

# **BGer 9C\_517/2017 vom 8. November 2018**

Bundesgericht, 2018-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_517\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_517_2017)

FR: TF 9C\_517/2017 du 8 novembre 2018

IT: TF 9C\_517/2017 del 8 novembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Beschwerdeführer hat nach seinen Schlussbemerkungen einen (nicht unterzeichneten) Vertrag (Version vom 20. März 2018) betreffend die "Screening-Methode im Rahmen der Kontrolle der Wirtschaftlichkeit gemäss Art. 56 Abs. 6 KVG" zwischen der FMH, santésuisse und curafutura eingereicht. Dieses Dokument hat als echtes Novum ausser Acht zu bleiben ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 140 V 543 E. 3.2.2.2 S. 548). Der sich darauf stützende Eventualantrag Ziff. 3 (Anwendung der "Screening-Methode") hält sich zwar im Rahmen des Streitgegenstandes, stellt indessen eine sachverhätlich darauf gestützte neue rechtliche Begründung dar, welche demzufolge unzulässig ist (vgl. BGE 136 V 362 E. 4.1 S. 366). Abgesehen davon soll gemäss Ziff. 2 des Vertrags die neue Methode (erst) ab dem Statistikjahr 2017 angewendet werden (vgl. auch E. 5.2 hinten).

### **E. 2**

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann unter anderem wegen Verletzung von Bundesrecht erhoben werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zu Grunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3**

Streitgegenstand bildet die - auf Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG gestützte ( BGE 141 V 25 ) - Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Rückerstattung von Fr. 402'379.75 für das Jahr 2014 wegen Verletzung des Gebots der Wirtschaftlichkeit der Leistungen nach Art. 56 Abs. 1 KVG .

### **E. 4**

Das kantonale Schiedsgericht hat die Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Praxistätigkeit des Beschwerdeführers, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, mit Fähigkeitsausweis Interventionelle Schmerztherapie (SSIPM), für 2014 wie folgt vorgenommen: Die massgebenden Indizes legte es aufgrund der von den Versicherern und Leistungserbringern gestützt auf Art. 56 Abs. 6 KVG vertraglich vereinbarten ANOVA-Methode (vgl. dazu E. 5.3 hinten) mit der Vergleichsgruppe der ambulant praktizierenden Fachärzte für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates in der Schweiz fest. Die Indizes beruhten auf den Zahlen der Rechnungssteller-Statistik (RSS), welche auch Grundlage der statistischen Methode des Durchschnittskostenvergleichs (vgl. dazu BGE 137 V 43 E. 2.2 S. 45; 136 V 415 E. 6.2 S.

416 f.) bildet. Die vom Beschwerdeführer ausgeführten therapeutischen und diagnostischen Infiltrationen unter bildgebenden Verfahren als eine Form der Schmerztherapie berücksichtigte es als Praxisbesonderheit. Da die ANOVA-Indizes sowohl der totalen Kosten (303 Punkte) als auch der direkten Kosten (325 Punkte) über dem Toleranzwert von 130 Punkten lagen, bejahte es eine Rückerstattungspflicht im Grundsatz (unter Hinweis auf Urteil 9C\_535/2014 vom 15. Januar 2015 E. 5.4, nicht publ. in: BGE 141 V 25 , aber in: SVR 2015 KV Nr. 8 S. 29).

Bei der Ermittlung des Rückforderungsbetrages zog das Schiedsgericht von den totalen direkten Kosten gemäss RSS 2014 von Fr. 1'006'054.- (vgl. BGE 137 V 43 ) unter dem Titel unterdurchschnittliche veranlasste Medikamentenkosten (Fr. 9.13 pro Erkrankten, was einem Index von 54 Punkten gegenüber 100 Punkten der Vergleichsgruppe der Orthopädischen Chirurgen und Traumatologen des Bewegungsapparates im Kanton Bern entsprach) Fr. 5'661.25 (Fr. 9.13 x  $[(100-54)/100]$  x 741 [= Anzahl der 2014 behandelten Patienten]) ab. Der Praxisbesonderheit der interventionellen Schmerztherapie trug es durch einen Abzug von Fr. 329'759.80 Rechnung. Es stellte fest, dass die beim Durchschnittskostenvergleich angewendeten Indizes der totalen und der direkten Kosten (164 bzw. 170 Punkte) des Beschwerdeführers verglichen mit den Orthopäden in der Schweiz, welche über einen entsprechenden Fähigkeitsausweis verfügten, weniger weit weg vom Durchschnitt entfernt seien. Die betreffende Facharztgruppe habe 2014 Fr. 798.65 direkte Kosten pro Erkrankten verursacht, somit Fr. 445.02 mehr als die Vergleichsgruppe der Orthopädischen Chirurgen und Traumatologen des Bewegungsapparates im Kanton Bern, was zugunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen sei. Bei 741 behandelten Patienten 2014 ergäben sich Fr. 329'759.80, welche von den direkten Kosten in Abzug zu bringen seien. Daraus resultierte ein Rückforderungsbetrag von Fr. 402'379.75 ( $[(Fr. 1'006'054.- - Fr. 335'421.05)] \times [325 - 130]/325$ ).

## **E. 5**

Der Beschwerdeführer rügt, die Anwendung der ANOVA-Methode verletze Art. 56 Abs. 6 KVG . Da er damit nicht habe rechnen müssen und er sich nicht vorgängig zur "neuen (falschen) Praxis" habe äussern können, sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verletzt worden. Im Weiteren widerspreche die ANOVA-Methode der Rechtsprechung, wonach in der Vergleichsgruppe nur Ärzte in geografisch gleichem Tätigkeitsgebiet (und mit etwa gleichem Krankengut) zu berücksichtigen seien (u.a. unter Hinweis auf BGE 119 V 448 E. 4b S. 453). Zudem hätten die Beschwerdegegner bzw. das Schiedsgericht die genaue Berechnung bzw. Methodik sowie die hierfür verwendeten Daten nicht offengelegt, was eine Verletzung seines Gehörsanspruchs darstelle.

### **E. 5.1**

Nach dem mit Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 (AS 2012 4087) neu in Art. 56 KVG eingefügten, am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Abs. 6 legen Leistungserbringer und Versicherer vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit fest. Gemäss der dazu gehörigen Übergangsbestimmung legt der Bundesrat für die Leistungserbringer nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe a [Ärzte und Ärztinnen] die Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit nach Artikel 56 Absatz 6 fest, wenn Versicherer und Leistungserbringer sich nicht innert 12 Monaten nach Inkrafttreten der vorliegenden Änderung vertraglich auf eine Methode geeinigt haben.

In einem am 27. Dezember 2013/16. Januar 2014 abgeschlossenen Vertrag haben die Vereinigung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) auf der einen Seite, santésuisse (Die Schweizer Krankenversicherer) und curafutura (Die innovativen Krankenversicherer) auf der anderen Seite gestützt auf Art. 56 Abs. 6 KVG als statistische Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit die Varianzanalyse [ANOVA] festgelegt (Ziff. 1). Weiter hielten die Vertragsparteien fest, dass das heute verwendete Varianzanalysenmodell künftig von Leistungserbringern und Versicherern gemeinsam weiterentwickelt und unter anderem durch Morbiditätsvariablen ergänzt werden soll (Ziff. 2). Neben dem Auftrag des Gesetzgebers, die statistische Methode festzulegen, vereinbarten die Leistungserbringer und Versicherer, die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit durch paritätische Vertrauenskommissionen (PVK) zu vereinheitlichen und professionalisieren (Ziff. 4 erster Satz).

### **E. 5.2**

Im Urteil 9C\_264/2017 vom 18. Dezember 2017 ( BGE 144 V 79 ) hat das Bundesgericht erkannt, dass die Verständigung der Leistungserbringer und Versicherer (FMH sowie santésuisse und curafutura) auf das Varianzanalysenmodell (ANOVA-Methode) zur Bemessung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen von praktizierenden Ärztinnen und Ärzten im Hinblick auf die Rückerstattung der Honorare wegen nicht wirtschaftlicher ambulanter Tätigkeit nicht als gesetzwidrig bezeichnet werden kann. Daran ist trotz der im Schrifttum teilweise geäusserten Kritik an dieser statistischen Methode (vgl. die Hinweise im Urteil 9C\_267/2017 vom 1. März 2018 E. 6.2 am Ende; ferner Gebhard Eugster, KVG: Baustelle statistische Wirtschaftlichkeitsprüfung, Jusletter vom 27. August 2012 Rz. 13 f., 61 und 80 f.) festzuhalten. Offenbar haben sich die Vertragspartner auf eine Verfeinerung der Methode ab Statistikjahr 2017 einigen können (Schweizerische Ärztezeitung 2018/14 S. 1390 f.).

Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde stellt der Vertrag vom 27. Dezember 2013/16. Januar 2014 nicht eine unverbindliche Absichtserklärung der Verbände der Versicherer und der Leistungserbringer dar, wie die Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit künftig ausgearbeitet werden soll, um den Auftrag nach Art. 56 Abs. 6 KVG wahrzunehmen. Ziff. 1 legt vielmehr klar und unmissverständlich als statistische Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit die Varianzanalyse fest. Daran ändert der Umstand nichts, dass das Modell in der jetzigen Form verbesserungsbedürftig, insbesondere gemäss Ziff. 2 durch Morbiditätsvariablen zu ergänzen ist, deren Formulierung und transparenter Einbezug schwierig scheint (vgl. Gebhard Eugster, KVG: Baustelle statistische Wirtschaftlichkeitsprüfung, Jusletter 27. August 2012 Rz. 67 ff.; vgl. auch Kessler/D'Angelo/Trittin, Neue Wege bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung, SAeZ 2017 S. 209, wonach das Varianzanalysenmodell seit Herbst 2016 extern validiert wird). Von einer Verletzung des Gehörsanspruchs des Beschwerdeführers kann im Übrigen nicht gesprochen werden, nachdem er in der vorinstanzlichen Duplik die Anwendung der ANOVA-Methode bestritten hatte.

### **E. 5.3**

Das Varianzanalysenmodell beruht auf derselben Datenbasis wie die Rechnungssteller-Statistik (RSS). Vergleichsgruppe bilden die Ärzte und Ärztinnen einer Facharztgruppe (gemäss Einteilung der FMH) in der Schweiz. Im Unterschied zum Durchschnittskostenvergleich (vgl. dazu BGE 137 V 43 E. 2.2 S. 45; 136 V 415 E. 6.2 S.

416 f.) werden die Kosten der einzelnen Leistungserbringer in Bezug auf die statistisch signifikanten, d.h. nicht zufälligen Merkmale Alter und Geschlecht der Patienten sowie Kanton, in dem die ambulante ärztliche Tätigkeit ausgeübt wird, standardisiert. Damit werden die Kosten so ausgewiesen, als hätte der betreffende Arzt oder die betreffende Ärztin die gleiche Alters- und Geschlechterverteilung wie die Vergleichsgruppe als Ganzes und wie wenn alle Leistungserbringer im selben Kanton tätig wären (D'Angelo/Kraft/Amstutz, Neue statistische Methode für die Wirtschaftlichkeitsprüfung entbindet Ärzte teilweise von Beweislast, SAeZ 2005 S. 1849 f.). Die ANOVA-Methode ergibt Indizes betreffend die direkten Kosten (ohne Medikamente), die Medikamentenkosten (direkt und veranlasst) sowie die totalen Kosten (jeweils pro Erkrankten; BGE 137 V 43 E. 3.2 S. 50; zum Ganzen Gebhard Eugster, Überarztung aus juristischer Sicht, in: Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff [Thomas Gächter/Myriam Schwendener (Hrsg.)], 2009, Rz. 31 und 78 ff.; vgl. auch Hans-Rudolf Roth/Werner Stahel, Seminar für Statistik ETH Zürich, Die ANOVA-Methode zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit von Leistungserbringern nach Artikel 56 KVG, Gutachten zu Handen von santésuisse).

#### **E. 5.4**

Die ANOVA-Methode ist weder als mathematisches Modell noch in Bezug auf die (RSS-) Datenbasis in Frage zu stellen. Wie bisher hat indessen der ins Recht gefasste Arzt aus Gründen des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) Anspruch darauf, in die für die Wirtschaftlichkeitsprüfung massgebenden Unterlagen Einsicht zu nehmen ( BGE 136 V 415 E. 6.3.1 S. 417; Urteil 9C\_732/2010 vom 7. April 2011 E. 4.4, in: SVR 2011 KV Nr. 15 S. 57). Dazu gehört grundsätzlich alles, was notwendig ist, um das Zustandekommen der massgebenden Indizes nachvollziehen zu können. Da das Varianzanalysenmodell als akzeptiert zu gelten hat ( BGE 144 V 79 E. 5.3.2 S. 82), bedarf es jedoch, entgegen den Vorbringen in der Beschwerde, keiner Darlegung der "Methodik", wie Alter und Geschlecht der Patienten sowie kantonale Kostenunterschiede im ANOVA-Index berücksichtigt werden.

#### **E. 6.1**

Das Vorgehen des kantonalen Schiedsgerichts bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Behandlungsweise des Beschwerdeführers im Jahr 2014 (E. 4) ist nachvollziehbar. Eine Bundesrechtswidrigkeit ist nicht erkennbar. Zur bestrittenen Zulässigkeit eines Vergleichs mit der Gruppe der ambulant praktizierenden Fachärzte für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates in der Schweiz im Besonderen hat das Schiedsgericht erwogen, eine andere Gruppenbildung rechtfertige sich nicht schon deshalb, weil der Arzt eine besondere Therapie ausführe. Vielmehr müsse er ein besonderes Patientengut haben, welches aufgrund seiner gesundheitlichen Besonderheiten einen erhöhten Therapiebedarf aufweise (unter Hinweis auf Urteil 9C\_457/2009 vom 10. Dezember 2009 E. 8.3). Damit sei erstellt, dass sich hier die Vergleichsgruppe nach dem FMH-Titel des Beklagten zu richten habe; er sei denn auch auf dem entsprechenden Gebiet tätig. Die von ihm ausgeführte Form der Schmerztherapie (interventionell unter bildgebenden Verfahren) sei jedoch als Praxisbesonderheit zu berücksichtigen.

#### **E. 6.2**

Die vom Beschwerdeführer angeführten Umstände sind nicht geeignet, die Repräsentativität der Facharztgruppe "Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des

Bewegungsapparates" ganze Schweiz ernsthaft in Frage zu stellen. Namentlich wohnt der von ihm angewendeten Methode der interventionellen Schmerztherapie mit bildgebenden Verfahren von der Natur der Sache her das Potenzial inne, unwirtschaftlich zu sein, weil sie eine spezielle über den Standard hinausgehende Praxiseinrichtung (Bildwandler-Röntgengerät und ambulante OP-Praxis) erfordert, wie die Beschwerdegegner sinngemäss dagegenhalten. Nicht von Bedeutung ist sodann die Frage der richtigen Fakturierung der Leistungen und ob der Beschwerdeführer zur Abrechnung der Tarmed-Position 001.39.0400 Arthrografie Gelenke mangels des hierfür erforderlichen Facharzttitels "Medizinische Radiologie/Radiodiagnostik" berechtigt war. Damit ist der Rüge der Boden entzogen, Beweisanträge etwa zum Beleg, dass keine unzulässige Tarifpositionen verrechnet wurden, seien zu Unrecht nicht behandelt worden. Schliesslich ist der Umstand, dass die ANOVA-Indizes totale Kosten (303 Punkte) und direkte Kosten (325 Punkte; E. 4) massiv über dem Durchschnitt (100 Punkte) liegen, lediglich ein Indiz dafür, dass der Beschwerdeführer nicht mit der Facharztgruppe "Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates" vergleichbar sei (vgl. Urteil 9C\_28/2017 vom 15. Mai 2017 E. 4.3.1).

### **E. 6.3**

Die weiteren Rügen in der Beschwerde sind allesamt unbegründet. Zur behaupteten Mangelhaftigkeit der Statistik (RSS) hat sich das kantonale Schiedsgericht in E. 4.3.2 des angefochtenen Entscheids geäussert. Die Vorbringen in der Beschwerde geben zu keinen Weiterungen Anlass. Sodann ist der vom Schiedsgericht vorgenommene Vergleich mit den Orthopäden in der Schweiz, welche über den Fähigkeitsausweis Interventionelle Schmerztherapie (SSIPM) verfügen, zwar ein Durchschnittskostenvergleich. Er diene indessen lediglich der Quantifizierung der Praxisbesonderheit, änderte somit nichts daran, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung anhand der ANOVA-Methode erfolgte. Im Weiteren kann dem kantonalen Schiedsgericht im Zusammenhang mit der Frage nach kompensatorischen Einsparungen im Sinne unterdurchschnittlicher Überweisungen an Spezialärzte und Spitäler keine Verletzung der Untersuchungsmaxime nach Art. 89 Abs. 5 KVG vorgeworfen werden. Entgegen BGE 133 V 37 E. 5.3.6 S. 41 gibt es keine statistische Daten zu veranlassten Spitalbehandlungskosten ( BGE 144 V 79 E. 6.3 S. 84). Soweit schliesslich der Beschwerdeführer, eventualiter, die Rückforderungssumme nach der Formel 'Fr. 1'006'054.- x  $[(303 - 130) / 303] - \text{Fr. } 335'421.05'$  berechnet haben will, was Fr. 238'992.60 ergäbe, vermag er nicht darzutun, inwiefern die Berechnungsweise des kantonalen Schiedsgerichts (E. 4) bundesrechtswidrig sein soll. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass im Rahmen der vertraglichen Grundlage der Wirtschaftlichkeitsprüfung den kantonalen Schiedsgerichten bezüglich der rechnerischen Bestimmung des Rückforderungsbetrages ein gewisser Beurteilungs- und Ermessensspielraum offensteht. In diesen einzugreifen, besteht hier kein Anlass. Im Übrigen legt der Beschwerdeführer nicht substantiiert dar, weshalb der Index der totalen Kosten (303) und nicht derjenige der direkten Kosten (325) anzuwenden ist, welche Schritte der Wirtschaftlichkeitsprüfung weder durch Gesetz noch Vertrag normativ durchdeterminiert sind.

### **E. 7**

Nach dem Gesagten verletzt der angefochtene Entscheid kein Bundesrecht. Die Beschwerde ist unbegründet.

## **E. 8**

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und den Beschwerdegegnern eine Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ; Urteil 9C\_535/2014 vom 15. Januar 2015 E. 11, nicht publ. in: BGE 141 V 25 , aber in: SVR 2015 KV Nr. 8 S. 29).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.