leistungserbringerbereiche in einem Kanton grundsätzlich erlaubt. Nicht erlaubt sind indessen nach der Rechtsprechung unterschiedliche Taxpunktwerte für einzel-ne Fachbereiche, weil Bewertungsunterschiede zwischen einzelnen Leistungen in der Tarifstruktur und nicht über den Taxpunktwert zu regeln sind.³⁶ Folgt daraus, dass das Gesetz zwar keine Einheitsverträge, auch keine Einheitsverträge auf kan-tonaler Ebene verlangt, dass aber unterschiedliche Verträge schliesslich nicht zu unterschiedlichen Taxpunktwerten nach Fachbereichen führen dürfen? Zunächst fällt auf, dass die Rechtsprechung Fälle einer Tariffestsetzung durch die Kantonsre-gierung nach Art. 47 KVG betrifft. Auf die Frage, wieweit die Vertragsautonomie unterschiedliche Taxpunktwerte erlaubt sind, musste in diesen Urteilen nicht einge-gangen werden. Mit dieser Frage hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Zu-sammenhang mit einer Beschwerde gegen die Verweigerung der Genehmigung eines Tarifvertrages für stationäre Behandlungen befasst. Es hat dabei zunächst festgehalten, die Genehmigungsbehörde könne sich bei der Genehmigung eines Tarifvertrages nicht einfach an dem von ihr (in einem anderen Fall) festgelegten Tarif orientieren. Sie könne ihr Ermessen nicht an die Stelle eines sachgerecht aus-geübten Ermessens der Vertragspartner stellen. Solange die unter pflichtgemässem Ermessen und pflichtgemässer Sachverhaltsermittlung und -würdigung vereinbarten Tarife mit den Geboten der Gesetzmässigkeit sowie der Wirtschaftlichkeit und Billig-keit in Einklang stehen, seien diese zu genehmigen.³⁷ Die Tarifpartner können also

³² Erläuterungen des BAG vom März 2017 zur Änderung der Verordnung über die Festlegung und Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung S. 8 (Erläuterungen des BAG März 2017)

³³ Erläuterungen des BAG März 2017 S.8

³⁴ Die neuesten mir bekannten publizierten Ergebnisse stammen aus dem Jahr 2010, vgl. Schweizeri-sche Ärztezeitung 2011 S. 1361 ff. (SÄZ 2011)

³⁵ In der orthopädischen Chirurgie weisen 25% der der Ärzte ein Einkommen von über 488'000 CHF aus, in der Radiologie legt diese Zahl bei 512'000 CHF und in den weiteren chirurgischen Hauptgebieten sind es 628'800 CHF, SÄZ 2011 S. 1364

³⁶ Eugster Krankenversicherung N 1070 unter Hinweis auf BVGer C-4308/2007 E.5.3.1; C-2380/2012 E .5.1.1

³⁷ BVGer C-2283/2013 E. 24.3.3

grundsätzlich Taxpunktwerte vereinbaren, die von anderen Tarifverträgen oder behördlich festgelegten Tarifen abweichen, auch wenn dies faktisch zu unterschiedlichen Taxpunktwerten nach ärztlichen Fachbereichen führt. Wenn die heutige Praxis von einheitlichen Taxpunktwerten tatsächlich zu Einkommensunterschieden nach Fachbereichen führt, die dem Gebot der Billigkeit nicht mehr in Einklang stehen, sind unterschiedliche Taxpunktwerte nicht nur erlaubt, sondern im Grunde genommen geboten.

3.3 Einheitliche Tarifstruktur für die gesamte ärztliche Behandlung?

Mit der Verordnung des Bundesrates vom 18. Oktober 2017 sind Anpassungen an die Tarifstruktur vorgenommen worden, um in bestimmten Bereichen übertarifizierte Leistungen zu korrigieren und um Anreize zu einer unsachgemässen Abrechnung gewisser Tarifpositionen zu korrigieren.³⁸ Sollte sich herausstellen, dass diese Anpassungen nicht zu den gewünschten Resultaten führen, stellt sich die Frage, ob eine einheitliche Tarifstruktur mit dem heute geltenden Anwendungsbereich überhaupt sachgerecht sein kann. Ist es überhaupt möglich, eine einheitliche Tarifstruktur zu erreichen, die einerseits betriebswirtschaftlich bemessen ist und die andererseits allen Leistungserbringern mit ihren unterschiedlichen Angeboten und Betriebsformen gerecht wird?

Ein Lösungsansatz könnte auch in mehreren einheitlichen Tarifstrukturen mit unterschiedlichen Anwendungsbereichen bestehen. Diese müssten aber klar voneinander abgrenzbar sein, wie dies heute bei der stationären Behandlung mit der Unterscheidung zwischen akut-somatischer Behandlung, Rehabilitation und Psychiatrie der Fall ist. Dort ist die Abgrenzung wahrscheinlich leichter umzusetzen, weil mit der Spitalliste auch Leistungsaufträge definiert sind, auf welche sich die Tarifpartner abstützen können. Aber auch in der ambulanten ärztlichen Behandlung haben die einzelnen Leistungserbringer oft klar unterscheidbare Leistungsprofile, welche ja auch in den Statistiken über die Einkommen der Ärzte nach Fachgebieten verwendet werden.³⁹

Es stellt sich aber auch die Frage, ob die Einzelleistungsvergütung überhaupt für alle Versorgungs- und alle Behandlungsformen der sachgerechte Tarif ist. So dürfte in der Psychiatrie ein Zeittarif wahrscheinlich sachgerechter sein und bei invasiven Behandlungen sollten eher Behandlungspauschalen angewendet werden. Hier kann die Abgrenzung zur Anwendung des Tarmed auch faktisch erfolgen, indem mit bestimmten spezialisierten Leistungserbringern keine Einzelleistungsvergütung, sondern Pauschalen oder ein Zeittarif vereinbart werden.

3.4 Evaluation der Auswirkungen des Tarmed

Schliesslich sollte aber Gewicht nicht nur auf die Erarbeitung einer sachgerechtem Tarifstruktur auf der Basis von betriebswirtschaftlichen Daten und Erhebungen zu Minutagen gelegt werden. Sondern es sollten auch die Auswirkungen des Tarmed und der heutigen Praxis von einheitlichen Taxpunktwerten auf die Einkommen der Ärzteschaft und auf die ärztliche Versorgung (Überversorgung/Unterversorgung) intensiver und regelmässiger untersucht werden. Stellt man dabei fest, dass das erklärte Ziel des KVG, nämlich mit den Tarifverträgen eine qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten zu erreichen (Art. 43 Abs. 6 KVG), verpasst wird, sollte man den Ursachen dieser Entwicklung auf den Grund gehen.

³⁸ Faktenblatt des BAG zur Verordnung vom 18.10.2017

³⁹ Vgl. oben Ziff. 3.2 und Anmerkung 35

Nach meiner Beurteilung klammern sich heute alle Beteiligten zu stark an den Tarmed und an Verbesserungen dessen Tarifstruktur. Die Gestaltungsmöglichkeiten, welche das KVG bei der Vergütung der ambulanten Behandlungen gibt, werden zu wenig genutzt. Dies ist in erster Linie eine Aufgabe der Tarifpartner. Der Tarmed ist allerdings heute so dominant, dass es auch für diese schwierig ist, sich vom Tarmed zu lösen. Aus diesem Grund wird der Bundesrat wahrscheinlich um weitere Anpassungen des Tarmed nicht herumkommen, wenn sich die Tarifpartner darauf nicht einigen können. Gleichzeitig sollte aber durch entsprechende Evaluationen untersucht werden, inwieweit und wo mit dem Tarmed die Probleme nicht gelöst werden können und in welchen Bereichen der Tarmed die Lösung von Problemen behindert.

20. Dezember 2017 / Dr. M. Moser