

Tomas Poledna / Ralph Trümpler / Gregori Werder

Die Tarifvertragsautonomie am Beispiel der Patientenpauschale

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung soll nach dem System der Tarifvertragsautonomie funktionieren. Tarifverträge sind in wesentlichen Bereichen von den Versicherern und Leistungserbringern als Tarifpartnern zu vereinbaren. Die letzten Jahre haben gezeigt, dass die Tarifverhandlungspflicht Lücken und Mängel aufweist. Die Tarifvertragsautonomie wurde zusehends durch eine bundesrätliche Regulierung ergänzt und gar verdrängt. Dieser Beitrag greift diese Entwicklungen auf, blickt auf den Status quo und die aktuelle Revision des Krankenversicherungsgesetzes und stellt am Beispiel der ambulanten Patientenpauschalen die Frage nach dem erforderlichen Rettungsanker für das System.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Tomas Poledna / Ralph Trümpler / Gregori Werder, Die Tarifvertragsautonomie am Beispiel der Patientenpauschale, in: Jusletter 25. November 2019

Inhaltsübersicht

1. Schwindende Tarifvertragsautonomie im geltenden System
 - 1.1. Verstärkung der Stellung des Bundesrates
 - 1.2. Überblick über den gesetzgeberischen Status quo
2. Zukünftige Entwicklungen: Revisionsvorlage Paket 1
3. Vereinbarungen über ambulante Patientenpauschalen nach geltender Rechtslage
 - 3.1. Überblick
 - 3.2. Nebeneinander von Patientenpauschale und Einzelleistungsvertrag
 - 3.3. Zuständigkeit zur Genehmigung
4. Ambulante Patientenpauschalen und Tarifstrukturorganisation als Rettungsanker der Tarifvertragsautonomie und der Leistungserbringerkontrolle?

1. Schwindende Tarifvertragsautonomie im geltenden System

1.1. Verstärkung der Stellung des Bundesrates

[1] Das auf Beginn des Jahres 1996 in Kraft getretene Krankenversicherungsgesetz vom 18. März 1994 überliess die Gestaltung der Tarifverträge in einigen essentiellen Bereichen weitgehend den Tarifpartnern. So konnten diese zwischen verschiedenen Tarifarten wie Einzelleistungsabrechnung, Zeittarif oder Pauschalen wählen, wobei die im Gesetz genannten Arten nur beispielhafter Natur waren und die Parteien zu weiteren Modellen greifen konnten. Insbesondere mit der Möglichkeit zur Pauschaltarifierung wollte man den Tarifpartnern «genügend Spielraum» lassen und bot ihnen deshalb «eine ausserordentlich breite Auswahl von Gestaltungsmöglichkeiten»¹. Zwei grössere Einschränkungen wurden dennoch von Anbeginn vorgesehen: Zum einen mussten ambulante Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerischen, einheitlichen Tarifstruktur beruhen, die nach Art. 43 Abs. 5 aKVG von den Vertragsparteien zu vereinbaren war². Gestützt auf diese Regelung schlossen die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH), der Schweizer Krankenversicherer (santésuisse), der Spitäler der Schweiz (H+) sowie der in der Medizinaltarifkommission (MTK) der Suva vertretenen Eidgenössischen Sozialversicherern (Unfallversicherung UV, Militärversicherung MV, Invalidenversicherung IV) zwei TARMED-Rahmenverträge mit diversen Anhängen ab. Zum anderen konnte der Bundesrat – sollte es zu keiner tarifvertraglichen Einigung kommen – die Tarifstruktur ersatzweise festlegen (Art. 45 Abs. 5 Satz 2 KVG); diese Regelung besteht bis heute unverändert.

[2] Der Bundesrat genehmigte am 30. September 2002 die Version 1.1 als Einführungsversion, die sowohl in den Bereichen der Sozialversicherungen (UV, MV, IV) sowie in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zur Anwendung gelangt. Die bundesrätliche Genehmigung ging allerdings mit einer hoheitlichen allgemeinen Festsetzung der Tarifstruktur einher³ und erfolgte damit contra legem, da nach der damaligen Rechtslage der Bundesrat erst subsidiär zur Festsetzung berechtigt gewesen wäre, falls sich die Tarifpartner nicht auf eine gemeinsame Struktur hätten einigen können. Dem Gesetzesbruch erwuchs jedoch kein grosser Widerstand – das

¹ Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93 ff., 174.

² Vgl. zur Begründung BBl 1992 I 93 ff., 173.

³ Vgl. dazu und zum Wortlaut des betreffenden Beschlusses des Bundesrates vom 30. September 2002 sowie das Rechtsgutachten vom 16. Januar 2018 von BERNHARD RÜTSCHÉ betreffend Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5bis KVG), Rz. 68.

kann man rückblickend als ein Vorzeichen für die künftigen, die bundesrätlichen Kompetenzen ausbauenden Rechtsentwicklungen verstehen.

[3] Es zeigte sich mit der Zeit jedoch immer deutlicher, dass die Weiterentwicklung des TARMED durch das für Vertragsanpassungen massgebliche Einstimmigkeitsprinzip gebremst wurde. Als Folge einer Parlamentarischen Initiative⁴ wurde deshalb auf den 1. Januar 2013 Art. 45 KVG durch den Abs. 5bis ergänzt: «Der Bundesrat kann Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen, wenn sie sich als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen können.» Das Einstimmigkeitsprinzip wurde somit durch das Mehrheitsprinzip des Ordnungsverfahrens ersetzt. Damit schaffte man insofern Klarheit, als der Bundesrat das Recht zur gesetzgeberischen Intervention erhielt, falls sich eine bestehende Tarifstruktur als überholt erweisen sollte. Diesen Zustand sah der Bundesrat im Juni 2014 als gegeben an und setzte auf den 1. Oktober 2014 die Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung⁵ in Kraft⁶. Bemerkenswert ist, dass er sich hier noch allein auf Art. 45 Abs. 5bis KVG stützte, somit auf seine Anpassungskompetenz. Bei der zweiten, auf den 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Anpassungsrunde, ging der Bundesrat dann zweistufig vor: Zunächst passte er nach Art. 45 Abs. 5bis KVG die bestehenden TARMED-Tarifstrukturen an und legte sie dann nach Art. 45 Abs. 5 Satz 2 KVG als gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstrukturen fest⁷. Dieses Vorgehen lässt sich damit erklären, dass der zweite Tarifstruktureingriff wesentlich weiter ging als die erste Anpassung und somit eher als eine neue, denn eine angepasste Strukturregelung verstanden werden konnte. Doch selbst der erste Tarifeingriff im Jahre 2014 diente dazu, die sich hinziehende Pattsituation zwischen den Leistungserbringern und den Versicherern zu lösen, welche das sehr umstrittene Verhältnis von Grundversorgern und Spezialisten betraf. Im Resultat ist mit den beiden Tarifstruktureingriffen die vertragliche Regelung der Tarifstruktur durch eine bundesrätliche Verordnung abgelöst worden.

[4] Bereits einige Jahre zuvor wurde mit der Spitalfinanzierungsvorlage⁸ auf Beginn des Jahres 2012 die Festlegung der Tarifstruktur für stationäre Leistungen neu geregelt. Für stationäre Versorgung schrieb das Krankenversicherungsgesetz ab Beginn Pauschalen vor (Art. 49 Abs. 1 aKVG). Waren zu jenem Zeitpunkt noch Tages- und Abteilungspauschalen der Regelfall, so war mit der neuen Spitalfinanzierung der Wechsel zur Fallpauschale als Regelfall vorgegeben. Nach Art. 49 Abs. 1 KVG sind die Pauschalen leistungsbezogen ausgestaltet und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. Diese werden von der SwissDRG AG erarbeitet, einer von den Tarifpartnern gemeinsam mit den Kantonen eingesetzten Organisation, die zudem für deren Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege zuständig ist. Auch hier fehlt es aber nicht an einer bundesrätlichen Auffangkompetenz: Die von der SwissDRG AG erarbeiteten Strukturen sowie deren Anpassungen werden von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Können sich die in der SwissDRG AG vertretenen Tarifpartner nicht auf Anpassungen einigen, so legt der Bundesrat die Strukturen fest (Art. 49 Abs. 2 KVG). Eine Sonderregelung gilt dann für ambulante Leistungen, die in Spitälern und Geburtshäusern erbracht werden: Hier ge-

⁴ Parlamentarische Initiative Tarmed: subsidiäre Kompetenz des Bundesrates. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats, BBl 2011 7385.

⁵ SR 832.102.5.

⁶ AS 2014 1883.

⁷ Art. 2 der Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung.

⁸ Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) (Spitalfinanzierung), Änderung vom 21. Dezember 2007, AS 2008 2049; BBl 2004 5551.

nügt eine Vereinbarung unter den Tarifpartnern (Art. 49 Abs. 6 KVG), die freilich wiederum den Tarifstrukturregeln von Art. 45 KVG folgen muss.

1.2. Überblick über den gesetzgeberischen Status quo

[5] Das Tarifrecht des Krankenversicherungsgesetz wurde seit seinem Inkrafttreten auf den 1. Januar 1996 in zwei entscheidenden Richtungen verändert: Zum einen wurde die Wahl der Pauschaltarife im stationären Bereich auf leistungsbezogene Fallpauschalen eingengt und die Gestaltung der entsprechenden Tarifstruktur einer über die Tarifpartner hinausreichenden Interessensorganisation übertragen. Zum anderen wurden die Tarifpartner bei den ambulanten Tarifen insoweit verdrängt, als bei einem Versagen der (Weiter-)Entwicklung der Tarifstruktur auf dem Verhandlungsweg an dessen Stelle die hoheitliche Anordnung mittels einer bundesrätlichen Verordnung⁹ trat.

[6] Im Einzelnen präsentiert sich die aktuelle Rechtslage wie folgt:

- Art. 43 Abs. 2 KVG: Die Vertragsparteien können (vorbehältlich nachfolgender Abweichungen) zwischen verschiedenen Tarifarten wählen. Nicht abschliessend aufgeführt werden der Zeittarif, der Einzelleistungstarif und der Pauschaltarif. Der Pauschaltarif kann sodann – so die Regelung namentlich – als Patientenpauschale oder Versichertenpauschale (in Verbindung mit einem prospektiven Globalbudget) vereinbart werden. Die Versichertenpauschale muss aber nicht zwingend prospektiv ausgestaltet sein; es sind auch Versichertenpauschalen denkbar, die von einer unteren und oberen Grenze ausgehen und deren endgültige Höhe dann von Kriterien der laufenden Entwicklung abhängt¹⁰. Möglich wären auch neue Tarifmodelle, wie etwa die in letzter Zeit diskutierten Komplexpauschalen¹¹ bei integralen Vergütungssystemen. Von der 1991 in der Botschaft beschriebenen «breiten Auswahl an Gestaltungsmöglichkeiten» bei Pauschaltarifen ist auch fast 30 Jahre später noch immer auszugehen¹².
- Art. 43 Abs. 5 KVG: Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Können sich die Tarifpartner nicht einigen, so legt der Bundesrat diese Tarifstruktur fest.
- Art. 43 Abs. 5bis KVG: Der Bundesrat kann Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen, wenn sie sich als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen können.
- Art. 49 Abs. 1 KVG: Tarife im stationären Bereich sind in der Regel als leistungsorientierte Fallpauschalen zu vereinbaren und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstrukturen.

⁹ Dazu das Bundesverwaltungsgericht, Urteil C-4168/2014 vom 23. Oktober 2014, E. 2.7.

¹⁰ So schon in der Botschaft vorgeschlagen: BBl 1992 I 93 ff., 174.

¹¹ Dazu <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitspolitik/Forum-Medizinische-Grundversorgung.html> sowie Akademie der Wissenschaften Schweiz, Effizienz, Nutzung und Finanzierung des Gesundheitswesens, verfasst von JUDITH TRAGESER/ANNA VETTORI/ROLF ITEN/LUCA CRIVELLI, Basel 2012.

¹² So wird die betreffende Stelle der Botschaft (BBl 1992 I 93 ff., 174) auch aktuell noch vom Bundesrat selbst zitiert; vgl. den Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 11.4018 Darbellay Christophe vom 30. September 2011, «Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen» vom 14. September 2018, S. 6.

- Art. 49 Abs. 2 Sätze 1 und 2 KVG: Die Tarifpartner und die Kantone setzen für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege eine gemeinsame Organisation (SwissDRG AG) ein.
- Art. 49 Abs. 2 Satz 6 KVG: Können sich die Tarifpartner im stationären Bereich nicht auf eine Tarifstruktur einigen, legt der Bundesrat diese fest.
- Art. 47 Abs. 1 KVG: Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest.
- Art. 47 Abs. 3 KVG: Können sich Leistungserbringer und Versicherer nicht auf die Erneuerung eines Tarifvertrages einigen, so kann die Kantonsregierung den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern. Kommt innerhalb dieser Frist kein Vertrag zustande, so setzt sie nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest.
- Art. 48 KVG: Um bei Fehlen bzw. Wegfall von Tarifverträgen mit Ärzteverbänden einen tariflosen Zustand zu vermeiden, kann die zuständige Genehmigungsbehörde als Reservetarife sog. Rahmentarife festsetzen. Nach Art. 48 Abs. 3 KVG kann er jedoch bei Scheitern eines Tarifvertrags auf Antrag als Initialtarif festgelegt werden.

2. Zukünftige Entwicklungen: Revisionsvorlage Paket 1

[7] Am 28. März 2018 beschloss der Bundesrat ein im Bereich des Krankenversicherungsgesetzes angesiedeltes Kostendämpfungsprogramm; dieses beruht auf verschiedenen Empfehlungen einer Expertenkommission¹³. Ziel der Massnahmen ist es, das medizinisch nicht begründete Mengenwachstum und das Kostenwachstum in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu bremsen. Die Massnahmen sollen in zwei Paketen auf dem Gesetzgebungsweg umgesetzt werden. Das erste Paket wurde am 21. August 2019 verabschiedet und am 24. September 2019 im Bundesblatt veröffentlicht; es enthält nebst anderem eine angepasste Regelung der Tarifbildung im ambulanten Bereich¹⁴.

[8] Während nach geltender Rechtslage für ambulante *Einzelleistungs*abrechnungen eine gesamtschweizerische Tarifstruktur vorliegen muss, können Verträge über Pauschalentschädigungen unter den Tarifpartnern vereinbart werden, ohne an eine strukturelle Vorgabe gebunden zu sein (dazu nachfolgend näher). Die Vereinbarung über eine Pauschale kombiniert somit eine erst zu vereinbarende pauschalierte Entschädigungsstruktur mit der konkreten Höhe des Tarifs, wogegen ambulante Tarife die vorgegebene Struktur umsetzen. Allerdings ist in der Praxis die Grenzziehung fließend. Betrachtet man die bundesrätliche Tarifstruktur für physiotherapeutische Leistungen¹⁵, so macht diese mehr den Eindruck einer Pauschale denn einer Einzelleistungsabrechnung.

¹³ Massnahmen des Bundesrats gegen das Kostenwachstum im Gesundheitswesen, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-70253.html>.

¹⁴ KVG-Revision: Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/kvg-revision-massnahmen-zur-kostendaempfung-paket-1.html>; BBl 2019 6071 sowie 6177.

¹⁵ Als Anhang 3 der Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung vom 20. Juni 2014 zu finden, dies unter www.admin.ch Bundesrecht Vollständige Texte zu Verweispublikationen: AS 2017 6023 Anhang 3 (pdf).

[9] Mit der Vorlage will der Bundesrat Pauschaltarifvereinbarungen im ambulanten Bereich fördern¹⁶. Dabei sollen die Regeln zu den möglichen Tarifverträgen dahingehend ergänzt werden, dass nicht nur Einzelleistungstarife, sondern *neu auch auf ambulanten Behandlungen bezogene Patientenpauschaltarife* auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten Tarifstruktur zu beruhen haben (Art. 43 Abs. 5 erster Satz E-KVG). Ergänzend soll der Bundesrat die Möglichkeit erhalten, für bestimmte auf ambulante Behandlungen bezogene Patientenpauschaltarife Ausnahmen in Bezug auf das Erfordernis einer gesamtschweizerischen Einheitlichkeit der Tarifstruktur vorzusehen (Art. 43 Abs. 5ter E-KVG). Eine weitere Folge der Vorlage ist, dass auf diesem Weg dem Bundesrat die Möglichkeit gegeben würde, bei Fehlen einer ambulanten Pauschaltarifstruktur oder einer unterbliebenen Anpassung hoheitlich eine solche festzulegen (Art. 43 Abs. 5 zweiter Satz KVG) oder eine bestehende anzupassen (Art. 43 Abs. 5bis KVG). Nach heutiger Rechtslage ist die Vereinbarung einer Pauschaltarifstruktur ebenso wenig zwingend wie der Abschluss eines Patientenpauschaltarifvertrages überhaupt.

[10] Zudem soll – in Anlehnung an die Regelung im stationären Spitalbereich – sowohl für Einzelleistungstarife wie für Patientenpauschaltarife eine nationale Tariforganisation eingerichtet werden (Art. 47a E-KVG): Die Verbände der Leistungserbringer und diejenigen der Versicherer setzen eine Organisation ein, die für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege der Tarifstrukturen für ambulante ärztliche Behandlungen zuständig ist. Die beteiligten Verbände müssen paritätisch vertreten sein. Anders als bei der stationären Pauschale (SwissDRG) ist hier keine Beteiligung der Kantone vorgesehen. Ob sich dies bei einer Annahme der «EFAS»-Vorlage¹⁷ mit einer Kostenbeteiligung der Kantone neu auch an der ambulanten Versorgung ändern würde¹⁸, bleibt abzuwarten. Sollte es zu dieser Ausweitung kommen, so würde sich auch die Frage nach einer Zusammenlegung mit der SwissDRG AG zu einer umfassenderen nationalen Tariforganisation stellen. Nach Art. 47a Abs. 2 E-KVG soll der Bundesrat die Möglichkeit erhalten, die Verbände in weiteren ambulanten Versorgungsbereichen (etwa Physiotherapie oder Ernährungsberatung) zur Einsetzung einer entsprechenden Organisation zu verpflichten.

[11] Art. 47c E-KVG führt sodann sehr detaillierte Regeln zur Implementierung verschiedener Vorgaben und Abläufe für Massnahmen der Kostenkontrolle bei Tarifverträgen nach Art. 43 Abs. 4 KVG vor. Diese Verpflichtung umfasst die Tarifverträge insgesamt für alle Arten der Leistungserbringung und ergänzt einen Aspekt der in Art. 43 Abs. 4 KVG erwähnten betriebswirtschaftlichen Bemessung mit einer zukunftsgerichteten Perspektive (Mengen- und Kostensteuerung). Der Bundesrat erwähnt hier beispielhaft Tarifrückführungen, degressive Tarife und Rückvergütungen¹⁹.

[12] Die bundesrätliche Vorlage führt zu keiner Abkehr vom bisherigen System der Tarifvereinbarungen im ambulanten Bereich, sondern ergänzt dieses. Neu sollen Patientenpauschalen auf einer gesamtschweizerisch festgelegten Tarifstruktur beruhen. Damit wird für die kantonale oder ge-

¹⁶ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1) vom 21. August 2019, BBl 2019 6104.

¹⁷ Dazu 09.528 Parlamentarische Initiative Finanzierung der Gesundheitsleistungen aus einer Hand. Einführung Monismus, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 5. April 2019, BBl 2019 3499.

¹⁸ Aktuell wird diese Ausweitung vom Bundesrat gerade mit dem Argument der fehlenden kantonalen Beteiligung an der Finanzierung der ambulanten Versorgung begründet, BBl 2019 6114, jedoch für den Fall der Annahme der «EFAS»-Vorlage in Aussicht gestellt.

¹⁹ BBl 2019 6148.

samtschweizerisch abzuschliessenden Patientenpauschalen ein einheitliches Fundament geschaffen. Dies dient der Förderung der Pauschalverträge. Die andere Massnahme ist eine Reaktion auf die gescheiterten Verhandlungen der Tarifpartner bei der Ausarbeitung einer zeitgemässen Einzelleistungsstruktur im ärztlich-ambulanten Bereich. Die Fortsetzung der Situation, sich mit einer bundesrätlich angeordneten Struktur abzufinden, soll vermieden werden. Nunmehr wird – dem Modell von SwissDRG folgend – für ambulante ärztliche Leistungen eine Tarifstrukturorganisation eingesetzt, an der sich die Tarifpartner paritätisch beteiligen. Dies mit der Hoffnung²⁰, dass diese die aufgrund des bisherigen Einstimmigkeitsprinzips entstandenen Blockaden zu umgehen vermöge. Die Tarifstrukturorganisation wird sich sowohl mit den Strukturen im Einzelleistungsbereich wie auch bei den Patientenpauschalen befassen. Dies erscheint sinnvoll, nachdem die beiden Vertragsarten bezüglich Wirtschaftlichkeit und Bemessung vergleichbaren Vorgaben und Datengrundlagen folgen.

3. Vereinbarungen über ambulante Patientenpauschalen nach geltender Rechtslage

3.1. Überblick

[13] Das Tarifvertragsrecht des KVG kann als Mischung von Vertragsautonomie mit partiell engen gesetzlichen Vorgaben bezeichnet werden. Vertragsautonomie besteht darin, dass über die Tarifart befunden wird und im Rahmen der gesetzlichen Regelung deren Inhalt vertraglich festgelegt wird. Das KVG benennt zwar einige Tarifarten, doch dies nur beispielhaft²¹. Es gibt keinen *numerus clausus* an Tarifarten. Dies führt dann auch dazu, dass Mischtarife zulässig sind. Sodann besteht grundsätzlich kein Vorrang einer bestimmten Tarifart – die wichtigste Ausnahme gilt für den stationären Bereich, wo gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG «in der Regel» und faktisch generell nach leistungsorientierten Fallpauschalen abzurechnen ist.

[14] Daneben bestehen gesetzliche Vorgaben für alle Tarifarten, welche die Vertragsautonomie eingrenzen. Grundsätzlich sollen über die Verträge qualitativ hochstehende Leistungen zu möglichst günstigen Preisen gewährleistet werden²². Dies bedingt im Einzelnen die Berücksichtigung der folgenden Elemente: Beachtung der Gebote der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit, betriebswirtschaftliche Bemessung des Tarifs, Beschränkung der Entschädigung auf die transparent ausgewiesenen und für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten sowie eine sachgerechte Struktur der tariflichen Vereinbarung.

[15] Hinzuweisen ist sodann auf Art. 46 Abs. 3 KVG, mit dem Grundlagen für einen geordneten Tarifvertragswettbewerb gelegt werden: Verboten sind wettbewerbsbeschränkende Abreden,

²⁰ Die Vorlage sieht nicht vor, dass die Tarifpartner nach dem Mehrheitsprinzip entscheiden müssten. Somit setzt der Bundesrat immer noch ein Stück auf eine konstruktive Entscheidungsfindung der Tarifpartner. Im Fall der Nichteinigung bestünde dann immer noch die Möglichkeit eines bundesrätlichen Eingriffs in die Tarifstruktur als *ultima ratio*.

²¹ THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 4.A., Basel 2018, Rz. 116.

²² Dazu und auch zum Folgenden UELI KIESER, Tarif für ärztliche Leistung, in: Tarif und Tarifanpassung in der Krankenversicherung, hrsg. von Ueli Kieser/Willy Oggier/Andreas Bühler, Bern 2015, S. 38 ff. Weitere Details und kritische Betrachtungen finden sich bei URS SAXER/WILLY OGGIER, Recht und Ökonomie der KVG-0adTarifgestaltung, Zürich 2010 sowie THOMAS BRUMANN, Tarif und Tarifstrukturverträge im Krankenversicherungsrecht, Hamburg 2012, S. 55 ff.

etwa²³ Sondervertragsverbote zulasten von Verbandsmitgliedern, die Verpflichtung von Verbandsmitgliedern auf bestehende Verbandsverträge, Konkurrenzverbote zulasten von Verbandsmitgliedern sowie vertragliche Exklusivitäts- und Meistbegünstigungsklauseln. Die Vorgaben richten sich an alle Vertragsparteien, mithin an die Versicherer wie die Leistungserbringer.

3.2. Nebeneinander von Patientenpauschale und Einzelleistungsvertrag

[16] Das KVG lässt die Frage offen, ob ein einzelner Leistungserbringer mehrere Tarifmethoden kombinieren kann. Kann etwa ein Arzt sowohl nach TARMED abrechnen, sich jedoch für ein engeres Spektrum an Leistungen einem Patientenpauschalenvertrag anschliessen? Soweit ersichtlich, hat sich auch die Lehre dieser Frage nicht zugewandt. Die (bisherige) Offenheit des KVG bezüglich der Wahl der Tarifmodelle spricht für die Wahlfreiheit. Das KVG lässt etwa zu, dass in einem einzigen Vertrag verschiedene Modelle kombiniert werden; gleiches sollte möglich sein in einer Kombination von rechtlich selbstständigen Verträgen. Weiter strebt das KVG eine Vielfalt konkurrierender Verträge an und steht auch aus wettbewerblicher Sicht einer Bindung an einen einzigen Vertrag entgegen. Schliesslich schliesst das KVG das Nebeneinander von mehreren einzelnen Vertragsarten nicht aus, was angesichts der grundsätzlichen Gestaltungsautonomie der Tarifvertragsparteien für eine Grenzziehung nötig wäre. Ungeachtet der hier vertretenen Autonomie der Vertragsparteien ist es auf jeden Fall nötig, dass bei einer Unterstellung der Tarifvertragsparteien unter mehrere Tarifverträge Klarheit über den Vorrang der einzelnen Verträge geschaffen wird; mit anderen Worten sollte auch bei Vorhandensein mehrerer Verträge Klarheit über den anwendbaren Tarif bestehen. Dies entspricht dem Gebot des Tarifschutzes nach Art. 44 Abs. 1 KVG, das sowohl im Verhältnis Leistungserbringer zum Versicherten wie auch im Verhältnis Leistungserbringer zu den Versicherern gilt.

[17] Bedenken an diesem Verständnis äusserte das Bundesverwaltungsgericht in einem obiter dictum im Rahmen eines vor kurzem gefällten Urteils²⁴. Es führte an, dass mit dem zwischen den Krankenversicherern und der Ärzteschaft vereinbarten Pauschaltarifverträgen der Ersatz der TARMED-Einzelleistungstarife angestrebt werde. Damit werde die bundesrätliche TARMED-Regelung²⁵ abgeändert, was den Vertragsparteien nicht zukomme (E. 7.5.2): «Sollen nach der Absicht der Tarifpartner ganze Teilbereiche wie jene der augenchirurgischen Leistungen, welche bisher über den TARMED abgerechnet worden sind, neu gesamtschweizerisch über eine Leistungspauschale vergütet werden, so zielt dieses Vorgehen im Ergebnis auf eine Änderung der bestehenden Tarifstruktur respektive auf eine Änderung des Tarifmodells ab.»

[18] Diese Ansicht verkennt, dass der TARMED-Tarifstruktur kein Exklusivitätscharakter zukommt. Mit einer Pauschaltarifvereinbarung wird nicht eine Einzelleistungstarifstruktur ersetzt oder abgeändert, sondern eine gesetzlich vorgesehene Variante einer anderweitigen und alternativen vertraglichen Regelung eingeführt. Wenn offenkundig ist, dass in spezifischen Bereichen

²³ Die gesetzliche Aufzählung ist nicht abschliessend, GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, SBVR XIV Soziale Sicherheit, hrsg. von Ueli Meyer, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 1053.

²⁴ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. Juli 2019, C-5123/2018. Das Urteil hatte sich mit der Frage der Zuständigkeit zu befassen, siehe dazu auch die nachfolgenden Ausführungen.

²⁵ Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung, SR 832.102.5; Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung, Änderung vom 18. Oktober 2017 AS 2017 6023.

mit der Einzelleistungstarifstruktur nicht mehr den gesetzlichen Voraussetzungen²⁶ entsprochen wird, so liegt es letztlich im Wesen der geltenden Vertragsautonomie, dass die zu Verhandlungen verpflichteten Tarifpartner sich auch mittels Pauschaltarifen dieses Problems annehmen können. Allenfalls ist der Weg über die Pauschaltarifierung gar zwingend, wenn sich etwa die Verhandlungen über die Einzelleistungstarifstruktur – wie in der Vergangenheit gesehen – als zu komplex oder zu langwierig erweisen und nicht aufgenommen oder nicht erfolgreich abgeschlossen werden können. In solchen Fällen ist nicht einzusehen, weshalb es den Versicherern verwehrt sein soll, bestehende Verhandlungsblockaden durch den Abschluss von Pauschaltarifvereinbarungen zu überwinden. Ihrem gesetzlichen Auftrag, auf eine reguläre Durchführung der Krankenversicherung hinzuwirken, kommen sie so jedenfalls nach. Mit Blick auf das geltende System der Vertragsautonomie und die bestehende Tarifverhandlungspflicht²⁷ darf dies nicht beanstandet werden und entsprechende Bedenken des Bundesverwaltungsgerichts gehen zu weit.

3.3. Zuständigkeit zur Genehmigung

[19] Laut Art. 46 Abs. 4 KVG bedarf der Tarifvertrag der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat. Diese auf den ersten Blick einfache und klar scheinende Vorschrift wirft dennoch praktische Probleme auf. Was heisst «gelten», für «wen» soll er gelten? Schliesst ein Augenchirurg mit Praxisstandort im Kanton Schwyz einen Vertrag mit allen Krankenversicherten ab, so «gilt» er auch am Sitz der Versicherer in Luzern, Basel und Bern und potentiell in der ganzen Schweiz. Und er «gilt» auch gegenüber allen Versicherten aus der ganzen Schweiz (Art. 41 Abs. 1 KVG). Die unklare Terminologie wird auch nicht dadurch erhellet, dass Art. 41 Abs. 1 Satz 2 KVG bei den ambulanten Tarifen von dem Tarif spricht, «der für den gewählten Leistungserbringer gilt». Dies schliesst gesamtschweizerisch geltende Tarife wie auch solche kantonaler Stufe nicht aus, auch wenn man der Regelung zubilligt, dass sie auf interkantonale Unterschiede ausgerichtet ist. Für den stationären Bereich bestand immerhin soweit Klarheit, als dass bei Leistungsaufträgen mehrerer Kantone die Zuständigkeit beim Standortkanton liegt²⁸.

[20] Eine Klärung brachte das kürzlich ergangene und bereits zuvor zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts²⁹. Der Branchenverband der Schweizer Krankenversicherungen santésuisse und die Foederatio Medicorum Chirurgicorum Helvetica (FMCH; Dachverband der chirurgisch und invasiv tätigen Fachgesellschaften und drei Berufsverbänden) schlossen am 2. März 2018 einen Tarifvertrag betreffend ambulante Leistungspauschalen für den Leistungsbereich Augen Chirurgie (vier näher definierte Eingriffe) ab. Die Tarifpartner reichten den Vertrag dem Regierungsrat des Kantons Thurgau zur Genehmigung ein. Dieser trat auf das Gesuch nicht ein, da seiner Auffassung nach hierfür der Bundesrat zuständig sei. Die Begründung wurde darin gesehen, dass allen Kantonen Verträge mit einem identischen Inhalt zur regierungsrätlichen Genehmigung

²⁶ Vgl. etwa Art. 59c KVV.

²⁷ Die Tarifverhandlungspflicht ergibt sich insbesondere aus Art. 43 Abs. 5 Satz 2 KVG, Art. 43 Abs. 5bis KVG sowie aus Art. 47 Abs. 1 Teilsatz 2 KVG; vgl. zum Ganzen auch Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 11.4018 Darbellay Christophe vom 30. September 2011, «Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen» vom 14. September 2018, S. 9.

²⁸ Bundesverwaltungsgericht, Urteil C-4989/2012, C-5026/2012 und C-5028/2012 vom 29. April 2013, E. 2.5.3.

²⁹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. Juli 2019, C-5123/2018; siehe auch die vorhergehenden Ausführungen.

eingereicht worden waren. Die Vertragsparteien seien gesamtschweizerisch tätig und die eingereichten Verträge hätten aufgrund ihrer Identität schweizweite Wirkung. Gegen das Nichteintreten erhoben die Tarifpartner Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, welches die Position des Thurgauer Regierungsrates bestätigte.

[21] Das Bundesverwaltungsgericht legte Art. 46 Abs. 4 KVG eingehend nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Teleologie aus. Es stellte fest, dass der Wortlaut der Regelung (insb. in der französischen Fassung) nicht von einem sachlichen oder personellen Bezugspunkt ausgehe, sondern die Schweiz als Territorium anspreche. Gleiches folge aus der Entstehungsgeschichte. Aus der Systematik wurde gefolgert, dass für Einzelleistungstarifstrukturen (TARMED) sowie für die Tarifstruktur im stationären Bereich (SwissDRG) eine bundesrätliche Genehmigung gesetzlich vorgesehen sei; dies führe zu einer bundesrätlichen Zuständigkeit³⁰. Dem stehe die Vertragsautonomie entgegen. In teleologischer Hinsicht liege der Zweck der Regelung darin, dass bei gesamtschweizerischen Regelungen eine einheitliche Beurteilung durch den Bundesrat erfolgen solle; regionale Differenzierungen wären durch die Kantone zu beurteilen. Diese Überlegung wurde denn auch als wichtigster Grund für die Beurteilung der vorgelegten Beschwerde angesehen. In E. 6.5 hielt das Bundesverwaltungsgericht dementsprechend fest, dass «der Gesetzgeber mit Art. 46 Abs. 4 KVG eine bundesrätliche Genehmigungscompetenz für jene Fälle vorsehen will, in denen ein Tarif nach der Konzeption der Tarifpartner eine schweizweite Geltung haben soll und deshalb eine einzige Behörde die Einhaltung der Kriterien der Gesetzmässigkeit, der Wirtschaftlichkeit und der Billigkeit zu gewährleisten hat.» Die Vertragsautonomie ende an den gesetzlichen Vorgaben und den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit. Die Auslegung des zur Genehmigung unterbreiteten Tarifvertrages bestimme sich daher nicht allein nach dessen Wortlaut; der Vertragszweck ergebe sich vielmehr auch aus anderen Elementen, wie insbesondere aus dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen.

[22] Die Tarifvertragspartner hatten den Vertrag nach dessen Wortlaut auf den Kanton Thurgau beschränkt, jedoch in nahezu allen anderen Kantonen gleichlautende Verträge zur Genehmigung eingereicht. Daraus schloss das Bundesverwaltungsgericht auf eine angestrebte schweizweite Geltung, die zur Zuständigkeit des Bundesrates führe. Dies gelte zumindest solange, als keine regionale Preisdifferenzierung erfolge; das in Aussicht stellen einer solchen Differenzierung zu einem späteren Zeitpunkt genüge nicht. Die Beteiligung von gesamtschweizerisch tätigen Tarifvertragspartnern sei ein weiteres Indiz für die Genehmigungszuständigkeit des Bundesrates.

[23] Der Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts erscheint folgerichtig; letztlich wohnte dem Vorgehen der Tarifvertragspartner etwas Künstliches inne. Anzumerken ist, dass unseres Erachtens auch eine regionale Preisdifferenzierung nicht zwingend zu kantonalen Zuständigkeiten führen muss, wenn die Differenzen marginal sind und wiederum eher der Begründung kantonalen Zuständigkeiten denn einer mehr im Vordergrund stehenden gesamtheitlichen Betrachtung dienen.

³⁰ Diese Ansicht erscheint uns problematisch, nachdem die Systematik das Gegenteil nahelegt: Auch im Bereich der Tarifstrukturen sieht das KVG grundsätzlich eine Vertragsautonomie vor. Diese war zu Beginn (einzig) im Bereich der Einzelleistungstarife eingeschränkt und später wurde diese Einschränkung auf den Bereich der stationären Fallpreispauschalen ausgedehnt. Die Gesetzssystematik zeigt somit vielmehr, dass jede Einschränkung dieser Autonomie einer gesetzlichen Regelung bedarf und die einschränkenden gesetzlichen Regelungen für den Bereich der Autonomie gerade keine Vorgabe bilden können.

4. Ambulante Patientenpauschalen und Tarifstrukturorganisation als Rettungsanker der Tarifvertragsautonomie und der Leistungserbringerkontrolle?

[24] Die neuste KVG-Revision will die Entwicklung der Kosten für Leistungen zu Lasten der OKP eindämmen und auf diese Weise den Anstieg der von den Versicherten bezahlten Prämien begrenzen. Darüber hinaus ist sie aber als Reaktion auf das aus den Fugen geratene Verhandlungssystem bei den ambulanten Tarifen zu sehen und darf als Chance für die Tarifvertragsautonomie begriffen werden. Man soll sich nicht weiter mit einer bundesrätlich angeordneten Struktur abfinden müssen. Mit neuen Mechanismen soll das Aushandeln der Einzelleistungsstruktur im ärztlich-ambulanten Bereich wieder möglich werden. Dass zudem Patientenpauschalen im ambulanten Bereich gefördert werden sollen, ist zu begrüssen. Mit einem funktionierenden System von Pauschaltarifvereinbarungen könnte den offenkundigen Schwächen des geltenden Systems entgegengetreten werden. So ist die Kontrollpraxis der Einzelleistungsstruktur schon lange nicht mehr akzeptabel, was nur schon dadurch ersichtlich ist, dass Wirtschaftlichkeitsprüfungen und Tarifcontrollings (oder Mischformen davon) bei den verschiedenen Versicherern bzw. Verbänden nach völlig unterschiedlicher Methodik durchgeführt werden. Fragwürdig sind insbesondere Aspekte wie die Überprüfung der Leistungserbringer nach statistisch alten und neuen Methoden (mit widersprüchlichen Ergebnissen) oder das Abstellen auf ein schlicht untaugliches TARMED-Dignitätskonzept. Dass Versicherer sich im geltenden System nicht an fundamentale Ansprüche betroffener Leistungserbringer gebunden fühlen, indem sie etwa das Akteneinsichtsrecht nicht wahren oder von einer anwaltschaftlichen Vertretung in solchen Verfahren abraten, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht akzeptabel³¹.

[25] Ob die Förderung von ambulanten Patientenpauschalen zu einem rechtsstaatlicheren Umgang der Versicherer mit Leistungserbringer führt und das Einsetzen einer Tarifstrukturorganisation auch bei ambulant ärztlichen Leistungen die Tarifvertragsautonomie wiederbelebt, ist zu hoffen, bleibt aber abzuwarten.

Prof. Dr. TOMAS POLEDNA / Dr. RALPH TRÜMPLER / Dr. GREGORI WERDER: Rechtsanwälte in Zürich bei Poledna RC AG. Die Autoren befassen sich schwergewichtig mit gesundheitsrechtlichen sowie öffentlich-rechtlichen Fragestellungen und beraten Klienten u.a. bei der Erarbeitung von Tarifverträgen.

³¹ Vgl. hierzu und zum Ganzen die Kritik von ANDREAS HAEFELI/ ROLAND SCHWARZ, Umsetzung der TARMED-Verträge – aber richtig!, in Schweizerische Ärztezeitung vom 31. Juli 2019, S. 1011 ff.