

Prof. Dr.iur. Regula Kägi-Diener

Titularprofessorin für öffentliches Recht, Universität St. Gallen

Kurzgutachten

betreffend Revision der Bundesverfassung im Bereich der Krankenversicherung:
Einfügung eines neuen Art. 117a BV

erstattet zuhanden der

Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH), Bern

16.10.2007

Marktgasse 14
9004 St. Gallen

Tel. 071 223 81 21; Fax 071 223 81 28
kaegi-diener.rechtsanwaeltin@bluewin.ch

Inhaltsverzeichnis

Ausgangslage	2
Fragestellung	4
Beurteilung	4
A. Grundsätzliches	4
B. Zu Art. 117a lit. b: Wahl der zugelassenen Leistungserbringer	5
C. Zu Art. 117a lit. c: Qualitäts- und Preiswettbewerb bei Leistungserbringern	8
Zusammenfassung	10
Abkürzungen	11
Endnoten	11

Ausgangslage

1. Im Jahre 2004 reichte die Schweizerische Volkspartei (SVP) die Volksinitiative „für tiefere Krankenkassenprämien in der Grundversicherung“ ein. Sie schlägt eine Ergänzung der Bundesverfassung mit einem Art. 117a vor.

Der Bundesrat empfahl dem Parlament, die Initiative ohne Gegenvorschlag abzulehnen (Botschaft vom 22.06.2005, BBl 2005 4315). Eine (knappe) Mehrheit der ständerätlichen Kommission schloss sich dieser Empfehlung an, während eine Minderheit sich für einen Gegenvorschlag aussprach. Am 25. September 2006 beschloss der Ständerat einen Gegenvorschlag mit folgendem Wortlaut (soweit hier von Interesse):

„Art. 117a

1 Der Bund erlässt Vorschriften über die Krankenversicherung. Die Krankenversicherung umfasst die Krankenpflegeversicherung, die Leistungen bei Krankheit, Unfall und Mutterschaft vorsieht und auch Leistungen bei Pflegebedürftigkeit festlegen kann. Sie kann eine Taggeldversicherung umfassen.

2 Er beachtet dabei folgende Grundsätze:

- a. Der Bund kann die Krankenversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären. Bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung können die versicherungspflichtigen Personen unter den zugelassenen Krankenversicherern frei wählen.
- b. Die Leistungen der Krankenpflege müssen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Sie können in Listen gefasst werden.
- c. Die Durchführung der Krankenversicherung richtet sich nach den Kriterien der Effizienz, der Effektivität und der Transparenz. Die Eigenverantwortlichkeit der Versicherten wird gefördert.

...“

Der Nationalrat beriet darüber am 18. September 2007 und verabschiedete folgende Fassung (soweit hier von Interesse):

„Art. 117a

¹ Der Bund erlässt Vorschriften über die Krankenversicherung. Die Krankenversicherung umfasst die Krankenpflegeversicherung, die Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft vorsieht und die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit und Unfall festlegen kann. Sie kann eine Taggeldversicherung umfassen.

^{1bis} Bund und Kantone sorgen gemeinsam im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine Gesundheitsversorgung von hoher medizinischer Qualität und Wirtschaftlichkeit. Sie koordinieren ihre Anstrengungen und stellen ihre Zusammenarbeit durch gemeinsame Organe und andere Vorkehrungen sicher.¹

² Sie beachten dabei folgende Grundsätze:

- a. Der Bund kann die Krankenversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären. Bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung können die versicherungspflichtigen Personen frei wählen unter den Leistungserbringern, die zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung zugelassen sind, sowie unter den zugelassenen Krankenversicherern.
- b. Der Bund legt die Leistungen der Krankenpflegeversicherung fest und stellt die Grundsätze auf für eine wirksame, zweckmässige und wirtschaftliche Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen.
- c. Die Durchführung der Krankenversicherung richtet sich nach den Kriterien der Effizienz, der Effektivität und der Transparenz. Der Qualitäts- und Preiswettbewerb bei Leistungserbringern und Versicherern ist gewährleistet. Die Eigenverantwortlichkeit der Versicherten wird gefördert.

...“

2. Zeitgleich liegt eine Revisionsvorlage zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG; Entwurf des Bundesrates: BBI 2004 4323) vor, mit welchem das Verhältnis zwischen Versicherern und Leistungserbringern neu geregelt werden soll (sog. Modell mit Vertragsfreiheit). Auf diesen Entwurf,

der vom Parlament noch nicht verabschiedet ist, wird weiter unten, soweit notwendig, eingegangen.

3. Am 26. September 2007 lud die Präsidentin der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) des Ständerates zur Vernehmlassung für die Differenzbereinigung ein. In ihrer Einladung verweist sie darauf, dass die Änderungen des Nationalrates die „Vertragsfreiheit zwischen Leistungserbringern und Finanzierern“ sowie „ein monistisches Finanzierungssystem“ betreffen.

Fragestellung

Die FMH beschäftigt, soweit die Gutachterin konsultiert ist, zwei Aspekte des neuen Vorschlags von Art. 117a Abs. 2:

- Einerseits geht es um den vom Nationalrat eingefügten Zusatz, dass die versicherungspflichtigen Personen (bzw. die Versicherten) frei wählen können „unter den Leistungserbringern, **die zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung zugelassen sind**“ (lit. a).
- Andererseits geht es um die Auswirkungen der Klausel in lit. c, dass ein „(Qualitäts- und) **Preiswettbewerb** bei Leistungserbringen (...) gewährleistet“ sein soll.

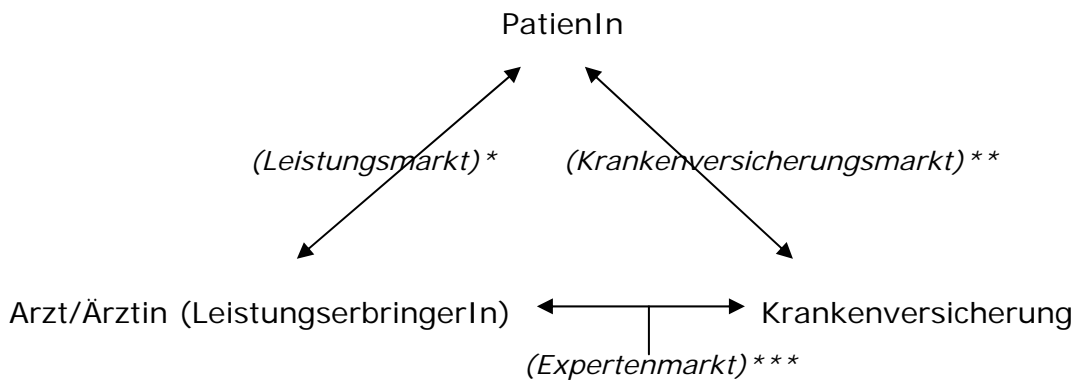
Beurteilung

A. Grundsätzliches

1. Das Gesundheitswesen ist stark reguliert und soll, so die politische Tendenz, einem vermehrten Wettbewerb, d.h. Marktmechanismus, unterworfen werden. Gleichzeitig ist zu beachten, dass die Krankenversicherung nach wie vor einer der tragenden Pfeiler des „Sozialstaates Schweiz“ ist. Die soziale Absicherung im Krankheitsfall hat deshalb, will man dieses gewachsene System nicht aufgeben, einen hohen Stellenwert. Mit anderen Worten, die Marktmechanismen sollen die soziale Sicherheit, wo sinnvoll, unterstützen, die staatliche Regulierung hat aber dort einzugreifen, wo der

freie Markt die soziale Absicherung im Krankenfall nicht ausreichend garantieren kann (sog. regulierter Wettbewerb). Diese Grundbedingungen sind zu beachten.

2. Der „Markt“ lässt sich im Gesundheitswesen dreifach auffächern²:



* Behandlungsvertrag ** Versicherungsvertrag (auch nach KVG)

*** Kostenvergütung/Tarife/Zusammenarbeit

3. Die vorliegend zu diskutierende Verfassungsrevision lässt sich nicht völlig abtrennen von der gleichzeitig laufenden Revision des KVG („Vertragsfreiheit“), auch wenn die Vorlagen formell nicht verbunden sind.

B. Zu Art. 117a lit. a BV: Wahl der zugelassenen Leistungserbringer

1. Art. 117a lit. a in der vom Ständerat beschlossenen Fassung sah (allein) die Wahlfreiheit unter den zugelassenen Krankenversicherern vor. Der Nationalrat ergänzte diese mit der Garantie der freien Wahl unter den zugelassenen Ärzten. Die Bestimmung scheint deshalb – auf den ersten Blick – den Versicherten eine grössere Wahlfreiheit einzuräumen. Es erscheint indessen fraglich, ob dies den Kern der Änderung wiedergibt. Entscheidend ist, was wie man sich die „Zulassung“ der Leistungserbringer vorstellt und wie sie erfolgt. Unter diesem Gesichtswinkel ist nicht unerheblich, dass die SGK in diesem Bestimmungsteil offenbar einen Schritt zu sog. Vertragsfrei-

heit zwischen Leistungserbringern und Versicherern sieht (siehe vorstehend „Ausgangslage“ Ziff. 3, S. 4).

Berücksichtigt man den Entwurf des KVG (Vertragsfreiheit)³ wird ersichtlich, dass in der Tat die Terminologie des Art. 117a lit. a („zugelassen“) mit derjenigen des Art. 35 Abs. 1 lit. b und Art. 35a Entw KVG übereinstimmt, wird doch dort der sog. „Zulassungsvertrag“ geregelt. In der parlamentarischen Beratung zu nArt. 117a lit. a BV wurde denn auch der Zusammenhang zwischen Verfassungsrevision und KVG-Revision hergestellt (s. AB N vom 18.09.2007, Votum Triponez, a.E.; Votum Humbel Näf verweist ebenfalls auf die sog. Vertragsfreiheit), der Begriff der Zulassung wurde aber nicht besonders diskutiert.

2. Zur Ausübung eines Berufes des Gesundheitswesens bedarf es – wie für andere Berufe, die für öffentliche Güter (Sicherheit, Gesundheit u.ä.hnl.)⁴ von Bedeutung sind - nach geltender Auffassung einer Bewilligung oder Zulassung. Es handelt sich regelmässig um einen verwaltungsrechtlichen Akt, mit welchem vor allem sichergestellt wird, dass die nötigen Qualitätsanforderungen eingehalten sind. Mit solchen Zulassungssystemen können auch politische Anliegen verbunden werden, etwa wenn ein Numerus clausus eingeführt wird (z.B. früher das Alkoholpatent für Wirtschaften). Diese Zulassung ist, wie gesagt, eine verwaltungsrechtliche Verfügung, bei welcher die verfügende Behörde an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gebunden ist, namentlich an das Legalitätsprinzip, die öffentlichen Interessen, an Treu und Glauben, ans Verhältnismässigkeitsprinzip, an Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot sowie an die Grundrechte. Bei Differenzen untersteht der Entscheid über die Zulassung dem verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz. Dies ist schon deshalb angezeigt, weil die Rechtsstellung, namentlich die Wirtschaftsfreiheit, der betroffenen Leistungserbringer tangiert sein kann. Es geht hier um ein Rechtsverhältnis, das im Rechtsstaat keinen Marktbedingungen folgen kann, sondern rechtsstaatlicher Ausgestaltung und Garantien bedarf.
3. Gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. b Entw KVG soll die Zulassung zu Leistungen in der sozialen Krankenversicherung offenbar durch einen „Zulassungsver-

trag“ erreicht werden, welcher „mit einem oder mehreren Versicherern abgeschlossen“ wird (siehe Art. 35a Entw KVG). Die Versicherer sind in der Wahl der Leistungserbringer, mit welchen sie den Vertrag abschliessen wollen, frei, d.h. sie können diese nach Gutdünken, oder in der öffentlich-rechtlichen Terminologie, willkürlich auswählen. Da die ärztlichen Leistungen v.a. im ambulanten Bereich praktisch ausschliesslich über die Grundversicherung abgewickelt werden, hätten es die Versicherungen so in der Hand, Ärzte praktisch von der Berufstätigkeit auszuschliessen, ohne rechtsstaatlichen Grundsätzen und Kontrollen zu unterstehen.⁵

4. Die Verknüpfung der Zulassung von Leistungserbringern mit einem von den Versicherern (im Rahmen des kantonalen Kontingentes⁶) beliebig abschliessbaren Zulassungsvertrag bedeutet übrigens für die Patientinnen und Patienten eine (faktische) Einschränkung der *freien Arztwahl*.
5. Es sei hier dahingestellt, wie der geltende sog. Kontrahierungszwang in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (v.a. für die Versicherer) sinnvollerweise abgelöst werden kann. Jedenfalls erscheint es rechtsstaatlich bedenklich, die *Zulassung* den Versicherern zu überlassen. Weniger bedenklich wäre es, wenn der in Art. 35 und 35a Entw KVG angesprochene Vertrag als *Zusammenarbeitsvertrag* verstanden würde,⁷ die Zulassung indessen von der staatlichen Stelle ergeht, welche den öffentlich-rechtlichen Garantien (siehe oben Ziff. 2) untersteht. Versicherer und Leistungserbringer sind nach dem KVG *Private*, die sich im „Expertenmarkt“ (siehe oben Graphik S. 5) gegenüber stehen. Wenn privatrechtliche Abmachungen unter ihnen spielen sollen, so ist auf ein Gleichgewicht unter ihnen zu achten. Hoheitliche oder quasi-hoheitliche Befugnisse einer dieser beiden „marktplayer“ stören.
6. **Zusammenfassend** lässt sich sagen, dass die neuste Fassung von Art. 117a Abs. 2 lit. a BV unbefriedigend ist. Die nationalrätliche Fassung präjudiziert (vor dem Hintergrund des Entw KVG [Vertragsfreiheit]) das Gesetzgebungsverfahren allzu sehr und beschneidet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers unnötigerweise.

C. Zu Art. 117a lit. c: Qualitäts- und Preiswettbewerb bei Leistungserbringern

1. Art. 117a lit. c enthält neu auch einen Passus, der den „Qualitäts- und Preiswettbewerb bei Leistungserbringern“ gewährleisten soll.
2. Die **Qualität** der Leistungserbringer untersteht zunächst dem Wettbewerb im Rahmen der *Garantie der freien Arztwahl*: Indem Patientinnen und Patienten diejenigen Ärzte frei auswählen können, die ihren Bedürfnissen am besten entsprechen, werden Qualitäten wie kurze Wartelisten, kompetente Beratung, Patientenbetreuung, vertrauenswürdige Behandlung, adäquate Abklärung, Zusammenarbeit mit Haus- bzw. Spezialarzt und dergleichen patientengerecht sichergestellt. Zusätzlich werden fachliche Qualitäten der Ärzte über die Ausbildung und die Weiterbildungsanforderungen garantiert. Art. 58 KVG, der eine *Regulierung* der Qualität von Leistungserbringern vorsieht, passt zu einem Wettbewerb, wie Art. 117a lit. c ihn neu vorschreiben soll, nicht mehr und wäre nach Auffassung der Gutachterin konsequenterweise zu streichen.
3. Zum **Preiswettbewerb**: Das KVG verpflichtet die Leistungserbringer auf **Tarife** (und Preise), Art. 43 KVG, wobei diese in Tarifverträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern vereinbart werden oder von der zuständigen Behörde festgesetzt sind. Das KVG sieht dabei einen *Tarifschutz* vor.
4. Tarife sind (in der Regel behördlich festgelegte oder behördlich genehmigte) rigide Preise oder Preisgrundlagen. Sie dienen dazu, die Preisbildung für bestimmte Leistungen den Regeln der Marktwirtschaft, d.h. der freien Preisvereinbarung und dem Preiswettbewerb, zu entziehen, um
 - a. diese Leistungen für sozial Schwache zugänglich zu machen, denen der Marktmechanismus eine Leistung sonst versagen würde, oder
 - b. bei obligatorischen Leistungen die durch das Obligatorium verursachte, regulatorische Störung des Marktgleichgewichts zu kompensieren.

Das Tarifsystem dient damit der Sicherstellung von Verteilungsgerechtigkeit und Rechtsgleichheit, Anliegen, die der freie Wettbewerb nicht kennt.

Das im Rahmen des KVG eingeführte Tarifsystem für ärztliche Leistungen basiert (hauptsächlich) auf einheitlichen Tarifstrukturen (Definition der Leistung und Wertrelation der Leistungen untereinander) und (regional unterschiedlichen) Taxpunktwerten, welche auch einen gewissen Ausgleich der unterschiedlich nachgefragten Leistungen innerhalb der Ärzteschaft bewirken.

Gesamthaft gesehen lässt sich sagen, dass das Tarifwesen des KVG – ungeachtet ob man es im Einzelnen befürwortet oder nicht – einen komplexen Auftrag hat. Dies zeigt sich an den mannigfaltigen Bestimmungen, beginnend bei den Kriterien für (gültige) Tarife (Art. 43 KVG), weiter am Tarifschutz (Art. 44 KVG), an der behördlichen Tarifgenehmigung (Art. 46 Abs. 4 KVG), der Festlegung eines Rahmentarifs (Art. 48 Abs. 1 KVG), bei vertragslosem Zustand der behördlichen Festsetzung eines Ersatztarifs (Art. 47 KVG) oder eines Rahmentarifs (Art. 48 KVG) sowie der Festlegung von Tarifen nach Art. 52 Abs. 2 und 3 KVG für Analysen, Arzneimittel udgl.

5. Dieses ganze ausgeklügelte System ist völlig unverträglich mit einem (freien) Preiswettbewerb. Mit anderen Worten, die vom Nationalrat beschlossene Bestimmung, dass der (Qualitäts- und) Preiswettbewerb unter den Leistungserbringern (d.h. im Leistungsmarkt) gewährleistet sein soll (Art. 117a lit. c), würde, wenn sie so Gültigkeit erlangen würde, das *gesamte Tarifsystem des geltenden KVG* mit seinem sozialen Anliegen (Verteilungsgerechtigkeit) und seiner Ausgleichsfunktion (zur Gewährleistung relativ unrentabler ärztlichen Leistungen) *aus den Angeln heben*. Die Bestimmung würde sich überdies auch nicht mit der Möglichkeit des Art. 45 KVG vertragen, die medizinische Behandlung von Versicherten zu erzwingen. Denn mit der entsprechenden behördlichen Anordnung wird klarerweise in den Wettbewerb eingegriffen.

6. **Zusammenfassend** lässt sich feststellen, dass die Statuierung des Preiswettbewerbs im Leistungsmarkt das heutige System der festen Tarife völlig umkrempeln würde.

Zusammenfassung

1. Der vom Nationalrat beschlossene Text zeitigt erhebliche Probleme.
2. Insbesondere erscheint wenig verständlich, wie der Preiswettbewerb im Leistungsmarkt hergestellt werden kann, ohne dass das geltende Tarifsystem, dem die Sicherstellung des sozialen Auftrages in verschiedener Hinsicht zuzuordnen ist, aufgehoben wird.
3. Die im Zusammenhang mit dem pendenten Änderungsvorschlag des Bundesrates zum KVG zu lesende Art der *Zulassung* von Leistungserbringern ist ausserordentlich problematisch. Dies gilt vor allem im Hinblick auf rechtsstaatliche Anforderungen einer Zulassung und mit Rücksicht auf die Notwendigkeit eines grundsätzlichen Gleichgewichtes zwischen Leistungserbringern und Versicherern, welches erst vertragliche Beziehungen im Expertenmarkt zu gewährleisten vermag.

St. Gallen, den 16.10.2007

Regula Kägi-Diener

Abkürzungen

Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
Entw KVG	Entwurf (des Bundesrates) zu einer Änderung des KVG (betreffend die Einführung der sog. Vertragsfreiheit), BBl 2004 4323
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung, SR 832.10
Lit.	Litera, Buchstabe (in Gesetzesartikel)
nArt.	Neuer Artikel
SGK	Kommission für Sicherheit und Gesundheit (des Ständerates)
SR	Systematische Rechtssammlung (des Bundes)
udgl.	Und dergleichen
v.a.	vor allem

Endnoten

¹ Markierung der Änderungen gegenüber der ständerätlichen Fassung

² Siehe dazu Armin Bossart, Die Aufhebung des Kontrahierungszwanges in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zwischen ambulant tätigem Arzt und Krankenversicherer, Diss. St. Gallen, 2007, S. 65.

³ BBl 2004, 4323; nachstehend bezeichnet als „Entw KVG“.

⁴ In der verwaltungsrechtlichen Terminologie sog. Polizeigüter.

⁵ Der bundesrätlichen Botschaft ist jedenfalls zu entnehmen, dass die Versicherer *in dieser Beziehung* nicht als Träger der öffentlichen Verwaltung betrachtet werden, sondern sich wie freie Wirtschaftssubjekte sollen verhalten können, siehe Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Vertragsfreiheit) vom 26. Mai 2004, BBl 2004 4310.

⁶ Siehe Art. 35a Abs. 2 Ent KVG.

⁷ In diesem Fall sollte die Terminologie auch entsprechend angepasst werden.