

Rechtsgutachten

über die vorgesehene Aufhebung des Kontrahierungszwangs in der obligatorischen Krankenversicherung für Behandlungen, die unter das KVG fallen

von Prof. Dr. iur. Jean-Louis Duc

Docteur en droit, avocat-conseil

Membre de l'ordre des avocats vaudois

Professeur honoraire de l'Université de Lausanne

1. Vorbemerkungen des Redaktors

Der Ständerat hat als Erstrat am 29. November 2001 beschlossen, den Vertragszwang aufzuheben. Der Wortlaut dieses Beschlusses ist im SGA-Tipp 4/01 veröffentlicht worden.

Die Herren Ständeräte Pfisterer und Bürgi hatten anlässlich der Sitzung des Ständerates vom 4. Oktober 2001 die Frage aufgeworfen, ob die Aufhebung des

Kontrahierungszwanges unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftsfreiheit zulässig sei. Die Prüfung der Frage der Verfassungsmässigkeit wurde in Aussicht gestellt. Das Protokoll der Sitzung des Ständerates vom 29. November 2001 enthält aber keinerlei Hinweis, ob diese Frage geprüft worden ist oder nicht.

Der Vorstand der SGA hat daher beschlossen, die Verfassungsmässigkeit der Aufhebung des Kontrahierungszwanges unter Beibehaltung des Versicherungsobligatoriums durch Herrn Prof. Dr. iur. Jean-Louis Duc prüfen zu lassen. Herr Prof. Duc hat in einem umfangreichen Gutachten diese Frage im einzelnen geprüft und beantwortet. Die Zusammenfassung des Gutachtens ist in Ziff. 2 enthalten, wobei es sich um eine Übersetzung der französischen Originalversion ins Deutsche handelt.

Das ganze 27-seitige Gutachten kann auf Papier beim Präsidenten angefordert werden (Fax 01/300 60 67; e-mail: drfrei.otto@ggaweb.ch). Bitte die gewünschte Sprache angeben (Original = französisch; Übersetzung = deutsch) und für den Versand als Unkostenbeitrag Fr.20.00 zum voraus überweisen an "Schutzgemeinschaft für Ärzte", Postkonto 20-609636-6. Aus Effizienzgründen erfolgt der Versand erst nach Zahlungseingang.

2. Zusammenfassung in der Form von Fragen und Antworten

(Übersetzung der Zusammenfassung durch Frau lic. iur. Bettina Ammann, Assistentin im Vertrags- und europäischen Privatrecht an der Universität von Neuenburg, Juristin und Mediatorin)

Frage 1: Text der betreffenden Verfügung

Der Ständerat hat den vom Bundesrat vorgeschlagenen neuen Artikel 35 Absatz 1 und 1bis KVG angenommen:

¹ Zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind diejenigen Leistungserbringer zugelassen, welche

- die Voraussetzungen nach den Artikeln 36 – 40 erfüllen, und
- soweit sie im ambulanten Bereich tätig sind, einen Vertrag über die Zulassung mit einem oder mehreren anerkannten Krankenversicherern abgeschlossen haben.

^{1 bis} Die Leistungserbringer und Versicherer sind, ausser im Sonderfall, in der Wahl der Vertragspartner frei, soweit:

- die medizinische Versorgung gewahrt ist;
- die Wirtschaftlichkeit und die Qualitätssicherung gewährleistet sind (Artikel 56 und 58);

- beim Abschluss des Vertrages die Regeln des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 nicht verletzt werden.²

Frage 2: Zu erwartende Konsequenzen des Entscheids des Ständerates

Die Aufhebung des Kontrahierungszwangs würde in einem allgemein obligatorischen Versicherungssystem bedeuten,

- dass die Ärzte von den Versicherern abhängig würden, da diese einen enormen Druck ausüben könnten, um die Ärzte dazu zu bringen, trotz den vom KVG vorgesehenen Genehmigungsverfahren und Rekursmöglichkeiten, Verträge abzuschliessen, welche unter Umständen nicht Recht und Billigkeit entsprächen.
- die von den Versicherungen nicht akzeptierten Ärzte dazu zu verurteilen, aus dem Gesundheitswesen zu verschwinden (wirtschaftlicher Tod vorprogrammiert). Denn es ist illusorisch, zu meinen, dass es in einem obligatorischen Versicherungssystem genügend Versicherte geben wird, die bereit sind, die Kosten (direkte oder über den Ausweg einer teuren Zusatzversicherung entstehenden) für einen behandelnden Arzt zu übernehmen, dessen Eingriff trotz der hohen Prämien von keiner obligatorischen Versicherungsleistung gedeckt wird.

² Der Ständerat hat andere Bestimmungen angenommen (Abschnitt 1ter bis 1quiquies), die Situationen betreffen, in denen der Versicherte das Recht behält, einen nicht zugelassenen Arzt auszuwählen. Die Kantone müssen Massnahmen ergreifen, um eine angemessene Leistungserbringung (Pfleger-) sicherzustellen, oder um gewisse Streitigkeiten im Falle von Verweigerungen von Vertragsabschlüssen zu entscheiden.

- die medizinische Versorgung zu bedrohen, insbesondere die spezialärztliche.

Sie könnte zur Folge haben die Verletzung

- des Gebots der Gleichbehandlung
- der durch die Verfassung garantierten Wirtschaftsfreiheit

Frage 3: Konsequenzen der Aufhebung des Kontrahierungszwangs für die Tätigkeit der Ärzte

Die Ausübung des Arztberufes ist grundsätzlich geschützt durch die von der Verfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit. Es ist schwer zu begreifen, dass praktisch eine ganze Personengattung von der ambulanten Ausübung eines Medizinalberufes ausgeschlossen werden soll (mit Ausnahme der – in Wirklichkeit wenigen – Personen, die ihren Beruf auf Rechnung eines Spitals ausüben, welches prinzipiell ebenfalls von der Gesetzesregelung betroffen ist). Die vorgeschlagene Änderung des KVGs, welche eine obligatorische Regelung für die ganze Bevölkerung einführt, würde diese Freiheit im Falle ihrer Annahme abschaffen. Sie würde das Medizinstudium vieler junger Leute beeinflussen mit dem über kurz oder lang – vielleicht schon bald – eintretenden Risiko eines Mangels an Praktikern. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind sicherlich zulässig, aber sie sollten gewisse Voraussetzungen erfüllen.

Folglich ist es mehr als zweifelhaft, dass ein wichtiges öffentliches Interesse an der Aufhebung des Kontrahierungszwanges bestehen soll. Ein solcher Schritt ist nicht nötig, um das anerkannte Ziel (Senkung der

Kosten) auf diese Art zu erreichen. Er würde ausserdem die Pflegequalität beeinträchtigen (einerseits bezüglich der Wahl des Leistungserbringers, welche schon immer ein wichtiger Bestandteil dieser Qualität darstellte, und andererseits bezüglich der Pflege als solches: eine Medizin auf Rabatt kann nur eine Klassenmedizin sein und an Qualität verlieren) und sogar die Medizinversorgung eines Landes gefährden.

Es gibt Mittel, die nicht eine solche Gefahr darstellen würden, die aber gleichzeitig die Aufwendungen für die Versicherung einschränken würden (siehe z.B. die Regelung der Übernahme der Behandlungskosten ausserhalb des Arbeitsplatzes oder Wohnsitzes, die momentan im Artikel 41 KVG geregelt ist).

Frage 4: Verletzt die Aufhebung des Kontrahierungszwangs die Wirtschaftsfreiheit ?

Meiner Meinung nach ja, wenn sie eine vorbehaltlose ist (siehe Frage 2).

Frage 5: Ist die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Ärzte im Namen des überwiegenden öffentlichen Interesses zulässig ?

Es besteht kein wichtiges öffentliches Interesse, das die Aufhebung des Kontrahierungszwanges rechtfertigen würde. Sie würde von Natur aus die Pflegequalität gravierend beeinträchtigen, eine Klassenmedizin zur Folge haben und das wirtschaftliche Überleben zahlreicher medizinischer Leistungserbringer gefährden. Und dies würde nur geschehen, um den Versicherern eine Macht zu verleihen, die sie wahrscheinlich wegen ihrer dominanten Stellung missbrauchen werden. Das ist umso wahrscheinlicher als man heute noch nicht weiss, ob eine so radikale Massnahme die erwarteten Wirkungen auf die Kosten zur Folge haben wird.

Frage 6: Wäre die Aufhebung des Kontrahierungszwangs verhältnismässig ?

Die Aufhebung des Kontrahierungszwangs würde den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen. Es existieren in Wirklichkeit weniger einschneidende Massnahmen, die aber genauso wirkungsvoll im Hinblick auf die Kosten sind (z.B. Regelung der Tarifverträge gemäss der alten Regelung des Artikels 16 KUVG, mit dem Recht, Vertragsmitglied zu werden; Regelung des in Kraft stehenden Artikels 41 KVG).

Frage 7: Verletzt die Aufhebung des Kontrahierungszwangs den unantastbaren Kern der Wirtschaftsfreiheit ?

Eine Massnahme, welche zahlreiche im medizinischen Bereich ausgebildete Akteure von der Ausübung ihres Berufes ausschliesst mit der Konsequenz ihres wirtschaftlichen Todes und der Gefährdung einer zufriedenstellenden Medizinversorgung, verletzt sicherlich den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit im Gesundheitswesen. Akzentuiert wird diese Verletzung durch die Tatsache, dass anderen Akteuren im Gesundheitswesen die Macht verliehen wird, ihre Vertragspartner auszuwählen unter Ausüben eines beträchtlichen wirtschaftlichen Drucks.

Château-d'Oex, den 21. März 2002

Prof. Dr. Jean-Louis Duc