

Vom ärztlichen Recht auf Verträge

Alle Ärztinnen und Ärzte haben das Recht, dem Tarifvertrag Tarmed beizutreten. Wie aber ist das im Fall von HMO- und Hausarztmodellen: Können Ärztinnen und Ärzte von beteiligten Versicherern oder Ärztenetzen verlangen, diesen Modellen und den damit verbundenen Verträgen beitreten zu dürfen?

Ueli Kieser, Tina Schleich

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt Kosten, die wegen der Diagnose oder der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen entstehen (Art. 25 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes, KVG). Dabei müssen die Leistungen, welche vergütet werden sollen, wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein (Art. 32 Abs. 1 KVG). Dies wirft zahlreiche, heikle Abgrenzungsfragen auf. Das Krankenversicherungsgesetz beantwortet aber nur wenige dieser Fragen; lediglich bei neuen oder umstrittenen Leistungen und bei den Leistungen nichtärztlicher Leistungserbringer nämlich legt die Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV) fest, unter welchen Voraussetzungen gegebenenfalls eine Übernahme erfolgt. In den anderen Fällen erfolgt die Abgrenzung zwischen den zu übernehmenden und den nicht zu vergütenden Leistungen

durch die zuständigen Leistungserbringer. Meist sind dies Ärztinnen und Ärzte; sie sind als Leistungserbringer zugelassen, wenn sie das eidgenössische Diplom besitzen und über eine vom Bundesrat anerkannte Weiterbildung verfügen (Art. 36 Abs. 1 KVG). Ärztinnen und Ärzte haben damit eine zentrale Steuerungsfunktion im System der Krankenversicherung.

In vertraglicher Hinsicht sind Ärztinnen und Ärzte in verschiedener Weise in das Krankenversicherungssystem «eingebunden». Der vorliegende Beitrag will diese Beziehungen aufzeigen und analysieren. Dabei steht die Frage im Zentrum, zu welchen Verträgen die einzelne Ärztin und der einzelne Arzt Zugang haben. Ein Überblick zu dieser Frage findet sich in der *Tabelle*.

Verbands-Tarifverträge

Ärztinnen und Ärzte haben ihre Rechnungen nach Tarifen zu erstellen (Art. 43 Abs. 1 KVG). Für ambulante Leistungen gilt dabei im Wesentlichen ein Einzelleistungstarif (Art. 43 Abs. 2 lit. b KVG), der zum heutigen Zeitpunkt im Tarmed zusammengefasst ist. Dabei handelt es sich um einen Tarifvertrag, den ein Verband von Leistungserbringern mit den Versichererverbänden abgeschlossen hat. Einem solchen Tarifvertrag können auch Nichtmitglieder beitreten (Art. 46 Abs. 2 KVG). Um den Preiswettbewerb zu fördern, schloss nämlich der Gesetzgeber Konkurrenzverbote zu Lasten von Verbandsmitgliedern, Exklusivitäts- sowie Meistbegünstigungsklauseln und Sondervertragsverbote ausdrücklich aus¹. In diesem Bereich haben zugelassene Ärztinnen und



Ueli Kieser



Tina Schleich

Ärzte also ein *uneingeschränktes Vertrags-Beitrittsrecht*.

Damit hat der Gesetzgeber bei den Tarifverträgen für Klarheit und Durchblick gesorgt, was im Interesse der Versicherten liegt. Denn nach dem zu ihren Gunsten geltenden Ta-

¹ Vgl. Art. 46 Abs. 3 KVG und dazu Gebhard Eugster: Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Genf/München 1998, Fussnote 658.

Ärztliches Recht auf Vertragsbeitritt im Überblick

Vertrag	Rechtliche Grundlage	Haben ÄrztInnen ein Beitrittsrecht?
Tarifvertrag	Krankenversicherungsgesetz (KVG)	Ja (Art. 46 Abs. 2 KVG).
Vertrag über besondere Versicherungsformen	KVG sowie Privatrecht	Der Krankenversicherer muss sich bei Auswahl der Ärztinnen und Ärzte nach sachlichen Gründen richten.
Ärztinnen-Vertrag	Privatrecht	Bei Nichtaufnahme sind eventuell kartell- oder wettbewerbsrechtliche Schritte möglich.

rifschutz müssen sich die Ärztinnen und Ärzte – wie alle Leistungserbringer – an die Tarife halten und dürfen keine weiter gehenden Vergütungen in Rechnung stellen².

Besondere Versicherungsformen

Grundsätzlich steht die Wahl des Leistungserbringers der versicherten Person zu; diese kann sich also frei für eine Ärztin oder einen Arzt entscheiden³. Die Versicherten können sich aber auch dafür entscheiden, nur bei bestimmten Leistungserbringern Behandlungen in Anspruch zu nehmen. Bei dieser «besonderen Versicherungsform» (z.B. HMO- oder Hausarztmodell) resultiert für die versicherten Personen eine günstigere Prämie. Oft bestehen zudem besondere Verträge mit den Leistungserbringern, die unter anderem besondere Formen der Leistungsvergütung (z.B. Risikobeteiligung der Ärzte über Kopfpauschalen [Capitation]) festlegen können. Welche Leistungserbringer sich an diesen besonderen Versicherungsformen beteiligen können, wird durch die Krankenversicherer bestimmt (Art. 41 Abs. 4 KVG)⁴. Dabei stellt sich die Frage, wie der Krankenversicherer bei der Auswahl vorzugehen hat und ob der einzelne Leistungserbringer unter Umständen Anspruch darauf haben kann, sich an entsprechenden Modellen ebenfalls zu beteiligen.

Die Krankenversicherer sind Teil des öffentlich-rechtlich geregelten Krankenversicherungssystems. Als solcher sind sie in ihrer Handlungsweise nicht frei. Sie haben sich an bestimmte Grundsätze zu halten, an die sie nicht gebunden wären, wenn sie ausserhalb dieses Bereichs agieren würden. Zu diesen Grundsätzen zählen das Willkürverbot und das Gleichbehandlungsprinzip. Daraus

lässt sich ableiten, dass die Krankenversicherer sich bei der ihnen zustehenden Wahl nach *sachlichen Gründen* zu richten haben; Diskriminierungen – beispielsweise wegen des Geschlechts, des Alters oder der Zugehörigkeit zu bestimmten Vereinigungen oder Verbänden – sind ausgeschlossen. Obschon sich solche Diskriminierungen oft nur schwer

«Als Teil des öffentlich-rechtlich geregelten Krankenversicherungssystems haben die Versicherer sich bei ihrer Wahl nach sachlichen Gründen zu richten.»

nachweisen lassen, mag sich der Fall ergeben, wo ein Arzt oder eine Ärztin einen Anspruch auf Aufnahme in eine entsprechende Liste gerichtlich durchsetzen kann⁵.

Ärztinnen-Netz

In manchen Fällen schliessen sich Ärztinnen und Ärzte zu so genannten Ärztenetzen zusammen. Damit werden verschiedene Zielsetzungen verfolgt. Es kann ein gegenseitiger Wissensaustausch angestrebt werden; es kann eine bessere Stellung gegenüber den Krankenversicherern bezweckt werden (z.B. im Hinblick auf den Abschluss eines Tarifvertrags im Rahmen einer besonderen Versicherungsform); in anderen Fällen dienen Ärztenetze der gegenseitigen Stellvertretung oder der Fallüberweisung. Als Rechtsform für ein Ärztenetz kommen der Verein, die Aktiengesellschaft oder die Genossenschaft in Frage. Diese verschiedenen Gesellschaftsformen werden durch das Ob-

ligationenrecht (OR) geregelt. Dieses Gesetz enthält jedoch nur wenige zwingende Normen bezüglich ihrer Ausgestaltung; es gilt das Prinzip der Privatautonomie. So ist denn auch nirgends zwingend das so genannte «Prinzip der offenen Tür» vorgeschrieben. Ein Ärztenetz in Form eines Vereins, einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft⁶ ist demnach aufgrund des OR nicht verpflichtet, ein neues Mitglied aufzunehmen, selbst wenn dieses die statutarischen Voraussetzungen erfüllen würde.

Dennoch werden dem Prinzip der Privatautonomie durch die Rechtsordnung gewisse Schranken gesetzt. Einerseits geschieht dies durch allgemeine Rechtsgrundsätze, andererseits greifen auch kartell- und wettbewerbsrechtliche Bestimmungen ein:

■ *Allgemeine Rechtsgrundsätze* sind auf alle Verträge und Gesellschaftsformen anwendbar. Beispiele sind das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 des Zivilgesetzbuches ZGB) und der Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB). Aus diesen Grundsätzen kann abgeleitet werden, dass unter besonderen Umständen (beispielsweise bei bestimmten

² Dies wird zwar in der Praxis gelegentlich umgangen, indem zum Beispiel Zusatzrechnungen gestellt werden (anzutreffen etwa im Bereich der Heimpflege oder bei einzelnen Therapien). Zusatzrechnungen sind aber nur bei «rechten Mehrleistungen» zulässig (vgl. Bundesgerichtsentscheid BGE 126 III 345).

³ Zu beachten ist aber, dass bei der ambulanten Behandlung die Krankenversicherung die Kosten höchstens nach dem Tarif übernehmen muss, der am Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person oder in deren Umgebung gilt (Art. 41 Abs. 1 KVG).

⁴ Auf einen entsprechenden Gerichtsentscheid verweist J.-F. Burkhalter in der «Schweizerischen Ärztszeitung» (siehe Fussnote 11 sowie Anmerkung der Redaktion im *Kasten*).

⁵ Freilich sind – soweit ersichtlich – bislang keine solchen Verfahren durchgeführt worden.

⁶ Im Genossenschaftsrecht (Art. 839 Abs. 2 OR) wird das Prinzip der offenen Tür zwar festgelegt, jedoch kann daraus nicht ein einklagbares Recht auf Beitritt abgeleitet werden; vgl. dazu BGE 98 II 221, 118 II 435.

Diskriminierungen) die Nichtaufnahme eines neuen Mitgliedes in ein bestehendes Ärztenetz rechtsmissbräuchlich sein oder gegen die Persönlichkeit verstossen kann, weshalb das Ärztenetz zur Zulassung des entsprechenden Mitglieds verpflichtet werden kann⁷.

■ **Kartell- und wettbewerbsrechtliche Bestimmungen:** Das Kartellrecht hat zum Ziel, einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten und schädliche Auswirkungen von Kartellen zu verhindern und damit den Wettbewerb zu fördern.

«Durch die Verweigerung eines Beitritts zu einem bestehenden Ärztenetz kann eine Ärztin oder ein Arzt im Wettbewerb behindert sein.»

Durch die Verweigerung eines Beitritts zu einem bestehenden Ärztenetz kann eine Ärztin oder ein Arzt im Wettbewerb behindert sein. Als Wettbewerbsbehinderung kommen nach Artikel 12 des Kartellgesetzes (KG) insbesondere Diskriminierungsmassnahmen sowie die Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen in Betracht. Das

Anmerkung der Redaktion:

Soweit ersichtlich scheinen in der Schweiz im Zusammenhang mit dem Beitritt von ÄrztInnen zu besonderen Versicherungsformen noch kaum Gerichtsentscheide vorzuliegen. Über die einzige uns bekannte Ausnahme berichtete Jean-François Burkhalter im Juli 2003 in der «Schweizerischen Ärztezeitung»*. Der entsprechende Gerichtsentscheid wurde nicht veröffentlicht. In der genannten (ausschliesslich in Französisch erschienenen) Publikation in der «Ärztezeitung» erfahren wir darüber Folgendes:

1996 hat das Ärztenetz «Réseau des médecins internistes et généralistes genevois» (RMIGG) der Genfer Internisten und Allgemeinmediziner mit der Versicherer-Vereinigung COSAMA¹² einen Vertrag abgeschlossen betreffend eine besondere Versicherungsform gemäss Artikel 41 Absatz 4. Der Vertrag sah unter anderem einen speziellen Tarif für die Entschädigung der Ärzte (10 Prozent höherer Tarif für ärztliche, 10 Prozent tieferer Tarif für technische Leistungen) und einen Prämienrabatt für Versicherte/Patienten (8 Prozent) vor. Als Kontrollorgane sah der Vertrag eine medizinische Kommission¹³, eine Versichererkommission¹⁴ sowie eine paritätische Kommission¹⁵ vor. Über die Aufnahme von Hausärzten/Gatekeepern ins Netz sollte die medizinische Kommission (nach Anhörung der paritätischen Kommission) entscheiden. Grundsätzlich definierte der Vertrag den Hausarzt/Gatekeeper als frei praktizierenden Allgemeinmediziner, Internisten oder Pädiater. Durch die Präzisierung «frei praktizierend» wollten die beteiligten Fachgesellschaften gemäss Burkhalter jene Ärzte ausschliessen, die in Notfallpraxen nach dem

Permanence-Konzept arbeiten; in diesen Praxen obliege die Verantwortung für die Arbeit aller Ärzte nämlich einem medizinischen Leiter, der seinerseits einem administrativen Leiter unterstehe; zudem verfügten diese Praxen meist über ein eigenes «Netz» von Spezialisten.

Einige dieser Permanence-Ärzte, denen die medizinische Kommission die Aufnahme ins Ärztenetz verweigert hat, haben laut Burkhalter entschieden, die Aufnahme auf dem gerichtlichen Weg zu erkämpfen. Der Richter habe die Ablehnungsentscheidung des Netzes für nichtig erklärt, weil «der Begriff «frei praktizierender Arzt», der uns allen völlig klar zu sein scheint, juristisch nicht definiert» sei.

Zusätzlich habe der entsprechende Richter auf einen juristischen Fehler betreffend den Netzvertrag hingewiesen: Gemäss Artikel 41 Absatz 4 KVG dürften einzig die Versicherer (und nicht die Ärzte) den Versicherten besondere Versicherungsformen anbieten, und nur sie dürften die Leistungserbringer dafür auswählen.

Deshalb sei der Vertrag dann 1997 um einen Zusatzvertrag ergänzt worden, der festhalte, dass die Genehmigung für die Aufnahme eines Arztes ins Netz den Versicherern obliege. Die Ärzte haben so laut Burkhalter «die Kontrolle über das Netz verloren. Für die Aufnahme müssen sie nun präzise definierte Kriterien erfüllen, zum Beispiel in der Kostenstatistik des Krankenkassenverbandes einen Kostenindex von weniger als 130 aufweisen.»

* Quelle: J.-F. Burkhalter: *Optimé, le Réseau de santé genevois: bilan de trois années d'activité*. Schweizerische Ärztezeitung, 2003; Nr. 27: 1461–1466.

Kartellgesetz sieht in solchen Fällen verschiedene Rechtsbehelfe vor. Um den Anspruch des im Wettbewerb behinderten Partners auf Beseitigung beziehungsweise Unterlassung der Wettbewerbsbehinderung durchzusetzen, kann ein Gericht Verträge für ganz oder teilweise ungültig erklären oder anordnen, dass der Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem im Wettbewerb behinderten Partner Verträge abzuschliessen hat (Art. 12 und 13 KG). Unter diesen Umständen kann ein Arzt oder eine Ärztin die Aufnahme in ein Ärztenetz gerichtlich erzwingen. Allerdings sind bisher – bezogen auf Ärztenetze – keine Anwendungsfälle bekannt⁸.

Mögliche Schritte können schliesslich gestützt auf das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) eingeleitet werden. Hier ist

Hauptvoraussetzung, dass jemand durch den unlauteren Wettbewerb bedroht oder verletzt wird. Diese Person kann verlangen, dass eine bestehende Verletzung zu beseitigen ist (Art. 9 UWG). Auf diesem Weg kann beispielsweise die Löschung einer Gesellschaft aus dem Handelsregister⁹ oder der Widerruf von Boykottmassnahmen¹⁰ erreicht werden. Dies kann allenfalls bei einem Ärztenetz eine Bedeutung erhalten¹¹. ■

AutorInnen:
Dr. iur. Ueli Kieser

Rechtsanwalt
und

Lic. iur. Tina Schleich

Juristische Mitarbeiterin
Kieser Senn Partner

Ulrichstrasse 14

8032 Zürich

E-Mail: ukieser@kspartner.ch

7 Das Bundesgericht hat zu dieser Problematik in BGE 118 II 435 ausgeführt, dass die Pflicht der Genossenschaft, neue Mitglieder aufzunehmen, eine in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie dem Verbot des Rechtsmissbrauchs und dem Schutz der Persönlichkeit, begründete Ausnahme bleiben müsse.

8 Anwendungsbeispiel aus dem Bereich des Rohstoffterminhandels: In BGE 108 II 6 wurde der (kartellrechtlich begründete) Anspruch auf Aufnahme in einen Verein behandelt.

9 Vgl. dazu BGE 88 II 176.

10 Vgl. dazu ZR (= Zürcher Rechtsprechung) 62 (1963) 210, 213 (Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich).

11 Jedenfalls bezieht sich der einzige Fall, in welchem ein Gerichtsentscheid zu einem Ärztenetz ergangen ist, nach Aussagen der Parteivertretung auf eine entsprechende Problematik; vgl. dazu den Hinweis in der «Schweizerischen Ärztezeitung» 2003, 1461 ff., zum Réseau de santé genevois (siehe auch Anmerkung der Redaktion im *Kasten*).

12 Der COSAMA gehörten damals die Versicherer Assura, CMBB, la Caisse-maladie de la fonction publique, Fama, Futura, Hermes, La Caisse Vaudoise, Mutuelle Valaisanne, Philos, Supra, Universa und Intras an.

13 Die medizinische Kommission besteht aus drei Vertretern der beiden Ärztfachgesellschaften.

14 Die Versichererkommission besteht aus drei Vertretern der Krankenkassen.

15 Die paritätische Kommission besteht aus den Mitgliedern der medizinischen und der Versichererkommission sowie einer zusätzlichen neutralen Person, welcher das Präsidium obliegt.