

Privatkliniken Schweiz PKS
Herr Guido Schommer
Generalsekretär
Zieglerstrasse 29
Postfach 530
3000 Bern 14

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. Bernhard Rütsche

Luzern, 18. Juni 2017

Rechtsgutachten:

Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern – Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung und Vorgehen.....	3
2.	Übersicht über die Leistungen der OKP	4
2.1	Gesetzliches System der Leistungen	4
2.2	Einzelne Leistungsbereiche.....	7
2.2.1	Leistungsbereiche mit Negativliste	7
2.2.2	Leistungsbereiche mit Positivliste.....	9
2.2.3	Leistungsbereiche ohne Liste	11
3.	WZW-Kriterien.....	13
3.1	Relevanz	13
3.2	Gehalt	14
3.2.1	Wirksamkeit.....	14
3.2.2	Zweckmässigkeit.....	15
3.2.3	Wirtschaftlichkeit.....	16
3.3	Leistungsstandard der OKP	18
3.4	Verhältnis zum medizinischen Standard	20
4.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	22
4.1	Grundrechte von Patienten.....	23
4.1.1	Grundrechtsbindung	23
4.1.2	Einzelne Grundrechtsansprüche	24
4.2	Öffentliche Versorgungsaufträge.....	27

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

5.	Zulässigkeit von Leistungsdifferenzierungen.....	30
5.1	Arten von zusatzversicherten Leistungen	30
5.1.1	Stationäre und ambulante Spitalleistungen.....	30
5.1.2	Zusatzleistungen.....	31
5.1.3	Mehrleistungen	33
5.1.4	Leistungen mit privaten Sondertarifen.....	38
5.2	Beurteilungsschema	47
5.3	Medizinische Leistungsdifferenzierungen	48
5.3.1	Behandelnde Fachpersonen.....	49
5.3.2	Behandlungszeitpunkt	51
5.3.3	Behandlungsintensität	53
5.3.4	Behandlungsmethoden.....	55
5.3.5	Behandlungsprodukte.....	57
5.3.6	Behandlungsdauer.....	59
6.	Ergebnisse	61
	Abkürzungsverzeichnis	63
	Literaturverzeichnis	64

1. Fragestellung und Vorgehen

- 1 Am 21. Februar 2017 erteilten die Privatkliniken Schweiz PKS dem Unterzeichnenden den Auftrag, die folgenden **Fragen** gutachterlich zu klären:
 1. Inwieweit ist es rechtlich zulässig, bei der Erbringung medizinischer Leistungen zwischen dem von der OKP abgedeckten Standard und zusatzversicherten Mehrleistungen zu differenzieren?
 2. Sind insbesondere Leistungsdifferenzierungen in Bezug auf folgende Behandlungsaspekte zulässig:
 - a. behandelnde Fachpersonen (namentlich Ausbildungs- und Erfahrungsstand von Ärzten und Pflegepersonen bei elektiven Behandlungen, dringlichen Behandlungen und Notfallbehandlungen),
 - b. Behandlungszeitpunkt (namentlich Behandlungszeitpunkt bei elektiven Eingriffen sowie Mehrfacheingriffe während gleichem Spitalaufenthalt),
 - c. Behandlungsintensität (namentlich Dauer und Anzahl von Gesprächen, Visiten, Untersuchungen und Pflegehandlungen vor und nach einer Behandlung),
 - d. Behandlungsmethoden (namentlich Wirksamkeit, Sicherheit und Qualität von Operationsmethoden, Arzneimitteln und Medizinprodukten),
 - e. Behandlungsdauer (namentlich stationäre oder ambulante Behandlung sowie Dauer des Spitalaufenthalts)?
 3. Inwieweit dürfen Mehrleistungen in Bezug auf die in Frage 2 erwähnten Behandlungsmodalitäten mittels Zusatzversicherungen abgedeckt werden?
- 2 **Nachfolgend** soll zunächst eine Übersicht über die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) gegeben werden, indem das gesetzliche System der OKP-Leistungen erläutert (Kap. 2.1) und die einzelnen Leistungsbereiche skizziert (Kap. 2.2) werden. Im Anschluss wird auf die drei allgemeinen Leistungsvoraussetzungen der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (sogenannte WZW-Kriterien) eingegangen. Dabei gilt es, deren rechtliche Relevanz aufzuzeigen (Kap. 3.1), deren Gehalt zu umschreiben (Kap. 3.2) und zu fragen, welcher Leistungsstandard im Rahmen der OKP zu gewährleisten ist (Kap. 3.3) und wie sich dieser OKP-Standard zum medizinischen Standard verhält (Kap. 3.4). Danach sind die für die medizinische Versorgung massgebenden verfassungsrechtlichen Vorgaben darzulegen, namentlich die Grundrechte der Patienten (Kap. 4.1) sowie die öffentlichen Versor-

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

gungsaufträge (Kap. 4.2). Auf diesen Grundlagen lässt sich in der Folge die Frage beantworten, inwieweit medizinische Leistungsdifferenzierungen zwischen dem von der OKP abgedeckten Standard und zusatzversicherten Mehrleistungen rechtlich zulässig sind. Dabei wird in einem ersten Schritt zwischen verschiedenen Arten zusatzversicherter Leistungen unterschieden (Kap. 5.1) und gestützt darauf ein Schema zur Beurteilung ihrer Zulässigkeit entwickelt (Kap. 5.2). Anhand dieses Beurteilungsschemas sind anschliessend die verschiedenen Arten medizinischer Leistungsdifferenzierungen auf ihre rechtliche Zulässigkeit hin zu prüfen (Kap. 5.3). Am Ende werden die Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst (Kap. 6).

2. Übersicht über die Leistungen der OKP

2.1 Gesetzliches System der Leistungen

- 3 Das Krankenversicherungsgesetz umschreibt in Art. 25-31 in allgemeiner Weise die von der OKP abgedeckten **Leistungsbereiche**. Dabei enthält Art. 25 Abs. 1 KVG eine Generalklausel, wonach die OKP die Kosten für die allgemeinen Leistungen übernimmt, die der «Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen» dienen. Die von der OKP vergüteten allgemeinen Leistungen bei Krankheit werden auf Gesetzesstufe in Art. 25 Abs. 2 lit. a-h und Art. 25a KVG genauer umschrieben. Über die Leistungen bei Krankheit hinaus erstrecken sich die Leistungsbereiche der OKP auf Diagnosen und Behandlungen bei Geburtsgebrechen (Art. 27 KVG), Unfällen (Art. 28 KVG), Mutterschaft (Art. 29 KVG) und straflosem Schwangerschaftsabbruch (Art. 30 KVG) sowie auf gewisse zahnärztliche Behandlungen (Art. 31 KVG). Darüber hinaus vergütet die OKP bestimmte Leistungen im Bereich der Prävention (Art. 26 KVG).¹

¹ Zum Ganzen Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93, 151 ff.; GÄCHTER/RÜTSCH, Rz. 1063 ff. mit Hinweisen.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

- 4 Die in Art. 25-31 KVG umschriebenen Leistungsbereiche werden mit sogenannten **Negativlisten und Positivlisten** kombiniert². Diese Listen werden gestützt auf Art. 33 und Art. 52 KVG auf Verordnungsstufe vom Bundesrat bzw. vom zuständigen Departement (EDI) oder Bundesamt (BAG) erlassen, wobei die Behörden von Fachkommissionen beraten werden. Mit den Listen werden die von der OKP übernommenen Leistungen bis ins Detail konkretisiert³.
- 5 Negativlisten beruhen auf dem Grundsatz-Ausnahme-Prinzip: Die Konkretisierung eines im Gesetz umschriebenen Leistungsbereichs mittels Negativliste bedeutet, dass die OKP grundsätzlich die Kosten aller Leistungen in diesem Bereich vergütet, soweit eine Leistung oder die Modalitäten einer Leistung nicht ausnahmsweise in der Negativliste aufgeführt sind. In den mittels Negativlisten konkretisierten Leistungsbereichen gilt somit der Grundsatz der Kostenübernahme – die sogenannte **Pflichtleistungsvermutung** bzw. das Vertrauensprinzip⁴. Demgegenüber folgen Positivlisten dem Enumerations- bzw. **Listenprinzip**: In Leistungsbereichen, die mittels Positivlisten konkretisiert werden, übernimmt die OKP nur die Kosten der auf der jeweiligen Liste bezeichneten Leistungen. Positivlisten haben mithin – im Unterschied zu Negativlisten – abschliessenden Charakter⁵.
- 6 Die mittels Listen konkretisierten Leistungen nach Art. 25-31 KVG werden in jedem Fall nur dann von der OKP vergütet, wenn sie den Voraussetzungen der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (**WZW-Kriterien**) genügen (Art. 32 Abs. 1 KVG). Die Einhaltung der WZW-Kriterien ist einerseits Voraussetzung für jede Kostenübernahme durch die OKP im Einzelfall. Das bedeutet, dass die WZW-Kriterien insbesondere auch für jene Leistungsbereiche massgebend sind, die der Pflichtleistungsvermutung unterliegen. Andererseits sind die WZW-Kriterien bei der Festlegung der Negativ- und Positivlisten durch den Bundesrat bzw. das EDI und das BAG zu beachten (so

² BGE 134 V 83 E. 4.1 S. 85 ff.; 129 V 167 E. 3.2 S. 170 f., E. 3.4 S. 172 f. Sodann EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 7 ff. zu Art. 33 KVG; EUGSTER, SBVR, Rz. 661.

³ Dazu EUGSTER, SBVR, Rz. 676.

⁴ Dazu eingehend BBI 1992 I 93, 159 f. Sodann BGE 134 V 330 E. 2.2 S. 332; 131 V 271 E. 3.2 S. 275 mit Hinweisen; GÄCHTER/RÜTSCH, Rz. 1059.

⁵ Eine Ausnahme bildet die unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Übernahme der Kosten von Arzneimitteln ausserhalb der Spezialitätenliste gemäss Art. 71a ff. KVV.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

explizit Art. 52 Abs. 1 Ingress KVG in Bezug auf Analysen, Arzneimittel, Mittel und Gegenstände)⁶.

- 7 Gemäss Art. 34 Abs. 1 KVG dürfen die Versicherer im Rahmen der OKP keine anderen Kosten übernehmen als diejenigen für die Leistungen nach Art. 25-33 KVG. Folglich darf die OKP nur medizinische Leistungen vergüten, die in Art. 25-31 KVG aufgelistet sind, die WZW-Kriterien nach Art. 32 KVG erfüllen und vom Ordnungsgeber gestützt auf Art. 33 KVG weiter konkretisiert worden sind. Art. 34 Abs. 1 KVG stellt somit klar, dass im Rahmen der OKP die Leistungskataloge von Gesetzgeber und Ordnungsgeber **verbindlich und abschliessend** sind⁷.
- 8 Alle übrigen medizinischen Leistungen sind nach dem Willen des Gesetzgebers in den Bereich der **Krankenzusatzversicherungen** verwiesen, deren Abschluss jedermann freisteht. Dies bestätigen auch die Botschaft zum KVG⁸ sowie die Materialien zu den parlamentarischen Beratungen des KVG: So wies Berichterstatter Huber im Namen der vorberatenden ständerätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit darauf hin, dass der Katalog der gesetzlichen Leistungen der obligatorischen Grundversicherung begrenzt ist. Was nicht darin enthalten sei, könne nur privatrechtlich auf dem Weg der Zusatzversicherung in unterschiedlicher Art, Menge und Preis angeboten werden⁹. Sodann hielt Berichterstatterin Segmüller im Namen der vorberatenden nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit fest, die Sozialversicherung müsse den Zugang aller zur medizinischen Grundversorgung sicherstellen, so dass Zusatzversicherungen nur noch die Aufgabe hätten, Komfortleistungen abzudecken¹⁰.

⁶ GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 1053.

⁷ BGE 125 V 21 E. 5b S. 28 f.; 131 V 66 E. 5.2.2 S. 74 f.; EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 1 zu Art. 34 KVG.

⁸ BBl 1992 I 93, 161 f.

⁹ AB 1992 S 1305.

¹⁰ AB 1993 N 1737.

2.2 Einzelne Leistungsbereiche

2.2.1 Leistungsbereiche mit Negativliste

- 9 Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 und 2 KVG erfasst die Leistungen, die von **Ärzten und Chiropraktoren** erbracht werden. Dabei werden diagnostische und therapeutische Leistungen (Untersuchungen und Behandlungen) stets von der OKP vergütet, unabhängig davon, ob sie ambulant, stationär oder in einem Pflegeheim erfolgen. Pflegeleistungen von Ärzten und Chiropraktoren werden dagegen von der OKP nur vergütet, wenn sie in einem Spital durchgeführt werden. Unter Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 und 2 KVG fallen nicht nur Leistungen, die von Ärzten und Chiropraktoren persönlich, sondern auch Leistungen, die unter ihrer direkten Überwachung und Kontrolle durch unselbständige Medizinalpersonen erbracht werden (sog. delegierte ärztliche Tätigkeit)¹¹.
- 10 Gemäss Art. 33 Abs. 1 KVG kann der Bundesrat die von Ärzten oder Chiropraktoren erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der OKP nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden. Der Bundesrat hat diese Kompetenz an das EDI delegiert (Art. 33 KVV). Das EDI trifft seine Entscheide gestützt auf eine jeweilige Prüfung und Empfehlung durch die **Leistungs- und Grundsatzkommission** (ELGK; vgl. Art. 37d KVV). Die ELGK überprüft einzelne von Ärzten oder Chiropraktoren erbrachte Leistungen, falls deren Übereinstimmung mit den WZW-Kriterien umstritten ist. In der Praxis wird entsprechend von einem «Umstrittenheitsverfahren» gesprochen. Die Frage, ob eine Leistung umstritten ist, kann sowohl von Krankenversicherern als auch von Leistungserbringern und dem BAG gestellt werden. Bevor sich die ELGK mit der WZW-Konformität einer Leistung befasst, nimmt das BAG eine Vorprüfung vor.
- 11 Die vom EDI gestützt auf die Empfehlungen der ELGK getroffenen Entscheide finden Eingang in Anhang 1 der Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV). In diese Liste werden nicht nur die Leistungen aufgenommen, welche von der OKP gar nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen vergütet – sondern auch jene, die von der OKP übernommen werden (Art. 1 KLV). Während jedoch die im Anhang 1 der KLV negativ aufgeführten Leistungen für die Kostenübernahme durch die OKP konstitutiv sind, haben die positiv aufgeführten Leistungen lediglich deklaratorische Bedeutung. D.h. die

¹¹ Dazu eingehend EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 15 f. zu Art. 25 KVG, mit Hinweisen.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

in Anhang 1 der KLV positiv aufgeführten Leistungen müssten ohnehin – unabhängig von ihrer Aufnahme in die Liste – von der OKP vergütet werden. Diese Leistungen werden lediglich aus Gründen der Transparenz und Rechtssicherheit in die Liste aufgenommen, weil deren WZW-Konformität umstritten war und von der ELGK überprüft wurde. Auch wenn Anhang 1 der KLV Leistungen nennt, deren Kosten von der OKP übernommen werden, hat dieser Anhang somit ausschliesslich den Charakter einer **Negativliste**. Dies entspricht denn auch der dem Gesetz, welches dem Bundesrat einzig die Kompetenz verleiht, die von Ärzten oder Chiropraktoren erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der OKP «nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden» (Art. 33 Abs. 1 KVG).

- 12 Für die in Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 und 2 KVG allgemein umschriebenen Leistungen von Ärzten und Chiropraktoren gilt demzufolge die widerlegbare Vermutung, dass sie wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich und somit von der OKP zu vergüten sind (**Pflichtleistungsvermutung**). Solche Leistungen werden somit von der OKP grundsätzlich übernommen, soweit dies in der Liste gemäss Anhang 1 der KLV nicht ausgeschlossen ist. Vorbehalten bleibt eine Verweigerung der Kostenübernahme durch den Krankenversicherer oder Kanton im Einzelfall, weil die konkrete Leistung den WZW-Kriterien nicht genügt.
- 13 Die Pflichtleistungsvermutung gilt nicht nur für allgemeine Leistungen bei Krankheit, sondern darüber hinaus für folgende Leistungen:
- Untersuchungen und Behandlungen bei **Geburtsgebrechen, Unfall und straflosem Schwangerschaftsabbruch**, soweit diese im Einklang mit Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 und 2 KVG von Ärzten oder Chiropraktoren durchgeführt werden (vgl. die Rückverweise in Art. 27, 28 und 30 KVG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 KVG e contrario);
 - **bestimmte Leistungen bei Mutterschaft**, namentlich die Entbindung und die Geburtshilfe durch Ärzte oder Hebammen sowie die Pflege und den Aufenthalt des gesunden Neugeborenen, solange es sich mit der Mutter im Spital aufhält (vgl. Art. 29 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 KVG e contrario);
 - ärztlich durchgeführte Massnahmen der **medizinischen Rehabilitation** (vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. d KVG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 KVG e contrario);
 - **zahnärztliche Behandlungen** von Schäden des Kausystems bei Unfall (Art. 31 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 KVG e contrario).

2.2.2 Leistungsbereiche mit Positivliste

- 14 Das Krankenversicherungsgesetz kennt einzig in Bezug auf Leistungen, die von Ärzten und Chiropraktoren erbracht werden, eine Pflichtleistungsvermutung. Für die weiteren Leistungsbereiche gilt dagegen das **Listenprinzip**, d.h. das Prinzip, dass eine Leistung nur von der OKP vergütet wird, wenn und soweit sie auf der entsprechenden Positivliste figuriert.
- 15 Zu den Leistungsbereichen mit Positivliste gehören zunächst Untersuchungen und Behandlungen, die von **selbständig tätigen Medizinalpersonen** auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes bzw. Chiropraktors durchgeführt werden (Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG). Gemäss Art. 33 Abs. 2 KVG bezeichnet der Bundesrat die von solchen nicht-ärztlichen Medizinalpersonen erbrachten Leistungen. Art. 46 Abs. 1 lit. a-e KVV zählt die Personenkategorien abschliessend auf; es handelt sich um Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Pflegefachleute, Logopäden und Ernährungsberater. Gestützt auf die Delegation von Art. 33 lit. b KVV umschreibt das EDI in Art. 5-11 KLV abschliessend, welche von diesen Personen auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes bzw. Chiropraktors durchgeführten Untersuchungen und Behandlungen von der OKP übernommen werden.
- 16 Als weiteren Leistungsbereich der OKP nennt Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG die von Ärzten oder unter bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren¹² verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände. In Bezug auf diesen Leistungsbereich ist das Listenprinzip in Art. 52 Abs. 1 KVG verankert. Gestützt auf diese Bestimmung erlassen das EDI bzw. das BAG nach Anhören der zuständigen Kommissionen die folgenden Positivlisten:

¹² Art. 4 KLV bestimmt gestützt auf Art. 33 lit. a und Art. 62 Abs. 1 lit. b KVV, welche Kosten der von Chiropraktoren verordneten Analysen, Arzneimittel, der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände, bildgebenden Verfahren sowie physiotherapeutischen Leistungen von der OKP übernommen werden.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

- **Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL):** Bestimmungen über die Leistungspflicht und den Umfang der Vergütung bei Mitteln und Gegenständen, die der Untersuchung oder Behandlung dienen¹³, erlassen vom EDI in Anhang 2 KLV, gestützt auf Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 KVG sowie Art. 33 lit. e KVV, nach Anhören der Eidgenössischen Kommission für Analysen, Mittel und Gegenstände (EAMGK; vgl. Art. 37f KVV);
 - **Analysenliste:** Liste der Analysen mit Tarif, erlassen vom EDI in Anhang 3 KLV, gestützt auf Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 KVG und Art. 60 ff. KVV, nach Anhören der EAMGK;
 - **Arzneimittelliste mit Tarif (ALT):** Liste der in der Rezeptur verwendeten Präparate, Wirk- und Hilfsstoffe mit Tarif, erlassen vom EDI in Anhang 4 KLV, gestützt auf Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 KVG sowie Art. 63 KVV, nach Anhören der Eidgenössischen Arzneimittelkommission (EAK; vgl. Art. 37e KVV);
 - **Spezialitätenliste (SL):** Liste der pharmazeutischen Spezialitäten und konfektionierten Arzneimittel mit Preisen einschliesslich Generika, erlassen vom BAG gestützt auf Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG sowie Art. 64a ff. KVV.
- 17 Weitere Leistungsbereiche der OKP, die dem Listenprinzip unterliegen, sind:
- ärztlich angeordnete **Badekuren** (Art. 25 Abs. 2 lit. c KVG, Art. 33 lit. f KVV, Art. 25 KLV);
 - ärztlich angeordnete Massnahmen der **medizinischen Rehabilitation** (Art. 25 Abs. 2 lit. d KVG, Art. 33 lit. b KVV, Anhang 1 Ziff. 11 KLV);
 - medizinisch notwendige **Transport- und Rettungskosten** (Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG, Art. 33 lit. g KVV, Art. 26 und 27 KLV);

¹³ Von der MiGeL erfasst sind allerdings grundsätzlich nur Mittel und Gegenstände, die von von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet werden (Art. 20 KLV). Mittel und Gegenstände, die in den Körper implantiert werden oder von Leistungserbringern im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten der OKP verwendet werden, sind demgegenüber in der Liste nicht aufgeführt. Deren Vergütung wird zusammen mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt (Art. 20a Abs. 2 KLV).

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

- Leistung der **Apotheker** bei der Abgabe von ärztlich oder chiropraktisch verordneten Arzneimitteln (Art. 25 Abs. 2 lit. h KVG, Art. 33 lit. b KVV, Art. 4a KLV);
 - **Pflegeleistungen bei Krankheit** (Art. 25a KVG, Art. 33 lit. i KVV, Art. 7 ff. KLV);
 - **medizinische Prävention** (Art. 26 KVG, Art. 33 lit. d KVV, Art. 12 ff. KLV);
 - **bestimmte Leistungen bei Mutterschaft**, namentlich die von Ärzten oder Hebammen durchgeführten oder ärztlich angeordneten Kontrolluntersuchungen während und nach der Schwangerschaft sowie Stillberatung (Art. 29 Abs. 2 lit. a und c KVG, Art. 33 lit. d KVV, Art. 13 ff. KLV);
 - **zahnärztliche Behandlungen bei Krankheit** (Art. 31 Abs. 1 KVG, Art. 33 lit. d KVV, Art. 17 ff. KLV).
- 18 Schliesslich bestimmt der Bundesrat gemäss Art. 33 Abs. 3 KVG, in welchem Umfang die OKP die Kosten einer **neuen oder umstrittenen Leistung** übernimmt, deren Wirksamkeit, Zweckmässigkeit oder Wirtschaftlichkeit sich noch in Abklärung befindet. Der Bundesrat hat auch diese Kompetenz an das EDI delegiert (Art. 33 lit. c KVV). Das EDI führt die neuen und umstrittenen Leistungen auf Empfehlung der ELGK hin abschliessend in der Liste in Anhang 1 der KLV mit dem Vermerk «in Evaluation» auf und bestimmt, ob und inwieweit sie von der OKP abgedeckt sind. Für neue und umstrittene Leistungen, die nicht in Anhang 1 der KLV aufgeführt sind, gilt die Pflichtleistungsvermutung nach Art. 33 Abs. 1 KVG¹⁴.

2.2.3 Leistungsbereiche ohne Liste

- 19 Neben den Leistungsbereichen, die mittels Negativ- oder Positivliste auf Verordnungsstufe konkretisiert werden, kennt das Krankenversicherungsgesetz zwei eigenständige, **abschliessend normierte Leistungsbereiche** der OKP. Es handelt sich dabei um den Aufenthalt im Spital entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung (Art. 25 Abs. 2 lit. e KVG) sowie um den Aufenthalt bei Entbindung in einem Geburtshaus (Art. 25 Abs. 2 lit. f^{bis} KVG).

¹⁴ EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 12 zu Art. 33 KVG.

- 20 Der Aufenthalt im Spital entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung umfasst die Kosten für Unterkunft und Verpflegung¹⁵. Der **Begriff des Spitals** ist in Art. 39 Abs. 1 Ingress KVG definiert. Demnach handelt es sich um Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen und als OKP-Leistungserbringer zugelassen sind (Listenspitäler).
- 21 Der **Begriff der allgemeinen Abteilung** stammt aus dem alten, vor der Revision des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung)¹⁶ geltenden Recht. Gemäss Bundesgericht handelte sich dabei nicht um einen örtlichen, sondern um einen funktionalen Begriff, der den Umfang der Vergütungspflicht der Krankenkasse im Falle der stationären Behandlung bzw. die Qualität der Behandlung und Pflege umschreibt¹⁷. Auch im geltenden Art. 25 Abs. 2 lit. e KVG ist der Terminus der allgemeinen Abteilung funktional zu verstehen¹⁸. Das bedeutet, dass der Standard der allgemeinen Abteilung weder einen örtlich abgegrenzten Spitalbereich noch eine bestimmte Bettenzahl pro Zimmer bezeichnet¹⁹. Der Standard der allgemeinen Abteilung bezieht sich vielmehr auf die Kriterien der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit: Unterkunft und Verpflegung in einem Spital werden nur soweit von der OKP vergütet, als sie für die Sicherstellung einer wirksamen und zweckmässigen Behandlung notwendig sind. Gemeint ist somit jene Qualität des Spitalaufenthalts, die mit Blick auf eine wirksame und zweckmässige Behandlung medizinisch erforderlich ist. Insofern kann der Aufenthalt in einem Einbettzimmer ausnahmsweise zum Standard der allgemeinen Abteilung gehören, wenn er auf medizinischen Gründen beruht. Im Regelfall ist jedoch ein Zimmer, das die Privatsphäre in erhöhtem Mass gewährleistet, für die stationäre Behandlung aus medizinischer Sicht nicht erforderlich. Über den Standard der allgemeinen Abteilung hinaus gehen generell Hotellerieleistungen wie z.B. Zimmer mit luxuriöser Ausstattung und Fernsicht oder Suiten, die das Rooming-in für Angehörige ermöglichen; ebenso sind besondere Annehmlichkeiten in kulinarischer Hinsicht vom Standard der allgemeinen Abteilung nicht erfasst.

¹⁵ EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 52 zu Art. 25 KVG.

¹⁶ AS 2008 2049, in Kraft seit dem 1. Januar 2009.

¹⁷ BGE 127 V 422 E. 4c S. 428; 135 V 443 E. 3.3.2 S. 453 mit Hinweisen.

¹⁸ Vgl. AB 2006 S 48 f. (Votum Brunner, Berichterstatterin).

¹⁹ EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 54 zu Art. 25 KVG.

3. WZW-Kriterien

3.1 Relevanz

- 22 Art. 32 Abs. 1 Satz 1 KVG verankert die WZW-Kriterien als **allgemeine Leistungsvooraussetzungen** der OKP. Demnach müssen die in Art. 25-31 KVG aufgeführten medizinischen Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein, um von der OKP vergütet zu werden. Die WZW-Kriterien müssen für jede Leistung kumulativ erfüllt sein²⁰.
- 23 Die WZW-Kriterien sind zum einen bei der Beurteilung einer medizinischen Leistung **im Einzelfall** zu beachten²¹, namentlich im Rahmen der Wirtschaftlichkeitskontrolle nach Art. 56 KVG sowie der Überprüfung der Leistungspflicht der Krankenversicherer durch einen Vertrauensarzt nach Art. 57 Abs. 4 KVG. Die Einhaltung der Kriterien wird nach dem jeweiligen Wissensstand im Zeitpunkt der Leistungserbringung beurteilt; den behandelnden Ärzten wird dabei ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt²².
- 24 Zum anderen sind die WZW-Kriterien für die **allgemeine Konkretisierung** des OKP-Leistungsumfangs durch den zuständigen Ordnungsgeber (Bundesrat, EDI, BAG) mittels Festlegung von negativen und positiven Listen zu den einzelnen Leistungsbe- reichen massgebend (vgl. Rz. 6). Gemäss Art. 32 Abs. 2 KVG werden Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen periodisch überprüft. Diese Überprüfungspflicht dient nicht etwa dem Ziel, die Qualität medizinischer Leistungen laufend auf dem besten Stand zu halten; vielmehr sollen damit überholte medizinische Leistungen und Techniken ausgeschlossen werden, um unnötige Kosten zu vermei- den²³. In der Praxis kann das Ziel der periodischen Überprüfungen der Leistungen man- gels hinreichender institutioneller Kapazitäten kaum erreicht werden.

²⁰ AB 1992 S 1303 (Votum Huber; Berichterstatter); EUGSTER, Rechtsprechung des Bundes- gerichts zum KVG, Rz. 1 zu Art. 32 KVG.

²¹ GÄCHTER/RÜTSCH, Rz. 1053.

²² BGer, Urteil 9C_224/2009 vom 11. September 2009 E. 1.1.

²³ BGer, Urteil 9C_224/2009 vom 11. September 2009 E. 1.2; EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 16 zu Art. 32 KVG; EUGSTER, SBVR, Rz. 742.

3.2 Gehalt

3.2.1 Wirksamkeit

- 25 Die Voraussetzung der Wirksamkeit bezieht sich auf die **medizinische Wirkung** einer Leistung. Das Bundesgericht beschreibt die Wirksamkeit als «kausale Verknüpfung von Ursache (medizinische Massnahme) und Wirkung (medizinischer Erfolg)»²⁴. Eine medizinische Leistung wird als wirksam betrachtet, «wenn sie objektiv geeignet ist, auf den angestrebten diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Nutzen hinzuwirken»²⁵.
- 26 Gemäss Art. 32 Abs. 1 Satz 2 KVG muss die Wirksamkeit nach **wissenschaftlichen Methoden** nachgewiesen sein. Zu diesem Zweck sind laut Bundesgericht «in der Regel nach international anerkannten Richtlinien verfasste wissenschaftliche (Langzeit-)Studien erforderlich»²⁶. Für den Bereich der klassischen Medizin muss die Wirksamkeit einer therapeutischen Vorgehensweise «nach den Kriterien und Methoden der wissenschaftlichen Schulmedizin nachgewiesen sein, weshalb hier der Begriff der wissenschaftlich nachgewiesenen Wirksamkeit nach wie vor demjenigen der wissenschaftlichen Anerkennung entspricht»²⁷. Demnach ist massgebend, «ob eine therapeutische oder diagnostische Massnahme von Forschern und Praktikern der medizinischen Wissenschaft auf breiter Basis als geeignet erachtet wird, das angestrebte therapeutische oder diagnostische Ziel zu erreichen»²⁸. Der Nachweis der Wirksamkeit lässt sich am zuverlässigsten mit klinischen Versuchen erbringen, aus denen die Reproduzierbarkeit des medizinischen Erfolgs einer Massnahme hervorgeht²⁹. Gemäss Bundesgericht dürfen jedoch auch andere wissenschaftliche Methoden wie die der Statistik zum Nachweis der

²⁴ BGE 133 V 115 E. 3.1 S. 116 f.

²⁵ BGE 133 V 115 E 3.1 S. 116. Vgl. auch BBI 1992 I 93, 158 f.; EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 1 zu Art. 32 KVG.

²⁶ BGE 133 V 115 E. 3.1 S. 117.

²⁷ BGE 133 V 115 E. 3.2.1 S. 117 mit Hinweis auf BGE 125 V 28 E. 5a in fine.

²⁸ BGE 133 V 115 E. 3.2.1 S. 117.

²⁹ BGE 133 V 115 E. 3.2.1 S. 118.

Wirksamkeit benutzt werden³⁰. Im Bereich der Komplementärmedizin erfolgt die Prüfung der Wirksamkeit nach eigenen, angepassten Kriterien³¹, verbietet doch der in Art. 118a BV enthaltene Auftrag zur Berücksichtigung der Komplementärmedizin eine einseitige Beschränkung auf naturwissenschaftliche bzw. schulmedizinische Methoden³².

3.2.2 Zweckmässigkeit

- 27 Mit Zweckmässigkeit ist im Wesentlichen das **Nutzen-Risiko-Verhältnis** einer medizinischen Leistung angesprochen. Das Bundesgericht umschreibt die Zweckmässigkeit als «angemessene Eignung im Einzelfall»³³. Ob eine medizinische Behandlung zweckmässig ist, beurteilt sich demzufolge «nach dem diagnostischen oder therapeutischen Nutzen der Anwendung im Einzelfall unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken»³⁴. Die Beurteilung der Zweckmässigkeit erfolgt dabei «auf Grund des Verhältnisses von Erfolg und Misserfolg (Fehlschlägen) einer Anwendung sowie der Häufigkeit von Komplikationen»³⁵. Gemäss Bundesgericht ist die Zweckmässigkeit – wie die Wirksamkeit – nach objektiven medizinischen Kriterien zu beurteilen³⁶. Ist die medizinische Indikation einer Massnahme klar gegeben, so kann folglich deren Zweckmässigkeit ohne weiteres bejaht werden³⁷.
- 28 Die Zweckmässigkeit einer medizinischen Leistung ist nach der begründeten **Erwartung eines bestimmten Erfolgs** zu beurteilen. Kann die Zweckmässigkeit ex ante bejaht werden, ist unbeachtlich, wenn sich die medizinische Leistung ex post als unzweckmässig oder erfolglos erweist³⁸. Umgekehrt kann der Erfolg einer medizinischen

³⁰ BGE 123 V 53 E. 2c/bb S. 63 mit Hinweisen. Dazu auch EUGSTER, SBVR, Rz. 669.

³¹ BGE 123 V 53 E. 4 S 65 f.

³² GÄCHTER/RÜTSCH, Rz. 1054.

³³ BGE 123 V 53 E. 2c./bb S. 63. Vgl. auch BBI 1992 I 93, 159; EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 7 zu Art. 32 KVG.

³⁴ BGE 127 V 138 E. 5 S. 146; 130 V 299 E. 6.1 S. 304.

³⁵ BGE 127 V 138 E. 5 S. 146.

³⁶ BGE 125 V 95 E. 4a S. 99.

³⁷ BGE 125 V 95 E. 4a S. 99.

³⁸ BGE 131 V 78 E. 2 S. 81 f.; 130 V 299 E. 5.2 S. 303.

Behandlung eine vom gesetzlichen Leistungskatalog nicht erfasste Leistung nicht zu einer von der OKP zu übernehmenden Pflichtleistung machen³⁹.

3.2.3 Wirtschaftlichkeit

- 29 Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit bezweckt, die **Kosten in der OKP** soweit wie möglich zu begrenzen, ohne dass den Grundversicherten wirksame und zweckmässige, vom gesetzlichen Leistungskatalog erfasste medizinische Massnahmen vorenthalten werden. Das Wirtschaftlichkeitskriterium verlangt somit, dass die Kosten medizinischer Leistungen verhältnismässig sind.
- 30 Das Wirtschaftlichkeitsgebot bedeutet zunächst, dass die Kosten einer konkreten Leistung so tief wie möglich zu halten sind. Der Leistungserbringer muss sich demzufolge bei seinen Untersuchungen und Behandlungen **auf das Mass beschränken**, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist (Art. 56 Abs. 1 KVG). Dabei bezieht sich das Kriterium der Wirtschaftlichkeit gemäss Bundesgericht nicht nur auf die Art und den Umfang der diagnostischen und therapeutischen Leistungen, sondern auch auf die Behandlungsform, etwa ob eine bestimmte Leistung ambulant oder stationär durchzuführen ist und in welches Spital oder welche Abteilung die versicherte Person vom medizinischen Standpunkt aus gehört⁴⁰.
- 31 Sodann ist das Wirtschaftlichkeitskriterium massgebend, wenn **mehrere zweckmässige Leistungen** zur Auswahl stehen. Bei vergleichbarem medizinischem Nutzen «ist die kostengünstigste Variante bzw. diejenige mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis zu wählen»⁴¹. Medizinische Leistungen, die durch weniger kostspielige ersetzt werden können, werden demzufolge von der OKP nicht übernommen, sofern die Kostendifferenz zwischen den Alternativen deutlich ist⁴². Eine relativ grössere medizinische Zweckmässigkeit einer Leistung, d.h. ein besseres Nutzen-Risiko-Verhältnis, kann die Übernahme einer teureren Leistung jedoch rechtfertigen⁴³.

³⁹ EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 9 zu Art. 32 KVG.

⁴⁰ BGE 126 V 334 E. 2b S. 339.

⁴¹ BGE 136 V 395 E. 7.4. S. 407. Sodann BGE 130 V 532 E. 2.2 S. 535 f.; 127 V 43 E. 2b S. 46 f.; 124 V 196 E. 3 S. 200 f.; 121 V 215 E. 2a/bb S. 220 f.

⁴² BGE 124 V 196 E. 3 S. 200.

⁴³ BGE 127 V 138 E. 5 S. 147.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

- 32 Das Kosten-Nutzen-Verhältnis ist auch dort massgebend, wo es nur eine einzige Untersuchungs- oder Behandlungsmöglichkeit gibt⁴⁴. Dabei vermag gemäss Bundesgericht jedoch nur ein **grobes Missverhältnis** zwischen Kosten und Nutzen eine Leistungsverweigerung zu rechtfertigen⁴⁵.
- 33 Die im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung vorzunehmende Kosten-Nutzen-Abwägung beruht auf einer **relativen Betrachtungsweise**, welche die Kosten einer medizinischen Leistung ins Verhältnis zu ihrem Nutzen stellt, wobei für die Gewichtung des Nutzens einerseits die Schwere der Krankheit (einschliesslich Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit) und andererseits die Wirksamkeit der Leistung (Wahrscheinlichkeit des Heilerfolgs, Dauer der Therapie, Nebenwirkungen und Rückfallrate) massgebend sind⁴⁶.
- 34 Im Urteil «Myozyme» von 2010 nahm das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines teuren Arzneimittels gegen eine seltene Krankheit erstmals Rückgriff auf eine **absolute Betrachtungsweise**. Diese geht davon aus, dass im System der sozialen Krankenversicherung der Allgemeinheit nicht beliebige Kosten für die Behandlung einzelner Patienten zugemutet werden können. Das Bundesgericht stellte folglich einen Höchstbetrag pro gerettetes Menschenlebensjahr (sog. Kosteneffizienz- oder Kostenwirksamkeitsschwelle) zur Diskussion. Gemäss Bundesgericht würden nach verschiedenen gesundheitsökonomischen Ansätzen «Beträge in der Grössenordnung von maximal ca. Fr. 100'000.- pro gerettetes Menschenlebensjahr noch als angemessen betrachtet»⁴⁷. Neben den Kosten pro Patient sind bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit medizinischer Leistungen gemäss Bundesgericht aber auch die Gesamtkosten für die soziale Krankenversicherung, soweit hinreichend quantifizierbar, zu berücksichtigen⁴⁸. Aus dem Urteil «Myozyme» geht hervor, dass der für eine Therapie im Einzelfall zu erbringende Aufwand verallgemeinerungsfähig sein muss; ansonsten könne er mit Blick auf die Rechtsgleichheit im Einzelfall nicht erbracht werden⁴⁹.

⁴⁴ BGE 136 V 395 E. 7.4 S. 408. Sodann BGE 120 V 121 E. 4b S. 125; 118 V 107 E. 7b S. 115; 109 V 41 E. 3 S. 44 f.

⁴⁵ BGE 136 V 395 E. 7.4 S. 408. Sodann BGE 109 V 41 E. 3 S. 44 f.; 118 V 107 E. 7b S. 115.

⁴⁶ Vgl. RÜTSCH/WILDI, S. 203.

⁴⁷ BGE 136 V 395 E. 7.6.3 S. 412.

⁴⁸ BGE 137 V 295 E. 6.3.4.2 S. 311; 136 V 395 E. 7.6-7.8 S. 410 ff.

⁴⁹ BGE 136 V 395 E. 7.8 S. 414.

- 35 Das mittlerweile sieben Jahre zurückliegende Urteil «Myozyme» hat indessen zur Festlegung absoluter Wirtschaftlichkeitsschwellen – sei dies pro Patient, sei dies in Bezug auf das Gesamtsystem – erstaunlich wenig beigetragen. Dies wohl auch deshalb, weil es davon Abstand genommen hat, bestimmte Kostenobergrenzen abschliessend festzulegen. Im Rahmen des KVG gilt damit nach wie vor das **Primat des relativen Charakters der Wirtschaftlichkeit**. Allerdings hat das «Myozyme»-Urteil den Weg geebnet, bei der Festlegung der Negativ- und Positivlisten zunehmend auch die Auswirkungen auf die Gesamtkosten der OKP als Kriterium heranzuziehen, zumindest was die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit teurer Arzneimittel betrifft.⁵⁰

3.3 Leistungsstandard der OKP

- 36 Die WZW-Kriterien stellen allgemeine Massstäbe dar, nach denen der von der OKP zu vergütende Leistungsstandard zu bestimmen ist. Wie hoch dieser Standard sein soll, wird von den zuständigen Behörden und Gerichten in Bezug auf einzelne Leistungsbe- reiche bzw. einzelne Leistungen nach dem jeweils aktuellen Stand des medizinischen Wissens konkretisiert (vgl. Rz. 23). Eine abstrakte Umschreibung des angestrebten Leistungsstandards in der OKP findet sich im Zusammenhang mit dem Tarifrecht in Art. 43 Abs. 6 KVG: Demnach achten die Vertragspartner und die zuständigen Behör- den darauf, «dass eine **qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitli- che Versorgung zu möglichst günstigen Kosten** erreicht wird». In gleicher Weise spricht das Bundesgericht von der «Sicherstellung einer effizienten, qualitativ hoch ste- henden und zweckmässigen Gesundheitsversorgung zu möglichst günstigen Kos- ten»⁵¹.
- 37 Der **Entstehungsgeschichte des KVG** lassen sich kaum präzisere Angaben zum Leistungsstandard der OKP entnehmen. Gemäss Botschaft zum KVG vom 6. Novem- ber 1991 sollte die Einführung eines Versicherungsobligatoriums und einheitlicher Prä- mien zur Stärkung der Solidarität unter den Versicherten führen. Weiter bezweckte der Gesetzgeber, mit zahlreichen Massnahmen wie etwa jenen, welche die Wirtschaftlich- keit einer Behandlung garantieren, zur Eindämmung der Kosten im Gesundheitswesen

⁵⁰ Zum Ganzen RÜTSCH/WILDI, S. 204.

⁵¹ BGE 127 V 80 E. 3c/aa S. 85.

beizutragen. Zugleich sollte aber auch der Leistungsumfang der sozialen Krankenversicherung ausgebaut werden⁵². Dabei hält die Botschaft fest, dass alle Krankenversicherer im Rahmen der OKP dieselben Leistungen anbieten bzw. alle Versicherte den Zutritt zu einheitlichen Leistungen haben sollen. Darüber hinaus gehende Leistungen können im Rahmen der Zusatzversicherungen angeboten werden, wo Differenzierungen bei Leistungen und Prämien zulässig seien. Diese der Abdeckung individueller Sonderbedürfnisse dienenden Zusatzversicherungen unterstehen nicht dem KVG, sondern dem privatrechtlichen Gesetz über den Versicherungsvertrag⁵³. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde sodann festgehalten, dass die OKP den Zugang aller zur medizinischen Grundversorgung sicherstellen müsse, so dass Zusatzversicherungen nur noch die Aufgabe hätten, Komfortleistungen abzudecken (Rz. 8)⁵⁴. Abgesehen davon äussern sich die Materialien nicht zum Standard, den sich der Gesetzgeber in Bezug auf die Leistungen der OKP einerseits und der Zusatzversicherungen andererseits vorstellte.

- 38 Gewisse Anhaltspunkte für den Standard, an dem die vom KVG verlangte «qualitativ hoch stehende» gesundheitliche Versorgung auszurichten ist, ergeben sich aus den **Bestimmungen über die Qualitätssicherung** nach Art. 58 KVG. Gemäss Art. 58 Abs. 1 KVG kann der Bundesrat systematische wissenschaftliche Kontrollen zur Sicherung der Qualität oder des zweckmässigen Einsatzes der OKP-Leistungen vorsehen. In Ausführung dieser Bestimmung hat der Bundesrat die Leistungserbringer beauftragt, Konzepte und Programme über die Anforderungen an die Qualität der Leistungen und die Förderung der Qualität zu erarbeiten. Die Modalitäten der Durchführung der Qualitätssicherung werden zwischen Leistungserbringern und Versicherern vertraglich vereinbart, wobei die Bestimmungen unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen den «allgemein anerkannten Standards» zu entsprechen haben (Art. 77 Abs. 1 KVV). Der Bundesrat erlässt die erforderlichen Bestimmungen selber, wenn der Vertrag über die Durchführung der Qualitätssicherung nicht zustande kommt oder dieser nicht den allgemein anerkannten Standards entspricht (Art. 77 Abs. 3 KVV)⁵⁵.

⁵² Zum Ganzen BBI 1992 I 93, 95 f.

⁵³ Zum Ganzen BBI 1992 I 93, 121 und 151.

⁵⁴ AB 1993 N 1737 (Votum Segmüller, Berichterstatterin).

⁵⁵ Z.B. Verordnung vom 23. Juni 1999 über die Qualitätssicherung bei Programmen zur Früherkennung von Brustkrebs durch Mammographie (SR 832.102.4).

- 39 Aus Gesetz und Verordnung lässt sich somit nur der Schluss ziehen, dass die Leistungen der OKP hinsichtlich Qualität den allgemein anerkannten Standards entsprechen müssen. Diese Standards werden in Konzepten und Programmen bzw. in Verträgen zwischen Leistungserbringern und Versicherern sowie subsidiär durch den Bundesrat konkretisiert. Soweit es um die medizinische Qualität von Untersuchungen und Behandlungen geht, kann mit dem allgemein anerkannten Standard nur der **medizinische Standard** gemeint sein. Dies ergibt sich bereits aus dem für alle OKP-Leistungen geltenden Kriterium der Wirksamkeit, welches die Eignung einer medizinischen Leistung, einen angestrebten diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Nutzen zu erreichen, voraussetzt und mit wissenschaftlichen Methoden nachzuweisen ist (Rz. 25 f.). Das bedeutet, dass die OKP-Leistungen dem medizinischen Standard genügen müssen. Damit stellt sich die Frage, was medizinischer Standard bedeutet und woraus sich der medizinische Standard konkret ergibt.

3.4 Verhältnis zum medizinischen Standard

- 40 Der **Begriff des medizinischen Standards** wird vom Gesetzgeber nicht näher definiert. Die Schweizerische Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW) weist in ihrer Richtlinie «Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall»⁵⁶ denn auch darauf hin, dass es keine klare und eindeutige Umschreibung des medizinischen Standards gibt⁵⁷. In der Lehre wird die Standardtherapie als Vorgehensweise umschrieben, die auf dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrungen beruht, welcher zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat⁵⁸. Der Standard setzt sich

⁵⁶ Die Richtlinie ist Teil der Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH und somit zivilrechtlich verbindlich (Art. 18 Standesordnung FMH).

⁵⁷ SAMW-Richtlinie „Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall“, Basel 2014, S. 7.

⁵⁸ SPRECHER, S. 111; VAN SPYK, S. 158; WIDMER, Rz. 14. Sodann PALLY, S. 217; AEBI-MÜLLER et al., § 8 Rz. 58; SAMW-Richtlinie „Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall“, Basel 2014, S. 10.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

aus wissenschaftlicher Erkenntnis, professioneller Akzeptanz und der ärztlichen Erfahrung zusammen⁵⁹. Dabei kommt evidenzbasierten Leitlinien von medizinischen Fachgesellschaften⁶⁰ in der Regel die Vermutung des Standards zu⁶¹. Indessen bestehen nicht für jede medizinische Behandlung Leitlinien. Zudem kann der Arzt in medizinisch begründeten Fällen im Interesse des Patienten von den Leitlinien abweichen, was aber eine entsprechende Begründung voraussetzt⁶².

- 41 In der Literatur wird zum **Mass des Standards** festgehalten, dass dieser nicht ein Maximum oder Optimum möglicher Leistungen umfasst, sondern das tatsächliche, gegenwärtig gegebene durchschnittliche Leistungsniveau widerspiegelt⁶³. Der Standard entspricht der Behandlung, die ein durchschnittlich qualifizierter Arzt nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Praxis erbringen kann und muss⁶⁴. Es gibt Bereiche des Standards, die als gesichert und abgeschlossen gelten wie z.B. Hygienevorschriften (Desinfektion von medizinischen Geräten, Spritzen wie auch von Haut und Händen) oder die Entfernung von Fremdkörpern wie Kompressen, Tupfern oder Bauchtüchern aus dem Operationsgebiet, bevor dieses verschlossen wird⁶⁵. Zu diesem Basisstandard kommen jene Bereiche des Standards hinzu, die sich weiter entwickeln, wenn sich neue medizinische Erkenntnisse auf einem Gebiet ergeben⁶⁶. Der Standard verlangt dabei aber nicht, dass das neuste Therapiekonzept angewendet wird⁶⁷. Vielmehr stellen die Standards nur den im Behandlungszeitpunkt gesicherten und bewährten Stand

⁵⁹ WIDMER, Rz. 14; PALLY, S. 217 je mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124; 108 II 59 E. 1 S. 61.

⁶⁰ Solche Leitlinien sind systematisch entwickelte Hilfen für Ärzte zur Entscheidungsfindung in spezifischen Situationen. Sie beruhen auf aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen und in der Praxis bewährten Verfahren und sorgen für mehr Sicherheit in der Medizin, sollen aber auch ökonomische Aspekte berücksichtigen. Die Leitlinien sind für Ärzte rechtlich nicht bindend und haben daher weder haftungsbegründende noch haftungsbefreiende Wirkung (<http://www.awmf.org/leitlinien.html>).

⁶¹ Vgl. VAN SPYK, S. 159; WIDMER, Rz. 14.

⁶² VAN SPYK, S. 160; WIDMER, Rz. 14; JAEGER, S. 5.

⁶³ PALLY, S. 216 f.; AEBI-MÜLLER et al., § 8 Rz. 57.

⁶⁴ PALLY, S. 216 f. Zur deutschen Rechtslage JAEGER, S. 4.

⁶⁵ PALLY, S. 217; AEBI-MÜLLER et al., § 8 Rz. 66.

⁶⁶ PALLY, S. 217.

⁶⁷ AEBI-MÜLLER et al., § 8 Rz. 62.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

der medizinischen Erkenntnisse dar, über den im Interesse der Weiterentwicklung der Medizin hinausgegangen werden darf und soll⁶⁸.

- 42 Der Leistungsstandard der OKP orientiert sich wie erwähnt am medizinischen Standard (Rz. 39). Behandlungen, die dem medizinischen Standard entsprechen, erfüllen zugleich die Kriterien der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit. Behandlungen, die **über den medizinischen Standard hinausgehen**, sind zur Gewährleistung der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit damit nicht notwendig. Solche über dem Standard liegenden, aus Sicht der OKP nicht erforderlichen Behandlungen stehen in Konflikt mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit, soweit sie zusätzliche Kosten verursachen. Denn dieses Gebot verlangt, dass die Kosten einer konkreten Leistung so tief wie möglich zu halten sind und sich Leistungserbringer bei ihren Untersuchungen und Behandlungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist (Art. 56 Abs. 1 KVG).
- 43 Die Kosten von Leistungen, die über dem medizinischen Standard liegen, d.h. Leistungen, die das gegenwärtig gegebene durchschnittliche Leistungsniveau überschreiten (Rz. 41), sind somit nicht wirtschaftlich und dürfen von der OKP nicht übernommen werden (vgl. Art. 34 Abs. 1 KVG). Die Kosten für solche Leistungen gehen entweder zulasten des Patienten oder können von einer privaten **Krankenzusatzversicherung** abgedeckt werden.

4. Verfassungsrechtliche Vorgaben

- 44 Für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit bei der Erbringung medizinischer Leistungen zwischen dem von der OKP abgedeckten Standard und darüber hinausgehenden zusatzversicherten Leistungen differenziert werden darf, sind auch gewisse verfassungsrechtliche Vorgaben von Bedeutung. Dazu gehören die **Grundrechte** der Patienten auf Zugang zu medizinischen Behandlungen (Kap. 4.1) sowie die **öffentlichen Versorgungsaufträge** im Gesundheitswesen (Kap. 4.2).

⁶⁸ PALLY, S. 217. Vgl. auch AEBI-MÜLLER et al., § 8 Rz. 62.

4.1 Grundrechte von Patienten

4.1.1 Grundrechtsbindung

- 45 Die Grundrechte nehmen nur den Staat in die Pflicht und haben zwischen Privaten keine direkte Geltung. Entsprechend bestimmt Art. 35 Abs. 2 BV, dass die Träger staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden und verpflichtet sind, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Das bedeutet zunächst, dass der Gesetzgeber selber wie auch die **Regierungs- und Verwaltungsbehörden**, namentlich der Bundesrat sowie das EDI und das BAG, an die Grundrechte gebunden sind, wenn sie den von der OKP zu vergütenden Leistungsumfang festlegen.
- 46 Aber auch die **Krankenversicherer** sind als privatrechtlich konstituierte Unternehmen an die Grundrechte gebunden, soweit sie staatliche Aufgaben wahrnehmen. Dies ist gemäss Bundesgericht im Bereich der OKP der Fall⁶⁹. Wenn Krankenversicherer über die Vergütung von Leistungen durch die OKP entscheiden – wie etwa im Rahmen von Kostengutsprachen für bestimmte Behandlungen – müssen sie somit die Grundrechte der Patienten bzw. Versicherten und der Ärzte wahren, soweit solche Rechte betroffen sind.
- 47 Schliesslich müssen auch **Spitäler** die Grundrechte der Patienten beachten, soweit sie sich auf einer Spitalliste befinden und mit Leistungsaufträgen ausgestattet sind. Denn mit Leistungsaufträgen werden Spitälern – neben der Zulassung zur Abrechnung zu Lasten der OKP – auf der Basis einer bedarfsorientierten Spitalplanung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. d bzw. Abs. 2^{bis} KVG öffentliche Aufgaben im Bereich der stationären Grundversorgung übertragen⁷⁰. Die Spitalplanung umfasst indessen nur die stationäre Grundversorgung. Im Bereich der ambulanten Versorgung existieren demgegenüber keine bundesrechtlichen Leistungsaufträge. Hingegen können die Kantone gestützt auf ihr eigenes Recht den Spitälern auch im ambulanten Bereich Leistungsaufträge erteilen

⁶⁹ BGer, Urteil 1C_372/2014 vom 4. September 2014 E. 6 mit Hinweis auf BGE 138 I 289 E. 2.8.1 S. 294.

⁷⁰ RÜTSCHKE, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler, Rz. 57 ff., insbesondere Rz. 82; AEBI-MÜLLER et al., § 2 Rz. 15 ff.

und mithin öffentliche Versorgungsaufgaben übertragen⁷¹. Soweit sie dies tun, erstreckt sich die Grundrechtsbindung auch auf den ambulanten Spitalbereich; im Regelfall fehlt es jedoch im ambulanten Bereich an Leistungsaufträgen und damit auch an der Grundrechtsbindung.

4.1.2 Einzelne Grundrechtsansprüche

- 48 Aus den in Art. 10 Abs. 1 und 2 BV garantierten **Rechten auf Leben und persönliche Freiheit**, insbesondere auf körperliche Integrität, folgt das Recht von Patienten auf Zugang zu medizinisch indizierten, d.h. wirksamen und zweckmässigen Therapien. Gemäss PAUL RICHLI kann es als gesichert gelten, dass «das Grundrecht der persönlichen Freiheit den Zugang zu allgemein verfügbaren Heilmethoden (und Arzneimitteln) in dem Sinne garantiert, als es dem Staat verwehrt ist, ungerechtfertigte Zugangsschranken zu errichten»⁷². Das Bundesgericht hat das Recht auf Zugang zu wirksamen Therapien namentlich im Bereich der Fortpflanzungsmedizin anerkannt. So hielt das Gericht in zwei Entscheiden fest, dass staatliche Beschränkungen des Zugangs zu den modernen Methoden künstlicher Fortpflanzung Paare in ihrem Grundrecht auf persönliche Freiheit berühren⁷³.
- 49 Aus den Grundrechten auf Leben und persönliche Freiheit lässt sich somit das Recht von Patienten auf Zugang zu medizinisch notwendigen Behandlungen ableiten. Dieses Zugangsrecht bezieht sich jedoch nur auf vorhandene medizinische Leistungen, d.h. auf Leistungen, die von Spitälern aufgrund von Leistungsaufträgen angeboten werden. Das Zugangsrecht vermittelt demgegenüber **keine Leistungsansprüche**: Es verpflichtet den Staat bzw. Spitäler als Träger öffentlicher Versorgungsaufgaben nicht dazu, bestimmte medizinische Leistungen oder Infrastrukturen bereitzustellen. Grundsätzlich lässt sich dem Zugangsrecht auch kein Anspruch auf Finanzierung medizinischer Leistungen durch den Staat oder die soziale Krankenversicherung entnehmen. Ausnahmen können sich ergeben, wenn einem Patienten der Zugang zu einer medizinisch indizierten Behandlung faktisch verwehrt wird, weil die Behandlung aus wirtschaftlichen Gründen von der OKP nicht übernommen wird und der Patient die Kosten der Behandlung

⁷¹ RÜTSCHKE, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler, Rz. 87 ff.

⁷² RICHLI, S. 345. Vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, vor Art. 41 BV, Rz. 48.

⁷³ BGE 115 Ia 234 E. 5a S. 246; 119 Ia 460 E. 5 S. 474.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

nicht selber tragen kann⁷⁴. In jedem Fall lässt sich aber aus den Grundrechten auf Leben und Integrität kein bestimmter, von der OKP zu gewährleistender Leistungsstandard ableiten.

- 50 Für den Zugang zu medizinischen Leistungen ist neben der persönlichen Freiheit das in Art. 12 BV statuierte **Recht auf Hilfe in Notlagen** von Bedeutung. Dieses Grundrecht steht in engem Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenwürde nach Art. 7 BV⁷⁵. Gemäss Art. 12 BV hat jeder, der in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, «Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind». Das Recht auf Hilfe in Notlagen gewährt allen Personen, die sich in einer Notlage befinden, einen einklagbaren Anspruch auf die staatlichen Leistungen, die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind; darunter fällt neben Nahrung, Kleidung und Obdach auch die medizinische Notversorgung⁷⁶.
- 51 In der Lehre wird aus dem Recht auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV teilweise ein Anspruch auf Finanzierung der grundlegenden medizinischen Leistungen durch den Staat abgeleitet⁷⁷. Insbesondere sei das Krankenversicherungsrecht im Lichte des Grundrechts auf grundlegende medizinische Leistungen auszulegen⁷⁸. Demzufolge habe sich die Auslegung von Art. 32 Abs. 1 KVG, der die WZW-Kriterien auflistet, am Ziel zu orientieren, «die Versicherten am medizinischen Fortschritt teilhaben zu lassen, so dass die Voraussetzung der Wirtschaftlichkeit bei der Beurteilung einer neuen medizinischen Leistung grundsätzlich in den Hintergrund zu treten hat»⁷⁹. Mit dieser Interpretation wird jedoch der Schutzbereich von Art. 12 BV überdehnt. Das Bundesgericht hat unter Bezugnahme auf den historischen Willen des Verfassungsgebers festgehalten, dass der Anspruch einzig die in einer Notlage im Sinne einer Überbrückungshilfe unerlässlichen Mittel umfasst, um überleben zu können⁸⁰. Der verfassungsrechtliche

⁷⁴ Vgl. RÜTSCH/WILDI, S. 208.

⁷⁵ BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172.

⁷⁶ BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172 und E. 8.2 S. 182; MÜLLER/SCHEFER, S. 775; RÜTSCH/WILDI, S. 207.

⁷⁷ LANDOLT, S. 119 Rz. 204; COULLERY, S. 637.

⁷⁸ COULLERY, S. 637.

⁷⁹ COULLERY, S. 637.

⁸⁰ BGE 130 I 71 E. 4.1 S. 75; 131 I 166 E. 3.1 S. 172.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Anspruch auf Hilfe in Notlagen ist damit auf ein Minimum im Sinne einer «**Überlebenshilfe**» beschränkt⁸¹.

- 52 Nach dem Gesagten vermittelt das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen zwar einen **Leistungsanspruch**⁸², jedoch ist dieser Anspruch auf medizinische Überlebenshilfe bzw. Notversorgung beschränkt. Diese kann grundsätzlich sowohl durch Geld- als auch durch Sachleistungen sichergestellt werden. Es ist Sache des zuständigen Gemeinwesens, auf Grundlage seiner Gesetzgebung über Art und Umfang der im konkreten Fall gebotenen Leistungen zu bestimmen⁸³. Es ist offensichtlich, dass die soziale Krankenversicherung einen Leistungsstandard gewährleistet, der weit über die medizinische Notversorgung hinausgeht. Für die Frage, welchen Anforderungen der Leistungsstandard der OKP zu genügen hat, ergeben sich aus dem Recht auf Hilfe in Notlagen damit keine Anhaltspunkte.
- 53 Von Bedeutung ist weiter das in Art. 8 Abs. 1 BV verankerte allgemeine **Gleichbehandlungsgebot**. Aus der Rechtsgleichheit ergibt sich ein «Anspruch auf prinzipiell gleichen Zugang zu medizinischen Leistungen für alle Menschen» bzw. ein «Anspruch auf gleiche Teilhabe aller Menschen an der Gesundheitsversorgung»⁸⁴. Ungleichbehandlungen können gerechtfertigt werden, wenn sie auf nachvollziehbaren, sachlichen Gründen beruhen⁸⁵. Im Krankenversicherungsrecht wird der Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 5 lit. f KVAG konkretisiert, wonach die Versicherer die Gleichbehandlung der Versicherten gewährleisten müssen. Allerdings richtet sich diese Vorschrift nicht an die Leistungserbringer, sondern einzig an die Versicherer; zudem gilt sie nur im Rahmen der OKP, nicht aber in Bezug auf private Zusatzversicherungen⁸⁶.
- 54 Es ist zweifellos nicht unsachlich, eine Leistung nur dann zu erbringen, wenn sie bezahlt wird. Die Tatsache, dass die Kosten einer Leistung von einer privaten Zusatzversicherung oder vom Patienten selber übernommen werden, ist demzufolge ein **sachlicher Ungleichbehandlungsgrund**. Das bedeutet, dass Leistungserbringer die

⁸¹ BGE 130 I 71 E. 4.1 S. 75; 131 I 166 E. 3.1 S. 172. Sodann BGE 130 I 16 E. 5.2 S. 20 («Anspruch auf minimale Hilfe und Betreuung»).

⁸² BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172 («leistungsrechtliches Auffanggrundrecht»).

⁸³ BGE 131 I 166 E. 8.2 S. 182.

⁸⁴ RICHLI, S. 345.

⁸⁵ Statt vieler BGE 131 I 205 E. 3.2 S. 215.

⁸⁶ Vgl. BGE 135 V 443 E. 4 S. 464.

Rechtsgleichheit nicht verletzen, wenn sie für zusatzversicherte Patienten oder Selbstzahler im Vergleich zu Patienten, die nur grundversichert sind, zusätzliche Leistungen bzw. Mehrleistungen erbringen.

4.2 Öffentliche Versorgungsaufträge

- 55 Für die Gesundheitsversorgung sind auf Verfassungsstufe neben den Grundrechten auch Ziel- und Aufgabennormen zu beachten. Eine im vorliegenden Zusammenhang relevante verfassungsrechtliche Zielnorm ist in Art. 41 Abs. 1 lit. b BV verankert. Gemäss diesem **Sozialziel** setzen sich Bund und Kantone in Ergänzung zur persönlichen Verantwortung und privaten Initiative dafür ein, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Daraus wird ersichtlich, dass eine genügende Gesundheitsversorgung ein elementarer Aspekt des Sozialstaates ist. Mit der für die Gesundheit notwendigen Pflege ist grundsätzlich die gesamte Gesundheitsversorgung angesprochen⁸⁷. Diese Zielnorm ist von Bund und Kantonen im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung zu beachten, erteilt diesen jedoch keine bestimmten Handlungsaufträge.
- 56 Ein eigentlicher Handlungsauftrag findet sich demgegenüber in Art. 117a BV für den Bereich der **medizinischen Grundversorgung**. Diese in der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014 angenommene Bestimmung sieht vor, dass Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten «für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität» sorgen (Abs. 1 Satz 1). Der Begriff der ausreichenden medizinischen Grundversorgung orientiert sich gemäss Botschaft «am üblichen Bedarf der Bevölkerung an grundlegenden präventiven, kurativen, rehabilitativen und palliativen medizinischen Gütern und Dienstleistungen»⁸⁸. Dabei ist massgebend, «dass grundlegende Leistungen der Grundversorgung erfahrungsgemäss regelmässig von der breiten Bevölkerung oder den einzelnen Bevölkerungsgruppen potenziell oder effektiv beansprucht werden und dies auch zukünftig der Fall sein wird»⁸⁹.

⁸⁷ BIGLER-EGGENBERGER/RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 41 BV, Rz. 39.

⁸⁸ Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBI 2011 7553, 7577.

⁸⁹ BBI 2011 7553, 7577.

- 57 Der in Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV verwendete Begriff der Grundversorgung ist auf der einen Seite von der Versorgung im Rahmen des Rechts auf Nothilfe (Art. 12 BV) abzugrenzen: Leistungen der medizinischen Grundversorgung gehen über die jeder Person aufgrund einer Notlage, nur auf die Umstände des Einzelfalls zugeschnittene minimale Hilfe in medizinischer Hinsicht hinaus⁹⁰. Auf der anderen Seite umfasst die medizinische Grundversorgung **nicht sämtliche Leistungen der Gesundheitsversorgung**. Gemäss Botschaft «gehören insbesondere nur vereinzelt beanspruchte Leistungen (z.B. Behandlung von sehr selten auftretenden Krankheiten) oder Leistungen, die aus anderen Gründen (z.B. Verfügbarkeit von auf einzelne Krankheitsbilder gerichtetem Spezialwissen der Leistungserbringer, Qualitätserfordernisse, hohe technische Anforderungen oder finanzielle Auswirkungen) lediglich in konzentrierter Form angeboten werden können, nicht zu den Leistungen der medizinischen Grundversorgung.»⁹¹ Das bedeutet namentlich, dass hoch spezialisierte Spitalleistungen nicht zur medizinischen Grundversorgung im Sinne von Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV gehören.
- 58 Die medizinische Grundversorgung ist gemäss Botschaft dann **allen zugänglich**, «wenn die entsprechenden Leistungen der gesamten Bevölkerung in allen Landesgegenden innert nützlicher Frist erreichbar angeboten werden können. Die Vorgabe schliesst somit sowohl die geografische als auch die finanzielle und die soziale Dimension ein: sie hat Auswirkungen etwa in Bezug auf zentrumsferne Regionen oder aber auch auf Bevölkerungsgruppen, die aufgrund altersbedingter oder gesundheitlicher Einschränkungen auf ein grundlegendes Angebot von Versorgungsleistungen vor Ort angewiesen sind. Auch muss die Finanzierbarkeit namentlich für die Patientinnen und Patienten gewährleistet sein, ansonsten sind die Leistungen de facto nicht mehr zugänglich. Auf diesen Aspekten basierende Konkretisierungen und gegebenenfalls Differenzierungen in der Zugänglichkeit einzelner Leistungskategorien sind wiederum den zuständigen Organen von Bund und Kantonen überlassen.»⁹²
- 59 Weiter verlangt Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV, dass die Grundversorgung **von hoher Qualität** sein muss. Dies bedingt gemäss Botschaft unter anderem, «dass die Gesundheitsfachpersonen über eine gut aufeinander abgestimmte Aus- und Weiterbildung verfügen und dass die Leistungen in gegenseitiger Abstimmung und Vernetzung erfolgen.

⁹⁰ BBI 2011 7553, 7577.

⁹¹ BBI 2011 7553, 7577.

⁹² BBI 2011 7553, 7577.

Ebenso ist die Versorgung nur dann von hoher Qualität, wenn die Leistungen im notwendigen Ausmass angeboten werden. Dabei gilt es, sowohl eine Unter- als auch eine Über- oder Fehlversorgung zu vermeiden. Schliesslich ist der Qualitätssicherung bei der Leistungserbringung Beachtung zu schenken. Leistungen von hoher Qualität tragen zur Vermeidung von Komplikationen bei und wirken sich somit ebenfalls positiv auf die Kosten aus.»⁹³

- 60 Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV hat programmatischen Charakter; es handelt sich um einen allgemeinen Handlungsauftrag an alle staatlichen Akteure, der keinen Einfluss auf die bestehende Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen hat⁹⁴. Die Bestimmung lässt offen, welche Vorgaben und Massnahmen von Seiten der Behörden und in der Praxis im Einzelnen erfolgen bzw. umgesetzt werden müssen⁹⁵. Allerdings setzt sie einen **verfassungsrechtlichen Massstab für die medizinischen Leistungen**, die von der OKP abzudecken sind. Denn die Gewährleistung einer ausreichenden medizinischen Grundversorgung, die für alle zugänglich ist, umfasst nach dem Willen des Verfassungsgebers auch die Finanzierung der entsprechenden Leistungen (Rz. 58). Daraus folgt, dass der Leistungsstandard der OKP im Bereich der Grundversorgung von hoher Qualität sein muss. Diese Anforderung ergibt sich indessen bereits aus dem Krankenversicherungsgesetz, und zwar für den gesamten Bereich der OKP (vgl. Art. 43 Abs. 6 KVG sowie Rz. 36 ff.). Die Bedeutung von Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV liegt insofern darin, dass der im Rahmen der OKP zu gewährleistende Qualitätsstandard auch verfassungsrechtlich abgesichert ist.
- 61 Führt jedoch eine **Leistungsdifferenzierung** zwischen rein Grundversicherten einerseits und Zusatzversicherten bzw. Selbstzahlern andererseits dazu, dass den rein Grundversicherten der Zugang zu OKP-Leistungen verwehrt oder der Leistungsstandard der OKP vorenthalten wird (dazu Rz. 78), ist eine ausreichende, allen zugängliche Grundversorgung von hoher Qualität im Sinne von Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV nicht mehr gewährleistet. Abgesehen davon verletzen Listenspitäler ihre krankenversicherungsrechtliche Aufnahmepflicht nach Art. 41a KVG, wenn sie im Rahmen ihrer Leistungsaufträge trotz vorhandener Kapazitäten nicht allen grundversicherten Patienten Zugang zu OKP-Leistungen gewähren (Rz. 79). Geht eine Leistungsdifferenzierung so weit,

⁹³ BBI 2011 7553, 7577 f.

⁹⁴ BBI 2011 7553, 7576.

⁹⁵ BBI 2011 7553, 7578.

dass rein grundversicherten Patienten der medizinische Standard nicht mehr garantiert werden kann, drohen darüber hinaus haftpflichtrechtliche oder sogar strafrechtliche Konsequenzen.

5. Zulässigkeit von Leistungsdifferenzierungen

- 62 Das vorliegende Gutachten hat die Frage zum Gegenstand, ob und inwieweit es rechtlich zulässig ist, bei den in Spitälern erbrachten medizinischen Leistungen zwischen dem von der OKP abgedeckten Standard (rein grundversicherte Leistungen) und zusatzversicherten Leistungen zu differenzieren. Zur Beantwortung der Fragestellung ist in einem **ersten Schritt** zwischen verschiedenen Arten von möglichen zusatzversicherten Spitalleistungen zu unterscheiden, und zwar zwischen stationären und ambulanten Leistungen, Zusatzleistungen, Mehrleistungen sowie Leistungen mit privaten Sondertarifen (Kap. 5.1). Auf der Grundlage dieser Unterscheidungen wird in einem **zweiten Schritt** ein Schema zur Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit von Leistungsdifferenzierungen entwickelt (Kap. 5.2). Anhand des Schemas können schliesslich in einem **dritten Schritt** verschiedene Arten von Leistungsdifferenzierungen auf ihre Zulässigkeit hin überprüft werden (Kap. 5.3).

5.1 Arten von zusatzversicherten Leistungen

5.1.1 Stationäre und ambulante Spitalleistungen

- 63 Die Unterscheidung zwischen stationären und ambulanten Leistungen gründet im Krankenversicherungsrecht. Sie ist in verschiedener Hinsicht mit **rechtlichen Konsequenzen** verbunden. Insbesondere bezieht sich die Spitalplanung nach Art. 39 KVG einzig auf den stationären Bereich. Weiter gelten für den stationären und den ambulanten Bereich verschiedene Tarif- und Finanzierungssysteme. Sodann ist die Unterscheidung zwischen stationär und ambulant erbrachten Behandlungen – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (Rz. 85 ff.) – mit Blick auf die Zulässigkeit von Differenzierungen zwischen rein grundversicherten und zusatzversicherten Leistungen rechtlich bedeutsam. Dies obschon Zusatzversicherungen als privatrechtliche Versicherungen grundsätzlich nicht an die Unterscheidung zwischen stationären und ambulanten Leistungen gebunden sind.

- 64 Die **Begriffe «stationär» und «ambulant»** sind auf Verordnungsstufe definiert. Nach Art. 3 VKL gelten Aufenthalte zur Untersuchung, Behandlung und Pflege im Spital oder im Geburtshaus als stationär, wenn sie (a) mindestens 24 Stunden dauern; (b) weniger als 24 Stunden dauern, aber während einer Nacht ein Bett belegt wird; (c) bei Überweisung in ein anderes Spital; (d) im Geburtshaus bei Überweisung in ein Spital oder (e) bei Todesfällen. Alle übrigen Untersuchungs-, Behandlungs- und Pflegeleistungen gelten gemäss Art. 5 KVL als ambulant erbrachte Leistungen⁹⁶.
- 65 Hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit von Leistungsdifferenzierungen wird zu beachten sein, dass für stationäre Behandlungen eine **Aufnahmepflicht** der Leistungserbringer vorgesehen ist. So sind gemäss Art. 41a KVG die Listenspitäler verpflichtet, im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton eine Aufnahmebereitschaft zu gewährleisten (Abs. 1). Für versicherte Personen mit Wohnsitz ausserhalb des Standortkantons des Listenspitals gilt diese Aufnahmepflicht nur aufgrund von Leistungsaufträgen sowie in Notfällen (Abs. 2). Die Durchsetzung der Aufnahmepflicht von Listenspitälern ist Sache der Kantone (Abs. 3)⁹⁷. Im ambulanten Bereich existieren demgegenüber keine krankensicherungsrechtlichen Leistungsaufträge. Hingegen können die Kantone im ambulanten Bereich den Leistungserbringern Leistungsaufträge erteilen bzw. Behandlungspflichten auferlegen. Dies tun die Kantone in erster Linie in Bezug auf den Notfalldienst⁹⁸.

5.1.2 Zusatzleistungen

- 66 Innerhalb der zusatzversicherten Leistungen ist zwischen Leistungen zu unterscheiden, die **gänzlich losgelöst von OKP-Leistungen** erbracht werden («Zusatzleistungen»), und solchen, die mit OKP-Leistungen verbunden sind, jedoch über deren Leistungsumfang hinausgehen («Mehrleistungen») wie etwa die freie Arztwahl oder der Aufenthalt im Einzelzimmer; dazu Rz. 71 ff.)⁹⁹. Zusatzleistungen sind solche, die entweder

⁹⁶ Vgl. POLEDNA, Rz. 17.

⁹⁷ Zur Aufnahmepflicht namentlich RÜTSCHÉ, Spitalplanung und Privatspitäler, Rz. 7 ff.; RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, S. 81 ff.

⁹⁸ Vgl. statt vieler Art. 120 Abs. 1 lit. f Spitalversorgungsgesetz (SpVG) des Kantons Bern vom 13. Juni 2013 (BSG 812.11).

⁹⁹ In Rechtsprechung und Lehre werden Zusatzleistungen (Leistungen, die ganz ausserhalb der OKP liegen) und Mehrleistungen (Leistungen, die über den Leistungsumfang der OKP

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

nicht in den Leistungsbereich der OKP fallen oder nicht von einem Leistungserbringer der OKP erbracht werden.

- 67 Leistungen **ausserhalb des Leistungsbereichs der OKP** sind zunächst solche, die nicht der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 KVG dienen, wie namentlich medizinisch nicht indizierte rein ästhetische Operationen¹⁰⁰. Ausserhalb des Leistungsbereichs der OKP liegen sodann sämtliche Untersuchungen und Behandlungen, die entweder in einer Negativliste von der OKP ausgeschlossen oder nicht in einer Positivliste in die OKP eingeschlossen sind (vgl. Rz. 4 f.). Dazu gehören etwa bestimmte Leistungen im Bereich der Zahnmedizin, der Fortpflanzungsmedizin oder der Komplementärmedizin, grundsätzlich aber auch die Anwendung von Arzneimitteln ausserhalb der Spezialitätenliste (SL), z.B. die Anwendung von Arzneimitteln ausserhalb der von Swissmedic genehmigten Fachinformation (off label use)¹⁰¹.
- 68 Zu den Zusatzleistungen gehören zudem solche, die nicht von einem zur Abrechnung zulasten der OKP **zugelassenen Leistungserbringer** erbracht werden. Zu erwähnen sind insbesondere Behandlungen in Spitälern, die weder auf der Spitalliste eines Kantons stehen noch den Status eines Vertragsspitals gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG haben. Zu denken ist weiter an Spitäler, die aufgrund von Art. 44 Abs. 2 KVG in den Ausstand getreten sind. Nicht zur Leistungserbringung im Rahmen der OKP zugelassen sind sodann verschiedene nicht-ärztliche Gesundheitsberufe wie Psychologen, Naturheilpraktiker oder Osteopathen.

hinausgehen) nicht systematisch unterschieden; vgl. etwa BGE 135 V 443 E. 2.2 S. 447 («rein ästhetische Operationen, von der OKP nicht übernommene Badekuren oder Zahlbehandlungen» als «zulässige Mehrleistungen»); KIESER, S. 426 (Leistungen ausserhalb der OKP als «echte Mehrleistungen»); MOSER, S. 452 f. (luxuriöse Hotellerie und freie Arztwahl als «Zusatzleistungen»); EUGSTER, SBVR, Rz. 1251 («Behandlungen durch nicht zugelassene Leistungserbringer, Behandlung von Beeinträchtigungen mit nach KVG nicht akzeptiertem Krankheitswert, die meisten Wahlbehandlungen im Ausland sowie die Anwendung wissenschaftlich nicht anerkannter Behandlungsmethoden» als «Mehrleistungen»).

¹⁰⁰ Vgl. BGE 135 V 443 E. 2.2 S. 447 (vom Bundesgericht als «echte Mehrleistungen» bezeichnet).

¹⁰¹ Vorbehalten bleibt die Vergütung der Kosten von Arzneimitteln ausserhalb der SL durch die OKP aufgrund von Art. 71a ff. KVV.

- 69 Die vorliegend interessierende Frage nach der Zulässigkeit von Leistungsdifferenzierungen stellt sich in Bezug auf Zusatzleistungen nicht. Denn die Erbringung und Vergütung von Leistungen, die vollständig ausserhalb der OKP liegen, hat keine Auswirkungen auf die Stellung von grundversicherten Patienten. Das Angebot von Zusatzleistungen liegt im Rahmen der einschlägigen gesundheitspolizeilichen Vorschriften in der **Privatautonomie** der Leistungserbringer; die Versicherung solcher Leistungen richtet sich ihrerseits nach dem Versicherungs- und Versicherungsaufsichtsrecht.
- 70 Nach dem Versicherungsaufsichtsrecht dürfen Zusatzversicherungsverträge **nicht missbräuchlich** sein (vgl. Art. 1 Abs. 2, Art. 38 sowie Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG). Als missbräuchlich anzusehen wären namentlich Zusatzversicherungen, welche auch die Kosten von nicht sinnvollen Behandlungen («futile treatments») abdecken. Es handelt sich um Behandlungen, die – ex ante betrachtet – für den Patienten keinen Zusatznutzen erwarten lassen. Ein solcher Zusatznutzen sollte grundsätzlich medizinischer Art sein (höhere Wirksamkeit, geringere Risiken und Belastungen, bessere Verträglichkeit), kann aber durchaus auch in anderen Vorteilen für den Patienten bestehen, etwa in einer Verkürzung der Therapiedauer oder Vorteilen ästhetischer Natur. Lässt hingegen ein Eingriff keinerlei Zusatznutzen für den Patienten erwarten, welcher die damit verbundenen Risiken aufwiegen könnte, liegt eine gegen die medizinischen Sorgfaltspflichten verstossende Überbehandlung vor. Im Einzelfall mag es unter Umständen schwierig sein abzuschätzen, ob eine Behandlung dem Patienten einen relevanten Nutzen bringen kann. Was die medizinische Prognose betrifft, ist den behandelnden Ärzten daher ein Einschätzungsspielraum zuzugestehen¹⁰². Ist indessen dieser Spielraum überschritten und wird eine sinnlose Behandlung durchgeführt, liegt eine Sorgfaltswidrigkeit vor, welche haftungs- und strafrechtliche Folgen nach sich ziehen kann.

5.1.3 Mehrleistungen

- 71 Mehrleistungen charakterisieren sich dadurch, dass sie mit Leistungen verbunden sind, die von der OKP vergütet werden. Zugelassene Leistungserbringer kombinieren dabei Leistungen, die von der OKP abgedeckt sind, mit einem Mehrwert, dessen Kosten vom Patienten selber bezahlt oder von einer Zusatzversicherung übernommen werden.

¹⁰² Für die Einschätzung des medizinischen Nutzens bestimmter Behandlungen können sogenannte «choosing wisely-Listen», d.h. Listen unnötiger Behandlungen von Fachgesellschaften oder sonstigen Organisationen, wegleitend sein.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Mehrleistungen sind somit solche, die – im Unterschied zu Zusatzleistungen – mit OKP-Leistungen verbunden sind, jedoch **über den Leistungsumfang der OKP hinausgehen** (vgl. Rz. 66).

- 72 **Im stationären Bereich** dürfen solche Mehrleistungen zusätzlich zu den Tarifen der OKP in Rechnung gestellt werden, ohne dass der Tarifschutz gemäss Art. 44 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 5 KVG verletzt wird¹⁰³. Denn wie sich bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen («Leistungen nach diesem Gesetz») ergibt, bezieht sich der Tarifschutz nur auf Leistungen, die von der OKP abgedeckt sind. Erbringt ein Spital eine Mehrleistung, die sich vom Standard der OKP hinreichend abgrenzen lässt, d.h. eine «echte» Mehrleistung, ist der krankensicherungsrechtliche Tarifschutz nicht tangiert. Zu solchen echten Mehrleistungen, die über Zusatzversicherungen abgerechnet werden dürfen, gehören gemäss Rechtsprechung namentlich Unterkunft und Verpflegung (Hotellerie) in der Privat- oder Halbprivatabteilung eines Spitals sowie die freie Arztwahl im Spital¹⁰⁴.
- 73 Betreffend die **freie Arztwahl** hat das Bundesgericht insbesondere Folgendes festgehalten: Das KVG vermittele bei stationären Behandlungen im Spital keinen Anspruch auf freie Wahl des Arztes. Die freie Arztwahl durch private Zusatzversicherte im stationären Bereich führe dazu, dass Chefärzte – mit entsprechenden Kostenfolgen für das Spital – zahlreiche Leistungen erbringen, für die sie eigentlich überqualifiziert seien, sei es, weil sie bei allgemeinversicherten Patienten einfachere Behandlungen von vornherein nicht selbst durchführen würden, sei es, weil sie im Vorfeld und im Nachgang zu einer komplizierten Behandlung, die als solche einen Spezialisten erfordert, zahlreiche Handlungen persönlich vornehmen, die im Normalfall an Assistenzärzte oder das Pflegepersonal delegiert würden. Es dürfe zudem als notorisch bezeichnet werden, dass Privatpatienten andere Erwartungen an den behandelnden Arzt stellen würden und dieser beispielsweise häufiger als medizinisch indiziert Sprechstunden abhalte oder Visi-

¹⁰³ BGE 126 III 345 E. 3b S. 350; 135 V 443 E. 2.2 S. 446.

¹⁰⁴ BGE 130 I 306 E. 2.1 und 2.2 S. 310 f.; 135 V 443 E. 2.2 S. 446 f. mit Hinweisen.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

tationen vornehme. Das Bundesgericht schützte entsprechend eine Tarifordnung, welche für Arzthonorare bei stationären Privatpatienten einen Zuschlag von 120 bis 170% vorsah¹⁰⁵.

- 74 Fraglich ist, ob Mehrleistungen von OKP-Leistungserbringern auch **im ambulanten Bereich** verrechnet werden dürfen, ohne dass der Tarifschutz gemäss Art. 44 Abs. 1 KVG verletzt ist. Das Bundesgericht bejaht dies zwar im Prinzip¹⁰⁶, verlangt aber vom Leistungserbringer einen entsprechenden Nachweis. D.h. das Spital, das geltend macht, es seien nicht nur Leistungen «an Stelle» der OKP-Leistungen erfolgt, sondern echte Mehrleistungen erbracht worden, habe diese detailliert darzulegen¹⁰⁷. Dabei setzte das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2000 die Schwelle für die Annahme einer echten Mehrleistung im ambulanten Bereich hoch an: Wenn sich der Arzt für Privatpatienten bei der Erklärung der Krankheiten mehr Zeit nehme, in Problemfällen über das übliche Mass Literatur studiere, vermehrt Hausbesuche abstatte oder wenn die Wartezeiten kürzer seien, handle es sich nicht um echte Mehrleistungen¹⁰⁸. Denn es sei «nicht nachvollziehbar, weshalb Patientengespräche bzw. Krankheitsabklärungen bei Privatpatienten generell länger dauern sollen als bei allgemein versicherten Patienten. Es handelte sich zudem um Differenzierungen, die im Einzelfall hinsichtlich der Angemessenheit eines Zusatzhonorars kaum überprüfbar wären.»¹⁰⁹
- 75 In der **Lehre** wird die Möglichkeit von Mehrleistungen im ambulanten Bereich kontrovers beurteilt. TOMAS POLEDNA qualifiziert sowohl die freie Arztwahl als auch Komfortleistungen im ambulanten Bereich (z.B. «Executive-Lounges» oder private Bettenzimmer im Anschluss an eine ambulante Operation, Verpflegung, Getränke, Zeitschriften, elektronische Medien oder Zugang zum Internet) grundsätzlich als echte Mehrleistungen, die ohne Verletzung des Tarifschutzes über Zusatzversicherungen abgerechnet werden dürfen¹¹⁰. Dies jedoch nur insoweit, als in einem Spitalambulatorium oder einer ambulanten Einrichtung nach Art. 36a KVG (Gemeinschaftspraxis oder Ärztezentrum)

¹⁰⁵ Zum Ganzen BGE 130 I 306 E. 2.2 S. 310 f. Zur freien Arztwahl als echte Mehrleistung sodann MOSER, S. 460 f.; KIESER, S. 427; KUHN, S. 2065. Anders DUC, Faut-il payer le droit de choisir son médecin, S. 535 ff.

¹⁰⁶ BGE 126 III 345 E. 3b S. 350.

¹⁰⁷ BGE 135 V 443 E. 3.7.5 S. 460.

¹⁰⁸ BGE 126 III 345 E. 3b S. 350 f.

¹⁰⁹ BGE 126 III 345 E. 3b S. 351.

¹¹⁰ POLEDNA, Rz. 24, 26, 28, 31 ff.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

überhaupt eine echte Wahl zwischen mehreren Ärzten bzw. zwischen einer Executive-Lounge und Standard-Wartezimmer bestehe¹¹¹. GEBHARD EUGSTER vertritt demgegenüber die Ansicht, dass in Arztpraxen kaum Möglichkeiten für Komfortleistungen bestehen. So gebe es im KVG keine Standards für Wartezimmer, so dass selbst eine Wohlfühloase als Warteraum keine Mehrleistung sein könne. Auch die Möglichkeit der freien Arztwahl in einem Spitalambulatorium oder sonstigen ambulanten Einrichtung lasse die Annahme einer echten Mehrleistung nicht rechtfertigen¹¹².

- 76 Nach der vorliegenden vertretenen Ansicht muss entscheidend sein, ob Patienten in Bezug auf einen ambulanten Leistungserbringer – analog zu den Listenspitälern – die **freie Wahl** zwischen dem von der OKP vollumfänglich abgedeckten Leistungsstandard und allfälligen Mehrleistungen haben. Um echte Mehrleistungen anzunehmen, muss eine ambulante Einrichtung zwischen dem Standardangebot und den Mehrleistungen klar differenzieren. Das bedeutet etwa, dass es neben dem luxuriösen Wartezimmer eines Standard-Wartezimmers bedarf oder dass eine echte Wahl zwischen mehreren Ärzten mit unterschiedlicher Qualifikation bzw. Berufserfahrung besteht. Ob in einer ambulanten Einrichtung eine echte Mehrleistung vorliegt, bemisst sich demzufolge nicht an einem allgemeinen Leistungsstandard, sondern am Standard der betreffenden Einrichtung. Handelt es sich um eine Einrichtung, die insgesamt luxuriös eingerichtet ist oder ausschliesslich hochspezialisierte Ärzte beschäftigt, sind das luxuriöse Wartezimmer oder die freie Arztwahl keine echten Mehrleistungen. Dabei ist der Nachweis, dass eine echte Leistungsdifferenzierung und damit eine echte Mehrleistung vorliegt, – dem Bundesgericht folgend (vgl. Rz. 74) – von der ambulanten Einrichtung zu erbringen. Gelingt dieser Nachweis, verletzt die Abrechnung der Mehrleistung über eine Zusatzversicherung durch einen OKP-Leistungserbringer weder den Tarifschutz, noch gefährdet sie die Grundversorgung mit ambulanten medizinischen Leistungen; denn

¹¹¹ POLEDNA, Rz. 28, 35. Vgl. auch CONTI, S. 1153 f., wonach die Gefahr, dass mittels Zusatzversicherungen durch die Hintertür wieder abgestufte Tarife eingeführt werden, im ambulanten Bereich grösser sind als im stationären Bereich. Daher seien die Anforderungen an eine transparente Aufklärung und an die Honorarvereinbarung (für echte Mehrleistungen) höher anzusetzen als bei der stationären Behandlung. Es müsse somit «sichergestellt sein, dass jeder Patient eine Honorarabrede absolut freiwillig, auf eigenen Wunsch und in Kenntnis aller finanziellen Implikationen eingegangen» sei.

¹¹² EUGSTER, SBVR, Rz. 1255.

die Leistungserbringer, die Mehrleistungen anbieten, schliessen rein grundversicherte Patienten nicht aus, sondern halten für diese ebenfalls ein Angebot bereit.

- 77 Sowohl im ambulanten wie auch im stationären Bereich ist generell zu fragen, wie sich Mehrleistungen für zusatzversicherte Patienten in der Praxis **auf rein grundversicherte Patienten auswirken**: Mehrleistungen können ausschliesslich mit einer Privilegierung zusatzversicherter Patienten verbunden sein, etwa wenn diese ihren Eintritts- und Operationstermin frei wählen können oder während ihres Spitalaufenthalts in den Genuss einer luxuriösen Hotellerie samt einer auf sie zugeschnittenen persönlichen Betreuung kommen. Es ist aber auch denkbar, dass sich Mehrleistungen zugunsten zusatzversicherter Patienten zulasten von rein grundversicherten Patienten auswirken, etwa wenn diese längere Wartezeiten für ihren Eintritts- und Operationstermin hinnehmen oder sich während ihres Spitalaufenthalts mit einer ungenügenden Betreuung begnügen müssen. Solche Benachteiligungen rein grundversicherter Patienten können sich grundsätzlich dann ergeben, wenn ein Leistungserbringer seine vorhandenen Ressourcen (Infrastruktur, Geräte, Material, Personal) einseitig auf zusatzversicherte Patienten konzentriert.
- 78 Solange indessen ein Leistungserbringer für alle Patienten mindestens den **Leistungsstandard der OKP** (zu diesem Standard Rz. 36 ff.) garantieren kann, sind Mehrleistungen für zusatzversicherte Patienten aus Sicht des KVG unproblematisch. Dies auch dann, wenn sich Mehrleistungen infolge knapper Ressourcen in einem Spital oder bei einem sonstigen Leistungserbringer zum Nachteil von rein grundversicherten Patienten auswirken können. Für die krankensversicherungsrechtliche Zulässigkeit von Mehrleistungen ist demzufolge vorausgesetzt, dass der Leistungsstandard der OKP und insbesondere der medizinische Standard gewahrt bleiben. Falls es infolge von Leistungsdivergenzierungen dazu kommt, dass Leistungserbringer nicht (mehr) in der Lage sind, im Rahmen ihrer Kapazitäten auch rein grundversicherten Patienten den Leistungsstandard der OKP zu gewährleisten, ist insoweit die medizinische Versorgung beeinträchtigt. Dies widerspricht dem verfassungsrechtlichen Auftrag von Bund und Kantonen, für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität zu sorgen (Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV; vgl. Rz. 61). Abgesehen davon müssen Leistungserbringer, die gegen die vom KVG vorgesehenen Qualitätsanforderungen verstossen, mit Sanktionen rechnen, welche bis zum Ausschluss von der Tätigkeit zu

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Lasten der OKP gehen können (Art. 59 Abs. 1 KVG)¹¹³. Falls der medizinische Standard unterschritten wird, können ausserdem haftpflicht- oder gar strafrechtliche Konsequenzen eintreten.

- 79 Darüber hinaus ist die **Aufnahmepflicht** von Listenspitälern gemäss Art. 41a KVG zu beachten. Listenspitäler sind im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten gehalten, alle grundversicherten Patienten aufzunehmen und gemäss dem Leistungsstandard der OKP zu behandeln (Rz. 65). Sollten Mehrleistungen für zusatzversicherte Patienten in einem Listenspital dazu führen, dass dieses grundversicherte Patienten abweisen muss oder nicht mehr in vollem Umfang gemäss dem Leistungsstandard behandeln kann, würde dieses Spital seinen Leistungsauftrag nicht erfüllen und seine Aufnahmepflicht verletzen. Als Sanktion würde dem Spital insbesondere die Einschränkung oder der Entzug des Leistungsauftrags bzw. die Streichung von der Spitalliste drohen.
- 80 Schliesslich spricht **in verfassungsrechtlicher Hinsicht** nichts gegen eine Leistungs-differenzierung in Form von Mehrleistungen zugunsten zusatzversicherter Patienten, solange dadurch der Leistungsstandard der OKP nicht tangiert ist: Aus den Grundrechten der Patienten ergeben sich über die medizinische Nothilfe hinaus keine Ansprüche auf bestimmte (medizinische) Leistungen öffentlicher Aufgabenträger (Rz. 50 ff.). So-dann ist die Rechtsgleichheit nicht verletzt, wenn bei der Leistungserbringung nach dem Versicherungsstatus des Patienten differenziert wird (vgl. Rz. 53 f.). Ferner bleibt der Grundversorgungsauftrag in Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV unberührt, solange die Leistungen nicht unter den von der OKP verlangten Standard fallen (vgl. Rz. 56 ff.).

5.1.4 Leistungen mit privaten Sondertarifen

- 81 In der Praxis stellen Leistungserbringer nicht nur echte – vom Leistungsumfang der OKP klar abgrenzbare – Mehrleistungen in Rechnung. Vielmehr kennen Leistungserbringer besondere Tarife für Leistungspakete zugunsten zusatzversicherter Patienten, welche zumindest teilweise **vom Leistungsumfang der OKP erfasst** sind. Die Tarife differenzieren dabei nicht zwischen OKP-Leistungen und Mehrleistungen. Derartige

¹¹³ Um solchen Sanktionen zuvorzukommen, müsste ein Leistungserbringer, der sich auf zusatzversicherte Patienten konzentriert, von sich aus rechtzeitig in den Ausstand treten (Art. 44 Abs. 2 KVG).

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Sondertarife werden privatautonom zwischen den Leistungserbringern und den Patienten vereinbart.

- 82 Typisch sind solche privaten Sondertarife für Behandlungen in **Privat- oder Halbpri- vatabteilungen von Spitälern**: Dabei werden z.B. Teilpauschalen für Aufenthalt und Grundpflege berechnet, während das Privathonorar des operierenden Arztes (soge- nanntes «ärztliches Zusatzhonorar») sowie weitere Untersuchungs-, Behandlungs- und Pflegeleistungen, die auf der Allgemeinabteilung in der Fallpauschale gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG inbegriffen sind, mit Einzeltarifen oder Nebenleistungspauschalen in Rechnung gestellt werden¹¹⁴. Mehrleistungen wie die freie Arztwahl oder das Einzel- zimmer in der Privatabteilung des Spitals sind in solchen Sondertarifen zumindest teil- weise enthalten. Sie werden jedoch rechnermässig nicht als Mehrleistungen ausge- wiesen und zusätzlich zur DRG-Pauschale verrechnet (sogenannte bottom up-Me- thode); vielmehr sind sie Teil einer gemäss Sondertarif kalkulierten Gesamtrechnung, von der die DRG-Pauschale zulasten der OKP abgezogen und der Restbetrag der Zu- satzversicherung belastet wird (sogenannte top down-Methode).
- 83 Aus rechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Verrechnung privater Sondertarife für Leistungen, die (teilweise) vom Leistungsumfang der OKP erfasst sind, mit dem **Tarifschutz** gemäss Art. 44 Abs. 1 sowie Art. 49 Abs. 5 KVG vereinbar ist. Soweit private Sondertarife für OKP-Leistungen zulässig sind, stellt sich weiter die Frage nach der Versicherungsdeckung: Ist es zulässig, dass die aufgrund der Son- dertarife anfallenden Behandlungskosten teilweise von der OKP gemäss den OKP- Tarifen vergütet und – soweit sie betragsmässig darüber hinausgehen – von privaten Zusatzversicherungen übernommen werden?
- 84 Das **Bundesgericht** hat in einem grundlegenden Urteil vom 9. November 2009 die Frage geprüft, ob und inwieweit die Verrechnung von privaten Sondertarifen sowie de- ren anteilmässige Vergütung durch die OKP und eine Zusatzversicherung mit dem Krankenversicherungsrecht vereinbar ist¹¹⁵. Der Entscheid betraf die Vergütung der Kosten für einen Krankentransport eines Patienten mit einer privaten Zusatzversiche- rung. Der Transport gehörte zu den von der OKP zu übernehmenden Leistungen und

¹¹⁴ Vgl. EUGSTER, Unterscheidung zwischen grund- und zusatzversicherten Leistungen S. 469 f.; BRUNNSCHWEILER, Rz. 15; MOSER, S. 362 f. Sodann als Beispiel BGE 130 I 306 Sachver- halt.

¹¹⁵ BGE 135 V 443.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

wurde beim betroffenen zusatzversicherten Patienten nicht in anderer Weise durchgeführt als bei rein grundversicherten Patienten. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass es «nicht gegen das KVG (insbesondere dessen Art. 44 Abs. 1) verstösst, wenn ein Spital die auf der Privat- oder Halbprivatabteilung erbrachten Behandlungs- und Pflegeleistungen nach einem Einzelleistungstarif (nebst einer Tagesteilpauschale) und nicht nach dem OKP-Tarif gemäss Art. 49 KVG in Rechnung stellt»¹¹⁶.

- 85 Das Bundesgericht differenzierte im erwähnten Entscheid zwischen **stationärem und ambulantem Bereich**. Während das Gericht für den stationären Bereich die Verrechnung privater Sondertarife als zulässig erachtete, bestätigte es in Bezug auf den ambulanten Bereich seine bisherige Rechtsprechung, wonach Leistungserbringer grundversicherte Leistungen ausschliesslich nach den OKP-Tarifen abrechnen dürfen¹¹⁷. Die Unterscheidung zwischen stationärem und ambulanten Bereich begründete das Bundesgericht wie folgt: Im stationären Bereiche stehe es der obligatorisch versicherten Person frei, statt einer Behandlung nach den Bedingungen der sozialen Krankenversicherung den Status eines Privatpatienten zu wählen. Im ambulanten Bereich würde dagegen die beliebige Wahl zwischen OKP-Tarif und Privattarif nicht nur den Zielen des Tarifschutzes zuwiderlaufen, «sondern auch die freie Wahl der Leistungserbringer berühren. Ärzte mit besonderen medizinischen Spezialitäten hätten die Möglichkeit, sich auf die Behandlung von Privatpatienten zu konzentrieren, wodurch die übrigen Patienten Benachteiligungen erfahren könnten, indem der Zugang zu gesetzlichen Pflichtleistungen unter Tarifschutz erschwert oder gar verunmöglicht werden könnte.» Eines der Ziele des KVG sei es aber, «mit der Neuordnung im ambulanten Bereich die Zwei- oder Mehrklassentarife zur Vermeidung einer Zweiklassenmedizin zu eliminieren»¹¹⁸.
- 86 Die Unterscheidung zwischen stationärem und ambulantem Bereich in Bezug auf private Sondertarife gründet somit auf **versorgungspolitischen Überlegungen**. Im ambulanten Bereich könnten Sondertarife dazu führen, dass sich vor allem besonders spezialisierte oder renommierte Leistungserbringer zunehmend auf die Behandlung

¹¹⁶ BGE 135 V 443 E. 3.10 S. 464. Anders noch der Bundesrat in seiner Antwort auf die Interpellation Nr. 99.3098 «Illegale doppelte Honorarpraxis von Ärzten» von Ursula Hafner vom 17. März 1999.

¹¹⁷ BGE 135 V 443 E. 3.7.3 S. 458 f. Bestätigung von BGE 126 III 345 E. 3b und 3c S. 350 f. sowie BGer, Urteil 5C.162/2000 vom 7. September 2000, E. 2b/aa.

¹¹⁸ BGE 126 III 345 E. 3c S. 351.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

von zusatzversicherten Patienten konzentrieren. Das könnte zumindest in Teilbereichen eine Verknappung des Angebots nach sich ziehen und in der Folge den Zugang zu gesetzlichen Pflichtleistungen unter Tariftschutz erschweren und somit die Grundversorgung für rein grundversicherte Patienten gefährden¹¹⁹. Dies würde wiederum dem verfassungsrechtlichen Auftrag von Bund und Kantonen, für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität zu sorgen, zuwiderlaufen (Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV; Rz 56 ff.).

- 87 Demgegenüber ist diese Gefahr für die medizinische Versorgung im stationären Bereich insofern gebannt, als Listenspitäler im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten verpflichtet sind, sämtliche Patienten aufzunehmen – unabhängig davon, ob sie über eine Zusatzversicherung verfügen oder nicht (**Aufnahmepflicht** gemäss Art. 41a Abs. 1 KVG). Das kann dazu führen, dass Patienten, die nur grundversichert sind, in der privaten oder halbprivaten Abteilung unterzubringen sind, falls die allgemeine Abteilung ausgelastet ist. Für die entsprechenden Mehrkosten trägt das Spital – und weder der Patient noch die Krankenversicherung – das Risiko¹²⁰. Im Grunde würde dies auch für den Bereich der ambulanten Notfalldienste gelten: Eine Gefährdung der Grundversorgung durch private Sondertarife ist insoweit von der Hand zu weisen, als Spitäler oder andere Leistungserbringer aufgrund von Leistungsaufträgen bzw. Bewilligungsaufgaben verpflichtet sind, sämtliche Patienten unabhängig vom Versicherungsstatus notfallmässig zu behandeln. Das Bundesgericht hat indessen in seiner Rechtsprechung bislang keine solche Differenzierung in Bezug auf Notfalldienste vorgenommen.
- 88 Das Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2009 zur Zulässigkeit privater Sondertarife im stationären Bereich erging noch zur **alten Rechtslage**, d.h. zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Revision des KVG vom 21. Dezember 2007 betreffend die Spitalfinanzierung. Ob diese Revision des KVG an der Rechtslage etwas geändert hat, liess das Bundesgericht ausdrücklich offen¹²¹. In einem neueren Urteil vom 10. Juli 2012 hält das Bundesgericht zwar unter Bezugnahme auf das fragliche Urteil vom 9. November

¹¹⁹ Vgl. BGE 126 III 345 E. 3c S. 351; EUGSTER, SBVR, Rz. 1256.

¹²⁰ RÜTSCH, Spitalplanung und Spitalfinanzierung: Grundsatzurteil des Bundesgerichts, Rz. 39.

¹²¹ BGE 135 V 443 E. 3.10 S. 464.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

2009 fest, dass das KVG nicht das gesamte schweizerische Gesundheitswesen, sondern einzig die soziale Krankenversicherung regelt¹²². Dies stellt indessen höchstens eine implizite Bestätigung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit privater Sondertarife im stationären Bereich dar.

- 89 Die **Botschaft** zur KVG-Revision von 2007 betreffend die Spitalfinanzierung hält im Kommentar zum neuen Art. 49 Abs. 4 KVG Folgendes fest:

«Auch an dieser Stelle soll der Begriff ‚allgemeine Abteilung‘ gestrichen werden. Zudem ist festzuhalten, dass wegen des in sich geschlossenen Versicherungssystems die Leistungen der Spitäler nach diesem Gesetz mit den Vergütungen nach den Absätzen 1, 2 und 3 vollständig abgegolten sind. Soweit es sich um gesetzliche Leistungen handelt, sind daher weitergehende Rechnungen wie zusätzliche Honorare für die ärztlichen Leistungen bei einem Aufenthalt in der Privatabteilung eines Spitals ausgeschlossen. Damit wird dem Prinzip des Tarifschutzes (Art. 44 KVG) im stationären Bereich Nachachtung verschafft. Selbstverständlich bleiben hier, wie auch beim Aufenthalt, zusätzliche, nicht dem KVG unterstellte Leistungen wie z.B. die freie Arztwahl im stationären Bereich nach den Regeln des Privatversicherungsrechts versicherbar.»¹²³

- 90 Aus dieser Passage ist zu schliessen, dass der Bundesrat zwar die Verrechnung echter Mehrleistungen zulasten von Zusatzversicherungen nach wie vor als zulässig erachtete, jedoch private Sondertarife für Leistungen, die von der OKP abgedeckt sind, ausschliessen wollte. Dabei ging der Bundesrat indessen davon aus, dass der Begriff «allgemeine Abteilung» aus dem KVG gestrichen würde. Zwar wird der Terminus in Art. 49 KVG (Tarifverträge mit Spitälern) nicht mehr erwähnt; hingegen liess ihn das Parlament – im Unterschied zum Revisionsentwurf des Bundesrates¹²⁴ – in Art. 25 Abs. 2 lit. e KVG stehen, wonach die OKP-Leistungen «den Aufenthalt im Spital entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung» umfassen (dazu Rz. 21). Damit entfällt die der zitierten Passage aus der Botschaft zur KVG-Revision von 2007 zugrunde liegende Prämisse, wonach der Begriff der allgemeinen Abteilung im KVG keine Erwähnung mehr finden würde. Vielmehr nennt das KVG nach wie vor die allgemeine Abteilung als

¹²² BGE 138 II 398 E. 5.4 S. 431.

¹²³ Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung) vom 15. September 2004, BBl 2004 5551, 5580.

¹²⁴ Vgl. BBl 2004 5551, 5593 ff.

Leistungsstandard, für den bei Spitalaufenthalten die OKP-Tarife geschuldet sind. Damit ist die fragliche Passage aus der Botschaft **in ihrer Aussagekraft zumindest relativiert**.

- 91 In der **Lehre** ist umstritten, ob das Bundesgerichtsurteil vom 9. November 2009 zur Zulässigkeit privater Sondertarife im stationären Bereich auch für das geltende Recht massgebend ist. GEBHARD EUGSTER verneint dies¹²⁵. Nach ihm umfasst die OKP-Fallpauschale gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG (von Art. 49 Abs. 1 Satz 4 KVG abgesehen) «abschliessend alle Kosten der ärztlichen Behandlungen, der technischen Leistungen und der anderen Mitteleinsätze, unabhängig davon, ob sich der Patient in der allgemeinen, halbprivaten oder privaten Abteilung eines zugelassen Spitals oder in einem öffentlichen oder privaten Listenspital aufhält. Diesbezüglich sind bei Kassenpatienten Privatpatientenhonorare nicht mehr zulässig.»¹²⁶ Demgegenüber hat gemäss JEAN-LOUIS DUC der neue Modus der Spitalfinanzierung (dual-fixe Abgeltung durch Krankenversicherer und Kantone gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG) nichts an der Tatsache geändert, dass sich die Finanzierung auf den Standard der allgemeinen Abteilung bezieht; entsprechend hätten privatversicherte Patienten nach wie vor einen Anspruch darauf, dass ihnen im Fall einer Vereinbarung privater Sondertarife derjenige Anteil nach OKP-Tarifen abgegolten wird, der im Fall einer Behandlung nach dem Standard der allgemeinen Abteilung geschuldet wäre¹²⁷.
- 92 Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 9. November 2009 die Zulässigkeit privater Sondertarife auf ein breites Begründungsfundament gestellt. Eines der vorgebrachten Argumente nimmt Bezug auf die sogenannte **Austauschbefugnis**. Damit ist das Recht gemeint, die von der zusatzversicherten Person effektiv in Anspruch genommene Behandlung in der Privat- oder Halbprivatabteilung eines Spitals (teilweise) gegen diejenige Leistung auszutauschen, die gemäss KVG entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung hätte beansprucht werden können¹²⁸. Diese Konstruktion «impliziert, dass die Behandlung in der Privatabteilung als solche im Grunde keine KVG-Leistung darstellt (...). Wenn also für eine Behandlung auf der Privatabteilung ein KVG-Tarif angewendet wird, so erfolgt dies nur im Hinblick auf die Berechnung des OKP-Beitrags,

¹²⁵ EUGSTER, SBVR, Rz. 1252 f.

¹²⁶ EUGSTER, SBVR, Rz. 1252.

¹²⁷ DUC, Interventions chirurgicales, S. 661.

¹²⁸ BGE 135 V 443 E. 3.7.2 S. 457 mit weiteren Hinweisen.

auf den auch Privatpatienten Anspruch haben, aber nicht für die Vergütung der auf der Privatabteilung erfolgten ärztlichen Leistung als solcher»¹²⁹.

93 Ob der Anspruch auf teilweise Vergütung der Kosten für die Behandlung in der Privatabteilung durch die OKP mit der Austauschbefugnis begründet wird oder ob die Behandlung in der Privatabteilung als Leistung angesehen wird, die teilweise in den Leistungskatalog der OKP fällt und deshalb von dieser vergütet werden muss, ist indessen eine blosse Frage dogmatischer Konstruktion¹³⁰. Entscheidend ist vielmehr die Tragweite des krankenversicherungsrechtlichen Tarifschutzes. Um diese Tragweite zu bestimmen, bedarf es einer **Auslegung der Tarifschutzbestimmungen** von Art. 44 Abs. 1 bzw. Art. 49 Abs. 5 KVG. Das Bundesgericht selber hat im Urteil vom 9. November 2009 in differenzierter Weise eine solche Auslegung vorgenommen. Im Einzelnen stellte das Bundesgericht auf die folgenden Argumente ab:

- **Systematische Auslegung:** Das KVG regelt – entsprechend seiner Verfassungsgrundlage (Art. 117 BV) – nicht das gesamte schweizerische Gesundheitswesen, sondern einzig die soziale Krankenversicherung. Der Gesetzgeber wollte die OKP klar von der Zusatzversicherung trennen, welche dem Privatrecht untersteht. Auch die Leistungserbringer sind dem KVG nur insoweit unterstellt, als sie ihre Leistungen zu Lasten der OKP abrechnen: «Das KVG bietet keine Grundlage, um den Leistungserbringern ausserhalb der sozialen Krankenversicherung Tarife vorzuschreiben».¹³¹
- **Teleologische Auslegung:** Das Ziel des KVG besteht in erster Linie darin, der gesamten Bevölkerung eine ausreichende medizinische Versorgung zu tragbaren Kosten zu gewährleisten. Diesem Zweck dient auch der Tarifschutz von Art. 44 KVG. «Es steht jedem Spitalpatienten frei, sich mit der von der OKP bezahlten allgemeinen Abteilung zu begnügen. Damit ist das Ziel des KVG erreicht. Eine Kostenbegrenzung ausserhalb des Bereichs der OKP liegt nicht in der mit Art. 44 KVG verfolgten Regelungsabsicht. Dessen Zielsetzung ist daher nicht tangiert, wenn ein Privatpatient bzw. dessen Zusatzversicherung für eine Behandlung auf

¹²⁹ BGE 135 V 443 E. 3.7.2 S. 457.

¹³⁰ Vgl. MOSER, S. 458 und 466 f., wonach eine Anwendung der in der Rechtsprechung entwickelten Austauschbefugnis für die teilweise Übernahme der Kosten für den Aufenthalt in einer Privatabteilung durch die OKP nicht nötig ist.

¹³¹ BGE 135 V 443 E. 3.3.2 S. 453 f.

der Privatabteilung mehr bezahlen muss, als die gleiche Behandlung auf der allgemeinen Abteilung kostet.»¹³²

- **Verfassungskonforme Auslegung:** Nach Art. 117 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung. Nach dieser Verfassungsbestimmung ist der Bund nicht zuständig für das ganze Gesundheits- und Spitalwesen, sondern nur für die Versicherung. Darüber hinaus deckt die Verfassungsgrundlage auch Regelungen ab, welche das Gesundheitswesen betreffen, soweit dies für die Versicherung von Bedeutung ist. Der Bund kann somit vorschreiben, wie hoch die Kosten sein dürfen, welche die soziale Krankenversicherung trägt. «Hingegen ist keine Verfassungsgrundlage ersichtlich, die den Bund ermächtigen würde, Vorschriften zu erlassen über die zulässige Höhe von Rechnungen, die nicht von der Sozial-, sondern allenfalls von einer Privatversicherung zu bezahlen sind.»¹³³

- 94 In Bezug auf diese Entscheidungsgründe hat sich die **Rechtslage mit Inkrafttreten der KVG-Revision von 2007** betreffend die Spitalfinanzierung in keiner Weise geändert. Die verfassungsmässige Kompetenzordnung ist dieselbe geblieben, d.h. Art. 117 BV ermächtigt den Bund nach wie vor nicht dazu, Tarife und Preise zu regeln, welche nicht von der Sozialversicherung, sondern allenfalls von einer Privatversicherung zu bezahlen sind. Des Weiteren dient der krankenversicherungsrechtliche Tarifschutz auch im geltenden KVG dem Zweck, jedem grundversicherten Patienten den Zugang zu einer ausreichenden medizinischen Versorgung zu tragbaren Kosten zu gewährleisten – während Kostenbegrenzungen ausserhalb des Bereichs der OKP kein Anliegen des Tarifschutzes gemäss Art. 44 Abs. 1 bzw. Art. 49 Abs. 5 KVG darstellen.
- 95 Damit der Tarifschutz seine Zielsetzung effektiv erreichen und grundversicherte Patienten vor ungewollten Kosten schützen kann, müssen private Sondertarife auf einer **klaren Vereinbarung** zwischen Leistungserbringer und (zusatzversichertem) Patient beruhen¹³⁴. Dies hat das Bundesgericht bereits zum altem Recht betont: Demnach darf das Spital «nur dann über den OKP-Tarif hinaus Rechnung stellen, wenn der konkret

¹³² BGE 135 V 443 E. 3.4 S. 454.

¹³³ BGE 135 V 443 E. 3.5 S. 454 f.

¹³⁴ Dazu namentlich MOSER, S. 462 f., wonach besondere Taxordnungen der Spitäler für die Patienten erst verbindlich werden, wenn sie diese nach den Regeln des Vertragsrechts akzeptiert haben. Die Taxordnung ist dabei als Offerte zu qualifizieren, welche von den Patienten akzeptiert werden muss, um rechtlich verbindlich zu werden.

abgeschlossene Aufenthalts- und Behandlungsvertrag es so vorsieht»¹³⁵. Unter dieser Voraussetzung stehen private Sondertarife im stationären Bereich auch im geltenden Recht nicht im Konflikt mit dem krankenversicherungsrechtlichen Tarifschutz.

- 96 Demzufolge ist – jedenfalls bis zu einer definitiven Klärung der Rechtslage durch ein neues Urteil – davon auszugehen, dass die zum alten Recht ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Zulässigkeit privater Sondertarife im stationären Bereich **nach wie vor massgebend** ist. Somit ist es mit dem KVG vereinbar, im stationären Bereich – nicht aber im ambulanten Bereich – mit zusatzversicherten Patienten private Sondertarife zu vereinbaren. Die aufgrund solcher Tarife berechneten Spitalkosten werden anteilmässig gemäss OKP-Tarifen vergütet, soweit die erbrachten Leistungen in den Leistungskatalog der OKP fallen. Der Restbetrag geht zulasten der Zusatzversicherung des Patienten.
- 97 Einen Spezialfall stellen ferner **Behandlungen in Vertragsspitalern** dar. Die vom Leistungsumfang der OKP abgedeckten Behandlungen in Vertragsspitalern werden gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG nur vom Krankenversicherer aus der OKP (im Umfang von 45%) abgegolten, während der kantonale Anteil (im Umfang von 55%) wegfällt. Es steht den Vertragsspitalern frei, ihre Leistungen nach privaten Tarifen in Rechnung zu stellen, welche den wegfallenden Kantonsanteil kompensieren. Die entsprechenden Mehrkosten für die Patienten können wiederum durch Zusatzversicherungen abgedeckt werden, ohne dass damit der Tarifschutz nach Art. 44 Abs. 1 bzw. Art. 49 Abs. 5 KVG verletzt wäre.
- 98 Dasselbe gilt im Übrigen für die Übernahme der ungedeckten Mehrkosten einer **ausserkantonalen Hospitalisation**, ohne dass medizinische Gründe vorliegen würden (vgl. Art. 41 Abs. 3 KVG). Solche Mehrkosten entstehen dann, wenn der Tarif des ausserkantonalen Spitals höher ist als der von der OKP zu übernehmende Tarif, der in einem Listenspital des Wohnkantons für die betreffende Behandlung gilt (sogenannter

¹³⁵ BGer, Urteil 9C_383/2009 vom 9. März 2010, E. 2.3. Im konkreten Fall haben die Angehörigen der nicht handlungsfähigen Patientin bei deren Einweisung in die Intensivpflegestation die Spitalverwaltung darüber informiert, dass die Patientin über eine Spitalzusatzversicherung und den Status einer Privatpatientin verfüge. Der Krankenversicherer habe denn auch Kostengutsprachen für den Aufenthalt auf der Privatabteilung erbracht. Dies genüge, um eine Vereinbarung der für die Privatabteilung geltenden Sondertarife anzunehmen.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

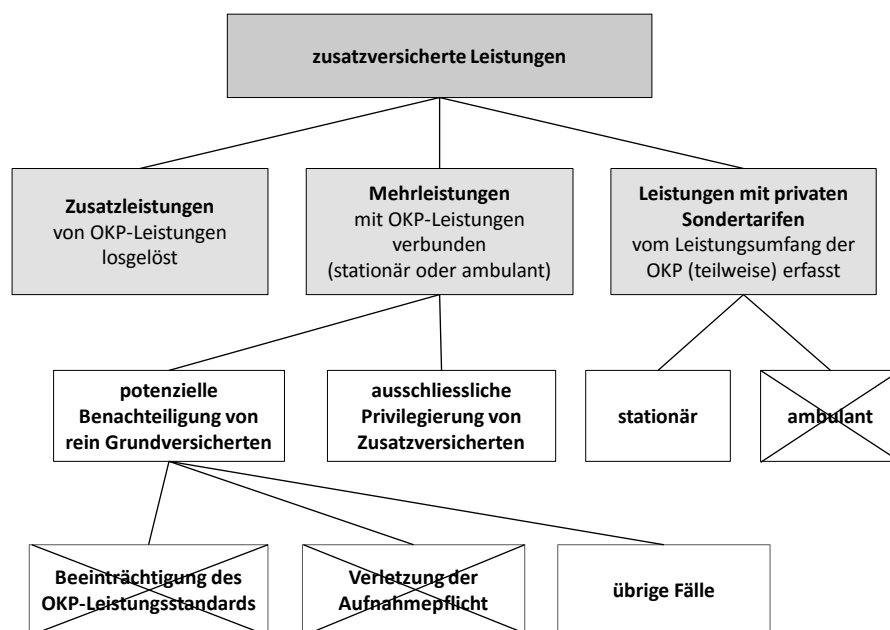
Referenztarif; vgl. Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG). Diese Mehrkosten dürfen ohne Verletzung des Tarifschutzes verrechnet und von einer Zusatzversicherung vergütet werden¹³⁶.

5.2 Beurteilungsschema

- 99 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen zu den verschiedenen Arten zusatzversicherter Leistungen und deren rechtliche Zulässigkeit ergibt sich das nachfolgende Beurteilungsschema für Leistungsdifferenzierungen durch Spitälern. Daraus wird ersichtlich, dass **Mehrleistungen** unzulässig sind, wenn sie dazu führen, dass bei einem Leistungserbringer der OKP-Leistungsstandard für rein grundversicherte Patienten beeinträchtigt oder die Aufnahmepflicht eines Listenspitals verletzt wird. Private Sondertarife durch OKP-Leistungserbringer sind im ambulanten Bereich – nicht aber im stationären Bereich – unzulässig. Alle übrigen Arten von Leistungsdifferenzierungen sind demgegenüber rechtskonform.

¹³⁶ EUGSTER, SBVR, Rz. 1251.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern



5.3 Medizinische Leistungsdifferenzierungen

100 Anhand der vorstehend entwickelten Kriterien gilt es nun zu beurteilen, welche Arten von Leistungsdifferenzierungen zwischen rein grundversicherten und zusatzversicherten Patienten konkret zulässig sind. Dabei konzentrieren sich die Ausführungen auf **Leistungsdifferenzierungen im medizinischen Bereich**, wobei insbesondere die dem Gutachter vorgelegten Fallbeispiele besprochen werden. Komfortleistungen, welche für die medizinischen Untersuchungen und Behandlungen an sich keine Bedeutung haben, bleiben ausgeklammert. Dies betrifft namentlich Leistungen auf dem Gebiet der Hotellerie und Gastronomie wie Zimmer mit luxuriöser Ausstattung und Aussicht, Rooming-in für Angehörige, individuelle Besuchszeiten, Bereitstellung von Zeitungen und Gratisgetränken, Wäschedienst, breitere Auswahl an Mahlzeiten oder persönlicher Service. Es handelt sich dabei soweit um echte Mehrleistungen, als die betreffende Einrichtung (Spital oder Arztpraxis) zugleich einen Standard für rein grundversicherte Patienten anbietet (Rz. 76). Besteht demgegenüber das Angebot eines

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Leistungserbringers einzig aus solchen Komfortleistungen, dürfen diese nur im stationären, nicht aber im ambulanten Bereich über zusatzversicherte Sondertarife abgerechnet werden (Rz. 81 ff.).

5.3.1 Behandelnde Fachpersonen

- 101 Eine Kategorie von Leistungs differenzierungen, die medizinisch relevant sind, betrifft die **Qualifikation der behandelnden Fachpersonen** und die **Intensität der persönlichen Betreuung**. Dabei sind etwa folgende Mehrleistungen denkbar:
- persönliche Betreuung durch den Chefarzt (im Unterschied zur Betreuung durch einen Facharzt);
 - tägliche Visiten durch den behandelnden Arzt;
 - kontinuierliche Betreuung durch die gleiche erfahrene Pflegefachperson (im Unterschied zu einer wechselnden Betreuung oder einer Betreuung durch Lernende).
- 102 **Fallbeispiel 1:** Frau A. benötigt eine Gallenblasen-Entfernung. Vom OP-Team wird dies als einfacher chirurgischer Routine-Eingriff eingestuft. Da sie grossen Respekt vor der Operation hat und nicht vom behandelnden Assistenz- und Oberarzt versorgt werden möchte, fordert sie explizit den Chefarzt als Operateur. Falls Frau A. rein grundversichert ist, wird ihr der Chefarzt für diesen Eingriff verwehrt. Verfügt sie hingegen über eine Zusatzversicherung, wird sie vom Chefarzt operiert.
- 103 Die **freie Arztwahl** gehört im stationären Bereich nach ständiger Rechtsprechung zu den echten Mehrleistungen, die von Zusatzversicherungen abgedeckt werden dürfen (Rz. 72 f.). Die freie Arztwahl bezieht sich dabei nicht nur auf die Durchführung des eigentlichen Eingriffs, sondern erstreckt sich auf die prä- und postoperative Betreuung¹³⁷. Auch die freie Wahl von nicht-ärztlichem Medizinalpersonal, insbesondere von Pflegefachkräften, ist als echte Mehrleistung zu qualifizieren. Rein grundversicherte Patienten können demgegenüber für ihre Behandlung zwar das Listenspital frei wählen (Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG), während die freie Wahl der behandelnden Fachpersonen vom OKP-Standard nicht abgedeckt ist. Auch für rein grundversicherte Patienten muss jedoch die hinreichende Qualifikation der behandelnden Fachpersonen sichergestellt

¹³⁷ CONTI, S. 1152 f.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

sein. Diese müssen über die erforderlichen gesundheitspolizeilichen Zulassungen sowie allfällige krankenversicherungsrechtliche Zusatzanforderungen hinsichtlich Ausbildung und Erfahrung (Dignitäten) verfügen. Zudem muss das beteiligte Medizinalpersonal selbstverständlich in der Lage sein, die konkrete Behandlung mit aller Sorgfalt gemäss dem medizinischen Standard durchzuführen (Rz. 40 ff.). Ansonsten läge ein sogenanntes Übernahmeverschulden vor, welches haft- und strafrechtliche Folgen nach sich ziehen kann¹³⁸.

- 104 **Lösung zu Fallbeispiel 1:** Im genannten Fallbeispiel hat Frau A. somit nur dann einen Anspruch darauf, vom Chefarzt operiert zu werden, wenn sie über eine entsprechende Zusatzversicherung verfügt bzw. die aus der freien Arztwahl resultierenden Mehrkosten selber übernimmt.
- 105 Hinsichtlich **Kontinuität der Betreuung** durch die gleichen Fachpersonen sind im stationären Bereich ebenfalls Differenzierungen möglich. Wenn rein grundversicherte Patienten keinen Anspruch auf freie Wahl des Medizinalpersonals in einem Spital haben, besteht auch kein Anspruch auf kontinuierliche Betreuung durch dieselben Fachpersonen. Die Betreuung durch den behandelnden Arzt sowie durch die gleiche Pflegefachperson während eines Spitalaufenthalts und allenfalls danach stellt demzufolge – gegenüber einer wechselnden Betreuung durch unterschiedliche Fachpersonen – eine echte Mehrleistung dar. Die damit verbundenen Mehrkosten können somit privat versichert werden.
- 106 Fraglich ist, ob die erwähnten Mehrleistungen auch **im ambulanten Bereich**, namentlich in Spitalambulatorien oder bei kürzer dauernden Notfallbehandlungen, von Zusatzversicherungen als echte Mehrleistungen abgedeckt werden dürfen. Wie vorne ausgeführt ist nach hier vertretener Auffassung entscheidend, ob die ambulante Einrichtung zwischen dem Standardangebot und den Mehrleistungen hinreichend klar differenziert (Rz. 76; vgl. aber auch Rz. 87 betreffend private Sondertarife im Bereich der ambulanten Notfalldienste). Falls die ambulante Einrichtung sowohl ein standardmässiges Betreuungsangebot für rein Grundversicherte als auch ein darüber hinausgehendes Angebot für Zusatzversicherte bereithält, können letztere als echte Mehrleistungen qualifiziert und durch Zusatzversicherungen abgedeckt werden. Dabei ist indessen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die ambulante Einrichtung beweispflichtig. Sie

¹³⁸ Statt vieler AEBI-MÜLLER et al., § 7 Rz. 71.

muss den detaillierten Nachweis erbringen, dass in Bezug auf die Wahl von Fachpersonen und die Kontinuität der persönlichen Betreuung eine echte Leistungsdifferenzierung vorliegt (Rz. 74).

5.3.2 Behandlungszeitpunkt

- 107 Weitere Leistungsdifferenzierungen kommen in Bezug auf den Behandlungszeitpunkt in Frage. So können Mehrleistungen darin bestehen, dass **Eintritts- und Operationstermine** nach persönlichen Wünschen des Patienten festgelegt werden.
- 108 **Fallbeispiel 2:** Frau B. ist 60-jährig und in gutem Allgemeinzustand. Sie benötigt eine Knie-Endoprothese wegen langjähriger Arthrose. Die Schmerz-Situation ist aktuell gut kontrolliert. Der Eingriff ist deshalb nicht dringend und kann gemäss medizinischer «good practice» jederzeit innerhalb der nächsten 3 Monate durchgeführt werden. Falls Frau B. einzig über die Grundversicherung verfügt, wird ihr ein Operationstermin in 8 Wochen zugeteilt. Sie muss dafür ihre Ferien verschieben. Ist Frau B. demgegenüber zusatzversichert, legt der Orthopäde in Absprache mit der Patientin einen Operationstermin in 2 Wochen fest. Bei gutem Reha-Verlauf kann Frau B. damit rechnen, in 3 Monaten an der Hochzeit ihrer Enkelin in den USA teilnehmen zu können, was ihr sehr wichtig ist.
- 109 Für Patienten, die sich **mehreren Eingriffen** unterziehen müssen, könnten Spitäler als Mehrleistung vorsehen, dass die Termine für die erforderlichen Eingriffe zusammengefasst und die Eingriffe während einem einzigen Spitalaufenthalt durchgeführt werden.
- 110 **Fallbeispiel 3:** Herr C. ist wegen einer Hüftoperation hospitalisiert. Er hat ein Überbein an der linken Hand, welches Beschwerden verursacht und möchte dies während des gleichen stationären Aufenthalts entfernen lassen. Ist Herr C. allein grundversichert, wird die zweite (von der ersten unabhängige) Operation durch die DRG-Pauschale nicht abgegolten. Herr C. erhält deshalb vier Wochen später einen Termin für eine ambulante Operation an der Hand. Hat Herr C. demgegenüber eine Zusatzversicherung, entfernt ihm der behandelnde Arzt direkt im Anschluss an die Hüft-Operation (in der gleichen Narkose) auch das Überbein.
- 111 Die Frage, ob die Festlegung des Behandlungszeitpunkts bzw. die Durchführung von Mehrfacheingriffen auf Wunsch des Patienten eine Mehrleistung darstellt, hängt davon ab, ob die Behandlung **elektiv oder dringlich** ist. Ein medizinischer Eingriff ist dann elektiv, wenn er zumindest eine gewisse Zeit lang aufgeschoben werden kann, ohne dass sich der Zustand des Patienten deswegen verschlechtert oder allfällige Schmer-

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

zen des Patienten nicht kontrolliert werden können. Im Unterschied dazu müssen dringliche Eingriffe innerhalb kurzer Zeit (24 Stunden) bzw. Notoperationen sofort vorgenommen werden, um vom Patienten gesundheitlichen Schaden abzuwenden¹³⁹.

- 112 Der Leistungsstandard der OKP entspricht dem medizinischen Standard (Rz. 39). Elektive Eingriffe charakterisieren sich dadurch, dass keine medizinische Notwendigkeit besteht, die Behandlung zu einem genau bestimmten Zeitpunkt durchzuführen. Der medizinische Standard verlangt somit nicht, dass der Behandlungszeitpunkt vom Patienten frei gewählt werden kann. Das bedeutet, dass die Festlegung eines bestimmten Eintritts- oder Operationstermins wie auch die Durchführung von Mehrfacheingriffen nach Wunsch des Patienten über den medizinischen Standard hinausgeht und damit von der OKP nicht abgedeckt ist. Die Wahl des Behandlungszeitpunkts durch den Patienten stellt bei elektiven Eingriffen somit eine **echte Mehrleistung** dar. Demgegenüber fällt die zeitnahe bzw. sofortige Durchführung des Eingriffs im Fall von Dringlichkeit oder gar in einer Notfallsituation als medizinischer Standard unter die OKP.
- 113 Als echte Mehrleistung darf die freie Wahl des Behandlungszeitpunkts durch den Patienten grundsätzlich von einer Zusatzversicherung abgedeckt werden, ohne dass dadurch der Tarifschutz tangiert wird. Vorausgesetzt ist zunächst, dass dadurch im fraglichen Spital bei rein grundversicherten Patienten der **OKP-Leistungsstandard** nicht unterschritten wird (Rz. 78). Das bedeutet, dass ein Spital im Rahmen seiner Kapazitäten und seiner Leistungsaufträge Grundversicherten keine dringlichen Behandlungen verweigern darf.
- 114 Sodann muss ein Listenspital die **Aufnahmepflicht** beachten (Rz. 79). Das Spital ist folglich verpflichtet, im Rahmen seiner Leistungsaufträge alle grundversicherten Patienten für elektive Behandlungen aufzunehmen, solange freie Kapazitäten – sprich: freie Eintritts- und Operationstermine – bestehen. Ein Spital würde seine Aufnahmepflicht verletzen, wenn es gewissermassen auf Vorrat Termine für potenzielle (noch nicht angemeldete) Patienten mit Zusatzversicherung freihalten und dadurch rein grundversicherte Patienten abweisen würde. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Aufnahmepflicht nicht verletzt ist, wenn ein Spital einem grundversicherten Patienten für eine elektive Behandlung nicht den nächstmöglichen Termin gibt. Die Terminfestlegung darf aber nicht missbräuchlich sein, d.h. einem rein grundversicherten Patienten muss – soweit freie Kapazitäten bestehen – ein Termin angeboten werden, der

¹³⁹ Vgl. BGer, Urteil 9C_110/2011 vom 27. Juni 2011, E. 3.3.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

für ihn zumutbar ist. Als Richtwerte lassen sich dabei die in Gesundheitssystemen anderer Länder garantierten maximalen Wartezeiten für elektive Behandlungen heranziehen¹⁴⁰, z.B. in Schweden (90 Tage) oder in England (18 Wochen)¹⁴¹.

- 115 **Lösung zu Fallbeispiel 2:** Wenn der Operationstermin für Frau B. so festgelegt wird, dass sie deswegen ihre Ferien verschieben muss, ist weder der Leistungsstandard der OKP beeinträchtigt noch die Aufnahmepflicht des Listenspitals verletzt. Wird hingegen der Operationstermin auf Wunsch von Frau B. so festgelegt, dass sie bei gutem Reha-Verlauf damit rechnen kann, an der Hochzeit ihrer Enkelin in den USA teilnehmen zu können, liegt eine echte Mehrleistung vor. Diese kann von einer Zusatzversicherung abgedeckt werden.
- 116 **Lösung zu Fallbeispiel 3:** Der Leistungsstandard der OKP ist grundsätzlich nicht berührt, wenn Herr C. an der Hüfte und an der Hand an zwei verschiedenen Terminen operiert wird. Vorbehalten bleibt der Fall, dass Narkosen für den Patienten mit besonderen, über das übliche Mass hinausgehenden Gesundheitsrisiken verbunden sind. Wird demgegenüber auf Wunsch von Herrn C. eine Mehrfachoperation durchgeführt, liegt eine echte Mehrleistung vor, die von einer Zusatzversicherung übernommen werden darf.

5.3.3 Behandlungsintensität

- 117 Leistungsdifferenzierungen fallen sodann in Bezug auf die **Intensität der Behandlung und Betreuung von Patienten** in Betracht. Zu denken ist an die Dauer und Anzahl von Gesprächen, Visiten, Untersuchungen und Pflegehandlungen vor und nach einer Behandlung, ferner an eine individuelle Tagesablaufplanung, erweiterte Körperpflege, Ernährungsberatung bis hin zu Sozialdienstleistungen im Hinblick auf die Bewältigung des Alltags ausserhalb des Spitals.
- 118 **Fallbeispiel 4:** Herr D. ist grundsätzlich gesund, aber stark übergewichtig. Nach einem Unfall wird er mit einem Knöchelbruch in den Notfall eingeliefert und operativ erfolgreich behandelt. Er tritt nach drei Tagen zufrieden aus. Sofern Herr D. über eine Zusatzversicherung verfügt, wird er während seines stationären Aufenthaltes in zwei Gesprächen von der Ernährungsberatung beraten und für die Aufnahme in ein ambulantes Adipositas-Programm motiviert, welches bei Erfüllung der medizinischen Kriterien und Einverständnis des Patienten zu einem bariatrischen Eingriff führen könnte.

¹⁴⁰ Vgl. dazu NINA VIBERG et al., International comparisons of waiting times in health care – Limitations and prospects, Health Policy 112 (2013) 53-61, 55. S. 46 ff.

¹⁴¹ Vgl. <https://sweden.se/society/health-care-in-sweden/> (Schweden) und <http://www.nhs.uk/NHSEngland/appointment-booking/Pages/nhs-waiting-times.aspx> (England).

- 119 Der Leistungsstandard der OKP verlangt eine hinreichende, auf die konkrete medizinische Diagnose und den individuellen Gesundheitszustand ausgerichtete Betreuung, Pflege und Überwachung des Patienten. Visiten von Ärzten und Pflegefachpersonen, welche diesen Standard überschreiten, bieten aufgrund der damit verbundenen erhöhten Aufmerksamkeit und Zuwendung allenfalls einen psychologischen, jedoch **keinen medizinischen Mehrwert**. Dasselbe gilt für zusätzliche Untersuchungen und erweiterte Körperpflege, welche zur Sicherstellung des Behandlungserfolgs nicht erforderlich wären. Auch eine individuelle Tagesablaufplanung oder Sozialdienstleistungen sind Komfortleistungen, die über den OKP-Standard hinausgehen. Die Kosten für eine Ernährungsberatung werden hingegen gemäss Art. 9b KLV auf ärztliche Anordnung hin oder in ärztlichem Auftrag bei bestimmten Krankheiten während einer bestimmten Dauer von der OKP übernommen. Eine Ernährungsberatung stellt folglich nur dann eine zusätzliche Leistung dar, wenn sie ausserhalb des von der KLV definierten Leistungsumfangs der OKP liegt.
- 120 Insgesamt sind damit besondere, medizinisch nicht notwendige Behandlungs- und Betreuungsangebote **echte Mehrleistungen bzw. Zusatzleistungen**, deren Kosten im stationären Bereich ohne Verletzung des Tarifschutzes von einer Zusatzversicherung abgedeckt werden können. Im ambulanten Bereich ist eine gesonderte Verrechnung der Kosten derartiger Mehrleistungen wiederum nur zulässig, wenn für die Patienten zugleich ein Angebot nach OKP-Standard zugänglich ist. Die Mehrleistungen müssen dabei vom OKP-Standard klar abgrenzbar sein, wofür der Leistungsträger nachweislich ist (Rz. 74 ff.).
- 121 **Lösung zu Fallbeispiel 4:** Die zwei Gespräche der Ernährungsberatung mit Herrn D. sind von der OKP abgedeckt, sofern sie vom behandelnden Arzt angeordnet werden und eine bestimmte, in Art. 9b Abs. 1 KLV aufgeführte Erkrankung vorliegt. Dazu gehören namentlich Adipositas (Body-Mass-Index von über 30) sowie die Folgeerkrankungen des Übergewichts oder in Kombination mit dem Übergewicht (Art. 9b Abs. 1 lit. b KLV). Eine operative Adipositasbehandlung wird gemäss Anhang 1 der KLV (dazu Rz. 11) grundsätzlich dann von der OKP vergütet, wenn der Patient einen Body-Mass-Index von mehr als 35 hat und eine zweijährige adäquate Therapie zur Gewichtsreduktion erfolglos war. Entsprechend gehört es auch zum Leistungsstandard der OKP, stark übergewichtige Patienten über adäquate Behandlungsmöglichkeiten zu informieren. Bei den erwähnten Leistungen (Ernährungsberatung, Adipositasbehandlung sowie Information über Behandlungsmöglichkeiten) handelt es sich insoweit nicht um echte Mehrleistungen bzw. Zusatzleistungen, sondern um Pflichtleistungen, die von der OKP abgedeckt sind.

5.3.4 Behandlungsmethoden

- 122 Leistungen für rein grundversicherte und zusatzversicherte Patienten lassen sich alsdann in Bezug auf die **Methoden von Diagnosen und Therapien** differenzieren. Beispiele für solche Differenzierungen sind etwa die freie Wahl zwischen einer konservativen und einer invasiven Therapie oder die Wahl zwischen einer herkömmlichen Standardtherapie und der Anwendung der neuesten Technologie, die noch nicht oder erst vor kurzem zum Standard geworden ist (z.B. roboterassistierte Behandlungen).
- 123 **Fallbeispiel 5:** Herr E. hat einen Bandscheibenvorfall ohne neurologische Ausfälle. Es werden mit ihm alle möglichen Therapievarianten besprochen. Der Arzt stellt fest, dass eine operative und eine konservative Therapie langfristig das gleiche Outcome haben werden. Ist Herr E. einzig grundversichert, empfiehlt ihm der Arzt eine konservative Therapie mit ambulanter Schmerz- und Physiotherapie. Verfügt Herr E. über eine Zusatzversicherung, entscheidet er sich für eine stationäre operative Therapie mit anschliessender ambulanter Schmerz- und Physiotherapie.
- 124 **Fallbeispiel 6:** Herr F. ist 60-jährig und wird wegen eines Prostatakarzinoms zwecks Abklärung der Indikation für eine radikale Prostatektomie an das Indikationsboard Urologie überwiesen. Das Board gibt die Indikation frei. Hat Herr F. allein die Grundversicherung, empfiehlt ihm das Urologie-Team eine konventionelle laparoskopische Prostatektomie. Falls Herr F. zusatzversichert ist, werden mit ihm alle möglichen Operationsvarianten besprochen. Schliesslich entscheiden sich Team und Patient zusammen für eine Operation mit dem Da Vinci-Roboter.
- 125 **Fallbeispiel 7:** Frau G. ist schwanger und wünscht eine Sectio-Geburt (Kaiserschnitt). Sie wird über die Risiken sowohl der vaginalen als auch der Sectio-Geburt aufgeklärt. Gemäss medizinischer «good practice» sind im konkreten Fall die vaginale und die Sectio-Geburt gleichermaßen vertretbar. Die unkomplizierte Sectio-Geburt ist im Vergleich zur unkomplizierten vaginalen Geburt ca. 3'000 CHF teurer. Ist Frau G. rein grundversichert, erteilt der Krankenversicherer keine Kostengutsprache für die Wunsch-Sectio. Hat Frau G. demgegenüber eine Zusatzversicherung, erhält sie vom Versicherer eine Kostengutsprache für die Wunsch-Sectio.
- 126 Der Leistungsstandard der OKP bezieht sich gerade hinsichtlich der Behandlungsmethoden auf den **medizinischen Standard**. Das bedeutet, dass sämtlichen grundversicherten Patienten der aktuelle medizinische Standard zu gewährleisten ist. Massgebend ist demzufolge primär die medizinische Indikation: Ist eine bestimmte, z.B. minimalinvasive Operationsmethode aus medizinischen Gründen (höhere Wirksamkeit, geringere Risiken und Belastungen, bessere Verträglichkeit) im konkreten Fall angezeigt, verlangt der Standard, dass diese Methode gewählt wird. Sind hingegen beim individuellen Patienten mehrere Methoden medizinisch, d.h. hinsichtlich Wirksamkeit und Zweckmässigkeit, vergleichbar, verlangt der sowohl von den Krankenversicherern als auch von den Leistungserbringern zu beachtende Grundsatz der Wirtschaftlichkeit die

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Wahl der kostengünstigsten Methode (vgl. Rz. 31). Die OKP vermittelt entsprechend keinen Anspruch darauf, dass bei zwei medizinisch gleichwertigen Behandlungsmethoden die teurere Methode vergütet wird. Soweit ein Leistungserbringer bei mehreren medizinisch gleichwertigen Methoden nicht die günstigste Methode anwendet, liegt damit eine echte Mehrleistung vor, deren Mehrkosten mittels Zusatzversicherung vergütet werden können.

- 127 Das Gesagte gilt nicht nur für den ambulanten, sondern auch für den **stationären Bereich**, in dem die Behandlungen mittels DRG-Fallpauschalen vergütet werden (Art. 49 Abs. 1 KVG). Für die Krankenversicherer und die Kantone, welche die Pauschalen bezahlen (Art. 49a Abs. 1 KVG), ist zwar unerheblich, ob das Spital im Rahmen einer bestimmten Pauschale von mehreren medizinisch gleichwertigen Behandlungsmethoden die kostengünstigste Methode wählt – denn sie schulden unabhängig von den Spitalkosten im konkreten Fall immer nur die Pauschale¹⁴². Hingegen liegt es im berechtigten Interesse des Spitals, sich wirtschaftlich zu verhalten und die kostengünstigsten Methoden anzuwenden, soweit dadurch die Wirksamkeit und Zweckmässigkeit des konkreten Eingriffs nicht tangiert sind. Es ist gerade Zweck des Fallpauschalensystems, den Spitälern Anreize zu wirtschaftlichem Verhalten zu setzen¹⁴³. Entsprechend verlangt der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Erstellung von Spitallisten und der Erteilung von Leistungsaufträgen, dass die Behörden als Planungsgrundsatz neben der Qualität die Wirtschaftlichkeit beachten (Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG, Art. 58b Abs. 4 und 5 KVV). Auch für die Genehmigung und Festlegung der Tarife ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit massgebend (Art. 46 Abs. 4 und Art. 49 Abs. 7 KVG). Der Gesetzgeber erwartet mithin von den Spitälern wirtschaftliches Verhalten. Falls Spitäler bei gleichwertigen Behandlungsalternativen nicht die günstigste anwenden, überschreiten sie somit das vom KVG angestrebte, durch den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit begrenzte Leistungsniveau. Demzufolge liegt in solchen Fällen eine echte Mehrleistung vor, deren Mehrkosten zulasten einer Zusatzversicherung des Patienten verrechnet werden können.

¹⁴² Vorbehalten sind die Fälle, in denen aufgrund des Schweregrades der Erkrankung bzw. der Komplikationen ein Mehraufwand an Personal und technischen Hilfsmitteln erforderlich (höhere Leistungsintensität) und dies im DRG-System in Form des Case-Mix-Indexes (CMI) abgebildet ist (vgl. Art. 59d Abs. 4 KVV sowie RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rz. 62).

¹⁴³ Namentlich RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rz. 88.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

- 128 **Lösung zu Fallbeispiel 5:** Wird bei einem Bandscheibenvorfall ohne neurologische Ausfälle eine stationäre operative Therapie mit anschliessender ambulanter Schmerz- und Physiotherapie – anstelle einer medizinisch gleichwertigen konservativen Behandlung mit rein ambulanter Schmerz- und Physiotherapie – durchgeführt, liegt eine eigentliche Zusatzleistung vor (vgl. Rz. 67). Denn die stationär durchgeführte Operation wird von der OKP nicht vergütet, da sie mit Blick auf die Kriterien der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit nicht erforderlich und somit unwirtschaftlich ist. Die Kosten für eine solche Operation können mit einer Zusatzversicherung abgedeckt werden. Vorausgesetzt ist jedoch, dass die Operation ex ante für den Patienten einen Zusatznutzen erwarten lässt (vgl. Rz. 70). Ein solcher Zusatznutzen kann auch darin bestehen, dass der Patient Zeit gewinnt, indem er wie im vorliegenden Fall nicht die Wirkung einer (länger dauernden) konservativen Therapie abwartet, sondern sich in Kenntnis der Risiken und Belastungen direkt für die operative Variante entscheidet.
- 129 **Lösung zu Fallbeispiel 6:** Eine Prostata-Operation mit dem Da Vinci-Roboter – anstelle einer medizinisch gleichwertigen, konventionellen laparoskopische Prostatektomie – stellt eine echte Mehrleistung dar. Die anfallenden Mehrkosten können von einer Zusatzversicherung übernommen werden.
- 130 **Lösung zu Fallbeispiel 7:** Die Geburt eines Kindes mittels einer Sectio (Kaiserschnitt) ist durch eigene DRG-Fallpauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG abgedeckt. Die Übernahme der Kosten einer Sectio durch die OKP setzt voraus, dass diese medizinisch indiziert ist. Eine Wunsch-Sectio wird demgegenüber von der OKP nicht vergütet. Es handelt sich im Vergleich zur vaginalen Geburt, die von der OKP abgedeckt ist, um eine echte Mehrleistung, die in den Zusatzversicherungsbereich fällt.

5.3.5 Behandlungsprodukte

- 131 Eine weitere Art möglicher Leistungsdifferenzierung betrifft die Wahl von Produkten, die für eine Untersuchung oder Behandlung verwendet werden, namentlich die Wahl von **Arzneimitteln und Medizinprodukten**. Angesprochen ist etwa die Wahl eines Originalpräparates anstelle eines Generikums oder die Wahl von Implantaten und Prothesen einer bestimmten Qualität bzw. eines bestimmten Herstellers nach persönlicher Absprache mit dem behandelnden Arzt.
- 132 **Fallbeispiel 8:** Herr H. ist 85-jährig und wird wegen einer Herzklappeninsuffizienz zwecks Abklärung der Indikation für einen TAVI-Eingriff an das Indikationsboard der Herzmedizin überwiesen. Das Board gibt die Indikation frei. Ist Herr H. rein grundversichert, wird ihm vom Herz-Team eine bewährte M-Herzklappe empfohlen. Der Preis einer solchen Klappe beträgt 30'000 CHF und ist durch die DRG-Pauschale abgedeckt. Verfügt Herr H. über eine Zusatzversicherung, werden mit ihm alle möglichen Therapievarianten besprochen. Schliesslich entscheiden sich

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Herz-Team und Patient zusammen für eine innovative E-Klappe. Der Preis einer solchen Klappe beträgt 60'000 CHF.

- 133 Ob die Verwendung teurerer Produkte – anstelle von medizinisch gleichwertigen günstigeren Produkten – eine echte Mehrleistung darstellt, hängt davon ab, ob der Leistungserbringer damit dem für die OKP massgebenden Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zuwiderhandelt. Soweit die Vergütung von Produkten **in Tarifverträgen geregelt** ist, verlangt der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bei medizinisch gleichwertigen Varianten die Wahl des günstigsten Produktes (vgl. Rz. 126 f). Dies trifft namentlich auf Medizinprodukte zu, die in den Körper implantiert werden oder von Leistungserbringern im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten der OKP verwendet werden (Art. 20a Abs. 2 KLV).
- 134 Richtet sich die Vergütung von Produkten jedoch nach **Positivlisten**, gewährt die OKP den Leistungserbringern einen Spielraum für die Wahl teurerer Produkte, ohne dass dabei der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verletzt wird. Dies gilt für jene Bereiche, in denen für bestimmte Produktkategorien Höchstvergütungsbeträge in Positivlisten (z.B. MiGeL) festgelegt sind. Die Höchstvergütungsbeträge basieren bereits auf einer Wirtschaftlichkeitskontrolle durch die zuständigen Behörden, welche die jeweilige Positivliste erstellen. Das bedeutet, dass im Rahmen der Höchstvergütungsbeträge bei Vorliegen mehrerer wirksamer und zweckmässiger Behandlungsoptionen auch die Wahl der nicht kostengünstigsten Option aus Sicht des KVG wirtschaftlich ist und von der OKP vergütet wird. Eine echte Mehrleistung liegt in diesen Fällen somit erst dann vor, wenn der Höchstvergütungsbetrag überschritten wird. Ähnliches gilt für Arzneimittel: Der Arzt darf zulasten der OKP das teurere Originalpräparat anstelle des – medizinisch gleichwertigen – Generikums abgeben, soweit beide Präparate auf der SL aufgeführt sind. Der Patient hat dabei zwar einen höheren Selbstbehalt in Kauf zu nehmen, worauf er vom Arzt aufmerksam gemacht werden muss (Art. 38a KLV), hingegen verstösst der Arzt mit der Abgabe des Originalpräparats nicht gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit.
- 135 **Lösung zu Fallbeispiel 8:** Die Vergütung von Implantaten wie Herzklappen ist tarifvertraglich geregelt, d.h. die Verwendung von Herzklappen fällt unter die betreffende DRG-Fallpauschale. Die Implantation der innovativen E-Herzklappe bei Herrn H. mit einem Preis von 60'000 CHF. – anstelle der medizinisch gleichwertigen M-Klappe mit einem Preis von 30'000 CHF – ist demzufolge eine echte Mehrleistung. Die damit verbundenen Mehrkosten können von einer Zusatzversicherung abgedeckt werden.

5.3.6 Behandlungsdauer

136 Leistungsdifferenzierungen sind schliesslich hinsichtlich der **Dauer von Untersuchungen und Behandlungen** denkbar. Mögliche Mehrleistungen sind dabei insbesondere die folgenden:

- stationäre anstelle einer ambulanten Therapie;
- längere Aufenthaltsdauer in einem Spital;
- zusätzliche Anzahl von Therapiesitzungen.

137 Die OKP übernimmt die Kosten einer stationär durchgeführten Behandlung, sowie diese medizinisch indiziert ist und eine sogenannte **Spitalbedürftigkeit** besteht¹⁴⁴. Eine Spitalbedürftigkeit ist gemäss Rechtsprechung «einerseits dann gegeben, wenn die notwendigen diagnostischen und therapeutischen Massnahmen nur in einem Spital zweckmässig durchgeführt werden können, anderseits auch dann, wenn die Möglichkeiten ambulanter Behandlung erschöpft sind und nur noch im Rahmen eines Spitalaufenthaltes Aussicht auf einen Behandlungserfolg besteht. Dabei kann eine Leistungspflicht für den Spitalaufenthalt auch dann bestehen, wenn der Krankheitszustand der versicherten Person einen solchen nicht unbedingt erforderlich macht, die medizinische Behandlung jedoch wegen besonderer persönlicher Lebensumstände nicht anders als im Spital durchgeführt werden kann»¹⁴⁵. Gegenwärtig sind auf kantonaler und eidgenössischer Ebene zwecks Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit Bestrebungen im Gang, für bestimmte medizinische Eingriffe die generelle Vermutung aufzustellen, dass keine Spitalbedürftigkeit besteht und mithin nur die ambulante Durchführung von der OKP abgedeckt wird¹⁴⁶. Soweit solche Positivisten rechtlich massgebend sind, ist es

¹⁴⁴ Dazu eingehend EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 55 ff. zu Art. 25 KVG.

¹⁴⁵ BGE 126 V 323 E. 2b S. 326.

¹⁴⁶ Vgl. z.B. die Liste ambulant durchzuführender Untersuchungen und Behandlungen des Gesundheits- und Sozialdepartements des Kantons Luzern, gültig ab 1. Juli 2017; auf dieser Liste figurieren namentlich Herzkatheteruntersuchung, Operation Grauer Star, Herzschrittmacher, Krampfaderoperation, Eingriffe an Blutgefässen, Karpaltunneloperation, Hämorrhoiden, Leistenbruchoperation, Eingriffe am Gebärmutterhals, Kniespiegelung, Eingriff am Kniemeniskus oder Nierensteinzertrümmerung.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

am Leistungserbringer, für die ausnahmsweise Annahme einer Spitalbedürftigkeit stichhaltige medizinische Gründe vorzubringen.

- 138 Sofern es an einer Spitalbedürftigkeit fehlt bzw. eine solche vom Leistungserbringer nicht nachgewiesen werden kann, stellt eine trotzdem erfolgte Hospitalisation eine **echte Mehrleistung** dar, die in den Zusatzversicherungsbereich fällt. Dasselbe gilt für eine Aufenthaltsdauer in einem Spital, die über das medizinisch Notwendige hinausgeht, wie z.B. ein Spitaleintritt am Vorabend, wenn auch ein Eintritt am Operationstag zweckmässig wäre. Was die Anzahl von Therapiesitzungen betrifft, legt das Verordnungsrecht teilweise fest, wie viele Sitzungen von der OKP übernommen werden¹⁴⁷. Therapiesitzungen, die gemäss diesen Positivlisten nicht von der OKP vergütet werden, sind **Zusatzleistungen**, die ebenfalls von Zusatzversicherungen abgedeckt werden können.

¹⁴⁷ Vgl. namentlich Art. 3b (Psychotherapie), Art. 5 (Physiotherapie), Art. 6 (Ergotherapie), Art. 9b (Ernährungsberatung), Art. 9c (Diabetesberatung), Art. 11 (Logopädie) sowie Art. 15 KLV (Stillberatung).

6. Ergebnisse

139 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt das vorliegende Gutachten zu folgenden **Ergebnissen**:

- Die **OKP** darf nur medizinische Leistungen vergüten, die unter die Leistungsbereiche nach Art. 25-31 KVG fallen, die Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (WZW-Kriterien) nach Art. 32 KVG erfüllen und vom Verordnungsgeber gestützt auf Art. 33 KVG in Form von Negativ- und Positivlisten weiter konkretisiert worden sind. Alle übrigen medizinischen Leistungen sind in den Bereich der **Krankenzusatzversicherungen** verwiesen, deren Abschluss freiwillig ist. (Kap. 2)
- Damit eine Leistung von der OKP übernommen wird, müssen die **WZW-Kriterien** kumulativ erfüllt sein. Während sich die Kriterien der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit auf medizinische Aspekte beziehen (medizinische Wirkung, Nutzen-Risiko-Verhältnis), verlangt das Kriterium der Wirtschaftlichkeit insbesondere, dass bei vergleichbarem medizinischem Nutzen die kostengünstigste Variante zu wählen ist. Hinsichtlich Qualität müssen die Leistungen der OKP den allgemein anerkannten Standards entsprechen. Soweit es um die medizinische Qualität von Untersuchungen und Behandlungen geht, ist damit der **medizinische Standard** gemeint. Dieser entspricht dem gegenwärtig gegebenen durchschnittlichen Leistungs niveau in der Medizin. Die Kosten von Leistungen, die über dem medizinischen Standard liegen, sind nicht wirtschaftlich und dürfen von der OKP nicht übernommen werden. (Kap. 3)
- Aus den **Grundrechten** auf Leben und Integrität lässt sich kein bestimmter, von der OKP zu gewährleistender Leistungsstandard ableiten. Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen gewährt zwar einen Leistungsanspruch, jedoch ist dieser Anspruch auf medizinische Überlebenshilfe bzw. Notversorgung beschränkt. Aus der Rechtsgleichheit ergibt sich ein Anspruch auf prinzipiell gleichen Zugang zu medizinischen Leistungen für jedermann. Allerdings verletzen Leistungserbringer die Rechtsgleichheit nicht, wenn sie für zusatzversicherte Patienten oder Selbstzahler im Vergleich zu Patienten, die nur grundversichert sind, zusätzliche Leistungen bzw. Mehrleistungen erbringen. Der Handlungsauftrag in Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV verlangt von Bund und Kantonen die Gewährleistung einer ausreichenden, allen zugänglichen medizinischen **Grundversorgung** von hoher Qualität. Der von

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

der Verfassung verlangt Qualitätsstandard geht indessen nicht über den vom KVG gesetzten Standard hinaus. (Kap. 4)

- **Zusatzleistungen**, die gänzlich losgelöst von OKP-Leistungen erbracht werden, sind im Rahmen der massgebenden gesundheitspolizeilichen Vorschriften zulässig und dürfen ohne Weiteres von Zusatzversicherungen vergütet werden. **Mehrleistungen** sind demgegenüber mit OKP-Leistungen verbunden, gehen aber über deren Leistungsumfang hinaus. Sie sind dann unzulässig, wenn sie dazu führen, dass bei einem Leistungserbringer der OKP-Leistungsstandard für rein grundversicherte Patienten beeinträchtigt oder die Aufnahmepflicht eines Listenspitals verletzt wird. Im ambulanten Bereich muss der Leistungserbringer für das Vorliegen einer echten Mehrleistung einen detaillierten Nachweis erbringen. Unter diesen Vorbehalten sind Leistungsdifferenzierungen in Bezug auf die behandelnden Fachpersonen sowie Zeitpunkt, Intensität, Methoden, Produkte und Dauer von Untersuchungen und Behandlungen im stationären und ambulanten Bereich zulässig. Die Kosten für solche Mehrleistungen können durch Zusatzversicherungen abgedeckt werden. **Private Sondertarife** für Leistungen, die zumindest teilweise vom Leistungsumfang der OKP erfasst sind, dürfen nach einem Urteil des Bundesgerichts zur Rechtslage vor Inkrafttreten der KVG-Revision von 2007 nur im stationären – nicht aber im ambulanten Bereich – vereinbart sowie je anteilmässig von der OKP und einer Zusatzversicherung vergütet werden. Es ist davon auszugehen, dass diese Rechtsprechung unter dem geltenden KVG nach wie vor massgebend ist; für eine definitive Klärung dieser Frage bedürfte es indessen eines neuen höchstrichterlichen Urteils. (Kap. 5)

Prof. Dr. Bernhard Rüttsche
Ordinarius für Öffentliches Recht und
Rechtsphilosophie

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBI	Bundesblatt
BGE	Leitentscheid des Bundesgerichts (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts)
BGer	Bundesgericht
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
E.	Erwägung
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
FINMA	Finanzmarktaufsicht
KLV	Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung; SR 832.112.31)
KVAG	Bundesgesetz vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz; SR 832.12)
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung, (SR 832.102)
SR	Systematische Rechtssammlung
VKL	Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitälern, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (SR 832.104)
VAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; SR 961.01)
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz; SR 221.229.1)

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

Literaturverzeichnis

- AEBI REGINA / FELLMANN WALTER / GÄCHTER THOMAS / RÜTSCHÉ BERNHARD / TAG BRIGITTE, *Arztrecht*, Bern 2016.
- BRUNNSCHWEILER MARTIN, Aktuelle Rechtsprobleme der Tarifgestaltung in öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern: ein Überblick über die Praxis, *Jusletter* 16. Mai 2005.
- CONTI CHRISTIAN, Zusatzhonorar des Arztes und KVG, in: *AJP* 2001 1148.
- COULLERY PASCAL, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, *AJP* 2001 632.
- DUC JEAN-LOUIS, Faut-il payer le droit de choisir son médecin en cas de soins hospitaliers?, in: *SZS* 2005 533.
- DUC JEAN-LOUIS, Interventions chirurgicales dans des établissements non agréés, in: *AJP* 2011 661.
- EHRENZELLER BERNHARD / SCHINDLER BENJAMIN / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A., *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.
- EUGSTER GEBHARD, Die Unterscheidung zwischen grund- und zusatzversicherten Leistungen im Spitalbereich: Welche juristischen Kriterien sind massgeblich?, *SZS* 2005 445.
- EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zürich/Basel/Genf 2010.
- EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) Band XIV, Soziale Sicherheit*, 3. Auflage, Basel 2016, S. 387 ff.
- GÄCHTER THOMAS / RÜTSCHÉ BERNHARD, *Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis*, 3. Auflage, Basel 2013.
- JAEGER LOTHAR, Patientenrechtegesetz, in: *HAVE* 2015 3.
- KIESER UELI, Die Bedeutung des krankenversicherungsrechtlichen Tarifschutzes im stationären Bereich, in: *SZS* 2003 419.

Bernhard Rüttsche
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

- KUHN HANSPETER, Zusatzrechnungen für ärztliche Zusatzleistungen – zum Dritten. Zum Bundesgerichtsentscheid vom 8. Juni 2000, in: Schweizerische Ärztezeitung (SÄZ) 2000 2061.
- LANDOLT HARDY, Öffentliches Gesundheitsrecht. Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009.
- MOSER MARKUS, Der Tarifschutz bei einer stationären Behandlung von Privatpatienten, in: SZS 2007 362 (Teil 1), 452 (Teil 2).
- MÜLLER JÖRG PAUL / SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008.
- PALLY URSINA, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Zürich 2007.
- POLEDNA TOMAS, Privatpatienten im ambulanten Bereich – der rechtliche Rahmen für eine Ausweitung der kassenpflichtigen Leistungen, in: HILL 2012 Nr. 55.
- RICHLI PAUL, Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, AJP 2002 340.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler/Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, in: digma-Schriften, Band 6, Zürich 2012.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Spitalplanung und Spitalfinanzierung: Grundsatzurteil des Bundesgerichts, HILL 2012 Nr. 50.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Spitalplanung und Privatspitäler. Aktuelle Fragen zur Umsetzung des KVG in Bezug auf Privatspitäler, Zürich/Basel/Genf 2016.
- RÜTSCHKE BERNHARD / WILDI ANDREAS, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht: Wo wird die Grenze zur Rationierung überschritten? in: recht 2016, Heft 4, S. 199 ff.
- SPRECHER FRANZISKA, Rechtliche Rahmenbedingungen der medizinischen Humanforschung, in: Dörr Bianka S./Michel Margot (Hrsg.), Biomedizinrecht, Herausforderungen – Entwicklungen – Perspektiven, Zürich 2007, S. 105 ff.
- VAN SPYK BENEDIKT, Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, Zugleich eine Untersuchung der Grundlagen und Grenzen des «informed consent», Diss. St. Gallen 2010, Zürich/St. Gallen 2011.

Bernhard Rütscbe
Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern

- WIDMER STEFANIE, Off-label-use in der Schweiz: heilmittelrechtliche Zulässigkeit und Kostenübernahme, in: HILL 2013 Nr. 132.