

Universität Zürich
Rechtswissenschaftliche Fakultät

Rechtsgutachten zur Frage

**«Alternative Versicherungsmodelle als neues Standardmodell der
Krankenversicherung»**

Zuhanden von santésuisse

Erstattet von

Prof. Dr. iur. et Dr. med. Kerstin Noëlle Vokinger, LL.M.

Universität Zürich

Noah Rohner, MLaw

Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Dr. Kerstin Noëlle Vokinger, LL.M.,
Universität Zürich

Zürich, 18. September 2022

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Materialienverzeichnis.....	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XVI
§ 1 Einführung	1
1. Teil Die Versicherungsmodelle des KVG de lege lata	3
§ 2 Das System der Versicherungsmodelle im KVG	3
I. Verfassungs- und krankenversicherungsrechtliche Grundlagen	3
II. Standard-Versicherungsmodell vs. alternative Versicherungsmodelle	4
§ 3 Charakterisierung des «Standard-Versicherungsmodells».....	6
I. Überblick	6
II. Grundsatz der Einheitsprämie	6
A. Anforderungen des KVG.....	6
B. Anforderungen des KVAG.....	8
C. Einfluss der Grundprinzipien auf die Prämienfestsetzung	9
III. Freie Wahl des Leistungserbringers	10
A. Umsetzung im KVG.....	10
B. Bedeutung der Wahlfreiheit im Standard-Versicherungsmodell	11
IV. Kostenerstattungsprinzip und Einbindung der Leistungserbringer	13
§ 4 Charakterisierung der alternativen Versicherungsmodelle	15
I. Allgemeines.....	15
II. Das Gatekeeper-Prinzip.....	15
A. Begriff und Zielrichtung.....	15
B. Arten von Gatekeeper-Modellen	15
III. Begrenzte reglementarische Autonomie der Versicherer	17
A. Allgemeine Vorgaben.....	17
B. Grenzen nach KVG und KVV.....	18
C. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur gegenwärtigen Rechtslage	19
IV. Naturalleistungsprinzip und Einbindung von Leistungserbringern.....	23

2. Teil	Das Gatekeeper-Modell als neue Basisvariante der OKP	24
§ 5	Der Systemwechsel und seine Implikationen	24
I.	Das «Modell SANTÉSUISSE» im Überblick...	24
II.	...und seine Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse in der OKP	24
A.	Rechtsfolgen für die Versicherten	25
B.	Rechtsfolgen für die Versicherer	25
1.	Gewährleistung der gesetzlichen Pflichtleistungen	25
2.	Kompetenzen zur Verweigerung von Leistungen	26
3.	Kompetenz zur einseitigen Umteilung der Versicherten	27
4.	Lockerung des Vertragszwangs und duales Vergütungssystem	28
C.	Rechtsfolgen für die Leistungserbringer	29
1.	Mehr Wettbewerb unter Gewerbegegnossen	29
2.	Kassenspezifische Zweitzulassung im Standard-Versicherungsmodell	29
3.	Anwendbarkeit zweier verschiedener Vergütungssysteme	30
D.	Zwischenfazit und Überleitung	31
§ 6	Verfassungsrechtliche Prüfung des Systemwechsels	32
I.	Art. 117 BV und seine grundrechtlichen Schranken	32
II.	Arzt- und Therapiewahlfreiheit der Versicherten	32
A.	Eingriff in die Arzt- und Therapiewahlfreiheit	32
B.	Rechtfertigung des Eingriffs (Art. 36 BV)	33
C.	Zwischenfazit	36
III.	Berufsausübungsfreiheit der Leistungserbringer	36
A.	Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit	36
B.	Rechtfertigung des Eingriffs (Hinweis)	38
IV.	Zwischenfazit	39
§ 7	Die qualitativ hochstehende medizinische Versorgung im Besonderen	40
§ 8	Leitlinien zur Umsetzung des Systemwechsels im KVG	41
I.	Gatekeeper-Modell(e) als Basisvariante der OKP	41
II.	Grundsatz der Einheitsprämie	41
III.	Kein Modellzwang	42
IV.	Umfassende Gesundheitsversorgung und hohe Qualität	43

V. Beschränkter reglementarischer Spielraum der Versicherer	44
VI. Schnittstelle zwischen Leistungserbringer und Versicherer.....	45
A. Frage der Kostenvergütung	45
B. Auswahl der Leistungserbringer.....	45
C. Verhältnis der verschiedenen Zulassungen	46
VII. Rolle der Branchenverbände	47
VIII. Spezialfall: Naturalleistungsprinzip	47
IX. Abstimmung mit nicht modellspezifischen Grundsätzen des KVG.....	47
3. Teil Beantwortung der Gutachtensfragen.....	48

Literaturverzeichnis

- BAUMANN MERET, Risikoausgleich im KVG – ein Ausgleich des Risikos?, in SZS 43 (2005) 4, S. 370–409 (zit. Risikoausgleich)
- BAUMANN MERET, Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 2007, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. Solidaritätsprinzip)
- BERCHTOLD PETER/KASPAR KURT, Integrierte Versorgung, in: Willy Oggier (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2015–2017, 5. Auflage, Bern 2015, S. 137–150
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts. Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Habil. Freiburg im Üechtland 2011, Zürich/Basel/Genf 2012
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017 (zit. BV Komm.-BIAGGINI, Art. ... Rz. ...)
- BLATTNER HANNES/ALBIN NINA, Managed Care in der Schweiz. Eine Literaturanalyse zu Kostenunterschieden zwischen traditioneller Versorgung und Managed Care unter Einbezug der Qualität, IBR-Arbeitsberichte 005/2015, Luzern 2015
- BLECHTA GABOR P./COLATRELLA PHILOMENA/RÜEDI HUBERT/STAFFELBACH DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar. Krankenversicherungsgesetz und Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2020 (zit. BSK KVG-BEARBEITER-/IN, Art. ... Rz. ... und BSK KVAG-BEARBEITER-/IN, Art. ... Rz. ...)
- COULLERY PASCAL, Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, in: AJP 10 (2001) 6, S. 632–638
- DIEBOLD NICOLAS, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, in: recht 33 (2015), S. 209–225
- DIERKS CHRISTIAN/FEUSSNER HUBERTUS/WIENKE ALBRECHT (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, Heidelberg 2001
- DUC JEAN-LOUIS, D’où peuvent venir les menaces sur le libre choix du médecin?, in: AJP 16 (2007) 3, S. 311–316 (zit. menaces)
- DUC JEAN LOUIS, «Autres formes d’assurance » au sens de l’article 41 alinéa 4 LAMal et hospitalisation, in: Jean Louis Duc (Hrsg.), LAMal - KVG: recueil de travaux en l’honneur de la Société suisse de droit des assurances: à l’occasion de son Assemblée générale du 5 septembre 1997, Lausanne 1997, S. 394–412 (zit. formes d’assurance)
- EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherungsrecht, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Teil XIV: Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 2016, S. 385–883 (zit. SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER)

- GEISSBÜHLER GRÉGOIRE, Tiers garant, tiers payant (42 LaMal). Un point de vue de droit des obligations, in : AJP 24 (2015) 7, S. 1012–1016
- GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017
- GÄCHTER THOMAS, Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der sozialen Sicherheit. Charakterisierung des schweizerischen Modells, in: ZSR 133 (2014) II, S. 5–111
- HUMBEL RUTH, Managed Care aus gesundheitspolitischer Sicht, in: Eleonore Baumberger/Jürg Baumberger/Felix Huber/Christian Köpe, Managed Cares Swiss made. Entwicklung, Bedeutung und Perspektiven der koordinierenden Grundversorgung im Schweizer Gesundheitswesen, 2. Auflage, Bern 2019, S. 183–192
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, ILO-Medical Care Recommendation (No. 69), 1944, <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312407:NO>
- KAUER LUKAS, Long-term Effects of Managed Care, in: Health Economics, 26 (2017) 10, S. 1210–1223
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018
- KIESER UELI, Die Zulassung zur psychotherapeutischen Tätigkeit – Überlegungen zu einem gesundheitsrechtlichen Scharnier, in: AJP 16 (2007) 2, S. 281–293 (zit. Zulassung)
- KIESER UELI, Tarif für ärztliche Leistung, in: Ueli Kieser/Willy Oggier/Andreas Bühner (Hrsg.), Tarif und Tarifierfassung in der Krankenversicherung. Ein juristischer, ökonomischer und methodischer Blick auf den ambulanten Bereich, Bern 2015, S. 17–86 (zit. Tarif)
- KOCHER RALF, Die «besonderen Versicherungsformen» im Aufwind, in: CHSS 5/1995, S. 250–255
- LANDOLT HARDY, Pflegerecht. Band II: Das schweizerische Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen, des haftungspflichtrechtlichen Pflegeschadens und der Pflegesozialleistungen, Bern 2002
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Commentaire Romand sur la Constitution fédérale, Basel/Frankfurt am Main 2021 (zit. CR Cst.-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rz. ...)
- MAURER ALFRED, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel 1996

- MEYER ULRICH, Allgemeine Einführung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Teil XIV: Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 2016, S. 1–91
- MOSER MARKUS, Experten-/Forschungsberichte zur Kranken- und Unfallversicherung: Managed Care. Grundlagen zur 3. KVG-Revision, Bern 2004 (zit. Managed Care)
- MOSER MARKUS, Der Tarifschutz bei einer stationären Behandlung von Privatpatienten (Teil 1), in: SZS 45 (2007) 4, S. 362–374 (zit. Tarifschutz)
- O'DOWD ADRIAN, NHS waiting list hits 14 year record high of 4.7 million people, in: BMJ 2021, S. 995.
- PIFFNER RAUBER BRIGITTE, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Diss. Zürich 2003, Zürich/Basel/Genf 2003
- POLEDNA TOMAS, Das Krankenversicherungsaufsichtsgesetz (KVAG), Darstellung mit kritischen Betrachtungen, Zürich 2015
- POLEDNA TOMAS/TRÜMLER RALPH/WERDER GREGORI, Verwirrungen und Klärungen um den TARDOC – eine Auslegeordnung, in: SÄZ 100 (2019) 44, S. 1470–1472
- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Basel 2009, Zürich/St. Gallen 2011
- RICHLI PAUL, Hoheitliche Leistungspflichten und Leistungsbeschränkungen im Gesundheitswesen als Rechtsproblem, in: SVZ 66 (1998) 9/10, S. 243–258 (zit. Leistungspflichten)
- RICHLI PAUL, Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, in: AJP 11 (2002) 3, S. 340–355 (zit. Instrumente)
- RÜTSCHÉ BERNHARD/WILDI ANDREAS, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht: Wo wird die Grenze zur Rationierung überschritten?, in: recht 34 (2016) 4, S. 199–212
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Zusatzversicherten Leistungen von Spitälern. Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen, Zürich/Basel/Genf 2017
- SANTÉSUISSE, Statistische Erhebung «Versicherte nach Franchise und alternativen Versicherungsmodellen» vom 6. Mai 2022 (zit. Zahlen AVM)
- SCHÜRER CHRISTIAN, Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in: AJP 6 (1997) 1, S. 3–10
- STAFFELBACH DANIEL, Urteilsbesprechung Eidgenössisches Versicherungsgericht vom 20.12.1999, F. c. Öffentliche Krankenkasse Luzern, in: AJP 9 (2000) 7, S. 889–891

TRAGESER JUDITH/VETTORI ANNA/FLIEDNER JULIANE/ITEN ROLF, Mehr Effizienzen im Gesundheitswesen. Ausgewählte Lösungsansätze. Schlussbericht vom 19. Mai 2014

TRAGESER JUDITH/GSCHWEND EVA/VON STOKAR THOMAS/WIESER SIMON/MAURER MATTHIAS/BRUNNER BEATRICE, Effizienzpotenzial in der OKP. Bericht zur Literaturanalyse vom 17. September 2018

VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Organisation der Ärzte-AG – Im Spannungsfeld zwischen staatlicher Regulierung und ärztlicher Selbstregulierung. Analyse de lege lata und Lösungsvorschläge de lege ferenda, Diss. Zürich 2016, Zürich/Basel/Genf 2016

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIAS/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rz. ...)

Materialienverzeichnis

Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93–292

Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. September 2000, BBl 2001 741–816

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Vertragsfreiheit) vom 26. Mai 2004, BBl 2004 4293–4322

Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Managed Care) vom 15. September 2004, BBl 2004 5599–5624

Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 15. Februar 2012, BBl 2012 1941–1997

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Anpassung von Bestimmungen mit internationalem Bezug) vom 12. Januar 2016, BBl 2016 1–22

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG), Bericht für das Vernehmlassungsverfahren, Bern 2011 (zit. Vernehmlassungsbericht KVAG)

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Kreisschreiben Nr. 5.3 Besondere Versicherungsformen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer: Nachweis Kostenunterschiede vom 5. April 2019 (zit. Kreisschreiben 5.3)

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2) als indirekter Gegenvorschlag zur eidgenössischen Volksinitiative «Für tiefere Prämien – Kostenbremse im Gesundheitswesen (Kostenbremse-Initiative) vom 19. August 2020 ((zit. Bericht KDP 2)

BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Statistik der obligatorischen Krankenpflegeversicherung 2020, T 7.05 Versichertenbestand per 31.12. nach Versicherungsform ab 1996, zum Download verfügbar unter <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/statistiken-zur-krankenversicherung/statistik-der-obligatorischen-krankenversicherung.html>> (zuletzt besucht am 18. Mai 2022)

BUNDESRAT, Antwort des Bundesrates vom 28. November 2014 auf die Motion 14.3813 «Hausärztinnen und Hausärzte. Klarheit schaffen und Abläufe vereinfachen» vom 24. September 2014, online einsehbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20143813>> (zuletzt besucht am 18. Mai 2022)

BUNDESRAT, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 17. Juni 2012 vom 24. Juli 2012, BBl 2012 4685–7690

Abkürzungsverzeichnis

AB N	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
AB S	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
ATAS	Arrêts de la Cour de Justice (Genf)
AVM	Alternative Versicherungsmodelle
BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (St. Gallen)
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CHSS	Soziale Sicherheit CHSS – die publizistische Plattform des Bundesamtes für Sozialversicherungen (Bern)
CR	Commentaire romand
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f.	der/die folgende
ff.	und die folgenden
gem.	gemäss
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
ILO	International Labour Organization

insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
KVAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 26. September 2014 (SR 832.12)
KVAV	Verordnung betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 18. November 2015 (SR 832.121)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
KVUG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (SR 832.10), ausser Kraft seit 1. Januar 1996
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 29. Juni 1995 (SR 832.102)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera
m.H./m.w.H.	Mit Hinweis(en)/mit weiteren Hinweisen
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (SR 833.1)
Nr.	Nummer
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
Pra	Die Praxis – Übersetzungen, unveröffentlichte Entscheide, Kommentare zu Leitentscheiden des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Basel)
recht	recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
RKUV	Kranken- und Unfallversicherung. Rechtsprechung und Verwaltungspraxis bis 2006 (Bern)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis

SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVG	Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt
SVZ	Schweizerische Versicherungszeitschrift (Bern)
SwissDRG	Swiss Diagnosis Related Groups (Tarifsystem für stationäre akutso- matische Spitalleistungen)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
SÄZ	Schweizerische Ärztezeitung (MuttENZ)
TARMED/TARDOC	Schweizweit einheitliche Tarife für ambulante medizinische Leis- tungen
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

§ 1 Einführung

- 1 Die vorliegende Studie behandelt die Zulässigkeit und die Risiken des Systemwechsels «Alternative Versicherungsmodelle als neues Standardmodell der Krankenversicherung». Bereits im Jahr 2000 hatte alt-Ständerätin SIMONETTA SOMMARUGA eine Motion «Flächendeckendes Hausarztmodell» eingereicht.¹ Kurz darauf – im Jahr 2001 – hatte das Parlament innerhalb der 2. KVG-Revision darüber beraten, ob Krankenversicherer verpflichtet sein sollten, mindestens eine besondere Versicherungsform anzubieten.² Das Vorhaben wurde zusammen mit der Gesamtvorlage fallengelassen.³ Zuletzt hatte sich das Schweizer Stimmvolk 2012 innerhalb der «Managed Care-Vorlage» mit besonderen Versicherungsformen befasst.⁴ Diese Vorlage wurde klar abgelehnt.⁵ Das Modell von SANTÉSUISSE ist ein Alternativvorschlag zum indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates zur eidgenössischen Volksinitiative «Für tiefe Prämien – Kostenbremse im Gesundheitswesen». Dieser sieht vor, das jetzige Standard-Versicherungsmodell um eine «obligatorische Erstberatungsstelle» zu erweitern, an die sich Versicherte bei gesundheitlichen Problemen zuerst wenden müssen.⁶
- 2 Der hier zu untersuchende Vorschlag von SANTÉSUISSE geht noch weiter: Anstelle einer obligatorischen Erstberatungsstelle soll das «Gatekeeper-Modell» als solches zum neuen Standard-Versicherungsmodell erhoben werden. Die Verfasser wurden von SANTÉSUISSE Anfang April 2022 beauftragt, die rechtliche Machbarkeit dieses Vorhabens zu evaluieren. Zu diesem Zweck hat SANTÉSUISSE den Verfassern folgende Fragen unterbreitet:
 1. *Was waren die Überlegungen, die dazu geführt haben, dass im geltenden KVG die freie Wahl der Leistungserbringer als Standardmodell festgelegt wurde? Welche Grundprinzipien des KVG werden damit nach Ansicht des Gesetzgebers besonders gut verwirklicht?*
 2. *Welche rechtlichen Probleme wirft der mögliche Systemwechsel in grund- und krankenversicherungsrechtlicher Hinsicht auf?*
 - 2.1. *Aus der Perspektive der Versicherten?*
 - 2.2. *Aus der Perspektive der Leistungserbringer?*
 - 2.3. *Aus der Perspektive der Versicherer?*
 3. *Vor dem Hintergrund der unter Ziff. 2 festgestellten Probleme: Wie müsste das System «alternative Versicherungsmodelle als Standardmodell» ausgestaltet sein, damit es mit den*

¹ Vgl. Motion 00.3566 „Flächendeckendes Hausarztmodell“ (Sommaruga) vom 6. Oktober 2000, abrufbar: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?t=AffairId=20003566>>. Die Motion wurde allerdings in ein Postulat überführt und in dieser Form an den Bundesrat überwiesen.

² BBI 2001 741, 784 ff.

³ AB 2003 N 2049 ff., 2055.

⁴ Vgl. dazu BBI 2004 5599 ff. Der Vorschlag beruhte im Wesentlichen auf dem Bericht der Arbeitsgruppe um MARKUS MOSER «Managed Care, Grundlagen zur 3. KVG-Teilrevision» vom Februar 2004.

⁵ BBI 2012 7685, 7689.

⁶ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Bericht KDP 2, S. 4, 23 ff., 43, 66 ff., 85 f.

Grundprinzipien des KVG vereinbar ist und das geltende System «freie Wahl der Leistungserbringer» ersetzen kann?

4. *Einpassung des Systems «alternative Versicherungsmodelle als neues Standardmodell» in das Krankenversicherungsrecht und in die weitere Rechtsordnung:*

4.1. *Welche Rechtsgrundlagen des KVG und der dazugehörigen Verordnungen müssten angepasst werden, damit das System «alternative Versicherungsmodelle als neues Standardmodell» geltendes Recht werden kann?*

4.2. *Welche Sanktionen dürfen Versicherer vor dem Hintergrund der Analyse in Ziff. 1 in ihren AVB für den Fall vorsehen, wenn eine versicherte Person gegen die Restriktionen des Versicherungsmodells mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers verstösst?*

3 Die Studie umfasst drei Hauptteile: Im 1. Teil werden zunächst die Grundlagen des geltenden Systems von Standardmodell und alternativen Versicherungsmodellen dargestellt. Der 2. Teil widmet sich den Fragen, inwiefern der Reformvorschlag von SANTÉSUISSE rechtlich zulässig ist sowohl am System der schweizerischen Krankenversicherung als auch am materiellen Krankenversicherungsrecht bringen würde und wie diese auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe umgesetzt werden könnten. Im 3. Teil werden die Gutachtensfragen beantwortet.

Die Analysen beschränken sich auf verfassungs- und krankenversicherungsrechtliche Aspekte. Beispielsweise datenschutzrechtliche Aspekte werden nicht vertieft.

1. Teil Die Versicherungsmodelle des KVG de lege lata

§ 2 Das System der Versicherungsmodelle im KVG

I. Verfassungs- und krankenversicherungsrechtliche Grundlagen

- 4 Gemäss Art. 117 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung. Dies ist eine *nachträglich derogatorische* Gesetzgebungskompetenz, die entgegenstehendes kantonales Recht in den gleichen Sachbereichen unwirksam werden lässt, wenn und soweit der Bund sie ausübt.⁷ Sie ist zudem *umfassend*, d.h. der Gesetzgeber darf die sozialen Kranken- und Unfallversicherung abschliessend und frei regeln.⁸
- 5 Die BV räumt dem Gesetzgeber bei der Ausübung seiner Regelungskompetenz grosse Freiheiten ein.⁹ Mit der Ausnahme, dass Art. 117 Abs. 1 BV explizit eine *Versicherungslösung* vorsieht, sind dieser Norm keine Vorgaben zu entnehmen. Der Gesetzgeber kann die OKP somit in jeder erdenklichen Form organisieren.¹⁰ Dies gilt auch im Hinblick auf die Frage, wie die Dreiecksbeziehung zwischen versicherter Person, Versicherer und Leistungserbringern rechtlich und finanziell gestaltet werden soll. Art. 117 Abs. 2 BV ermächtigt den Gesetzgeber zur Einführung von Versicherungsobligatorien, was der Gesetzgeber im geltenden System umgesetzt hat. Die Krankenpflegeversicherung ist heute für jede Person, die in der Schweiz Wohnsitz hat oder hier arbeitet, obligatorisch.¹¹ Dies ist ein wichtiges *solidarisches Element*¹² im Krankenversicherungsrecht und zugleich eine technische Bedingung für die Umsetzung des *Gleichbehandlungsprinzips* (Art. 8 Abs. 1 BV).
- 6 Für diese Studie – zu prüfen, ob der Reformvorschlags «Gatekeeper-Modell als neues Standard-Versicherungsmodell der OKP» zulässig und systemkonform ist –, spielen die Grundrechte eine entscheidende Rolle. Darauf wird kontextbezogen zurückzukommen sein.¹³
- 7 Das KVG selbst baut auf drei Zielen auf.¹⁴ Zwei werden in Art. 43 Abs. 6 KVG genannt, das dritte folgt aus der Entstehungsgeschichte. Danach soll die OKP:
- eine *umfassende medizinische Versorgung* für die gesamte Bevölkerung sicherstellen, ohne dass Zusatzversicherungen nötig sind,¹⁵

⁷ BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117 Rz. 1; zur sog. nachträglich derogatorischen Wirkung statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1091 ff.

⁸ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 2; BGE 140 I 218 (= Pra 104 [2015] Nr. 1), E. 5.6; zu den verbleibenden kantonalen Regelungsbereichen vgl. CR Cst.-KHALIL-WOLFF HUMMER, Art. 117 Rz. 7 ff.

⁹ BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117 Rz. 5.

¹⁰ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 2.

¹¹ Art. 3 KVG i.V.m. Art. 1 ff. KVV.

¹² BAUMANN, Risikoselektion, S. 183 ff., 184.

¹³ Rz. 102 ff.

¹⁴ KIESER bezeichnet sie als «Grundprinzipien» der Krankenpflegeversicherung (vgl. KIESER, Tarif, S. 20 ff.)

¹⁵ Vgl. auch Art. 43 Abs. 6 KVG; ferner namentlich BGE 127 V 242, 243 E. 4a.

- die Gesundheitsversorgung *qualitativ hochstehend* und *möglichst günstig* gewährleisten; sowie¹⁶
 - *umfassende Solidarität* zwischen Gesunden und Kranken, Alten und Jungen sowie Männern und Frauen herstellen.¹⁷
- 8 Das KVG und seine Verordnungen konkretisieren diese Ziele. So regeln die Art. 24 i.V.m. 25–31 KVG die Leistungen der OKP und die Art. 32–34 KVG die Voraussetzungen für die Kostenübernahme.¹⁸ In Art. 35 ff., 41, 43 ff., 61 und 62 und 105 regelt das KVG die Dreiecksbeziehung «Versicherte – Versicherer – Leistungserbringer». Sie definieren die *Versicherungsmodelle der OKP*. Zu Fragen der Organisation und Finanzierung des Versicherungsbetriebs (insb. Festsetzung der Prämientarife) enthält auch das Aufsichtsrecht wichtige Vorschriften.¹⁹

II. Standard-Versicherungsmodell vs. alternative Versicherungsmodelle

- 9 Im sog. «Standard-Versicherungsmodell», der Basisvariante der OKP, haben die Versicherten das Recht, die Leistungserbringer zu wählen²⁰ und – unbesehen persönlicher Verhältnisse – beim gleichen Versicherer für die gleichen Leistungen gleiche Prämien²¹ zu bezahlen. Die Leistungserbringer haben – sofern sie i.S.v. Art. 35 ff. KVG «zugelassen» worden sind – ein Recht, die erbrachten Leistungen zulasten der OKP nach Massgabe eines vertraglich vereinbarten Tarifs abzurechnen. Im ambulanten Bereich dominiert der Einzelleistungstarif (TARMED bzw. TARDOC), im stationären Bereich das System der Fallpauschalen (SwissDRG).²² Letztlich sind die Versicherer verpflichtet, von jedem ihrer Versicherten eine Individualprämie zu erheben, die bei einem Versicherer und in einer Region einheitlich bemessen ist (Art. 61 Abs. 1 KVG).²³ Das KVG regelt die zulässigen Ausnahmen dieser «Einheitsprämie» abschliessend.²⁴
- 10 Mit alternativen Versicherungsmodellen nach Art. 62 Abs. 1 KVG können Versicherer vom Standard-Versicherungsmodell punktuell abweichende Versicherungsprodukte anbieten. Ihr Wesensmerkmal ist, dass die Versicherten zu einem gewissen Grad auf ihr Recht verzichten, die Leistungserbringer frei zu wählen, dafür im Gegenzug aber Prämienrabatte erhalten.²⁵ Ihr

¹⁶ Vgl. Art. 43 Abs. 6 KVG; ferner BGE 130 V 196, 214 E. 8, m.H.; siehe auch LANDOLT, S. 92, m.w.H.

¹⁷ BBl 1992 I 93, 119. Einlässlich dazu BAUMANN, Solidaritätsprinzip, *passim*.

¹⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 33 KVG, wonach der Bundesrat die Leistungen bezeichnen kann, deren Kosten von der OKP nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen übernommen werden.

¹⁹ Rz. 22 ff.

²⁰ Art. 41 Abs. 1, 1^{bis} KVG.

²¹ Art. 61 Abs. 1 KVG.

²² Diese Tarife beruhen auf unterschiedlichen Grundideen: Bei TARMED wird im ambulanten Bereich jede einzelne Leistung *separat* vergütet, während Spitäler unter SwissDRG *pro Fall* einen Pauschalbetrag erhalten. Zur Debatte um TARDOC, die hier nicht vertieft wird, vgl. POLEDNA/TRÜMLER/WERDER, *passim*.

²³ Vgl. MAURER, S. 72; PFIFFNER RAUBER, S. 32 ff.; SBVR soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1282.

²⁴ Art. 61 Abs. 2 und 2^{bis} KVG (Abstufung der Prämie nach kantonalen und regionalen Kostenunterschieden); Art. 61 Abs. 3 KVG (tiefere Prämien für Kinder und junge Erwachsene).

²⁵ Art. 41 Abs. 4 i.V.m. 62 Abs. 1 KVG.

Wahlrecht reduziert sich auf Leistungserbringer, welche die Versicherer im Hinblick auf eine kostengünstige Versorgung ausgewählt hat.

- 11 Hiervon sind jene besonderen Versicherungsformen zu unterscheiden, die bei den Versicherten Anreize setzen, medizinische Behandlungen sparsam in Anspruch zu nehmen.²⁶ Dies ist der Fall bei *Wahlfranchisen*,²⁷ wo sich die Versicherten stärker an den Kosten beteiligen sowie bei der *Bonusversicherung*,²⁸ die den Anreiz setzt, medizinische Leistungen nach Möglichkeit überhaupt nicht zu beziehen. Sie können kumulativ zu den alternativen Versicherungsmodellen einerseits sowie zum Standard-Versicherungsmodell andererseits vereinbart werden. Diese Variationen der besonderen Versicherungsformen werden im Folgenden nicht näher behandelt. An ihnen ändert der hier untersuchte Modellvorschlag auch nichts.
- 12 Der Wechsel zwischen Standard- und Gatekeeper-Modell ist nach geltendem Recht mit wenigen Ausnahmen frei möglich.²⁹ Vorausgesetzt ist einzig, dass ein Versicherer *überhaupt Gatekeeper-Modelle anbietet* und die Versicherten *im Einvernehmen* mit letzterem ihr Recht, den Leistungserbringer zu wählen, zugunsten eines Gatekeeper-Modelles einschränken.³⁰
- 13 Die Versicherer sind nicht verpflichtet, Gatekeeper-Modelle anzubieten. Sofern sie dies aber tun wollen, können sie nach geltendem Recht frei entscheiden, welche und wie viele Modelle sie anbieten wollen.³¹ Hinsichtlich des Angebots alternativer Versicherungsmodelle existieren weder Mindest- noch Maximalvorschriften, allerdings sind die Versicherer auch in den alternativen Versicherungsmodelle verpflichtet, die gesetzlichen Mindestleistungen zu versichern, wie dies im Standard-Versicherungsmodell der Fall ist (Art. 41 Abs. 4 Satz 3 KVG).³² Im Hinblick auf den gesetzlichen Leistungsumfang macht es für die Versicherten somit keinen Unterschied, ob sie sich im Modell mit freier Leistungserbringerwahl versichern oder aber in einem Modell mit eingeschränkter Leistungserbringerwahl. In beiden Fällen bestehen dieselben Pflichtleistungen und – im Grundsatz – dieselben Voraussetzungen für eine Kostenübernahme beanspruchter Pflichtleistungen (Art. 25 ff. KVG).³³ Auf die Besonderheiten der alternativen Versicherungsmodelle wird später eingegangen.³⁴

²⁶ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1413.

²⁷ Art. 62 Abs. 2 lit. a KVG i.V.m. Art. 93 ff. KVV.

²⁸ Art. 62 Abs. 2 lit. b KVG i.V.m. Art. 96 ff. KVV.

²⁹ Ausnahmen sehen einzig Art. 101a KVV sowie Art. 82a Abs. 4 AsylG vor.

³⁰ MAURER, S. 10, 75.

³¹ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1414; BUNDESRAT, Antwort Motion 14.3813, *passim*.

³² Vgl. BGer-Urteil 9C_8/2014 vom 14. Oktober 2014, E. 4.2; BGE 141 V 546 [= Pra 105 [2016] Nr. 58] E. 5.6. Zuzufolge Art. 34 Abs. 1 KVG darf der Leistungskatalog allerdings auch nicht erweitert werden, vgl. SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1419. Das Abänderungsverbot geht somit in beide Richtungen.

³³ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1419.

³⁴ Vgl. insbesondere die Ausführungen in Rz. 42 ff. sowie in § 6 bzw. § 8.

§ 3 Charakterisierung des «Standard-Versicherungsmodells»

I. Überblick

- 14 Das Standard-Versicherungsmodell der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) erhält seine Prägung im Wesentlichen durch folgende Grundsätze, die hienach vertieft werden:
- den *Grundsatz der Einheitsprämie*;
 - das *Recht zur freien Wahl des Leistungserbringers*;
 - den Anspruch zugelassener Leistungserbringer *auf Kostenvergütung* («Vertragszwang»).
- 15 Freilich beruht das KVG auf zahlreichen weiteren Grundsätzen, die allerdings nicht «modell-spezifisch» sind. Es sind dies, z.B. das *Versicherungspflichtigkeitsgebot*, *individuelle Prämienverbilligungen*, *Qualitätssicherung*, das *Wirtschaftlichkeitsgebot*, der *Risikoausgleich*, das *Freizügigkeitsrecht*, der *Tarifschutz*, der *Grundsatz der Tarifautonomie* sowie die *Therapiefreiheit der Ärzteschaft*. Sie werden nachfolgend nicht im Detail dargestellt.

II. Grundsatz der Einheitsprämie

A. Anforderungen des KVG

- 16 Gemäss Art. 61 Abs. 1 KVG muss ein Versicherer von seinen Versicherten grundsätzlich die gleichen Prämien erheben (sog. Grundsatz der Einheitsprämie), soweit das KVG und die KVV keine Ausnahmen vorsehen.
- 17 Die Einheitsprämien zielt auf die Herstellung von *Solidarität* zwischen Gesunden und Kranken, Alten und Jungen sowie Männern und Frauen ab.³⁵ Darin ist die Idee des zu sozialen Ausgleichs sowie der Gleichstellung verschiedener Risikogruppen eingeschlossen.³⁶ Überhaupt ist die Einheitsprämie stark durch das *Prinzip der Gleichbehandlung* geprägt, denn sie verlangt, dass alle Versicherten zu gleichen «Preisen» Anspruch auf dieselben Leistungen zu den gleichen Bedingungen haben sollen.³⁷ Die Ausnahmen werden sogleich dargestellt.
- 18 Der Grundsatz der Einheitsprämie hat auch eine «Abwehrfunktion». Danach ist es Versicherern verboten, die Höhe der Prämie an subjektive Merkmale der Versicherten (Geschlecht, Alter oder Eintrittsalter, Einkommen) anzuknüpfen oder diese anhand des Krankheitsrisikos – bzw. der Wahrscheinlichkeit des Leistungsbezugs – einzelner Versicherungsgruppen abzustufen.³⁸ Auch diese Verbote sind durch die Prinzipien der Solidarität und Gleichbehandlung begründet.

³⁵ Vgl. BAUMANN, Risikoausgleich, S. 375; BAUMANN, Solidaritätsprinzip, S. 184, m.H., und S. 185. Siehe ferner BBl 1992 I 93, 119; ferner BGE 128 V 272, 289 E. 7b/aa; EVG K 47/01 (=RKUV 2003 KV 259 295) E. 4.2; GÄCHTER, S. 57; MAURER, S. 143.

³⁶ BAUMANN, Solidaritätsprinzip, S.185, m.H.; zur Solidarität als Grundlage des Umverteilungsgedankens im Detail siehe BAUMANN, Solidaritätsprinzip, S. 87 ff. und GÄCHTER, S. 51 f.

³⁷ Im Allgemeinen PFIFFNER RAUBER, S. 11, 44.

³⁸ Zum Ganzen SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1282, m.H.; BAUMANN, Risikoselektion, S. 378 f., m.H.

- 19 Anders als noch unter dem KVUG ist es Versicherern nach geltendem Recht explizit nicht mehr erlaubt, durch Versicherungsbedingungen, die nur junge und gesunde Versicherte begünstigen, ihre Risiken systematisch zu selektieren.³⁹ Solches Vorgehen lässt sich insbesondere nicht durch wettbewerbliche Gründe rechtfertigen. Im Gegenteil. Der Wettbewerb unter Versicherern darf – so das Bundesgericht – nur spielen, «wenn und soweit die kostenmässig im Allgemeinen und in Form hoher Prämien für einen Teil der Versicherten im Besonderen [...] relevanten Risiken, namentlich das Alter und das Geschlecht, möglichst gleichmässig unter den Anbietern verteilt sind».⁴⁰ Prämienunterschiede zwischen den Krankenversicherern sollen auf eine effiziente Führung, gute Verwaltung und umfassende Kostenkontrolle durch die Versicherer zurückgehen und nicht auf möglichst «günstige» Risikostrukturen. Weil letzteres unter dem KVUG aber die Regel war, wurde mit dem KVG unter den Versicherern ein *Lastenausgleich* – der Risikoausgleich – eingeführt. Damit konnte der im Zeitpunkt des Inkrafttretens des KVG bestehenden Entsolidarisierung sofort Einhalt geboten werden.⁴¹
- 20 Der Grundsatz der Einheitsprämien wird durch gewisse im KVG geregelte Ausnahmen relativiert. Diese stellen weitere Anforderungen an die Ausgestaltung der Prämie im Standardmodell.
- Art. 61 Abs. 2 KVG verpflichtet Versicherer,⁴² ihre Prämien nach kantonalen Kostenunterschieden abzustufen und *berechtigt* sie,⁴³ innerhalb des gleichen Kantons regionalen Kostenunterschieden Rechnung zu tragen; Letzteres aber nur in vom Bundesrat bezeichneten «Prämienregionen» (Art. 61 Abs. 2^{bis} KVG). Dies soll «unerwünschte Solidarität» zwischen Stadt- und Landbevölkerung bzw. Kantonen mit günstigem und teurem Gesundheitswesen innerhalb desselben Versicherers unterbinden.⁴⁴ Abstufungen durch bestehende Kostenunterschiede sind zu belegen.⁴⁵ Rein wettbewerbliche Gründe oder aber betriebswirtschaftliche Erwägungen (z.B. Gewinnerzielung in Gebieten mit tiefen Kosten zwecks Quersubventionierung von Gebieten mit hohen Kosten) reichen hierfür nicht aus.⁴⁶
 - Art. 61 Abs. 3 KVG verpflichtet Versicherer, für Versicherte bis zum vollendeten 18. Lebensjahr und – seit dem 1. Januar 2019 – auch für Versicherte bis Vollendung des 25. Lebensjahrs tiefere Prämien als bei Erwachsenen zu verlangen.⁴⁷ Die Kinderprämie muss dabei am tiefsten sein,⁴⁸ aber den Finanzierungsbedarf decken. Dieses Postulat steht im Widerspruch mit einer – soweit ersichtlich bisher singulär gebliebenen – Praxis des Bundesrates, wonach Kinderprämien gerade nicht kostendeckend sein müssten.⁴⁹

³⁹ Vgl. etwa BGE 128 V 272, 289 f. E. 7b/aa.

⁴⁰ BGE 128 V 272, 290 E. 7b/bb.

⁴¹ Zum Ganzen: BBl 1992 I 93, 135. Einlässlich zum Risikoausgleich BAUMANN, Risikoausgleich, *passim*.

⁴² Zu diesem «Verbot gesamtschweizerisch einheitlicher Prämien» SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1289.

⁴³ Zu dieser «Kann-Bestimmung» vgl. BGer-Urteil 9C_765/2012 vom 19. März 2013, E. 2.3.

⁴⁴ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1289.

⁴⁵ MAURER, S. 143 f.; SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1289 ff.

⁴⁶ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1289.

⁴⁷ BSK KVG-KAUER, Art. 61 Rz. 26, 29.

⁴⁸ Vgl. BSK KVG-KAUER, Art. 61 Rz. 29.

⁴⁹ Entscheidung des Bundesrates vom 22. Oktober 1997 (= RKUV 1997 KV 18 399 ff.), E. II/6.2.1 und E. II/10.3. Kritisch dazu SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1285 und Rz. 1287.

21 Letzteres Beispiel leitet über zur Frage, welchen Finanzierungsbedarf die Prämie für welche Versichertenkollektive decken muss. Auf diese Frage gibt das KVAG Antworten.

B. Anforderungen des KVAG

22 Das Aufsichtsrecht soll die Interessen der Versicherten nach dem KVG schützen (Art. 1 Abs. 2 KVAG) und eine ordnungsgemässe Durchführung des KVG gewährleisten.⁵⁰ Dafür ist sicherzustellen, dass die Versicherer solvent sind, d.h. jederzeit in der Lage, ihre finanziellen Verpflichtungen zu erfüllen.⁵¹ Entsprechend beruht die Finanzierung der OKP auf dem *Grundsatz des Bedarfsdeckungsverfahrens* (Art. 12 KVAG).⁵² Er schliesst an den Grundsatz der Einheitsprämie an und konkretisiert diesen in versicherungstechnischer Hinsicht.

23 Das Bedarfsdeckungsverfahren verpflichtet Versicherer, die Höhe ihrer Prämien – unter Anrechnung anderer Vermögenszuflüsse⁵³ – so festzulegen, dass ihr kapitalisierter Betrag ausreicht, um den aus Erfahrungszahlen prognostizierten⁵⁴ Finanzierungsbedarf des gleichen Jahres zu decken.⁵⁵ Folgende Positionen konstituieren dabei diesen «Bedarf»:

- Kosten für medizinische Leistungen;
- Verwaltungskosten;
- Abgaben in den Risikoausgleich (sowie eventuell Capitation-Beiträge);
- notwendige Mittel für die Reservenbildung;
- hinreichende Mittel für versicherungstechnische Rückstellungen.⁵⁶

24 Bedarfsgerechtigkeit der Prämie bedeutet somit im Wesentlichen, dass die Durchführung der OKP *selbsttragend* sein muss.⁵⁷ Nicht in diesem Sinne «bedarfsgerecht» sind daher Prämien, welche die zu erwartenden Kosten entweder nicht decken oder aber in unangemessenem Ausmass übersteigen.⁵⁸ Ob ein Prämientarif «bedarfsgerecht» ist, bemisst sich über den *gesamten Versichertenbestand* eines Versicherers hinweg.⁵⁹ Eine Abstufung der Prämie nach Versicherungstengruppen ist – wie erwähnt – unzulässig, es sei denn, das KVG sehe explizit Ausnahmen vor.

25 Nach Art. 62 Abs. 1 KVG kann der Versicherer die Prämien für Versicherungen mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers reduzieren. Allerdings müssen sich diese Versicherten

⁵⁰ Vgl. BSK KVAG-JOVANOVIC, Art. 1 Rz. 26 ff.

⁵¹ Art. 2 Abs. 1 KVAG; POLEDNA, Rz. 41.

⁵² SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1274.

⁵³ Gemeint sind Erträge, die den Betriebsgewinn vermehren und ergänzend zu den Prämieinnahmen eingesetzt werden können. In Anlehnung an BSK KVAG-EGLE/BECK, Art. 12 Rz. 4 f. seien z.B. Anlageerträge aus gebundenem Vermögen (Art. 15 KVAG), Kostenbeteiligungen der Versicherten (Art. 64 KVG i.V.m. Art. 103 ff. KVV), Prämienverbilligungsbeiträge (Art. 65 f. KVG i.V.m. Art. 86 ff. KVV) sowie Entschädigungen aus dem Risikoausgleich (Art. 16 Abs. 2 KVG) genannt.

⁵⁴ BGer-Urteil 9C_878/2013 vom 14. Oktober 2014, E. 3.3.2.

⁵⁵ POLEDNA, Rz. 92.

⁵⁶ BBI 2012 1941, 1962.

⁵⁷ BGE 144 V 338, 398 E. 5.2, m. H.

⁵⁸ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1281.

⁵⁹ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1274.

in gleichem Umfang wie die übrigen an Verwaltungskosten, Rückversicherungsprämien, Risikoausgleich und der Reservenbildung beteiligen (Art. 101 Abs. 1 KVV). Dies stellt sicher, dass die Elemente der Prämienkalkulation bei allen Versicherten gleich berücksichtigt werden.⁶⁰

- 26 Von zentraler Bedeutung ist auch das *Gegenseitigkeitsprinzip*. Danach muss zwischen Beiträgen und Versicherungsleistungen ein Gleichgewicht bestehen (sog. Äquivalenzprinzip),⁶¹ womit die Versicherer *keinen Gewinn* erzielen dürfen.⁶² Zudem muss die OKP allen gleich Versicherten die gleichen Vorteile unter den gleichen Voraussetzungen gewähren.⁶³
- 27 Neben den genannten Grundsätzen existieren weitere aufsichtsrechtlich relevante «Grundprinzipien» des Krankenversicherungsrechts. Das BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT nannte hierzu etwa:
- die Zweckbindung der Prämieinnahmen bzw. Zweckentfremdungsverbot;
 - das Gebot einer funktionierenden Organisation;
 - die allgemeinen Prinzipien der Gleichbehandlung und Solidarität.⁶⁴

C. Einfluss der Grundprinzipien auf die Prämienfestsetzung

- 28 Oberstes Ziel des KVG ist es, eine ausreichende, qualitativ hochstehende Gesundheitsversorgung zu möglichst geringen Kosten sicherzustellen. Dies soll aber nicht «um jeden Preis», sondern gleichsam innerhalb der «Klammer» des Solidaritätsprinzips⁶⁵ und flankiert von weiteren krankenversicherungsrechtlichen Grundsätzen geschehen (z.B. Gleichbehandlungsprinzip, Gegenseitigkeitsprinzip, Bedarfsdeckungsverfahren). Soweit das KVG für alternative Versicherungsmodellen keine Abweichungen vorsieht, gelten diese Grundsätze dort unverändert auch.
- 29 Das Gesetz führt nur wenige dieser Prinzipien explizit auf. Der Grundsatz der Einheitsprämie (Art. 61 Abs. 1 KVG) bildet eine Ausnahme. Er soll prämienseitig sicherstellen, dass alle Mitglieder eines Versicherers grundsätzlich zu gleichen Konditionen versichert sind, d.h., dass jeder Versicherte zu gleichen Konditionen einen Anspruch auf dieselben Leistungen erwerben kann. Damit garantiert der Grundsatz der Einheitsprämie in der OKP (für alle beim gleichen Versicherer Versicherten) prämienseitig die Prinzipien der Solidarität und Gleichbehandlung.
- 30 Verboten sind damit Prämientarife, deren Struktur primär Versicherte mit tiefem Krankheitsrisiko begünstigt. Sie führen zu einer vom Gesetzgeber ungewollten Entsolidarisierung des Krankenversicherungssystems.⁶⁶ Derlei Risikoselektionen kollidieren mit den Prinzipien der Einheitsprämie, Gleichbehandlung, Gegenseitigkeit und Solidarität. Ebenso hält es EUGSTER für

⁶⁰ Insofern gilt der Grundsatz der Einheitsprämie auch im Rahmen von alternativen Versicherungsmodellen.

⁶¹ Zum Äquivalenzprinzip als sozialversicherungsrechtliches Strukturprinzip im Allgemeinen vgl. GÄCHTER, S. 80 ff.

⁶² BBl 1992 I 93, 146 f.; BGE 144 V 338, 401 E. 5.4.1.

⁶³ BGE 113 V 296, 298 f. E. 2.

⁶⁴ BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Vernehmlassungsbericht KVAG, S. 6.

⁶⁵ Vgl. BBl 1997 I 125 f.

⁶⁶ Vgl. etwa BGE 128 V 272, 290 E. 7b/aa (Prämiendifferenzierung aufgrund besonderer Risikostruktur des Versichertenbestandes eines Kollektivversicherungsvertrags); BBl 1992 I 93, 125 f.

mit dem Grundsatz der Bedarfsdeckung unvereinbar, wenn Versicherer ihre Prämien – etwa im Rahmen der zwingenden Kürzungstatbestände bei Kindern⁶⁷ oder kantonalen Kostenunterschieden⁶⁸ – derart reduzieren, dass sie für die entsprechende Versichertengruppe bzw. das Tätigkeitsgebiet der Versicherung nicht mehr kostendeckend sind. Anders äusserte sich der Bundesrat in einem Entscheid aus dem Jahr 1997: Die Prämienbefreiung von Kindern sei unzulässig, nicht aber, dass von ihnen eine nicht kostendeckende Prämie erhoben wird.⁶⁹

III. Freie Wahl des Leistungserbringers

- 31 In einem Entscheid aus dem Jahr 1975 anerkannte Bundesgericht das Recht zur freien Arztwahl als Ausprägung des Grundrechts auf Schutz der körperlichen und geistigen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV).⁷⁰ Dabei ging um eine Frau, die ihre Schwangerschaft beenden wollte, aber die nach kantonalem Recht nötige Mindestwohnsitzdauer (zwei Monate) nicht ausweisen konnte. Solche Limitierungen der Arztwahlfreiheit sind – wie die Lehre bestätigt – Grundrechtseingriffe.⁷¹
- 32 Der Gesetzgeber kann dieses Recht zur freien Wahl des Leistungserbringers gemäss Art. 36 Abs. 1–4 BV – unter den Vorbehalten der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Wahrung des Kerngehaltes – einschränken.

A. Umsetzung im KVG

- 33 Das Recht auf freie Wahl des Leistungserbringers gilt in umfassendster Form nur im «Standard-Versicherungsmodell» des KVG. Im Rahmen der alternativen Versicherungsmodelle gemäss Art. 41 Abs. 4 KVG ist es auf die vom Versicherer ausgewählten Leistungserbringer beschränkt.⁷² Im Standard-Versicherungsmodell aber hat der Gesetzgeber das Recht der freien Arztwahl, wie es das Bundesgericht aus dem Grundrecht auf körperliche und geistige Integrität nach Art. 10 Abs. 2 BV ableitet, stellenweise erweitert und stellenweise eingeschränkt. So ist festzustellen, dass sich das Wahlrecht im Standard-Versicherungsmodell des KVG – und in anderen Sozialversicherungen⁷³ auch – auf die «Leistungserbringer» als Ganzes bezieht. Dieser Begriff geht weiter als jener der blossen «Arztwahl». Insofern geht das Wahlrecht gemäss KVG über die verfassungsrechtlichen Minimalgarantien hinaus. Obwohl aber das Wahlrecht grundsätzlich sowohl im stationären als auch im ambulanten Bereich gilt,⁷⁴ hat der Gesetzgeber es in beiden Bereichen an wichtigen Stellen direkt oder indirekt eingeschränkt:

⁶⁷ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1285.

⁶⁸ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1289.

⁶⁹ RKUV 1997 KV 18 399, 417 E. II/6.2.1 sowie 427 E. II/10.3.

⁷⁰ BGE 101 Ia 575, 578., E. 3a; 114 Ia 452, 458 E. 2b/aa; zur Wahlfreiheit Inhaftierter vgl. BGE 102 Ia 302, 307 E. 3.

⁷¹ Vgl. PFIFFNER RAUBER, S. 32 ff.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 165, welche die Wahlfreiheit der Versicherten vom Anspruch auf Kostenübernahme abgrenzen; RICHLI, Leistungspflichten, S. 246 f., der für BGE 101 Ia 575 eine dogmatische Begründung liefert.

⁷² Vgl. Rz. 44 ff.

⁷³ Art. 10 Abs. 2 UVG; Art. 27 MVG; Art. 26^{bis} Abs. 1 IVG.

⁷⁴ Als «stationär» gelten alle Leistungen nach Art. 3 VKL, als ambulant alle, die Art. 3 VKL nicht explizit als stationär definiert. Heute steht der Wahlfreiheit der Versicherten im ambulanten Bereich in jedem Fall – nicht mehr nur am Wohn- oder Arbeitsort – volle Kostendeckung durch die OKP gegenüber (BBl 2016 I, 15).

- Wählbar sind in jedem Fall nur Leistungserbringer, die zur Erbringung von OKP-Leistungen zugelassen (Art. 36 ff. und 39 ff. KVG) und zur Behandlung der Krankheit geeignet sind. Dies dient der *Qualitätssicherung* im Gesundheitswesen.
 - Ambulant können sich die versicherten Personen von einer konkreten Person oder in einem Spital ihrer Wahl behandeln lassen.⁷⁵ Im stationären Bereich kann der Versicherte nur Spitäler wählen, die auf der *Spitalliste* des Wohnsitzkantons des Versicherten oder auf des Standortkantons figurieren (Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG). Andere Spitäler sind wählbar, wenn der Versicherer mit ihnen Verträge geschlossen hat.⁷⁶ Diese Einschränkung dient der Umsetzung der Spitalplanung, die auf Kostensenkung in der OKP abzielt.⁷⁷
 - Bei Spitälern gilt die wichtige Einschränkung, dass sich die Wahl des Leistungserbringers *nur auf die Institution beschränkt* (sog. «freie Spitalwahl»):⁷⁸ Weder im ambulanten noch im stationären Bereich enthält die Basisvariante der obligatorischen Grundversicherung ein Recht auf Zugang zu bestimmten, in Spitälern angestellten Ärztinnen und Ärzten.⁷⁹ Damit sollen unnötige Kosten verhindert, das Wirtschaftlichkeitsgebot konsequent verwirklicht und Ressourcenverschwendungen vermieden werden.⁸⁰
 - Ein Bezug stationärer Leistungen ausserhalb des Wohnsitzkantons der versicherten Person ist vom Wahlrecht nur erfasst, wenn dies auf «medizinischen Gründen» beruht (Art. 41 Abs. 3 Satz 1 KVG). Damit gemeint sind Notfälle oder die Situation, dass eine Behandlung in Listenspitälern des Wohnsitzkantons nicht angeboten wird (Art. 41 Abs. 3^{bis} KVG).
 - Eine *indirekte Einschränkung* liegt in Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3, lit. b–d und lit. h KVG, welche Leistungen die OKP nur vergütet, wenn ein Arzt/Chiropraktor sie angeordnet hat.
- 34 Weitere Einschränkungen sind durch Gatekeeper-Modelle möglich, wobei sich die Versicherten auf vertraglicher Basis verpflichten, ihre Behandlung stets bei einer Erstanlaufstelle zu beginnen.⁸¹

B. Bedeutung der Wahlfreiheit im Standard-Versicherungsmodell

- 35 Die spezifisch krankenversicherungsrechtliche Ausprägung des Rechts auf freie Wahl des Leistungserbringers gibt den Versicherten – und gerade nicht den Versicherern – die Macht zu bestimmen, bei welchen (zugelassenen und geeigneten) Leistungserbringern sie medizinische Leistungen in Anspruch nehmen wollen.⁸² Diese Wahlfreiheit existierte grundsätzlich bereits unter dem KVUG, war aber für verschiedene Leistungserbringer unterschiedlich gewährleistet.

⁷⁵ Zur Aufnahme in diese Liste als Bedingung, um zulasten der OKP abrechnen zu dürfen, vgl. BGE 127 V 398, 405 E. 2b/cc.

⁷⁶ Gegenüber Vertragsspitälern besteht ein Wahlrecht gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG dagegen nur für bei einem vertragsschliessenden Versicherer versicherten Personen, und auch dann nur in den Grenzen des Tarifvertrags.

⁷⁷ BSK KVG-RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, Art. 39 Rz. 2.

⁷⁸ BSK KVG-GÉBERT, Art. 41 Rz. 7 und 13 ff.

⁷⁹ BGE 135 V 443, 446 f. E. 2.2; MOSER, Tarifschutz, S. 367 f., m.H.; RÜTSCHÉ, Rz. 70 ff., m.H. auf die bundesgerichtliche Praxis.

⁸⁰ EUGSTER, Unterscheidung, S. 459, m.H. auf BGE 130 I 306.

⁸¹ Dazu Rz. 44 ff.

⁸² Vgl. BGer-Urteil 1C_2P.169.2006/ vom 20. September 2007, E. 3.3.

Diese Situation wurde mit Inkrafttreten des KVG vereinfacht, indem das Wahlrecht den Grundsatz bildete, allerdings mit der Einschränkung, dass die Versicherer die Kosten nur bis zur Höhe des Tarifs übernehmen, der – für ambulante Behandlungen – am Wohn- oder Arbeitsort des Versicherten oder in der Umgebung gilt bzw. – für stationäre Behandlungen – im Wohnkanton des Versicherten.⁸³ Diese Einschränkung gilt heute nicht mehr.⁸⁴

- 36 Angesichts der starken Vertrauensbeziehung im Arzt-Patienten-Verhältnis⁸⁵ ist es eine sozialpolitisch wichtige Grundentscheidung des Gesetzgebers, dass Versicherte unter für die Behandlung ihrer Krankheit geeigneten und zugelassenen Leistungserbringern wählen können.⁸⁶ Umgekehrt sollen die Versicherer im Standard-Versicherungsmodell keine «kostenbasierte» Vorauswahl an «geeigneten» Leistungserbringern treffen können. Dazu dienen die alternativen Versicherungsmodelle. Dort können Versicherte ihr Recht auf freie Wahl der Leistungserbringer auf vertraglicher Basis z.B. auf gewisse Ärzte- oder Praxisnetze einschränken.⁸⁷ Hierfür erlässt der Versicherer ein Reglement, das die Bedingungen, Rechte und Pflichten in der Versicherung mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer umschreibt. Dieses ist Bestandteil des Versicherungsvertrags.⁸⁸ Wer sein Wahlrecht in dieser Weise freiwillig einschränkt, übernimmt damit aber auch gewisse Zusatzpflichten, welche die obligatorische Krankenpflegeversicherung standardmässig nicht vorsieht. Was also innerhalb des Standard-Versicherungsmodells verboten ist, wird in alternativen Versicherungsmodellen möglich.⁸⁹ Verletzt die versicherte Person ihre vertraglichen Pflichten, darf der Versicherer – so das Bundesgericht – als Sanktion die Kostenvergütung verweigern⁹⁰ oder aber den Vertrag kündigen,⁹¹ welcher Vorgang einer Umteilung in das gegenwärtige Standard-Versicherungsmodell gleichkommt.
- 37 Die im Standard-Versicherungsmodell garantierte freien Wahl der Leistungserbringer beeinflusst auch die Beziehung der Versicherer und Leistungserbringer. Wirksam ist das Wahlrecht nur, wenn die Versicherer verpflichtet sind, die Leistungen wählbarer Leistungserbringer zu vergüten.⁹² Im geltenden System ergibt sich der Umfang, in dem die OKP zur Übernahme der Kosten verpflichtet ist, aus der Umschreibung der kassenpflichtigen Leistungen (Art. 25 ff. KVG), aus dem Tiers garant- bzw. payant-System (Art. 42 Abs. 1 und 2 KVG), aus dem Zulassungssystem (Art. 36 ff. KVG) und dem «Vertragszwang» der Versicherer.⁹³ Ebenso wird der Grundsatz der Wahlfreiheit der Patienten ergänzt um die Behandlungsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte. Diese beiden Grundkonstanten des Systems, die beide über eine Grundlage im

⁸³ Vgl. BBl 1991 I 93, 168; vgl. bspw. Art. 15 und Art. 19 KVUG.

⁸⁴ Siehe Rz. 33.

⁸⁵ DUC, menaces, S. 311 f., welcher dieses Recht als Qualitätsmerkmal der Krankenversorgung hervorhebt.

⁸⁶ BBl 1991 I 93, 168 f.

⁸⁷ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1419 ff.; RKUV 2000 KV 108 74 vom 20. Dezember 1999, E. 2b; BBl 1992 I 93, 128; EVG-Urteil K 707 vom 13. Juni 2007, E. 2.

⁸⁸ BGE 141 V 546, 549 E. 3.1.

⁸⁹ So DUC, formes d'assurance, S. 412.

⁹⁰ BGer-Urteil 9C-325/2015 vom 25. Juni 2015, E. 2.3; EVG K 58/2 vom 6. Februar 2003, E. 3.1 f.

⁹¹ LGVE 2014 III Nr. 3; SOG 2013 Nr. 35, 214.

⁹² Siehe auch BBl 1991 I 39, 168.

⁹³ Siehe MOSER, Tarifschutz, S. 367. Zum «Vertragszwang», wonach Versicherer mit allen kantonale zugelassenen Leistungserbringern Tarifverträge schliessen und deren Leistungen vergüten müssen, PFIFFNER RAUBER, S. 42 ff.; BBl 2004 4293, 4297 ff.

Grundrechtskatalog der Bundesverfassung verfügen, nahmen bereits bei Inkrafttreten des KVG im Jahr 1996 eine systembestimmende Rolle ein. Dies aus der Botschaft klar hervor:⁹⁴

Jedenfalls stehen wir nach wie vor dazu, dass die Wahlfreiheit des Patienten auf der einen und die Behandlungsfreiheit des Arztes auf der anderen Seite die beiden Eckpfeiler unseres Systems sind und bleiben. Die Aufgabe der Krankenversicherung besteht darin, zwischen diesen beiden Eckpfeilern ein ausgewogenes Leistungskonzept zu erstellen mit dem vorrangigen Ziel, den Versicherten eine qualitativ hochstehende Behandlung zu möglichst günstigen Kosten zu gewährleisten.

- 38 Mit dem Recht der Versicherten, den Leistungserbringer wählen zu können, hatte der Gesetzgeber einen bedeutenden Schritt in Richtung Verwirklichung einer «umfassenden» Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen zu schweizweit im Grundsatz gleichen Bedingungen getan. Dies erfolgte allerdings zulasten des Teilziels, die Kosten der Krankenversicherung möglichst tief zu halten. Mit den hievor erwähnten Einschränkungen der freien Wahl des Leistungserbringers auch im Standard-Versicherungsmodell⁹⁵ wurde versucht, einen niederschweligen Ausgleich zwischen diesen gegenläufigen Zielen herzustellen. In Bezug auf die freie Wahl des Leistungserbringers wirkt sich zudem das Institut der Spitalplanung kostendämpfend aus, bei der «mittels Planung die Spitäler und ihre Leistungen koordiniert, die vorhandenen Ressourcen optimal genutzt sowie Überkapazitäten verhindert bzw. abgebaut werden».⁹⁶ Sie vermögen aber die Fehlanreize nicht zu beseitigen, welche im Standard-Versicherungsmodell mit freier Wahl des Leistungserbringers, ärztlicher Therapiefreiheit und Dominanz der Einzelleistungstarife im ambulanten Bereich angelegt sind⁹⁷ und zu den heutigen hohen Kosten der Krankenversicherung entscheidend beitragen.

IV. Kostenerstattungsprinzip und Einbindung der Leistungserbringer

- 39 Die OKP beruht auf dem Kostenerstattungsprinzip, d.h. sie vergütet die Kosten von Pflichtleistungen, erbringt diese Leistungen – anders als im Naturalleistungsprinzip – nicht selbst.⁹⁸ Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 KVG verteilen im Standard-Versicherungsmodell die Leistungspflichten. Im stationären Bereich – und im ambulanten Bereich, sofern tarifvertraglich speziell vereinbart – schuldet der Versicherer die Kostenvergütung *direkt* dem Leistungserbringer (Art. 42 Abs. 2 KVG; *System des Tiers payant*). Standardmässig aber hat der Versicherte gegenüber dem Versicherer einen Anspruch auf Rückerstattung (Art. 42 Abs. 1 KVG; *System des Tiers garant*). – Dies stets unter dem Vorbehalt, dass überhaupt eine Leistungspflicht der Versicherer gegeben ist (Art. 25 ff. KVG).

⁹⁴ BBl 1991 I 93, 133.

⁹⁵ Vgl. Rz. 33.

⁹⁶ Siehe dazu BSK KVG-RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, Art. 39 Rz. 2, m.H.

⁹⁷ Rz. 41, 110.

⁹⁸ BSK KVG-VOKINGER/ZOBL, Art. 42 Rz. 4, m.w.H. Zum Naturalleistungsprinzip, welches im KVG nur im Rahmen der alternativen Versicherungsmodelle (Gatekeeper-Modelle) gilt, siehe Rz. 67 f.

- 40 Das KVG zählt in Art. 35 Abs. 2 die Leistungserbringer auf, welche die medizinische Grundversorgung der Bevölkerung sicherstellen. Sind sie einmal «zugelassen»,⁹⁹ dürfen sie zu Lasten der OKP Leistungen erbringen. Dies setzt voraus, dass sie über einen Tarifvertrag mit dem Versicherer verfügen oder aber sich einem bestehenden Vertragswerk angeschlossen haben.¹⁰⁰ Letzteres wird auch als «Vertragszwang» der Versicherer bezeichnet.¹⁰¹ Dieser ist das Gegenstück zur freien Wahl des Leistungserbringers: Wenn die Versicherten schon frei wählen dürfen, wer sie behandeln soll, muss auch die Beziehung «Versicherer-Leistungserbringer» dies zulassen.
- 41 Diese Kombination, ergänzt um ärztliche Therapiefreiheit und Einzelleistungstarife im ambulanten Bereich, wird oft sowohl als ein zentraler Kostentreiber unseres Gesundheitswesens identifiziert, als auch mit mangelnder Koordination unter Leistungserbringern – und damit unzureichender Behandlungseffizienz – in Verbindung gebracht.¹⁰² An diesen beiden Punkten setzt die Debatte über die «Regularisierung» alternativer Versicherungsmodelle an.

⁹⁹ Art. 36 KVG bzw. Art. 39 f. KVG für Spitäler und andere Einrichtungen sowie Heilbäder.

¹⁰⁰ Art. 43 Abs. 1 KVG.

¹⁰¹ DUC, *menaces*, S. 312 f.; PFIFFNER RAUBER, S. 42.

¹⁰² TRAGESER/VETTORI/FLIEDNER/ITEN, S. 31 ff.; TRAGESER/GSCHWEND/VON STOKAR/WIESER/MAURER/BRUNNER, insbesondere S. 34 ff. und *passim*.

§ 4 Charakterisierung der alternativen Versicherungsmodelle

I. Allgemeines

- 42 Die gegenwärtigen alternativen Versicherungsmodelle – verstanden als Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer – erhalten ihre Prägung im Wesentlichen durch:
- das Gatekeeper-Prinzip, das zwischen Versicherer und Versicherten gilt;
 - begrenzte reglementarische Spielräume der Versicherer;
 - eine freiwillige Kooperation von Versicherer und Leistungserbringer («Vertragsfreiheit»).
- 43 Soweit diese Prinzipien keine Abweichung von der «gewöhnlichen» gesetzlichen Ordnung erlauben, gelten sie unverändert auch innerhalb von alternativen Versicherungsmodellen.¹⁰³

II. Das Gatekeeper-Prinzip

A. Begriff und Zielrichtung

- 44 Nach Art. 41 Abs. 4 KVG können die Versicherten im Einvernehmen mit dem Versicherer ihr Recht, für ambulante Behandlungen unter den zugelassenen Leistungserbringer frei zu wählen (Art. 41 Abs. 1, Abs. 1^{bis} KVG), auf Leistungserbringer beschränken, die der Versicherer *im Hinblick auf eine kostengünstige Versorgung* ausgewählt hat. Diese fungieren für den Versicherer als «Gatekeeper» und entscheiden, ob sie eine Behandlung selbst durchführen oder den Versicherten an einen Spezialisten oder an ein Spital verweisen. Der Versicherer muss dabei nur die Kosten für jene Leistungen übernehmen, welche von den Gatekeepern ausgeführt oder veranlasst wurden,¹⁰⁴ unter der *Bedingung, dass die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen (Art. 25 ff. KVG) erfüllt sind*. Für ihren Rechtsverzicht erhalten die Versicherten im Umfang der modellbedingten Einsparungen Rabatte auf ihren Prämien gemäss Art. 101 KVV.¹⁰⁵
- 45 Dieser Wirkungszusammenhang wird hier verkürzt als «Gatekeeper-Prinzip» bezeichnet. Ein «echtes» Grundprinzip des KVG ist es aber nicht, da es nur in diesen Versicherungsmodellen und damit kraft Vertrag gilt. Dies würde sich mit dem hier relevanten Systemwechsel ändern.¹⁰⁶

B. Arten von Gatekeeper-Modellen

- 46 Die Versicherer können dieses «Gatekeeper-Prinzip» in mehreren verschiedenen Modellen umsetzen. Sie sind dazu aber weder verpflichtet noch wird ihnen vorgegeben, welche Modelle sie anbieten müssen; darüber entscheiden die Versicherer in eigener Verantwortung.¹⁰⁷

¹⁰³ Siehe die Auflistung in Rz. 14.

¹⁰⁴ KOCHER, S. 251; EVG-Urteil K_58/02 vom 6. Februar 2003, E. 3.2; BGE 125 V 437, 440. E. 5b.

¹⁰⁵ BGer-Urteil 9C_582/2016 vom 16. Januar 2017, E. 7.2; EVG-Urteil K_58/02 vom 6. Februar 2003, E. 2.2.

¹⁰⁶ Siehe dazu die Ausführungen in Rz. 69 ff.

¹⁰⁷ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1414; BUNDESRAT, Antwort Motion 14.3813, *passim*; Rz. 13.

- 47 Die Hauptformen alternativer Versicherungsmodelle sind heute das *Hausarztmodell*,¹⁰⁸ *Health Maintenance Organizations (HMO)*¹⁰⁹ sowie «Telefonmodelle»^{110, 111}. Daneben gibt es weitere, weniger weit verbreitete Modelle, z.B. *Individual Practice Associations (IPA)*, welche häufig in Verbindung mit einem HMO-Modell auftreten. Hier schliessen sich freiberufliche Ärzte per Vertrag einem Versicherer bzw. einer HMO an. Dies ermöglicht es den Versicherten, nebst Ärztinnen einer HMO auch solche aus freier Praxis zu wählen, die sich vertraglich einem Versicherer angeschlossen haben.¹¹² Mit diesen Modellen beabsichtigte der historische Gesetzgeber einerseits Anreize für «organisatorische Innovation» zu setzen, andererseits aber auch – in Grenzen – das OKP-Versicherungsgeschäft zu flexibilisieren. Um tiefe Prämien anbieten und sich im Kassenwettbewerb behaupten zu können, sollen die Versicherer nicht nur tiefen Verwaltungskosten und rigiden Kosten- bzw. Wirtschaftlichkeitskontrollen nachstreben müssen.¹¹³
- 48 Diese Modelle sind sowohl untereinander als auch mit Wahlfranchisen oder Bonusversicherungen kombinierbar.¹¹⁴ Gemeinsam ist ihnen allen, dass sich die Versicherten vertraglich verpflichten, ihre Behandlung stets bei ihrer Hausärztin, HMO oder durch telefonische Konsultation zu beginnen und sich die Leistungspflicht des Versicherers deren Anordnungen folgt.¹¹⁵
- 49 Gatekeeper-Modelle sind von *Managed Care*-Modellen abzugrenzen.¹¹⁶ Letztere hätten mit der 3. KVG-Revision gefördert werden sollen. Grundidee dieser Vorlage war, dass die Versicherer ihren Versicherten eine umfassende und koordinierte Behandlung anbieten, indem sie ein sog.

¹⁰⁸ Hierbei verpflichten sich die Versicherten, ihre Hausärztin/ihren Hausarzt («Gatekeeper») aus einer vom Versicherer erstellten Auswahl zu selektieren. Sie fungieren dann als erste Anlaufstelle für medizinische Dienstleistungen und die medizinische Grundversorgung der Patientinnen und Patienten und überweisen sie – wenn medizinisch angezeigt – an eine(n) Spezialistin/-en oder an Spitäler. Die Patienten müssen sich – Notfälle und andere reglementarisch ausgeklammerte Fälle vorbehalten – zwingend zuerst an den Gatekeeper wenden (BGer-Urteil 9C_325/2015 vom 25. Juni 2015, E. 1.3; SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1419).

¹⁰⁹ HMO übernehmen die Leistungserbringung und Finanzierung einer umfassenden medizinischen Versorgung für ein definiertes Bevölkerungskollektiv (BERCHTOLD/KASPAR, S. 139, m.H.). I.d.R. handelt es sich um rechtlich und organisatorisch selbständige Gruppenpraxen, die vom Versicherer gegründet werden. Sie schliessen mit der Gründerkasse (sowie nach Gutdünken mit Drittkassen) Verträge ab (SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1420). Der Fokus ihrer Leistungen liegt dabei auf der Gesundheitsvorsorge und nicht primär auf der «Heilung» der Patientinnen und Patienten: Dafür sind die sekundären Leistungserbringer da, d.h. Leistungserbringer ausserhalb des Netzwerks, an die versicherten Personen zwecks Inanspruchnahme spezialisierter, in der HMO nicht angebotener Behandlungen weiterverwiesen werden können. Vgl. auch BGE 125 V 437, *passim*, wonach der Abschluss einer HMO-Versicherung die Wahlfreiheit des Versicherten in Bezug auf *alle Leistungserbringer*, einschränkt.

¹¹⁰ Telemedizinische Modelle bestehen aus einem Telefonservice, bei dem sich die Versicherten bei Gesundheitsproblemen von medizinischem Fachpersonal beraten lassen und eine «Erlaubnis» einholen können, sich an einen Spezialisten wenden zu dürfen bzw. in ein Spital einweisen zu lassen, wenn eine Behandlung komplex oder dringlich ist (BERCHTOLD/KASPAR, S. 139, m.H.; vertieft dazu DIERKS ET AL, *passim*). Aus der Praxis vgl. BGer-Urteil 9C_325/2015 vom 25. Juni 2015.

¹¹¹ Vgl. KOCHER, S. 251 ff.; VOKINGER, Rz. 108 ff. Kritisch gegenüber diesen Modellen zeigt sich DUC, *menaces*, S. 313.

¹¹² KOCHER, S. 253. Siehe auch BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Kreisschreiben Nr. 5.3, welches unter Ziff. 2 (Tabellenblatt «Modelle») die derzeit zulässigen Modelle aufführt.

¹¹³ Zum Aspekt des «Wettbewerbs über tiefe Prämien», der Freizügigkeit der Versicherten und ihrer Anreize schaffenden Kombination vgl. BAUMANN, Risikoausgleich, S. 378.

¹¹⁴ So z.B. das «Multimed-Modell» der CSS, welches das Hausarzt- mit dem Telemedizin-Modell verbindet. Zu diesem «Tele-Hausarztmodell» vgl. <<https://www.css.ch/de/privatkunden/richtig-versichert/krankenkasse/grundversicherung/multimed.html>> (zuletzt besucht am 30. April 2022). Vgl. auch BGE 125 V 437, 439 E. 5a).

¹¹⁵ Vgl. zu diesem «Gatekeeper-Prinzip» soeben Rz. 44 f.

¹¹⁶ Managed Care bezeichnet eine enge Vernetzung unter Leistungserbringern und koordinierte Behandlungen in einem konkreten Behandlungsfall. Dies ist auch ohne formell eingeschränkte Wahl der Leistungserbringer möglich (MOSER, Managed Care, S. 29).

integriertes Versorgungsnetz aufbauen. Dieses hätte einer Mischung von Grundversorgern, Spitälern, Spezialisten, Apotheken, Chiropraktiker oder Physiotherapeuten bestanden, wobei deren Anschluss auf gegenseitiger Freiwilligkeit beruht hätte. Je nach Grösse und Diversität des Netzwerks hätte dieses entweder alle OKP-Leistungen selbst erbringen oder aber gewisse Leistungen an Dritte auslagern (bzw. bei diesen «einkaufen») können.¹¹⁷ Diese Managed Care-Modelle hätten auch als Gatekeeper-Modelle ausgestaltet werden können, was aber nicht zwingend gewesen wäre. Dies zeigt das Beispiel der *Ärztelisten*: Hier erstellt der Versicherer eine Liste mit bevorzugten Leistungserbringern, deren Konsultation aber nicht Pflicht ist.¹¹⁸ Die Managed Care-Vorlage scheiterte am 17. Juni 2012 in der Volksabstimmung und trat somit nie in Kraft.

III. Begrenzte reglementarische Autonomie der Versicherer

A. Allgemeine Vorgaben

50 Versicherer erfüllen im Bereich der OKP staatliche Aufgaben und sind daher an die Grundrechte und die Verfassung gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).¹¹⁹ Dies gilt unverändert für alternativen Versicherungsmodelle, zumal auch sie der Durchführung der OKP dienen.¹²⁰ Die Reglemente der Versicherer gelten als allgemeine Versicherungsbedingungen und nicht als «Normen» im Sinne eines generell-abstrakten Erlasses. Als solche entfalten sie nur im Verhältnis von Versicherer und Versicherten Bindungswirkung, nicht aber auch für die «ausenstehenden» Leistungserbringer.¹²¹ Letztere Beziehung – vor allem die Bereitschaft, «Gatekeeper» zu sein – beruht auf separaten Verträgen.¹²² Die Versicherer regeln ihre Modelle basierend auf Art. 41 Abs. 4 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 KVG und Art. 99 ff. KVV in *Reglementen*. Obwohl die alternativen Versicherungsmodelle darin nur knapp normiert sind, darf nicht ohne Weiteres auf grosse reglementarische Autonomie geschlossen werden. Anders als früher das KVUG beruht das KVG nämlich nicht mehr auf einem «Autonomieprinzip» der Versicherer. Anstatt wie früher bloss Mindestvorschriften aufzustellen, regelt das KVG den Anschluss der Versicherten, die Prämien sowie die Leistungen der OKP nunmehr *abschliessend*.¹²³ Damit verfügen die Versicherer unter dem KVG nur noch insoweit über (reglementarische) Gestaltungsspielräume, als KVG und KVV ihnen solche offenlassen.¹²⁴ Hernach dürfen Versicherer den rechtlichen Rahmen grundsätzlich nur konkretisieren, nicht aber ergänzen, korrigieren oder seine Regelungsziele vereiteln. Ihnen steht – mit anderen Worten – keine Gesetzesergänzende Regelungsbefugnis zu.¹²⁵

¹¹⁷ Zum Ganzen siehe BBI 2004 5599, 5601, 5612 f.; AB 2010 S 1277, Votum FORSTER-VALLINI; ferner MOSER, Managed Care, S. 29 ff.; aus der Lehre DUC, menaces, S. 314 ff.; VOKINGER, Rz. 100 ff.

¹¹⁸ BBI 2004 5599, 5602; STAFFELBACH, S. 890 f.; BVGE 2018 V/2, E. 3.7. Grundlegend insb. MOSER, Managed Care, S. 29 ff.

¹¹⁹ BGE 140 I 338, 343 ff. E. 6; zur Tragweite von Art 35 Abs. 2 BV vgl. auch BGE 138 I 289, 294 ff. E. 8.

¹²⁰ Zum Ganzen vgl. BGE 131 V 557, 566 E. 5.2, m.H. sowie den Hinweis in Art. 41 Abs. 4 Satz 3 KVG.

¹²¹ Vgl. BGE 141 V 546, 554 E. 6.3; 141 V 557, 567 E. 5.2.

¹²² SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1424.

¹²³ BGE 142 V 87, 93 E. 5.3; 130 V 546, 550 f. E. 4.1; 124 V 356, 369 f. E. 2d; BGer-Urteile 9C_8/2014/9C_9/2014 vom 14. Oktober 2014, E. 4.4; 9C_878/2013 vom 14. Oktober 2014, E. 3.4; sinngemäss auch BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117 Rz. 5.

¹²⁴ BGE 142 V 87, 93 E. 5.3; BVGer-Urteil C-5896/2011 vom 21. Oktober 2013, E. 5.3.3; als rechtliche Prämisse implizit bestätigt in BGer-Urteil 9C_878/2013 vom 14. Oktober 2014, E. 3.1. i.V.m. E. 4.

¹²⁵ BVGer-Urteil C-5896/2011 vom 21. Oktober 2013, E. 5.3.3, m.H.; SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 17.

51 Darüber hinaus müssen die Reglemente der Versicherer stets auch mit verfassungs- und krankenversicherungsrechtlichen Grundsätzen gleichlaufen. Neben dem Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV) sind auch *die Grundsätze der Gegenseitigkeit, der Gleichbehandlung* und auch das *Solidaritätsprinzip* zu wahren,¹²⁶ da auch Gatekeeper-Modelle nicht einer Entsolidarisierung durch Risikoselektion Vorschub leisten dürfen. Stattdessen sollten Kosteneinsparungen – wie schon die Managed Care-Vorlage forderte – durch Kontrolle der Leistungsmengen,¹²⁷ strukturierte Behandlungspfade bzw. verbesserte Koordination der Behandlungen¹²⁸ und effizienterer Leistungserbringung erreicht werden.¹²⁹

B. Grenzen nach KVG und KVV

52 Art. 41 Abs. 4 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 und Abs. 3 KVG sowie Art. 99 ff. KVV regeln die alternativen Versicherungsmodelle. Der Zugang zu alternativen Versicherungsmodellen steht allen Kassenmitgliedern offen, die Wohnsitz im Gebiet haben, wo sie angeboten werden. Ein Modellwechsel ist zwar jederzeit möglich, die Kündigung einer Versicherung mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers aber nur innerhalb der Fristen nach Art. 7 Abs. 1 und 2 KVG (Art. 100 Abs. 1 und Abs. 2 KVV). Prämienermässigungen sind nur zulässig für Kostenunterschiede, die *auf die eingeschränkte Wahl der Leistungserbringer sowie auf eine besondere Art und Höhe der Entschädigung der Leistungserbringer zurückzuführen* sind.¹³⁰ Die Kostenunterschiede müssen durch Erfahrungszahlen von mindestens fünf Rechnungsjahren nachgewiesen sein. Fehlen solche Daten, darf der Rabatt gegenüber den «ordentlichen» Prämien des betreffenden Versicherers höchstens 20 % betragen (Art. 101 Abs. 2 Satz 1 und 3 sowie Abs. 3 KVV).

53 Allerdings können die Versicherer frei entscheiden, *welche Modelle sie anbieten und wie sie sie ausgestalten wollen*.¹³¹ Dies schliesst die Frage ein, ob sie z.B. eine eigene HMO gründen oder sich der HMO einem anderen Versicherer anschliessen. Ferner können die Versicherer die Schnittstelle zu den Leistungserbringern zu einem gewissen Grad frei gestalten. So sind sie frei, die herkömmlichen ambulanten Tarifstrukturen anwenden oder bei Hausärzten, HMO-Praxen, Ärztenetzwerken oder telemedizinischen Modellen den beteiligten Leistungserbringern eine Budgetverantwortung auferlegen.¹³² Diese sog. «Capitation-Finanzierung» ersetzt den (im Kostenerstattungsprinzip üblichen) Einzelleistungstarif durch eine aufwandunabhängige, pro Patient geschuldete Kopfpauschale.¹³³ Die Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer ermöglichen es den Versicherern, sich so zu organisieren, dass sie die Prämien

¹²⁶ BGE 113 V 212, 215 E. 3b, m.H.; siehe auch BBl 1992 I 93, 170.

¹²⁷ Gemeint ist die Milderung von Fehlanreizen auf Seiten der Versicherten (freie Wahl des Leistungserbringers) wie auch der Leistungserbringer (Therapiefreiheit in Kombination mit Einzelleistungstarifen im ambulanten Bereich), die im Standard-Versicherungsmodell des geltenden Systems angelegt sind.

¹²⁸ Gemeint ist die Vermeidung von Doppel- und Mehrfachuntersuchungen, Übermedikation oder unnötiger Behandlungen, namentlich durch strukturierte Behandlungsprozesse, bessere Gesundheitsvorsorge, dezentral verwaltete elektronische Patientendossiers oder ein gezieltes Fall- bzw. Case-Management.

¹²⁹ Zu dieser gesundheitspolitischen Seite von Managed Care vgl. HUMBEL, S. 183 ff.

¹³⁰ Vgl. BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Kreisschreiben 5.3, *passim*.

¹³¹ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1414; BUNDES RAT, Antwort Motion 14.3813, *passim*; siehe auch Rz. 13.

¹³² Vgl. KOCHER, S. 252; VOKINGER, Rz. 110.

¹³³ Zu solchen, an Durchschnittskosten eines Patientenkollektivs bemessenen «Pro-Kopf-Budgetzahlungen» vgl. BECK, *passim*.

aufgrund einer eingeschränkten Wahl der Leistungserbringer reduzieren zu können.¹³⁴ Damit dienen sie dem Zweck, die Kosten der OKP einzudämmen.¹³⁵ Dies entbindet die Versicherer indessen nicht davon, eine Gesundheitsversorgung von *gleichem Umfang* und *zumindest vergleichbarer Qualität* wie im Standard-Versicherungsmodell zu gewährleisten. Überdies dürfen diese Versicherungsmodelle – bei aller Attraktivität für Gesunde – nicht zu einer Entsolidarisierung durch Risikoselektion führen.¹³⁶

C. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur gegenwärtigen Rechtslage

(1) Voraussetzungslose Übernahme von Notfällen

- 54 In BGE 125 V 437, 439 E. 5a) entschied das Bundesgericht, dass das «Gatekeeper-Prinzip» bei HMO in Notfällen nicht gilt. Kann eine im Modell mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer versicherte Person ihre Behandlung *wegen* des Notfalls nicht bei ihrer HMO beginnen, weil ihr dazu die nötige Steuerungsfähigkeit fehlt, bleibt der Versicherer leistungspflichtig, *obwohl* die versicherte Person formell gegen das «Kernprinzip» ihres Versicherungsmodells und damit gegen einen zentralen reglementarischen Grundsatz verstossen hat.
- 55 Diese Praxis wurde auch für Hausarzt-¹³⁷ und Telemedizin-Modelle¹³⁸ übernommen, allerdings mit einer nicht unbeachtlichen Relativierung: Im Telemedizin-Fall¹³⁹ sah das Reglement eine Klausel vor, welche die in jenem Modell Versicherten verpflichtet, bei Notfällen das Telemedizin-Zentrum *zum erstmöglichen Zeitpunkt, spätestens jedoch innert fünf Arbeitstagen über den Notfall zu orientieren*. Indem das Bundesgericht das gesamte Reglement für zulässig erachtete, genehmigte es stillschweigend auch diese einschränkende «Notfall-Klausel».

(2) Fehlende Aussenwirkung von Verträgen zwischen Versicherern und Versicherten

- 56 In BGE 141 V 546 war zu beurteilen, ob die Versicherer gegenüber Leistungserbringern ihre Zahlung verweigern können, bei denen eine im Gatekeeper-Modell versicherte Person Leistungen bezogen hat, ohne vorab den Gatekeeper zu informieren. Das Bundesgericht verneinte dies unter Bezugnahme auf das System des Tiers payant (Art. 42 KVG), das im vorliegenden Fall nicht nur im stationären, sondern kraft Tarifvertrag auch im ambulanten Bereich galt (E. 5.2):

Wie im Falle einer Schuldübernahme im Sinne von Art. 175 ff. OR setzt das System des Tiers payant das Bestehen einer internen Schuldübernahme und einer externen Schuldübernahme voraus [...]. So verpflichtet sich der Versicherer, die Schuld des Versicherten zu übernehmen (interne Schuldübernahme, Art. 175 Abs. 1 OR), wodurch der Versicherte von seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem Leistungserbringer befreit wird, unter Vorbehalt der Franchise und des Selbstbehalts, die von der Sozialversicherung nicht übernommen werden. Durch die Wahl des Vergütungssystems kann der Leistungskatalog nämlich weder erweitert

¹³⁴ Vgl. KOCHER, S. 251.

¹³⁵ EVG-Urteil K 58/02 vom 6. Februar 2003, E. 2.1 und 2.2.

¹³⁶ Urteil des Zürcher Sozialversicherungsgerichts KV.2005.00028 vom 30. Dezember 2006, E. 5.1. Daher müssen auch diese Versicherten via die Prämien Abgaben in den Risikoausgleich leisten (BBJ 1992 I 1, 171; 205).

¹³⁷ EVG-Urteil K 58/02 vom 6. Februar 2003, E. 2.1.

¹³⁸ BGer-Urteil 9C_325/2015 vom 25. Juni 2015, E. 2.2.

¹³⁹ Für eine Paraphrase dieser Klausel vgl. BGer-Urteil 9C_325/2015 vom 25. Juni 2015, E. 1.2.

(Art. 34 KVG) noch eingeschränkt (vgl. Art. 41 Abs. 4 Satz 3 KVG) werden. Der Versicherer ersetzt ausserdem den Versicherten im Vertragsverhältnis, das ihn mit dem Leistungserbringer verbindet (externe Schuldübernahme, Art. 176 Abs. 1 OR).

- 57 Kurzum: Der Versicherer kann sich nicht von seiner Leistungspflicht befreien, indem er sich gegenüber einem Leistungserbringer auf eine Vertragsverletzung (Verstoss gegen das Gatekeeper-Prinzip) durch den Versicherten beruft. Die Leistungserbringer müssen sich somit keine Einreden des Versicherers aus dem Versicherungsvertrag entgegenhalten lassen.¹⁴⁰

(3) Unveränderte Gewährleistung des gesetzlichen Leistungskatalogs

- 58 In seinem Urteil vom 20. Dezember 1999 fundierte das EVG das Prinzip, wonach die Versicherer im Rahmen besonderer Versicherungsformen die gesetzlichen Pflichtleistungen unverändert – d.h. unter den Bedingungen, die das Gesetz selbst vorsieht – gewährleisten müssen.¹⁴¹

Der Leistungskatalog darf bei diesen Leistungserbringern jedoch weder erweitert (Art. 34 Abs. 1 KVG) noch eingeschränkt werden (Art. 41 Abs. 4 letzter Satz KVG [...]). Soweit Art. 41 Abs. 4 letzter Satz KVG bestimmt, dass die gesetzlichen Pflichtleistungen in jedem Fall versichert sind, so bedeutet dies, dass die gesetzlichen Pflichtleistungen durch den von der Krankenkasse ausgewählten Leistungserbringer erbracht werden, sofern dieser nicht eine Überweisung veranlasst hat. Bei Dritteistungserbringern sind die Pflichtleistungen als solche nur dann nicht tangiert, wenn die Überweisung durch den Hausarzt erfolgt ist.

- 59 Ebenso – dies hielt das EVG in seinem Urteil vom 7. Dezember 1998 fest – sei es den Versicherern verwehrt, parallel zur Spezialitätenliste gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. b KVG eine eigene Arzneimittelliste zu kreieren. In Beachtung des gesetzgeberischen Ziels der Kosteneindämmung bei Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer sei es aber möglich, dass die Versicherten ihre Wahlfreiheit freiwillig auf Generika zu begrenzen (E. II. 6).

In diesen besonderen Versicherungsformen muss dann der Versicherer nur die Kosten für Leistungen übernehmen, die von diesen Leistungserbringern ausgeführt oder veranlasst werden, wobei die gesetzlichen Pflichtleistungen grundsätzlich in jedem Fall versichert sind. Dementsprechend ist es grundsätzlich unzulässig, durch private Vereinbarungen auf Pflichtleistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu verzichten. Einzig eine freiwillige Beschränkung des Wahlrechts der Versicherten auf Generika im Sinne des KVG kann als zulässig erachtet werden.

- 60 Mit Bezug auf diese Freiwilligkeit erklärte das EVG eine Reglementklausel für zulässig, bei der sich die im entsprechenden alternativen Versicherungsmodell Versicherte verpflichteten, sich jeweils mit dem wirtschaftlicheren Medikament zu begnügen, wenn neben einem Originalpräparat auch ein Generikum zur Verfügung steht (E. II. 8).

(4) Fragen zur Prämienberechnung

- 61 In zwei Urteilen hat das Bundesgericht erwogen, das KVG lasse keinen Raum, um Einsparungen, die in einem «Gatekeeper»-Versicherungsmodell erzielt wurden, teilweise in Form einer

¹⁴⁰ BGE 141 V 546 (= Pra 2016 Nr. 58), 552 E. 6.2. Für Ausführungen zur tarifvertraglichen Informationspflicht siehe E. 7.

¹⁴¹ Sinngemäss bestätigt in BGer-Urteil 9C_8/2014 vom 14. Oktober 2013 E. 4.2. Explizit bestätigt in BGE 141 V 546, 556 E. 5.2; EVG-Urteil K 102/4 vom 23. Mai 2006, E. 4.1, m.H.

nachträglichen, individualisierten Rückvergütung an die angeschlossenen Versicherten auszuschütten.¹⁴² Dagegen lassen sich auch keine wettbewerblichen Argumente ins Feld führen.¹⁴³

Die Ermässigung muss in der Prämie selber zum Ausdruck kommen, damit ersichtlich bleibt, dass die in Art. 101 Abs. 1 und 2 KVV aufgeführten Rahmenbedingungen (keine Bildung von besonderen Risikogemeinschaften, Wahrung des versicherungstechnisch erforderlichen Beitrages an Reserven und Risikoausgleich, Beschränkung der Ermässigung auf modellspezifische Kostenunterschiede) eingehalten sind. Die im Gatekeeper-Modell zu erwartenden spezifischen Einsparungen sind daher als Einheit zu behandeln. [...]. Abgesehen davon wäre es wohl auch kaum möglich, weitergehende Effizienzgewinne gleichsam abzuspalten und auf dieser Grundlage - abhängig von der individuellen "Systemtreue" - eine zusätzliche "Erfolgsbeteiligung" hinreichend zuverlässig zu quantifizieren.

- 62 Ebenso fehlt es den Versicherern an reglementarischer Autonomie in Bezug auf die Schöpfung «neuer» Versicherungsmodelle, welche der Bundesrat nicht zugelassen und näher geregelt hat. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Bundesgericht ein Modell für unzulässig erklärt, welches vorsah, Prämienüberschüsse – mit wenigen Ausnahmen – an die Versicherten auszuschütten. Nach Ansicht des Gerichts konnte die konkrete Modellgestaltung nicht als ein Ausgleich von zu hohen Prämieinnahmen i.S.v. Art. 17 f. KVAG i.V.m. Art. 30 ff. KVAV erachtet werden, sondern eher als «nachträgliche, rückwirkende frankenmässige Prämienenkung».¹⁴⁴

(5) Nichtaufnahme eines Arztes in die Hausarzt-Liste

- 63 In BGE 141 V 557 ging es um einen Arzt, der über die Facharztstitel «Allgemeine Innere Medizin, Allergologie» und «Klinische Immunologie» sowie über Erfahrung im Praxislabor verfügte. Ein Versicherer hatte diesen Arzt – im Rahmen einer Versicherung mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer – von ihrer Liste der «zugelassenen Hausärzte» entfernt und verweigerte ihm die Wiederaufnahme, denn: Besagter Arzt sei aufgrund seiner Spezialisierung teurer als andere Allgemeinpraktiker ohne weitere Spezialisierung. Das Bundesgericht erblickte in der Nichtaufnahme des Arztes in die Hausarzt-Liste im konkreten Fall einen Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV), allerdings vor allem deshalb, weil die Krankenversicherer die von ihr behaupteten Kostenunterschiede nicht glaubhaft darlegen konnte.¹⁴⁵

(6) Sanktionen bei Verstößen gegen das Gatekeeper-Prinzip

- 64 In BGE 124 V 437, 439 f. E. 5a) stellte das Bundesgericht den Grundsatz auf, dass das Gatekeeper-Prinzip die freie Wahl der *Leistungserbringer* und nicht nur von *Ärzten* einschränkt.

Die gegenteilige Ansicht hätte zur Folge, dass das HMO-Modell lediglich bei den Ärzten, nicht hingegen bei den andern Leistungserbringern, wie beispielsweise bei den Spitälern

¹⁴² BGer-Urteile 9C_8/2014/9C_9/2014 vom 14. Oktober 2014, E. 4.4 sowie 9C_878/2013 vom 14. Oktober 2014, E. 3.3.2. bzw. 3.4.

¹⁴³ BGer-Urteil 9C_878/2013 vom 14. Oktober 2014, E. 3.4, m.H. auf BGE 130 V 546, 550 E. 4.1 und 124 V 356, 359 f. E. 2d. Die letzten beiden Urteile bekräftigen den Grundsatz, wonach das KVG und die KVV die obligatorische Krankenpflegeversicherung vollständig und abschliessend regeln, d.h. den Versicherern – ohne explizite Ermächtigung – kein „gesetzesergänzender“ reglementarischer Spielraum zusteht. Was KVG und KVV an Regeln aufstellen, ist zugleich Inhalt als auch Schranke der Regelungskompetenzen der Versicherer.

¹⁴⁴ BGer-Urteil 582/2016 vom 16. Januar 2017, E. 8.3.2.

¹⁴⁵ BGE 141 V 557, 571 ff. E. 9.

(Art. 35 Abs. 2 lit. h KVG) zur Anwendung gelangen würde. Dies ist gerade nicht der Sinn der mit Art. 41 Abs. 4 KVG verfolgten gesetzgeberischen Absicht. Danach muss der Versicherte Gesundheitsleistungen bei den für die Gesundheitskasse tätigen Leistungserbringern nachfragen. Für Behandlungen, welche die Gesundheitskasse nicht selbst durchführen kann, wird der Versicherte an externe Leistungserbringer verwiesen. Die Gesundheitskasse soll Einfluss auf den gesamten Behandlungsprozess nehmen können, insbesondere auch auf die Überweisung an Spezialisten oder in ein Spital [...].

- 65 Die Urteile EVG E 58/02 und BGer 9C_325/2015 weiteten diese Praxis auf Hausarzt- und telemedizinischen Modelle aus. In beiden Urteilen lautete die zentrale Schlussfolgerung gleich:

Diese Verweigerung der Leistungspflicht stellt keinen Widerspruch zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz dar, ist es doch gerade der Kern der Hausarztversicherung, dass nur Leistungen von dritten Leistungserbringern vergütet werden, an welche die versicherte Person vom Hausarzt überwiesen worden ist.

- 66 Inwiefern die Versicherer die im Modell eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer einseitig Versicherte in das gegenwärtige Standard-Modell umteilen darf, wurde bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden.¹⁴⁶ Bisher haben sich soweit ersichtlich vier kantonale Gerichte mit dieser Frage befasst. Jedes von ihnen erachtete diese Sanktion grundsätzlich für möglich.
- In LGVE 2014 III Nr. 3 verneinte das Verwaltungsgericht Luzern, dass der Umteilungsgrund «Aufenthalt in einem Pflegeheim» erfüllt ist, wenn der Versicherte ein Zimmer in einem Wohnheim *ohne Pflegeabteilung* eines Betagtenzentrums hat und der für ihn zuständige Hausarzt seine Gatekeeper-Funktion weiterhin ausüben kann.
 - In SOG 2013 Nr. 35, 214 verneinte das Verwaltungsgericht Solothurn, dass der Umteilungsgrund, wonach der Gatekeeper keinen oder nur sehr geringen Einfluss auf die Behandlung nehmen kann, erfüllt ist. Im vorliegenden Fall hatte der Gatekeeper Kenntnis – von den durch ihn veranlassten – laufenden Behandlungen und war damit in der Lage, sich bei den Spezialisten die wesentlichen Informationen beschaffen, um bei Bedarf intervenieren zu können.
 - In ATAS/228/2011 schützte der Cour de Justice des Kantons Genf die Umteilung der versicherten Person, die zuvor in einem Telemedizin-Modell versichert war in das Standard-Versicherungsmodell, mit der Folge, dass dieser monatlich CHF 25.70 mehr an Prämien bezahlen muss. Zwischen dem 5. Februar und 12. März 2009 konsultierte der Versicherte einen Oto-Rhino-Laryngologie-Facharzt und vom 25. März bis 4. August 2009 einen Generalisten. Für keine dieser Behandlungen hatte er zuvor die Beratungshotline kontaktiert. Angesichts dieses klaren Verstosses gegen die Versicherungsbedingungen stufte der Cour de Justice den Umteilungsentscheid als verhältnismässig ein.
 - Im Entscheid SVG.2020.217 schützte das baselstädtische Sozialversicherungsgericht die Umteilung einer versicherten Person, die mehrfach gegen das Gatekeeper-Prinzip und damit gegen klare, im Reglement erfasste Umteilungsklauseln verstossen hat.

¹⁴⁶ Mit (soweit ersichtlich einziger) Ausnahme des Nichteintretensentscheids BGer-Urteil 9C_678/2020 vom 4. November 2020, worin sich das Bundesgericht aus prozessrechtlichen Gründen nicht mit der materiellen Rechtslage auseinandersetzt.

IV. Naturalleistungsprinzip und Einbindung von Leistungserbringern

- 67 In Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer kann das Naturalleistungsprinzip gelten. Dabei erbringen die Versicherer medizinische Leistung entweder selbst in natura («Naturalleistungen im engeren Sinn») oder mit Hilfe von Dritten durch Abschluss von Dienstleistungsverträgen («Naturalleistungen im weiteren Sinn»)¹⁴⁷.
- 68 Die Geltung des Naturalleistungsprinzip ergibt sich aus der Natur der Gatekeeper-Modellen. Hier müssen die Versicherer nur Leistungen übernehmen, welche ihre Gatekeeper ausgeführt oder veranlasst haben. Im Gegenzug haben die Versicherten *gegenüber dem Versicherer* einen Anspruch, ihre OKP-Pflichtleistungen bei diesen Gatekeepern zu erhalten oder aber an Spezialisten überwiesen zu werden.¹⁴⁸ Dies ist etwa der Fall bei HMO-Modellen, welche von einem Versicherer gegründet und finanziert werden. Die Versicherer schliessen hierbei mit den entsprechenden Leistungserbringern Dienstleistungsverträge ab, die zugleich tarifvertragliche Komponenten aufweisen.¹⁴⁹ Die Leistungserbringer erhalten gestützt auf diese Vereinbarungen einen direkten Entschädigungsanspruch gegenüber den Krankenversicherern, fungieren aber zugleich auch als deren Dienstleister. Die medizinischen Leistungen werden damit gegenüber den Versicherten faktisch von den Grundversorgern, in rechtlicher Hinsicht aber von den Versicherern erbracht. Mit anderen Worten: Das Naturalleistungsprinzip für in dieser Konstellation dazu, dass Handlungen der Leistungserbringer den Versicherern zugerechnet werden.¹⁵⁰

¹⁴⁷ SBVR Soziale Sicherheit-MEYER, Rz. 122, je mit Beispielen aus der Invaliden- und Unfallversicherung. Als Beispiele für Leistungen in natura kann Arbeitsvermittlung durch die Invalidenversicherung genannt werden oder aber von der SUVA betriebene Rehabilitationszentrum Bellikon.

¹⁴⁸ Vgl. SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1419.

¹⁴⁹ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1424.

¹⁵⁰ Betreffend Art. 48 Abs. 1 UVG siehe RKUV 1995 Nr. U 227, S. 190 E. 2a, m.H.

2. Teil Das Gatekeeper-Modell als neue Basisvariante der OKP

§ 5 Der Systemwechsel und seine Implikationen

I. Das «Modell SANTÉSUISSE» im Überblick...

- 69 Gemäss Modellvorschlag sollen die heutigen alternativen Versicherungsmodelle (vgl. Art. 41 Abs. 4 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 KVG) anstatt der Modelle mit freier Wahl der Leistungserbringer als zukünftiges Standard-Versicherungsmodell der OKP eingeführt werden.
- 70 Die *freie Wahl der Leistungserbringer wird nicht vollständig abgeschafft*. Erstens soll sie für Versicherte, die sich nicht im Gatekeeper-Modell versichern lassen wollen, nach wie vor von Bedeutung sein. Zweitens wird sie weiterhin dort relevant bleiben, wo sich die versicherte Person – nach Weiterverweisung durch den Gatekeeper – durch eine Spezialistin oder in einem Spital behandeln lässt. Drittens wird sie wohl auch noch im Rahmen von Zusatzversicherungen für die freie Arztwahl im Spital zur Anwendung gelangen.¹⁵¹
- 71 Jeder Versicherer hat die *Pflicht, mindestens ein Gatekeeper-Modell anzubieten*. Daneben werden sie stets auch noch das Modell mit freier Wahl des Leistungserbringers anbieten müssen, um die Wahlfreiheit der versicherten Personen zu ermöglichen. Die Versicherer sollen *bei der Ausgestaltung ihrer Gatekeeper-Modelle grundsätzlich frei* sein.
- 72 Das Gatekeeping-Modell soll als *neue Basis für die Berechnung der OKP-Prämie* dienen. Gleichzeitig sollen die maximal zulässige Rabattspanne – wie sie derzeit in Art. 101 Abs. 2 KVV definiert ist – erweitert werden. Zudem soll es nach wie vor zulässig sein, Gatekeeper-Modelle mit anderen besonderen Versicherungsformen (Art. 62 Abs. 2 KVG) zu kombinieren, um die Prämie weiter zu senken (z.B. Wahlfranchise oder Bonusversicherung).

II. ...und seine Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse in der OKP

- 73 Der Modellvorschlag von SANTÉSUISSE will Krankenversicherer verpflichten, die OKP standardmässig in einem Gatekeeper-Modell durchzuführen. Der Entscheid darüber, mit welchem Modell sie dies tun wollen, bliebe den Krankenversicherern überlassen, solange es sich um *Modelle handelt, die auf dem Gatekeeper-Prinzip beruhen*. Dies sind Hausarztmodelle, HMOs, integrierte Ärztenetzwerke sowie telemedizinische Modelle. Bloss «Ärztelisten», die nicht auf dem Gatekeeper-Prinzip beruhen, erfüllen dieses Kriterium nicht.¹⁵²
- 74 Krankenkassen zu verpflichten, die OKP standardmässig in einem Gatekeeper-Modell ihrer Wahl durchzuführen, ist undenkbar, ohne gleichzeitig zu definieren, welche Rechte und Pflichten sich daraus für die Versicherten einerseits und die Leistungserbringer andererseits ergeben.

¹⁵¹ Vgl. Rz. 33.

¹⁵² Vgl. Rz. 49.

Diese Implikationen für das Versicherungsverhältnis einerseits und die Rechtsbeziehung zwischen Versicherern und Leistungserbringern andererseits darzustellen.

A. Rechtsfolgen für die Versicherten

- 75 Wer sich in einem Gatekeeper-Modell versichert, verpflichtet sich zugleich, seine Wahlfreiheit auf eine Selektion ihres Versicherers einzuschränken. Wird dies die neue OKP-Basisvariante, liegt eine Einschränkung des Grundrechts der persönlichen Freiheit vor (Art. 10 Abs. 2 BV), worauf anschliessend eingegangen wird.¹⁵³ Sie äussert sich darin, dass Versicherte *jede Behandlung* (ausgenommen Notfälle) bei einem dem jeweiligen Versicherer angeschlossenen Gatekeeper beginnen müssen. Tun sie dies nicht, kann die Leistungspflicht des Versicherers entfallen.¹⁵⁴ Dies führt faktisch dazu, dass die Voraussetzungen einer kassenpflichtigen medizinischen Leistung nach Art. 25 ff. KVG um das Erfordernis ergänzt werden, dass die Versicherten ihre Pflichten, die aus der Versicherung im Gatekeeper-Modell resultieren, einhalten müssen. Auf die Grundrechtskonformität dieser Rechtsänderung wird weiter unten eingegangen.
- 76 Je nach Modell, mit dem der jeweilige Versicherer sich entschieden hat, die ordentliche OKP durchzuführen, muss sich der Versicherte im Krankheitsfall zuerst an einen Hausarzt, eine HMO, eine Telefonhotline oder aber an eine bestimmte Ärztin oder einen bestimmten Arzt einem integrierten Netzwerk wenden. Kann dieser eine indizierte Behandlung nicht selbst erbringen, muss ist der Patient an ein Spital oder einen Spezialisten zu überweisen. Darauf haben die Versicherten Anspruch. Inwiefern sich die Versicherten rechtlich wehren könnten, wenn der Gatekeeper die Überweisung verweigert, ist noch nicht geklärt.¹⁵⁵
- 77 Die Versicherer berechnen die Grundprämie auf ihren Gatekeeper-Modellen. Darin lassen sich Anreizsysteme umsetzen, damit Leistungserbringer weniger «unnötige» Leistungen erbringen und effizienter arbeiten,¹⁵⁶ damit die variablen Kosten des Versicherers sinken und ihr Finanzierungsbedarf¹⁵⁷ tiefer ist als im (alternativen) Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer. Entsprechend werden auch die Prämien der «neuen» OKP-Basisvariante tiefer ausfallen.

B. Rechtsfolgen für die Versicherer

1. Gewährleistung der gesetzlichen Pflichtleistungen

- 78 Neben der Pflicht der Versicherer, mindestens ein Gatekeeper-Modell anzubieten, müssen sie nach Massgabe der allgemeinen Leistungsvoraussetzungen (Art. 25 ff. KVG) die gesetzlichen Pflichtleistungen erbringen. Dies gilt kraft Art. 41 Abs. 4 Satz 3 KVG bereits heute.

¹⁵³ Vgl. Rz. 104 ff.

¹⁵⁴ Dazu Rz. 64 f. und sogleich Rz. 79 ff.

¹⁵⁵ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1425 hält dafür, dass den Versicherten gegen diesen Entscheid ihres Versicherers der Rechtsweg offenstehen muss.

¹⁵⁶ Ein Beispiel hierfür ist die Budgetverantwortung der angeschlossenen Leistungserbringer («Capitation-Modelle»); dazu Rz. 53.

¹⁵⁷ Vgl. Rz. 21 ff.

2. Kompetenzen zur Verweigerung von Leistungen

- 79 Bereits unter geltendem Recht gesteht das Bundesgericht den Krankenversicherern das Recht zu, nur für jene Leistungen die Kosten zu vergüten, *die von den Gatekeepern erbracht oder durch sie veranlasst* worden sind. Werden dagegen Leistungen bei Ärzten bezogen, die nicht als Gatekeeper für einen Versicherer fungieren und hat für diese Leistungen keine Überweisung durch einen Gatekeeper stattgefunden, verstösst der Versicherte *gegen seine vertraglichen Pflichten*. Diese Vertragsverletzung verleiht den Versicherern das Recht, die Vergütung der in Anspruch genommenen Leistungen zu verweigern.¹⁵⁸
- 80 Diese Logik geht auf, wenn im Dreiecksverhältnis von Krankenversicherern, versicherter Person und Leistungserbringer das *System des Tiers garant* zur Anwendung gelangt (Art. 41 Abs. 1 KVG) und der Versicherte gegenüber seinem Versicherer einen Rückerstattungsanspruch für in Anspruch genommene medizinische Leistungen hat. Dasselbe kann nicht gesagt werden, wenn kraft tarifvertraglicher Absprache zwischen Versicherer und Leistungserbringer oder – bei stationären Leistungen – von Gesetzes wegen das *System des Tiers payant* gilt (Art. 42 Abs. 2 KVG). Diesfalls verpflichten sich Versicherer gegenüber Leistungserbringern, die Schuld des Versicherten zu übernehmen, den Versicherten im Vertragsverhältnis, welches ihn mit dem Leistungserbringer verbindet, als Schuldner zu ersetzen und die daraus resultierende Forderung des Leistungserbringers direkt zu begleichen.¹⁵⁹ In beiden Fällen vorbehalten bleiben jedoch die Franchise und der Selbstbehalt, welche der Versicherer nicht übernehmen muss.
- 81 Diese tarifrechtliche Weichenstellung hat weitreichende Folgen für das Leistungsverweigerungsrecht der Versicherer, dessen rechtliche Legitimation sich aus einer Verletzung versicherungsvertraglicher Pflichten durch den Versicherten speist. In BGE 141 V 546 hielt das Bundesgericht indessen fest, dass eine entsprechende Vertragsverletzung einen Versicherer nicht berechtigt, gegenüber einem Leistungserbringer im *System des Tiers payant* seine Pflichten aus dem Tarifvertrag zu suspendieren. Krankenversicherer können Leistungserbringern in diesen tarifvertraglichen Leistungsverhältnis hernach keine Einreden aus dem Versicherungsverhältnis entgegenhalten.¹⁶⁰ Dies macht die Vertragsverletzung durch den Versicherten allerdings nicht ungeschehen. In BGE 141 V 546 räumte das Bundesgericht den Versicherer deshalb ein Recht ein, zwecks eigener Schadloshaltung *Rückgriff auf den Versicherten* zu nehmen.¹⁶¹
- 82 Wären Gatekeeper-Modelle die neue Basisvariante der OKP, könnte dieses Leistungsverweigerungsrecht grundsätzlich auf zwei Arten umgesetzt werden.
- Einerseits kann die oben dargestellte Rechtsprechung unverändert weitergeführt werden. Das Leistungsverweigerungsrecht des Versicherers infolge Missachtung des Gatekeeper-Prinzips bliebe ein rein versicherungsvertraglicher Grundsatz. Im System des Tiers garant

¹⁵⁸ Rz. 64 f.

¹⁵⁹ BGE 141 V 546, 551, E. 5.2; 132 V 18, 23 E. 5.2; aus der Lehre GEISSBÜHLER, S. 1016 f.

¹⁶⁰ BGE 141 V 546, 553 E. 6.2.2 und 6.3.

¹⁶¹ BGE 141 V 546, 553 E. 6.2.2, m.H. auf die Rechtsprechung, wonach Leistungserbringer die Kosten für Leistungen nicht vergüten müssen, die der Versicherte in Missachtung des Gatekeeper-Prinzips konsumiert hat.

könnte der Versicherer gestützt darauf die Kostenerstattung an den Versicherten verweigern. Im System des Tiers payant dagegen müsste der Versicherer – sofern die Behandlung die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen erfüllt – zwar kraft Tarifvertrags die Forderung des Leistungserbringers erfüllen, könnte dies aber vom Versicherten zurückfordern.

- Andererseits könnte die Regel, wonach die Versicherer nur Leistungen vergüten, die ein Gatekeeper vorgenommen oder veranlasst hat, als modellspezifische Leistungsvoraussetzung – namentlich mittels Änderung des Art. 25 KVG – eingeführt werden. Diesfalls wäre das Gatekeeper-Prinzip auch im System des Tiers payant zu beachten.

83 Würde erstere Variante gewählt, hätte würde einzig die jetzige Rechtslage betreffend alternative Versicherungsmodelle in das Standard-Versicherungsmodell übertragen. Würde letztere Variante gewählt, hätte dies eine Ausdehnung des Gatekeeper-Prinzips auch auf Leistungserbringer zur Folge. In diesem Fall stellte sich die Frage, welche Informationspflichten die Leistungserbringer gegenüber den Versicherten hätten bzw. inwiefern sie selbst abklären müssten, ob sich der Versicherte nun an das Gatekeeper-Prinzip gehalten hat und vom Gatekeeper rechtsgültig überwiesen wurde.¹⁶²

3. Kompetenz zur einseitigen Umteilung der Versicherten

84 Auf einem anderen Blatt steht, inwiefern die Krankenversicherer ihre Versicherten aus dem Gatekeeper-Modell ausschliessen dürfen, wenn letztere mehrfach gegen das Gatekeeper-Prinzip verstossen haben. Vier kantonale Gerichte haben diese Sanktion im Grundsatz für zulässig erklärt, allerdings in Bezug auf Personen, die nach geltender Rechtslage in Gatekeeper-Modellen versichert waren.¹⁶³ Nach geltendem Recht handelt es sich bei dieser Sanktion im Kern um einen *einseitigen Kündigungsvorbehalt zugunsten des Versicherers*: Hält sich eine versicherte Person nicht an das Gatekeeper-Prinzip, darf die Krankenkasse den Vertrag über den Abschluss einer Versicherung mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer einseitig auflösen. Die Konsequenz daraus ist, dass die Versicherten höhere Prämien bezahlen müssten.

85 Der Modellvorschlag von SANTÉSUISSE wirft die Frage auf, inwiefern diese Praxis noch zulässig wäre, handelt es sich doch um einen «*negativen Modellzwang*». Als Basisvariante der OKP müssten die Gatekeeper-Modelle grundsätzlich jeder Person offenstehen; dies ist eine Konsequenz des Versicherungsobligatoriums (Art. 3 KVG).

86 Eine – wenn auch vorübergehende – Umteilung in das alternative Versicherungsmodell mit freier Wahl der Leistungserbringer hätte aber zur Folge, dass die versicherte Person für Freiheiten, die sie eventuell bewusst abgewählt hat, eine höhere Prämie bezahlen muss. Die Verhältnismässigkeit dieser Massnahme hängt dabei an zentraler Stelle davon ab, wie hoch die Prämienunterschiede zwischen den Standard- und alternativen Versicherungsmodellen ausfallen. Freilich ist die Prämienhöhe aber auch von Person zu Person unterschiedlich. Je nachdem in welcher Prämienregion sie wohnt, ob es sich um es sich um ein Kind oder um junge Erwachsene handelt, wie hoch die gewählte Franchise ist und ob eine Unfaldeckung besteht oder nicht,

¹⁶² Siehe dazu BGE 141 V 546, 554 f. E. 7. 3–7.4.

¹⁶³ Rz. 66.

kann die Prämie unterschiedlich hoch ausfallen. Darum werden – zumindest auf Verordnungsstufe – Kriterien festzulegen sein, unter welchen Bedingungen diese Sanktion zulässig ist. Die Umteilungsentscheide selbst müssten – ihrer Wirkung als rechtsgestaltende hoheitliche Entscheide entsprechend – in der Form einer *anfechtbaren Verfügung* ergehen.

4. Lockerung des Vertragszwangs und duales Vergütungssystem

- 87 Der Modellvorschlag von SANTÉSUISSE sieht vor, dass die Versicherer die OKP in mindestens einem Gatekeeper-Modell durchführen müssen. Als notwendige Folge hiervon werden sie zugleich verpflichtet, eine gewisse Anzahl an Gatekeepern auszuwählen. In Bezug auf die Art und Organisation der Modelle haben die Versicherer aber grosse Freiheiten. Gleiches gilt in Bezug auf die Kriterien der zur Auswahl der Leistungserbringer. Einzige Leitlinie ist, dass die Auswahl sich am Ziel der Kosteneindämmung orientiert,¹⁶⁴ d.h. die Versicherer ihre Auswahl gemäss Art. 41 Abs. 4 Satz 1 KVG «im Hinblick auf eine kostengünstige Versorgung» treffen.
- 88 Ein Auswahlkriterium dieser Unbestimmtheit mag in einem System genügen, wo Modelle mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer nur alternative Versicherungsmodelle sind. Nach geltendem Recht können Krankenversicherer solche Modelle freiwillig anbieten und Leistungserbringer können sich diesen freiwillig anschliessen. Keine der beiden Seiten sind dazu aber verpflichtet. Dies ändert sich mit dem angestrebten Systemwechsel: Die Versicherer müssen neu im Standard-Versicherungsmodell nicht mehr mit *allen* kantonal zugelassenen Leistungserbringer zusammenarbeiten, sondern nur mit jenen, welche das – von ihnen zu konkretisierende – Kriterium einer «kostengünstigen Versorgung» am besten erfüllen. Allen anderen wäre die Teilnahme an der Durchführung der «neuen» Basisvariante der OKP fürs Erste verwehrt.
- 89 Wenn nun die Versicherer im Rahmen des Standard-Versicherungsmodell nur mit Leistungserbringern zusammenarbeiten müssen, die ihren Vorstellungen entsprechen, schränkt dies den «Vertragszwang» der Versicherer, der das aktuelle Standard-Versicherungsmodell dominiert, faktisch auf alle Leistungserbringer ein, welchen der Versicherer «Anschluss» gewährt hat.¹⁶⁵ Aus Sicht der Leistungserbringer kann dies zwar einerseits zu mehr Wettbewerb führen. Andererseits wären sie aber auch verpflichtet, zusätzlich zur kantonalen Zulassung zur Kassenpraxis nach Art. 35 ff. KVG bei den Versicherern um eine Art «kassenspezifische» Zulassung (als Gatekeeper) zu ersuchen, um sowohl bei «ordentlich» und «alternativ» Versicherten zulasten der OKP Leistungen erbringen zu könnten. Massgebend wären dabei die Vorstellungen einer Krankenversicherer darüber, wie eine Arztpraxis effizient zu führen ist.
- 90 Damit gälte folgende Rechtslage: Die Leistungserbringer, die sich bei Gatekeeper-Modellen «bewerben» können, schliessen nach ihrer «Akkreditierung» mit dem Versicherer eine Art Anschlussvertrag ab, der auch tarifrechtliche Züge haben oder zumindest einen gewissen Tarif für anwendbar erklären wird. In diesem Bereich gälte die Vergütungsordnung gemäss Anschlussvertrag an jenes konkrete Gatekeeper-Modell. Werden Leistungserbringer aber von einem Versicherer «abgelehnt», sind sie bei diesem nicht als Leistungserbringer der OKP-Basisvariante

¹⁶⁴ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1419, m.H. auf RKUV 2003 241 74 E. 2.1.

¹⁶⁵ Vgl. Rz. 91 ff.

«zugelassen». Im Standard-Versicherungsmodell könnten sie nur noch Leistungen zulasten der OKP erbringen, wenn Konkurrenten, die vom Versicherer «zugelassen» wurden, ihnen Patientinnen oder Patienten überweisen. Unbesehen ihrer kassenspezifischen Zulassung können jedoch alle Leistungserbringer, die über eine Zulassung zur Kassenpraxis nach Art. 36 ff. KVG verfügen, Leistungen gegenüber Personen erbringen, die im Modell mit freier Arzt- und Spitalwahl – dem «alternativen» Modell – versichert sind. Um Leistungserbringer des Standard-Versicherungsmodells der OKP zu sein, ist allerdings eben eine zusätzliche Zulassung nötig.

C. Rechtsfolgen für die Leistungserbringer

1. Mehr Wettbewerb unter Gewerbegegnossen

91 Betreffend die Situation der Leistungserbringer *de lege ferenda* wurde bereits erwähnt, dass das Auswahlermessen des Versicherers auf der Stufe der Leistungserbringer zu Problemen führen könnte. Der Vorteil dieses Systems wäre, dass Leistungserbringer, die sich einem Gatekeeper-Modell anschliessen wollen, wirtschaftlich und zugleich qualitativ hochstehend arbeiten müssen, um bei den Krankenversicherern als Leistungserbringer «zugelassen» zu werden. Dies hätte wohl eine *Verstärkung des Wettbewerbs unter Gewerbegegnossen* zur Folge.

2. Kassenspezifische Zweitzulassung im Standard-Versicherungsmodell

92 Es wurde auch bereits angesprochen, dass Leistungserbringer eine Art kassenspezifische «Zweitzulassung» bedürften, um im gewohnten Umfang Leistungen zulasten der OKP erbringen zu können, und dass die Leistungserbringer darüber bestimmen, wer diese Funktion wahrnimmt. Wenn nun aber die Versicherer bestimmen können, *welche Leistungserbringer unter welchen Bedingungen* an der Durchführung ihrer Standard-Versicherungsmodelle teilnehmen darf, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass sie nicht mehr verpflichtet wären, mit allen Leistungserbringer Verträge zu schliessen, die gemäss Art. 35 ff. KVG zugelassen wurden, sondern eben nur noch mit jenen, *welche zusätzlich die kostenmässigen Vorstellungen des Versicherers erfüllen*. Letztlich bedeutet dies, dass die Leistungserbringer – allen voran die Ärzte – über eine Art «kassenspezifischen Zulassungsvertrag» mit einem Versicherer bedürften, damit sie im gewohnten Umfang und ohne Abklärung darüber, ob eine Überweisung stattgefunden hat, Leistungen zulasten der OKP erbringen kann. Mehr noch: Ihnen bliebe nichts anderes übrig, als sich einem Gatekeeper-Modell anzuschliessen. Kombiniert mit dem Auswahlermessen der Krankenversicherer unterscheidet sich diese Rechtslage nicht wesentlich von jener, wenn im gegenwärtigen Standard-Versicherungsmodell mit freier Wahl der Leistungserbringer *der Kontrahierungszwang der Krankenversicherer im ambulanten Bereich zum Teil aufgegeben würde*.

93 Letzteres wurde bereits in der 3. KVG-Revision angestrebt, einerseits im Teilprojekt «Kontrahierungszwang», welches betreffend alle Leistungserbringer des ambulanten und stationären Bereichs Vertragsfreiheit einführen wollte, andererseits mit «Managed Care», womit (wie hier) ein selektiver Vertragszwang hätte eingeführt werden sollen.¹⁶⁶ Letztere Vorlage unterschied

¹⁶⁶ Vgl. BBl 2004 4293, *passim* («Kontrahierungszwang»), diskutiert im Rahmen der der Managed-Care-Vorlage (AB 2010 N 1057); BBl 2005 5599, *passim* («Managed Care»).

sich von diesem aber gerade darin, dass Managed Care-Modelle als *alternative Versicherungsmodelle* hätten gefördert werden sollen.

- 94 Art. 117 BV lässt dieses Vorgehen grundsätzlich zu.¹⁶⁷ Unter dem Aspekt des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) würde dies aber voraussetzen, das Auswahlermessen der Versicherer zu begrenzen und klar zu definieren, nach welchen Einzelkriterien die Versicherer «ihre» Leistungserbringer auswählen dürfen. Darauf ist in § 6 näher einzugehen.¹⁶⁸ Eine absolute Vertragsfreiheit im Standard-Versicherungsmodell stünde denn auch quer zu den Solidaritätszielen des KVG,¹⁶⁹ zumal Versicherer frei wären, nur mit Leistungserbringern Verträge zu schliessen, deren Patientenstamm «risikoarm» zusammengesetzt ist. Damit fielen z.B. Arztpraxen als Vertragspartner ausser Betracht, die zwar effizient arbeiten, aber «teurer» sind, weil sie mehr chronisch kranke und multimorbide Patienten bedienen und deshalb höhere Betriebskosten aufweisen. Diesen Selektionseffekt gilt es entweder zu verhindern oder in den Abgaben an den Risikoausgleich abzubilden.
- 95 Sind die Versicherer im Standard-Versicherungsmodell nicht mehr gehalten, mit allen zur Kassenpraxis zugelassenen Leistungserbringern Tarifverträge abzuschliessen, reduziert sich ihre Leistungspflicht auf die Behandlungskosten ihrer ausgewählten Vertragspartner.¹⁷⁰ Dies hat Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Leistungserbringer, die keinen Vertrag erhalten haben. Ihr Recht, innerhalb des Standard-Versicherungsmodells zulasten der OKP Leistungen erbringen zu dürfen, reduzierte sich auf Überweisungen an Konkurrenten, die einen Vertrag erhalten haben, auf Notfallbehandlungen oder aber auf die Behandlung von Personen, die im (alternativen) Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer versichert wären. Damit erleiden sie gegenüber Konkurrenten, welche über einen Vertrag mit dem Versicherer verfügen, einen Wettbewerbsnachteil, der sie faktisch in der Ausübung ihrer Berufstätigkeit beschränkt.
- 96 Das BGer hatte in einer vergleichbaren Situation, dem «Zulassungsstopps» (Art. 55a KVG), derlei faktische Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit als *mittelbare Grundrechtseingriffe* qualifiziert.¹⁷¹ Im dazu gilt in der hier interessierenden Konstellation die Besonderheit, dass es nach wie vor Versicherte geben wird, die im Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer versichert sein werden und in diesem Modell der Vertragszwang der Krankenversicherer wie unter jetzigem Recht gelten wird. Darauf wird weiter unten eingegangen.

3. Anwendbarkeit zweier verschiedener Vergütungssysteme

- 97 Aus dem Gesagten folgt, dass im SANTÉSUISSE-Modell und im geltenden Standard-Versicherungsmodell (Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer) unterschiedliche Vergütungssysteme gelten werden.
- 98 Im geltenden Standard-Versicherungsmodell (bzw. dem künftigen alternativen Versicherungsmodell) werden die Leistungserbringer gemäss Art. 42 Abs. 1 KVG für ihre Leistungen nach

¹⁶⁷ Rz. 3 f.

¹⁶⁸ Rz. 123 ff.

¹⁶⁹ Rz. 7, 17 ff.

¹⁷⁰ PFIFFNER RAUBER, S. 42 f.

¹⁷¹ BGE 130 I 26, *passim*.

Tarifen und Preisen entschädigt. Im ambulanten Bereich dominieren dabei die Einzelleistungstarife, im stationären Bereich dagegen das System der Fallpauschalen. In Modellen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer können die Versicherer das Vergütungswesen in Verträgen mit den «ausgewählten» Leistungserbringern autonom regeln.¹⁷² Es steht ihnen frei, das allgemeine Tarifsystem, Capitation-Systeme oder aber beide parallel anzuwenden.¹⁷³ Der Vergütungsmodus kann somit je nach Versicherer und Modell variieren. Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass die Versicherer mit einem Leistungserbringer einen «Anschlussvertrag» im oben beschriebenen Sinn abschliessen. Dasselbe gälte, wenn die Gatekeeper-Modelle zum neuen Standard-Versicherungsmodell würden. Leistungserbringer, die Gatekeeper-Modellen angeschlossen wären, würden nach Massgabe des Anschlussvertrags entschädigt. Ausserhalb derselben wäre dagegen der Vergütungsmodus nach Art. 41–49 KVG anzuwenden.¹⁷⁴

- 99 Noch offen ist im Modellvorschlag von SANTÉSUISSE die Frage, wie diese parallelen Vergütungssysteme koordiniert werden sollen. Problematisch ist nämlich, dass alle Leistungserbringer, die über eine «kassenspezifische» Zulassung verfügen, auch nach Art. 35 ff. i.V.m. Art. 55a KVG zugelassen sind und hernach sowohl im zukünftigen Standard- als auch alternativen Versicherungsmodell zur Kassenpraxis zugelassen sind. Dasselbe trifft nicht zu auf Leistungserbringer, die sich keinem Versicherer anschliessen konnte oder wollte; sie werden nur über eine Zulassung nach Art. 35 ff. i.V.m. 55a KVG verfügen. Dies hätte zur Folge, dass zwar grundsätzlich alle Leistungserbringer Versicherte im (alternativen) Modell mit freier Leistungserbringerwahl bedienen könnten, nicht aber auch im Standard-Versicherungsmodell, wenn sie sich keinem Versicherer anschliessen konnten oder wollten. Diese Situation mutet zwar etwas seltsam an, ist aber verfassungsrechtlich nicht verboten. – Zumindest unter der Bedingung, dass das Auswahlermessen der Versicherer in Kriterien eingeraht ist, welche den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten nach Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV verwirklicht und keinem diskriminierenden Auswahlverfahren Vorschub leisten.

D. Zwischenfazit und Überleitung

- 100 Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der angestrebte Systemwechsel komplexe Fragen aufwirft. Die hievord identifizierten, verfassungsrechtlichen Problemstellungen werden nachfolgend geprüft (§ 6). Weitere aufgeworfene Fragen, die keine augenfälligen Grundrechtskonflikte aufwerfen, werden anschliessend (§ 7) auf ihre Konformität mit dem Regelungssystem des KVG geprüft. Die beiden folgenden Kapitel richten sich nach dieser Einteilung. Zunächst werden zwei ausgewählte Problematiken des Systemwechsels unter grundrechtlichen Gesichtspunkten beleuchtet. Danach werden die hievord aufgeworfenen Fragestellungen an den im Teil 1 herausgearbeiteten «Grundsätzen» der Versicherungsmodelle des KVG ausgerichtet.

¹⁷² Vgl. Rz. 68.

¹⁷³ Vgl. die Modellvarianten in BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Kreisschreiben 5.3, Ziff. 2 der Beilage 1. Dies war auch in der Managed Care-Vorlage angedacht, siehe dazu BBl 2004 5599, 5613 f.

¹⁷⁴ Diese Rechtslage hätte auch im Rahmen der Managed-Care-Vorlage innerhalb bzw. ausserhalb eines integrierten Versorgungsnetzes gegolten, vgl. DUC, *menaces*, S. 316.

§ 6 Verfassungsrechtliche Prüfung des Systemwechsels

I. Art. 117 BV und seine grundrechtlichen Schranken

- 101 Aus *kompetenzrechtlicher Perspektive* ist gegen diesen Modellwechsel nichts einzuwenden. Wie bereits erwähnt, lassen sich aus Art. 117 BV kaum «Mindestvorgaben» an die Organisation der Krankenversicherung ableiten. Die Verfassung erlaubt damit grundsätzlich jede Organisationsform der sozialen Krankenversicherung,¹⁷⁵ soweit sie keine Grundrechte auf verfassungswidrige Weise beschränkt oder z.B. gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV). Letzteres wird hier nicht weiter geprüft, weil in der sozialen Krankenversicherung ohnehin keine mit der Privatwirtschaft vergleichbaren Wettbewerbsverhältnisse bestehen.¹⁷⁶
- 102 Diese Kompetenz muss grundrechtskonform ausgeübt werden. Die Bundesverfassung enthält kein «Grundrecht auf Gesundheit» im Sinne eines umfassendes Leistungsrechts.¹⁷⁷ Es darf aber als gesichert gelten, dass Grundrechte auch gesundheitsrelevante Schutzinteressen verfolgen. So verpflichtet das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) den Staat, minimale gesundheitliche Leistungen an Bedürftige auszurichten.¹⁷⁸ Gleiches gilt für die aus der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) abgeleitete *Arzt- und Therapiewahlfreiheit*,¹⁷⁹ für die der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) entnommene *Berufsausübungs- und Therapiefreiheit der Ärzte*¹⁸⁰ sowie den aus Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 BV fliessenden Grundsatz, wonach der Staat einen rechtsgleichen und diskriminierungsfreien *Zugang zu medizinischen Leistungen* gewährleisten soll.
- 103 Davon werden hiernach zwei Problematiken vertieft betrachtet, die Arzt- und Therapiewahlfreiheit der Versicherten und die Berufsausübungsfreiheit der Leistungserbringer.

II. Arzt- und Therapiewahlfreiheit der Versicherten

A. Eingriff in die Arzt- und Therapiewahlfreiheit

- 104 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und wohl herrschender Lehre gelten die freie Arzt-¹⁸¹ und Therapiewahl¹⁸² von Patientinnen und Patienten als elementare Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 BV.¹⁸³

¹⁷⁵ Vgl. Rz. 3 f.

¹⁷⁶ Siehe dazu BGE 143 V 369, 382 E. 5.4, m.H.

¹⁷⁷ GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 165, welche ebenfalls das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) als Ausnahme nennen.

¹⁷⁸ Siehe etwa COULLERY, S. 637; BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 12 Rz. 2 ff.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 Rz. 17; PFIFFNER RAUBER, 5 ff., 15, 18 ff.; RICHLI, Instrumente, S. 345 f.; SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 15; BGE 136 V 97 (= Pra 100 [2011] Nr. 33), E. 6.1.1 (betreffend Zwangsernährung von Hungerstreikenden in fortgeschrittenem Stadium).

¹⁷⁹ PFIFFNER RAUBER, S. 34, 37 ff.; BGE 127 IV 154, 157 E. 3a, m.H.

¹⁸⁰ PFIFFNER RAUBER, S. 39 ff. Zum Schutz der Leistungserbringer durch die Handels- und Gewerbebefreiheit noch vor Inkrafttreten der geltenden BV vgl. RICHLI, Leistungspflichten, S. 249 f., m.H.

¹⁸¹ Vgl. BGE 101 Ia 336.

¹⁸² BGE 119 Ia 460, 474 f., E. 5a; 115 Ia 234, 246 E. 5a.

¹⁸³ Statt vieler RICHLI, Leistungspflichten, S. 246 ff.

105 Der Gesetzgeber kann diese Rechte in Bezug auf OKP einschränken. Im KVG wurde die Arztwahl zugleich erweitert als auch eingeschränkt: Gemäss Art. 41 Abs. 1 und 1^{bis} KVG dürfen grundsätzlich *alle zugelassenen Leistungserbringer* – nicht nur Ärzte – frei gewählt werden, doch ist in Spitälern, das Wahlrecht auf die Institution beschränkt.¹⁸⁴ Ebenso gilt die Therapiewahlfreiheit nur begrenzt, indem einerseits Art. 24–34 KVG den Leistungsumfang der OKP definieren und andererseits neue Therapien, deren Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit noch nicht feststehen, gemäss Art. 33 Abs. 3 KVG von der OKP übernommen werden, soweit der Bundesrat dies festgehalten hat.

106 Mit dem Modellvorschlag von SANTÉSUISSE ist eine Einschränkung der freien Wahl der Leistungserbringer und damit einer Einschränkung grundrechtlich geschützter Interessen verbunden. Aus der Umsetzung des Gatekeeper-Prinzips resultiert sodann eine mittelbare Einschränkung der Therapiewahlfreiheit,¹⁸⁵ zumal der Katalog der Leistungsvoraussetzung *faktisch um die Bedingung erweitert* wird, dass der Gatekeeper eine Leistung selbst erbracht oder mittels Überweisung veranlasst hat. Dieser Aspekt wird hier nicht weiter vertieft.

B. Rechtfertigung des Eingriffs (Art. 36 BV)

(1) Gesetzliche Grundlage

107 Der hier zu beurteilende Systemwechsel wird im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vollzogen. Es sollen gesetzliche Grundlage geschaffen werden, welche die Basisvariante der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in ein Gatekeeper-Modell umrahmen und Mindestanforderungen festlegen. Unter diesen Vorzeichen ist die Voraussetzung nach Art. 36 Abs. 1 BV im Prinzip gewahrt, wonach Grundrechtseinschränkungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen,¹⁸⁶ die hinreichend klar und bestimmt ist, damit die Rechtsunterworfenen ihre Auswirkungen abschätzen können (Art. 36 Abs. 1 BV).

(2) Öffentliches Interesse

108 Die mit der «Regularisierung» der Gatekeeper-Modelle verbundene Einschränkung der Arztwahlfreiheit muss durch öffentliche Interessen oder den Schutz von Grundrechten Dritter qualitativ rechtfertigbar sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Letzterer spielt hier eine untergeordnete Rolle; wir konzentrieren uns daher auf die öffentlichen Interessen.

109 An einer Einschränkung der freien Arztwahl bestehen dabei erhebliche, unterschiedlich geartete öffentliche Interessen. Im Vordergrund steht das Interesse an der Kosteneindämmung in der OKP. Im gegenwärtigen Grundmodell können Versicherte ihre Behandlung direkt bei spezialisierten Leistungserbringern sowie in Spitälern beginnen, was bereits von Beginn an zu teureren

¹⁸⁴ Vgl. Rz. 33.

¹⁸⁵ Zur Rechtsfigur des mittelbaren Grundrechtseingriffs BGE 126 V 334, 340 E. 2d), m.H. auf SCHÜRER, *passim*.

¹⁸⁶ Hinsichtlich dieser Frage der «Normstufe» gilt folgende Differenzierung: Schwerwiegende Grundrechtseingriffe bedürfen zwingend einer Grundlage in einem Gesetz «im formellen Sinn», d.h. einem Erlass, der das ordentliche Gesetzgebungsverfahren im Parlament durchlaufen hat. Für geringfügige Eingriffe genügt eine Grundlage in einem Gesetz «im materiellen Sinn», d.h. einer bundesrätlichen Rechtsverordnung.

Behandlungen führt. Ist dieser Startpunkt aber standardmässig ein von der Versicherung eingesetzter «Gatekeeper», wirkt sich dies auf die Zusammensetzung der Leistungsmengen als und damit auf die Kosten der Versicherer. Letzterer Effekt folgt nicht zuletzt auch daraus, dass über weites Strecken das Naturalleistungsprinzip zur Anwendung käme, womit auch tarifrechtliche Neuerungen einhergingen. So würde innerhalb der Gatekeeper-Modelle der Einzelleistungstarif durch andere finanzielle Lösungen ersetzt, z.B. ein Vergütungsmodell durch Kopfpauschalen (Capitation). Dies liesse den gegenwärtigen Anreiz der Leistungserbringer entfallen, im ambulanten Bereich möglichst viele Leistungen zu erbringen. Diese Änderungen – anders zusammengesetzte Leistungsmengen und andere Kostenvergütungsmodi – wirken sich dämpfend auf die Krankenkassenprämien aus.¹⁸⁷ Dies ist anerkanntes öffentliches Interesse.¹⁸⁸

110 Daneben werden an alternativen Versicherungsmodellen – insbesondere aus der Perspektive von *Managed Care* – sozial- und gesundheitspolitische Ziele geltend gemacht, namentlich Qualitätsgewinne bei der Behandlung durch bessere Abstimmung der einzelnen Therapien und Therapielinien. Diese Koordinationsgewinne sollen insgesamt effizientere Behandlungen ermöglichen und Doppel- bzw. Mehrfachbehandlungen, Übermedikationen und – nicht zuletzt auch dank der geringeren Bedeutung der Einzelleistungstarife – unnötige ambulante Untersuchungen verringern, d.h. insgesamt effizientere Therapien ermöglichen.¹⁸⁹ Damit zielt die Regularisierung von Gatekeeper-Modellen auf qualitative Vorteile durch Effizienzgewinne ab. Dies dient dem KVG-Teilziel, wonach die Gesundheitsversorgung «qualitativ hochstehend» sein muss.

(3) *Verhältnismässigkeit*

111 Die Einschränkung der Arzt- und Therapiewahlfreiheit ist «verhältnismässig» i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV, wenn sie (1.) die oben definierten Ziele in sachlicher, zeitlicher, räumlicher und personeller Hinsicht erreicht, (2.) keine gleichermassen geeignete, aber mildere Massnahme ebenfalls ergriffen werden könnte und (3.) das Verhältnis von Eingriffsziel und Eingriffswirkung gegenüber den Einzelnen insgesamt zumutbar erscheint.¹⁹⁰

112 Die kostendämpfende Wirkung von Gatekeeper-Modellen – speziell i.V.m. Managed Care-Aspekten – wird von vielen wissenschaftlichen Studien belegt.¹⁹¹ Schaut man nur auf die Zahlen, ist die Eignung dieses Systemwechsels kaum zu bestreiten. Denn wie die steigenden Gesundheitskosten zeigen, hat die jetzige OKP-Basisvariante mit freier Leistungserbringerwahl den gegenteiligen Effekt.

113 Ob die Massnahme, Modelle mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer zur OKP-Basisvariante zu erheben, das «mildeste Mittel unter gleichermassen Geeigneten» darstellt, hängt insbesondere davon ab, ob den Versicherern mit Blick auf allfällige Vergrösserungen ihrer reglementarischen Spielräume Fehlanreize für Risikoselektionen gesetzt werden. So zeigen die

¹⁸⁷ Siehe Rz. 23, wo gezeigt wurde, dass die Kosten für medizinische Leistungen die Prämienhöhe massgeblich mitbestimmt.

¹⁸⁸ BGE 130 I 26, 50 E. 6.2.

¹⁸⁹ Aus gesundheitspolitischer Sicht vgl. HUMBEL, S. 188.

¹⁹⁰ Statt Vieler KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH Rz. 127, 130, 139.

¹⁹¹ Vgl. nur KAUER, *passim*, sowie die Literaturangaben bei BLATTNER/ALBIN, S. 22 ff.

zitierten Studien, dass die Einsparungen der Versicherer aus Gatekeeper-Modellen der Variante Managed Care zu grossen Teilen aus Risikoselektionseffekten, und darüber hinaus aus einer Mischung von Einsparungen bzw. Spareffekten, Effizienzgewinnen, Innovationseffekten sowie einem effizienteren Ressourceneinsatz entstehen.¹⁹² Anhand dieser Zahlen zeigt sich, dass Gatekeeper-Modelle mit Managed Care Risikoselektion stark begünstigen. Dies ist solange unproblematisch, als keine mildere, aber gleichermassen geeignete Massnahme zur Erreichung der Kostendämpfungs- und Qualitätsverbesserungsziele möglich ist.

- 114 Im Rahmen der Zumutbarkeit fragt sich, ob die Einschränkung der Arzt- und Therapiewahlfreiheit mit Blick auf das Eingriffsziel und die Eingriffsintensität in einer insgesamt zumutbaren Ziel-Mittel-Relation steht. Diese Frage kann vorliegend auf unterschiedliche Beläge bezogen werden, muss letztlich aber insgesamt bejaht werden.
- 115 In Bezug auf die Begünstigung von Risikoselektion ist festzuhalten, dass das KVG dagegen zwar Massnahmen vorsieht (v.a. Risikoausgleich). Sie sollen Fehlanreize mildern und die im System angelegten Gleichbehandlungs- und Solidaritätsziele schützen.¹⁹³ Mit der hier relevanten Vorlagen sollen die Gewichte dagegen stärker auf die Kostendämpfungsziele des KVG gelegt werden. Diese Option steht dem Gesetzgeber offen. Es wird allerdings hauptsächlich eine Frage des *politischen Prozesses* sein, festzulegen, inwieweit die freie Wahl der Arzt- und Therapiewahl (weiter) eingeschränkt werden soll¹⁹⁴ und welche Kompetenzen die Krankenversicherer dabei haben sollen. Dazu folgende Gedanken.
- 116 Nach dem Systemwechsel sollen die Versicherten nach wie vor wählen können, ob sie in einem Modell mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer versichert sein wollen oder in einem Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer. Die Wahl hat zwar prämienseitige Folgen, bringt aber je nach Situation der Versicherten auch Vorteile. Diese Wahlfreiheit wird abgesichert durch die korrelierende Pflicht der Versicherer, neben mindestens einem Gatekeeper-Modell stets auch das Standard-Versicherungsmodell anzubieten. Gemäss aktuellen Daten von SANTÉSUISSE waren im Jahr 2021 ca. 75% aller krankenversicherten Personen in der Schweiz in Hausarzt- oder HMO-Modellen (mit oder ohne Capitation) oder in Telemed-Modellen versichert.¹⁹⁵ Das BUNDESAMT FÜR STATISTIK hatte für das Jahr 2021 gleiche Zahlen publiziert.¹⁹⁶ Für diese (grosse) Mehrheit aller Versicherten wird sich mit dem Systemwechsel aus rechtlicher Perspektive nicht viel ändern.
- 117 Bezüglich der Modelle mit freier Leistungserbringerwahl Versicherten ist der Vorbehalt anzubringen, dass die Prämienunterscheide zwischen den Modellen keinen übermässigen faktischen Zwang begründen dürfen, sich im Gatekeeper-Modell zu versichern oder dort versichert zu bleiben. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf ärmere Haushalte. Die Wahlfreiheit darf nicht zu

¹⁹² Vgl. BLATTNER/ALBIN, S. 32 f.

¹⁹³ Hiermit sind insbesondere systeminhärente Anreize zur Selektion guter Risiken gemeint, die tiefere Gesundheitskosten verursachen, damit auch tiefere Prämien ermöglichen und hernach die wettbewerbliche Position der jeweiligen Versicherer verbessern. Siehe dazu BAUMANN, Risikoausgleich, S. 388 f.

¹⁹⁴ Vgl. die Ausführungen in Rz. 31.

¹⁹⁵ SANTÉSUISSE, Zahlen AVM, *passim*.

¹⁹⁶ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Versichertenbestand per 31.12. nach Versicherungsform (T 7.05), *passim*.

einem Lippenbekenntnis verkommen. Aus diesem Grund wird auch die Frage besonders bedeutsam sein, welche Rabattspannen die Versicherer maximal gewähren dürfen und nach welchen Gesichtspunkten diese gewährt werden dürfen. Dabei sind die Prinzipien der Gleichbehandlung und Solidarität bedeutsam. Liegt das Ziel darin, am geltenden Recht möglichst wenig zu ändern, ist in diesem Zusammenhang der Grundsatz relevant, wonach die Prämien nur im Umfang der Einsparungen kraft Gatekeeper-Prinzip reduziert werden dürfen.¹⁹⁷

- 118 In Bezug auf die Kompetenzen der Versicherer und ihrer HMO-, Hausarzt- oder Telemed-Modelle ist sodann festzuhalten, dass der Systemwechsel in keiner Weise zu einer Veränderung ihrer angestammten Leistungspflichten bzw. deren Voraussetzungen kommt. Mit Ausnahme des Gatekeeper-Prinzips ändert sich an der Prüfung der Leistungspflicht somit nichts.¹⁹⁸
- 119 Letztlich ist hervorzuheben, dass Gatekeeper-Modelle – und ihre Verknüpfung mit Managed Care – politisch umstritten sind. Aus grundrechtlicher Perspektive ist es jedenfalls unproblematisch, dass Gatekeeper-Modellen als Standard-Versicherungsmodellen auch Managed Care folgt. Letzteres wird auf jeden Fall – allein schon mit Blick auf die ärztlichen Berufspflichten nach Art. 40 MedBG – nicht dazu führen, dass die Versicherten bzw. die Patientinnen und Patienten «entmündigt» werden und in der Wahl ihrer Therapie nichts mehr zu sagen hätten. Deshalb ist auf diesen Aspekt auch nicht näher einzugehen.
- 120 Insgesamt ist festzuhalten, dass der Systemwechsel «Gatekeeper-Modell als OKP-Basismodell» nach den Grundideen von SANTÉSUISSE und die damit einhergehende Einschränkung der freien Arzt- und Therapiewahl – innerhalb der angebrachten Vorbehalte – verhältnismässig ist.

(4) *Kerngehalt*

- 121 Eine Verletzung des Kerngehalts des Grundrechts der persönlichen Freiheit ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Aspekt (Art. 36 Abs. 4 BV) nicht weiter zu vertiefen ist.

C. Zwischenfazit

- 122 Der Systemwechsel vom Modell mit freier Arztwahl als Standard-Versicherungsmodell zu den Gatekeeper-Modellen ist unter dem Aspekt von Art. 10 Abs. 2 BV zulässig.

III. Berufsausübungsfreiheit der Leistungserbringer

A. Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit

- 123 Ärzte haben – wie alle privatwirtschaftlich Berufstätigen – ein Recht auf freie Berufsausübung als Teil ihrer Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV).¹⁹⁹ Diese «Berufsausübungsfreiheit» umfasst die freie Wahl der sachlichen Mittel und des Ortes ihrer Ausübung, die freie Gestaltung

¹⁹⁷ Vgl. auch Rz. 51; BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Kreisschreiben 5.3, *passim*.

¹⁹⁸ Gleiches gilt für die übrigen «Grundsätze» des KVG und des KVAG (vgl. Rz. 13 und 20 ff.).

¹⁹⁹ Statt Vieler RÜTSCH/WILDI, S. 208; RICHLI, Leistungspflichten, S. 255; im Allgemeinen auch BV Komm.-BIAGGINI, Art. 27 Rz. 9; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 Rz. 10 ff. BGE 130 I 26, 40 E. 4, m.H.

der Geschäftsbeziehungen, die Freiheit der betrieblichen Organisation in sachlicher und zeitlicher Hinsicht²⁰⁰ sowie eine auf die Berufsausübung zugeschnittene *Vertragsfreiheit*^{201, 202}

124 Im «Zulassungsstopp-Entscheid» qualifizierte das Bundesgericht eine kantonale Einführungsverordnung, die auf Basis des Art. 55a KVG Zulassung von Kassenärzten kontingentierte als faktische Beschränkung der ärztlichen Berufsausübungsfreiheit.²⁰³ Die Nichtzulassung zur Kassenpraxis stelle zwar grundsätzlich kein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, weil der Bund im Bereich der sozialen Krankenversicherung über ein *mittelbar rechtliches Monopol* verfüge und zudem die Nichtzulassung in einem Bereich erfolge, der relativ weitgehend der Wirtschaftsfreiheit entzogen sei.²⁰⁴ Allerdings sei die Nichtzulassung als «mittelbarer» Grundrechtseingriff zu werten, « [...] wenn die entsprechenden Auswirkungen die Betroffenen im Ergebnis in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gleich beeinträchtigen, wie die Einschränkung einer rechtlichen Befugnis».²⁰⁵ Dies wurde bejaht: Art. 55a KVG betreffe die Zulassung zum System der sozialen Krankenversicherung. Darüber würden grosse Teile ärztlicher Leistungen abgerechnet. Wem dies nicht mehr gestattet sei, dem werde die Führung einer eigenen Praxis zwar nicht rechtlich, aber eben doch faktisch wesentlich erschwert.²⁰⁶ Allerdings – so fuhr das BGer weiter – lasse sich nach ständiger Praxis aus Art. 27 Abs. 2 BV kein Anspruch ableiten, mittels staatlicher Versicherungssystemen eine selbständige Erwerbstätigkeit betreiben zu können.²⁰⁷ In diesen Bereichen beschränke sich der Schutz der Wirtschaftsfreiheit auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten,²⁰⁸ weshalb dieser Blickwinkel im Vordergrund stand.

125 Wir haben gezeigt, dass sich der Systemwechsel im «neuen» Standard-Versicherungsmodell faktisch wie eine selektive Aufhebung des Kontrahierungszwangs auswirkt.²⁰⁹ Um an der Durchführung der OKP in Gatekeeper-Modellen teilnehmen zu können, müssen Leistungserbringer – über ihre Zulassung i.S.v. Art. 36 ff. KVG hinaus – *kassenspezifische Verträge* abschliessen, wobei die Versicherer grosses Auswahlermessen haben. Betroffen sind insbesondere Ärzte, zumal Leistungen anderer Leistungserbringer sowie Medikamentenbezüge nur übernommen werden, wenn sie ärztlich verordnet worden sind.²¹⁰ Innerhalb der Ärzteschaft werden vor allem Grundversorger betroffen sein, zumal Spezialistinnen und Spezialisten wohl schon heute hauptsächlich von Überweisungen leben werden.²¹¹ Ärztinnen und Ärzte, die von den Versicherern nicht als Gatekeeper gewählt werden, könnten – freilich unter der Bedingung,

²⁰⁰ REICH, Rz. 127, m.H.

²⁰¹ Statt Vieler BSK BV-UHLMANN, Art. 27 Rz. 10 f.

²⁰² REICH, Rz. 127 f., m.H.

²⁰³ Vgl. BGE 130 I 26, 41 ff., E. 4 *passim*. (vgl.).

²⁰⁴ BGE 130 I 26, 41 f. E. 4.2 f.

²⁰⁵ BGE 130 I 26, 42 E. 4.4, m.H.

²⁰⁶ BGE 130 I 26, 42 E. 4.4.

²⁰⁷ Vgl. in Bezug auf Art. 55a KVG siehe BGE 130 I 26, 57 E. 4.5 und E. 6.3.4.5.

²⁰⁸ BGE 130 I 26, 57 E. 4.5 und E. 6.3.3; DIEBOLD, S. 221.

²⁰⁹ Rz. 86 ff., 91 ff.

²¹⁰ Vgl. Art. 25 Abs. 2 KVG.

²¹¹ Siehe dazu Empfehlung 69, Ziff. 52 der ILO von 1944 betreffend die medizinische Betreuung, wonach Spezialisten primär dann beizuziehen sind, wenn dies vom Allgemeinpraktiker verordnet wird (vgl. PFIFFNER RAUBER, S. 48). Eine rechtliche Pflicht zu besteht im geltenden Standard-Versicherungsmodell allerdings nicht.

dass sie Kassenpraxis zugelassen worden sind – nur für jene Patientinnen und Patienten über die OKP abrechnen, die im Modell mit freier Wahl des Leistungserbringers versichert sind.

- 126 Mit Blick auf die eingangs erwähnte «Zulassungsstopp-Praxis» folgt aus dem Gatekeeper-Prinzip als Standard-Versicherungsmodell somit eine weitere Hürde für die Leistungserbringer,²¹² um Ärzte zur Kassenpraxis zuzulassen, was deren Berufsausübungsfreiheit i.S.v. Art. 27 Abs. 2 BV beschränkt. Die Schwelle eines mittelbaren Grundrechtseingriffs erreicht diese Massnahme indessen nur, wenn deren Auswirkungen die Betroffenen im Ergebnis in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gleich beeinträchtigen, wie die Einschränkung einer rechtlichen Befugnis.²¹³ Ob dies hier gegeben ist, lässt sich bestreiten und wird für verschiedene Arten von Leistungserbringern unterschiedlich zu beantworten sein. Wenn z.B. Ärzte nach Art. 35 f. KVG zugelassen worden sind, sich aber keinem Gatekeeper-Modell anschliessen konnten (ob aus Kosten- oder Kapazitätsgründen), ist es ihnen nicht automatisch verboten, ihr Gewerbe auszuüben. Allerdings werden Allgemeinpraktiker, die von einem Versicherer mangels hinreichender «Kostengünstigkeit» nicht akkreditiert wurden, gegenüber seinen Konkurrenten einen schweren Wettbewerbsnachteil erleiden. Sie werden im Folgenden kaum von Überweisungen leben können. Ihnen bliebe einzig übrig, ihren Betrieb effizienter zu gestalten, um sich in einer nächsten Runde nochmals zu «bewerben», sich zu spezialisieren und von Überweisungen zu leben oder aber Versicherte zu bedienen, die im Modell mit freier Leistungserbringerwahl versichert sind. Insofern ist ihre Befugnis, eine eigene Praxis zu führen eingeschränkt.
- 127 Insofern wäre insbesondere für Allgemeinpraktiker zu prüfen, ob dieser Eingriff einerseits mit Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) konform ist und keine Wettbewerbsverzerrungen verursacht, und – sofern dies verneint werden kann – Art. 36 BV standhält und den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten wahrt.

B. Rechtfertigung des Eingriffs (Hinweis)

- 128 In Bezug auf die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Interesse kann nach oben verwiesen werden.²¹⁴ Die Verhältnismässigkeit dieser Massnahme kann im Grundsatz bejaht werden; eine konkrete Würdigung muss mangels konkreter Normen aber unterbleiben. Im Vordergrund der Verhältnismässigkeitsprüfung steht die Frage, wie durchlässig das System sein wird und nach welchen Kriterien die Versicherer den Leistungserbringern Zugang zu ihren Gatekeeper-Modellen gewähren (müssen). Abgesehen davon sind folgende allgemeine Punkte zu nennen:
- Erstens bedürfen nichtärztliche Leistungserbringer nach geltendem Recht bereits heute einer ärztlichen Überweisung, damit ihre Leistungen von der OKP übernommen werden.²¹⁵ Für sie würde sich hernach nicht viel ändern, es sei denn, auch sie könnten sich einem Gatekeeper-Modell anschliessen und damit von einer Direktvergütung profitieren.

²¹² Rz. 91 ff.

²¹³ BGE 130 I 26, 42 E. 4.4, m.H.

²¹⁴ Rz. 108 ff.

²¹⁵ Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3: «Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin beziehungsweise eines Chiropraktors oder einer Chiropraktorin Leistungen erbringen»; siehe auch Art. 25 Abs. 2 lit. b–d KVG.

- Zweitens bestünde gemäss dem Modellvorschlag von SANTÉSUISSE nach der Überweisung durch den Gatekeeper an einen Spezialisten freie Arzt- und Spitalwahl. Mit anderen Worten befinden sich die Spezialisten insofern unverändert in einer Wettbewerbssituation.
- Drittens bleibt die freie Wahl der Leistungserbringer als alternatives Versicherungsmodell erhalten und damit die Option, eine Behandlung direkt bei einem Spezialisten zu beginnen.
- Viertens ist zu beachten, dass bereits heute knapp drei Viertel aller krankenversicherten Personen in einem Gatekeeper-Modell versichert sind. Würden diese Modelle nun zur Basisvariante der OKP erhoben, hätte dies für die Spezialistinnen und Spezialisten – vorbehältlich einer Neuorganisation dieser Schnittstelle – keine wesentlichen Änderungen zur Folge.
- Fünftens werden hauptsächlich Allgemeinpraktikerinnen und Allgemeinpraktiker betroffen sein. Es ist sicherzustellen, dass sie einerseits nicht gegenüber anderen Leistungserbringer Gruppen diskriminiert werden. Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass die Versicherer ihr Auswahlermessen nach objektiven rechtlichen Kriterien fällen, welche den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten sicherstellen. Das Gewicht ist dabei insbesondere auf Kriterien für eine effiziente Betriebsführung zu legen und nicht auf die nicht darauf, wie der Patientenstamm zusammengesetzt ist.

129 Diese Aussagen sind unten den Vorbehalt weiterer Untersuchungen zu stellen, wenn schlussendlich ein konkreter, detailliert ausgearbeiteter Modellvorschlag vorliegt. Gleiches gilt für die Frage, inwiefern das Modell SANTÉSUISSE zu wirtschaftspolitisch motivierten staatlichen Interventionen in das Marktgeschehen und allenfalls zu Verzerrungen auf dem Gesundheits- und Krankenversicherungsmarkt führen könnte.

IV. Zwischenfazit

130 Vorstehende Prüfung hat gezeigt, dass der Modellwechsel unter dem Aspekt der freien Arzt- und Therapiewahlfreiheit der Versicherten grundrechtskonform ist. – Dies, unter der flankierenden Annahme, dass die Qualität der Gesundheitsversorgung gleichbleibt. Gleiches gilt auch für die faktische Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit, wenn z.B. nicht alle Grundversorgung bei einem Versicherer Anschluss oder Spezialisten fortan von einer Überweisung durch die Gatekeeper abhängig sind bzw. ihnen der Anschluss an einen Versicherer verwehrt ist. Eine vertiefte Beurteilung bedarf eines Vorschlags über die Organisation dieser Schnittstelle.

§ 7 Die qualitativ hochstehende medizinische Versorgung im Besonderen

- 131 Art. 43 Abs. 6 KVG benennt den zentralen Grundsatz, wonach die schweizerische OKP eine qualitativ hochstehende medizinische Versorgung zu – im Sinne eines sekundären Ziels – möglichst günstigen Kosten gewährleisten soll.²¹⁶ Diese spannungsgeladene gesetzgeberische Grundentscheidung durchdringt das ganze Krankenversicherungsrecht.²¹⁷ Nach dem Wortlaut des Art. 43 Abs. 6 KVG besteht zwischen den beiden Teilzielen insofern ein Rangverhältnis, als die «qualitativ hochstehende medizinische Versorgung» gleichsam unbedingt vorgegeben wird, während die Kosten dafür eben nur «möglichst» günstig sein müssen. Die klare Anordnung des Gesetzes verbietet es, Qualitätseinbussen mit dem Argument in Kauf zu nehmen, die Kosten seien zu hoch.²¹⁸
- 132 Damit hat das Teilziel einer qualitativ hochstehenden Gesundheitsversorgung auf programmatischer Ebene grundsätzlich Vorrang gegenüber einer solchen zu möglichst günstigen Kosten. Selbst wenn also ein Systemwechsel vorgenommen wird – z.B. ein Wechsel des Standard-Versicherungsmodells – dürfen damit keine Qualitätsverluste einhergehen, sofern diese «Gefahr» in der Volksabstimmung zur Gesetzesänderung nicht ausdrücklich beabsichtigt wurde. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft keine Einbusse in der Qualität möchte. Wenn nun Modelle mit eingeschränkter Leistungserbringerwahl zur Basisvariante der OKP erhoben werden, darf es z.B. entsprechend nicht geschehen, dass Patientinnen und Patienten aufgrund ihrer eingeschränkten Wahlfreiheit behandlungsmässig mit Effizienzverlusten konfrontiert sind, namentlich infolge langer Wartezeiten auf eine Heilbehandlung bei ihren Gatekeepern oder Spezialistinnen und Spezialisten. Ebenso dürfen keine finanziellen Fehlanreize bestehen, wonach Ärztinnen und Ärzte ihre Patientinnen und Patienten zu lange abwarten, bevor sie eine Überweisung an ein Spital oder eine Spezialistin vornehmen. Vergleichbare «Negativbeispiele» für lange Wartezeiten sind bisweilen aus dem Ausland – z.B. aus Grossbritannien – bekannt.²¹⁹
- 133 Abschliessend ist festzuhalten, dass das Ziel der Kostendämpfung nicht zulasten der Qualität der medizinischen Versorgung gehen darf. Es ist zwingend, dass der Systemwechsel die Qualität der medizinischen Versorgung nicht negativ beeinflusst. Eine einzige – bisher aber unwahrscheinliche – Ausnahme ist, dass das Stimmvolk eine mögliche Qualitätseinbusse im Gesundheitswesen zugunsten des Ziels, auf dem Gesetzgebungsweg die Kosten zu senken explizit in Kauf nimmt.

²¹⁶ BSK KVG-EICHENBERGER/HELMLE, Art. 43 Rz. 21.

²¹⁷ So auch KIESER, Tarif, S. 49. Vgl. dazu bereits Rz. 26.

²¹⁸ BSK KVG-EICHENBERGER/HELMLE, Art. 43 Rz. 21.

²¹⁹ Siehe statt vieler z.B. O'DOWD, S. 995 oder <<https://www.bma.org.uk/advice-and-support/nhs-delivery-and-workforce/pressures/nhs-backlog-data-analysis>>.

§ 8 Leitlinien zur Umsetzung des Systemwechsels im KVG

134 Abschliessend stellt sich die Frage, was am KVG geändert werden müsste. In diesem Sinn werden nachfolgend einige «Leitlinien» präsentiert.

I. Gatekeeper-Modell(e) als Basisvariante der OKP

135 Das “Modell SANTÉSUISSE” verlangt von jedem Versicherer, die Basisvariante der OKP künftig in mindestens einem Gatekeeper-Modell durchzuführen. Dies setzt voraus, dass im KVG definiert würde, welche Modelle hierfür in Frage kommen. Nach hier vertretener Ansicht kann der bereits in Art. 41 Abs. 4 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 KVG verwendete Begriff der «Modelle mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer» weitergeführt werden; er deckt alle Varianten der «Gatekeeper-Modelle» ab.

136 Der Systemwechsel wird sich auf die systematische Gliederung des KVG auswirken. Wo heute in Art. 41 Abs. 1–3 i.V.m. Art. 61 KVG das Standard-Versicherungsmodell geregelt ist, müssten die Gatekeeper-Modelle verfasst werden, die heute in Art. 41 Abs. 4 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 und 3 KVG geregelt sind. Ihre Regulierungsdichte genügt den Problemen, welche der Systemwechsel aufwirft, indessen nicht. Darauf wird nachfolgend pro Bereich eingegangen.

II. Grundsatz der Einheitsprämie

137 Der Grundsatz der Einheitsprämien stellt sicher, dass die Kosten der OKP nach Gleichbehandlungs- und Solidaritätsaspekten auf die Versicherten verteilt werden.²²⁰ Seine herausragende Bedeutung zeigt sich im korrelierenden Verbot, Krankenkassenprämien nach Alter bzw. Beitrittsalter, Geschlecht oder Morbiditätsrisiko abzustufen.²²¹ Alle Versicherten sollen zu gleichen Konditionen die Leistungen der OKP in Anspruch nehmen dürfen. Das KVG selbst sieht gewisse örtliche und altersbedingte Unterschiede vor²²² und lässt – in engen Grenzen – tiefere Prämien zu bei Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer,²²³ bei erhöhter Franchise, einer allfälligen Bonusversicherung²²⁴ sowie einer allfälligen Unfaldeckung²²⁵. Bei Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer sind Prämienermässigungen indes nur zulässig, soweit sie durch Einsparungen des Gatekeeper-Modells bedingt sind.²²⁶

138 Diese Parameter gelten auch nach dem Systemwechsel fort. Dies ist aus rechtlicher Sicht unproblematisch, solange die Versicherer nebst dem Grundsatz der Einheitsprämie auch die aufsichtsrechtlichen Grundprinzipien des Krankenversicherungsrechts einhalten, namentlich das

²²⁰ Rz. 17, 25 f.

²²¹ Rz. 18.

²²² Rz. 20.

²²³ Art. 62 Abs. 1 KVG.

²²⁴ Art. 62 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 90 ff. KVV.

²²⁵ Vgl. Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG i.V.m. Art. 1a Abs. 1 UVG *e contrario*.

²²⁶ Rz. 52.

Gegenseitigkeitsprinzip und seine positivrechtlichen Konkretisierungen sowie den Grundsatz, wonach der Versicherungsbetrieb nach dem Bedarfsdeckungsverfahren finanziert werden muss.²²⁷ Dabei ist die Rechtsprechungslinie zu beachten, wonach die durch das Gatekeeper-Modell bedingten Einsparungen bereits bei der Prämienberechnung zu berücksichtigen sind, d.h. diese Ermässigungen in der Prämie selbst zum Ausdruck kommen muss (nicht als individuelle Rückvergütung).²²⁸ Dies stellt sicher, dass sich alle Versicherten gleich an den Kosten der OKP beteiligen, die Prämien nicht nach Risikogruppen festgelegt werden und das Solidaritätsziel des KVG prämienseitig *auch nach dem Systemwechsel* sichergestellt ist.

- 139 Ein Sonderfrage ist, welche Prämienrabatte maximal zulässig sind. Bilden Gatekeeper-Modelle die Basisvariante der OKP, wird die Einheitsprämie neu auf Basis dieses Modells berechnet. Aus diesem Grund fragt sich nicht, wie «tief» diese Prämie sein darf, sondern wie «hoch» die Prämie des (alternativen) Modells mit freier Leistungserbringerwahl ausfallen darf, bevor sie den Grundsatz der Einheitsprämie sprengt. Im gegenwärtigen System wird die Einheitsprämie auf dem Versicherungsmodell mit freier Leistungserbringerwahl berechnet und durch die «Durchführungskosten»²²⁹ dieses Modells zugleich auf eine Maximalhöhe begrenzt, während für die alternativen Modelle mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer eine maximal zulässige Rabattspanne definiert wurde (vgl. Art. 101 KVV). Im «Modell SANTÉSUISSE» gäbe das Standard-Versicherungsmodell keine entsprechende Basislinie mehr vor, sondern wäre umgekehrt der Ausgangspunkt für die Frage, ob die maximal tolerierbare Höhe der Prämie im alternativen Modell den gleichen Regeln der Preisbildung unterliegen oder – analog zum geltenden Recht – auf einem gewissen prozentualen Überschuss «fiktiv» begrenzt werden soll.
- 140 Auf diese Fragen finden sich weder im Verfassungs- noch im Gesetzesrecht konkrete Antworten. Ihre Beantwortung muss daher dem politischen Prozess überlassen werden. Die Grundsätze könnten dabei im zu revidierenden Art. 61 KVG geregelt werden, die Details in der KVV.

III. Kein Modellzwang

- 141 Werden Versicherungsmodelle mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer zur Basisvariante der OKP, haben die Versicherten einen Anspruch darauf, in einem solchen Modell versichert zu sein. Nach geltendem Recht ist die Wahl zwischen der Versicherung mit unbeschränkter und beschränkter Wahlfreiheit betreffend die Leistungserbringer frei möglich.²³⁰ Dies wird gemäss Modellvorschlag von SANTÉSUISSE auch nach dem Systemwechsel noch der Fall sein.²³¹
- 142 Dabei wäre früh genug zu ermitteln, welche Versicherten in welchem Modell versichert sein wollen und sicherzustellen, dass die Leistungserbringer diesen Versichertenstatus jederzeit in

²²⁷ Rz. 22.

²²⁸ Rz. 61.

²²⁹ Rz. 23.

²³⁰ Rz. 13.

²³¹ Rz. 71.

Erfahrung bringen können. Ausgeschlossen sind rechtliche Modellzwänge sowie faktische Modellzwänge finanzieller Natur, z.B. Konventionalstrafen, Sperrfristen nach erfolgtem Wechsel oder aber eine Mindestversicherungsdauer bis ein Systemwechsel möglich wäre. Darüber hinaus müssen die Versicherten jederzeit den Versicherer wechseln können (Art. 4 i.V.m. 7 KVG). Hiermit in Konflikt steht die Kompetenz der Versicherer, Versicherte in das Standard-Versicherungsmodell umteilen zu können, wenn sie gegen ihre Pflicht verstossen, jede Behandlung bei ihrem Gatekeeper zu starten. Ist im geltenden Recht eine Umteilung in das Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer möglich, kann ein nänliches Recht nicht ohne Weiteres bejaht werden, wenn das Gatekeeper-Modell die Basisvariante der OKP darstellt.

- 143 Grundsätzlich muss die Basisvariante der OKP jeder Person offenstehen, die dem Versicherungsobligatorium unterfällt. Diese dient nänlich gerade dazu, das Versicherungsobligatorium zu verwirklichen, für alle Betroffenen die soziale Krankenpflegeversicherung nach dem Gesetz durchzuführen, dessen Grundideen zu umzusetzen und die Rechte der Versicherten zu schützen. Unter geltendem Recht schützt Art. 41 KVG namentlich die Wahlfreiheit der Versicherten vor einer *einseitigen Einschränkung* durch den Versicherer.²³² Soll sich dieses Wahlrecht auf bestimmte Leistungserbringer beschränken, müssen Versicherer und versicherte Person dies vertraglich vereinbaren.²³³ Wenn nun aber die versicherte Person gegen diese Vereinbarung verstösst, indem sie sich nicht an diese Auswahl der Leistungserbringer hält, kann der Versicherer den Vertrag einseitig kündigen; die Rechtsprechung dazu wurde dargestellt.²³⁴ Dieselbe Rechtslage gälte auch nach dem hier untersuchten Modellwechsel, sofern SANTÉSUISSE keine gesetzliche Grundlage schaffen will. Dies wäre im Grunde nichts anderes als ein «negativer Modellzwang», welchen die Versicherer aus keinem anderen Grund als der Sanktionierung des Verstosses gegen gesetzliche Pflichten aussprechen würden. Insofern würde die Umteilung einen pönalen Zweck erhalten. Die Verfassung lässt dies zu, wenn die Kriterien dafür im Gesetz hinreichend klar und bestimmt umschrieben würden. Dabei müssen die Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV), die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und das Willkürverbot gewahrt werden (Art. 9 BV). So müsste zuerst eine Verwarnung erfolgen, der Ausschluss wäre zeitlich zu begrenzen und – z.B. – vom BAG zu genehmigen. Diese Frage bedürfte allerdings vertiefterer Begutachtung, wenn ein ausformulierter Modellvorschlag vorliegt.

IV. Umfassende Gesundheitsversorgung und hohe Qualität

- 144 Nach geltender Fassung des Art. 41 Abs. 4 KVG wählen die Versicherer «ihre» Leistungserbringer für Versicherungen mit freier Wahl der Leistungserbringer «im Hinblick auf eine kostengünstige Versorgung» aus. Das Ziel der Kostenersparnis darf allerdings nicht dazu führen, dass die den versicherten Personen verfügbare Gesundheitsversorgung mit dem Systemwechsel eine qualitative Einbusse erleidet.²³⁵ Auch in Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der

²³² BBl 1992 I 93, 170.

²³³ Vgl. Art. 41 Abs. 4 KVG; BBl 1992 I 93, 170; MAURER, S. 75 f.

²³⁴ Rz. 64.

²³⁵ Rz. 131 ff.

Leistungserbringer müssen die gleichen Qualitätsstandards gewährleisten sein wie im Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer.²³⁶

- 145 Ebenfalls modellunabhängig gilt, dass die Versicherer in jedem Fall für die gesetzlichen Pflichtleistungen die Kosten übernehmen müssen.²³⁷ In diesen Belangen steht den Versicherern keine reglementarische Autonomie zu, zumal das KVG die Leistungen abschliessend umschreibt.²³⁸

V. Beschränkter reglementarischer Spielraum der Versicherer

- 146 Nach geltendem Recht ist der reglementarische Spielraum der Versicherer beschränkt. Dies liegt daran, dass das KVG im Unterschied z.B. zum BVG kein blosses Rahmengesetz ist, sondern die OKP in Bezug auf den Anschluss, die Prämien und die Leistungen abschliessend regelt. Reglementarischen Spielraum haben die Versicherer dabei nur soweit, als KVG und KVV solchen vorsehen.²³⁹ Daran will SANTÉSUISSE grundsätzlich nichts ändern, und falls doch, sollte auf Verordnungsstufe offengelegt werden, welche Spielräume die Leistungserbringer konkret haben.

- 147 Mehr Freiheit werden die Versicherer bei der Auswahl der Leistungserbringer erhalten. Sie ist zu begrenzen, um Ungleichbehandlungen und Entsolidarisierungen zu vermeiden.²⁴⁰ SANTÉSUISSE geht davon aus, dass die dergestalt «zugelassenen» Leistungserbringer mit Versicherern auf vertraglicher Basis zusammenarbeiten sollen. Der Akt der Auswahl und des Abschlusses des Kooperationsvertrags dürfte dabei i.d.R. zusammenfallen.

- 148 Ob es sich dabei in der Sache effektiv um einen Vertrag und um eine mitwirkungsbedürftige Verfügung handelt – was sich unter anderem auf den Rechtsweg auswirkt – ist an dieser Stelle noch unklar. Für den Auswahlentscheid der Versicherer dürfte der aufgrund seines einseitig-hoheitlichen Charakters ausser Frage stehen.²⁴¹ Ob auf die Verfügung ein Anspruch besteht, hängt von der Erfüllung aller Aufnahmekriterien ab und davon, dass der Entscheid über die Zulassung nicht dem freien Ermessen der Versicherer anheimgestellt ist.²⁴² Die Zusammenarbeitsvertrag aber, welche auch tarifliche Elemente enthalten werden,²⁴³ können entweder als verwaltungsrechtliche Verträge oder aber als mitwirkungsbedürftige Verfügungen ausgestaltet sein – je nachdem, inwiefern die Versicherer Vertragsbedingungen vorformulieren dürfen oder die Parteien über Verhandlungsspielraum verfügen.²⁴⁴ Zur Sicherstellung der Gleichbehand-

²³⁶ So explizit BBl 1992 I 39, 170 («qualitäts- und kostenbewusste medizinische Versorgung»).

²³⁷ Art. 41 Abs. 4 Satz 3 KVG. Siehe Rz. 58–60, wonach die Versicherer den gesetzlich festgelegten Leistungskatalog weder verkleinern noch erweitern dürfen.

²³⁸ Rz. 50.

²³⁹ Rz. 50.

²⁴⁰ Rz. 87 ff., 126 f.

²⁴¹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 Ingress und lit. a-c VwVG.

²⁴² So die überzeugende Ansicht von GRIFFEL, Rz. 331 f.; zur «Zulassung» i.S.v. Art. 35 ff. KVG als Bewilligung vgl. BEYELER, Rz. 854 ff.; KIESER, Zulassung, S. 281 ff., m.w.H.

²⁴³ SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 1424.

²⁴⁴ Siehe dazu GRIFFEL, Rz. 83 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1290 ff.

lung wird hier eine bestimmte Formalisierung angezeigt sein, z.B., indem sich die Branchenverbände in einem Rahmenvertrag auf gewisse Grundbedingungen einigen und festlegen, welche «einzelvertraglichen» Spielräume die Versicherer und Leistungserbringer haben sollen. Diese Vereinbarung sollte dem BAG als Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorgelegt werden.

VI. Schnittstelle zwischen Leistungserbringer und Versicherer

A. Frage der Kostenvergütung

- 149 In Bezug auf die Kostenvergütung im Dreiecksverhältnis zwischen Versicherer, versicherter Person und Leistungserbringer bestehen grundsätzlich *zwei Möglichkeiten*.
- 150 Erstens könnte das Gatekeeper-Prinzip, wonach die Versicherer nur Kosten für jene Leistungen vergüten, die von einem Gatekeeper erbracht oder veranlasst wurden, als «Leistungsvoraussetzung» in das KVG aufgenommen werden, die aber nur im Standard-Versicherungsmodell gälte. Dies hätte Auswirkungen auf den Leistungsumfang der OKP im Standard-Versicherungsmodell verkleinert und auf die Beziehung «Versicherer-Leistungserbringer». Letztere könnten nur noch «uneingeschränkt» zulasten der OKP Leistungen erbringen, wenn sie selbst Gatekeeper sind oder bei jeder versicherten Person abklären, ob er rechtsgültig überwiesen wurde oder ob er im Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer versichert ist. Im Verhältnis Versicherer und Gatekeeper kommt es dabei stark auf den Anschlussvertrag an, welches die Vergütungsmodalitäten sind. In diesen Verhältnissen wird grundsätzlich das *Naturalleistungsprinzip* gelten. Im Verhältnis von Versicherer und Drittleistungserbringer kommt es darauf an, ob das *Tiers garant-* oder das *Tiers payant-System* gilt. Im ersten Fall liegt das «Ausfallrisiko» in Bezug auf die Kostenvergütung bei der versicherten Person, im zweiten indes beim Leistungserbringer, weil hier die *Überweisung durch einen Gatekeeper* – im Vergleich zur jetzigen Rechtslage – im «Modell SANTÉSUISSE» faktisch zu einer allgemeinen Leistungsvoraussetzung würde.²⁴⁵
- 151 Zweitens besteht die Möglichkeit, die bisherige Rechtslage fortzuführen und das Gatekeeper-Prinzip nur als «versicherungsvertraglicher Grundsatz» im Rechtsverhältnis zwischen versicherter Person und Versicherer gelten zu lassen. Diesfalls hätten die Leistungserbringer im System des *Tiers payant* kein Ausfallrisiko in Bezug auf die Kostenvergütung zu tragen.²⁴⁶

B. Auswahl der Leistungserbringer

- 152 Die grösste Veränderung in der Beziehung zwischen Versicherer und Leistungserbringer betrifft die Pflicht der Versicherer, die OKP standardmässig in Gatekeeper-Modellen durchzuführen. Ob es sich dies ein Hausarztmodell, HMO-Modell, integriertes Ärztenetzwerk oder ein Telefon-Modell sein soll, ist grundsätzlich nicht wichtig. Von Bedeutung ist aber die Frage, wie die Versicherer die Leistungserbringer auswählen, welche sie als Gatekeeper an der Durchführung der OKP beteiligen wollen (z.B. Hausärzte, HMOs oder Teilnehmer eines integrierten

²⁴⁵ Rz. 75, 79 ff.

²⁴⁶ Rz. 65 f.

Versorgungsnetzwerks). Wird die geltende Rechtslage in diesem Bereich fortgeführt, werden die Versicherer «ihre» Leistungserbringer unter dem Aspekt einer «kostengünstigen Versorgung» auswählen. Für die Leistungserbringer ist die Teilnahme dabei aus finanzieller Perspektive eine faktische Pflicht. Die damit zusammenhängenden Probleme wurden aufgezeigt.²⁴⁷ Ohne weitergehende Regulierung stünde den Versicherern bei dieser Auswahl grosses Ermessen zu. Unter grundrechtlichen Gesichtspunkten wird nötig sein, dieses Ermessen nach gleichheitsrechtlichen und diskriminierungsfreien Gesichtspunkten zu ordnen, um die Gleichbehandlung unter Konkurrenten sicherzustellen.²⁴⁸ Die Auswahlkriterien sollten auf betriebswirtschaftliche Aspekte fokussieren, die zwischen Arztpraxen unterschiedlicher Grösse und mit unterschiedlicher Zusammensetzung des Patientenstamms einen Quervergleich in Bezug auf die «Kostengünstigkeit» ihrer Versorgung bei genügend hoher Dienstleistungsqualität erlauben.

C. Verhältnis der verschiedenen Zulassungen

- 153 Ferner müsste SANTÉSUISSE für sich die Frage klären, wie sie das Verhältnis zwischen der kantonalen Zulassung i.S.v. Art. 36 ff. KVG und soeben beschriebenen «kassenspezifischen Akkreditierung» auszugestalten wäre. Nach dem Modellvorschlag, der uns vorliegt, würden beide Versicherungsmodellen koexistieren. Fraglich ist dabei, welcher Tarifordnung die Leistungserbringer unterliegen, denen die Gatekeeper Patientinnen und Patienten überwiesen haben. Grundsätzlich sind die Leistungserbringer, an welche die Gatekeeper – Hausärzte, HMO-Praxen, Ärztenetze oder telefonische Zentren – Patienten überweisen, nicht Teil des Gatekeeper-Modells. Insofern müssten ihre Leistungen nach den geltenden Tarifstrukturen vergütet werden. Dies gilt zumindest insoweit, als die Versicherer bzw. Gatekeeper mit diesen spezifischen Leistungserbringern keine speziellen «Überweisungsverträge» abschliessen, mit denen sie entsprechende Leistungen bei Dritten «einkaufen». Würde dies beabsichtigt, müsste geregelt werden, ob dabei das Vergütungssystem des jeweiligen Modells zur Anwendung gelangt (z.B. einzelfallweise Capitation-Finanzierung) oder aber die Tarife (z.B. TARMED/TARDOC) des geltenden Rechts. Letztere wären auf jeden Fall anwendbar auf alle nach Art. 36 ff. KVG zugelassenen Leistungserbringer, welche Patientinnen und Patienten behandelt, die im (alternativen) Modell mit freier Wahl der Leistungserbringer versichert sind. Das Modell von SANTÉSUISSE bedarf in diesen wichtigen Punkten noch Klärungsbedarf. Dies gilt insbesondere für die Frage, wie die Überweisung im Einzelnen funktioniert. Entsprechende Überlegungen wären eine «Mindestvorgabe» an die Gatekeeper-Modelle der Basisvariante der OKP.
- 154 Hier ist weiter zu überlegen, ob Leistungserbringer, die sowohl über eine kassenspezifische Zulassung verfügen, diese permanent halten können oder ob sie sich einer periodischen Evaluation unterziehen müssen – mit der Möglichkeit des Ausschlusses, wenn sie die kosten- bzw. qualitätsmässigen Anforderungen nicht erfüllen. Ebenso stellt sich die Frage, wie lange «abgelehnte» Leistungserbringer von einer Neubewerbung als Gatekeeper ausgeschlossen sind, bzw.

²⁴⁷ Rz. 91 ff., 97 ff.

²⁴⁸ Rz. 99, 102, 128.

ob eine Ablehnung für eine gewisse Dauer – z.B. bis zur nächsten Evaluation – zu einem definitiven Ausschluss führt. Auf diese Fragen finden sich weder in der Verfassung noch im geltenden Recht Antworten. Sie werden im politischen Prozess zu beantworten sein.

VII. Rolle der Branchenverbände

- 155 Ebenso müsste im Rahmen der Standard-Versicherungsmodelle die Rolle der Branchenverbände zu klären sein. Es fragt sich, ob sie sich – analog den Tarifverträgen im jetzigen Standard-Versicherungsmodell – innerhalb des gesetzlichen Rahmens auf Rahmenbedingungen zur Durchführung der OKP in Modellen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringern einigen sollten, welche für die Versicherer und Leistungserbringer verbindlich wären.

VIII. Spezialfall: Naturalleistungsprinzip

- 156 Speziell gelagert ist schliesslich die Frage des Systemwechsels vom Kostenerstattungsprinzip hin zum Naturalleistungsprinzip. Dieses folgt grundsätzlich aus dem Gatekeeper-Prinzip und dem Gedanken, dass sich Leistungserbringer (insbesondere Hausärzte oder HMOs) einem Versicherer anschliessen und die Kostenvergütung mittels Vertrags institutionalisiert wird. Allerdings wird dieses vermutlich nur innerhalb der Gatekeeper-Modelle gelten, während ausserhalb derselben wohl weiterhin das Kostenerstattungsprinzip gelten wird. Diese Frage wird hier in Absprache mit SANTÉSUISSE nicht weiterverfolgt.

IX. Abstimmung mit nicht modellspezifischen Grundsätzen des KVG

- 157 In jedem Fall – bei allseitiger Verbindlicherklärung des Gatekeeper-Prinzips sowie bei blossem Nachvollzug der heutigen Rechtslage im Gesetz – ist es notwendig, das Modell mit den übrigen Grundsätzen des KVG abzustimmen.
- 158 So muss einerseits die Therapiefreiheit der Ärzte gewahrt bleiben, welche durch das vorgeschlagene Modell jedoch nicht ernsthaft bedroht scheint. Ferner sind die Grundsätze der Solidarität, der Gleichbehandlung und der Gegenseitigkeit umzusetzen. Besondere Bedeutung hat das Solidaritätsprinzip²⁴⁹ bei der Ausgestaltung der Prämien sowie bei der Auswahl der Leistungserbringer für das Standard-Versicherungsmodell. Das Gleichbehandlungsprinzip²⁵⁰ sodann ist einerseits zwischen den Versicherten, aber auch zwischen den Leistungserbringern sicherzustellen. Das Gegenseitigkeitsprinzip²⁵¹ letztlich verlangt vor allem, dass allen Versicherten die gleichen Versicherungsbedingungen zu gewähren sind.

159

²⁴⁹ Im Allgemeinen Rz. 7, 17 und 134, im Bereich der Prämien und Rz. 94 bei der Auswahl der an der Durchführung von Gatekeeper-Modellen als Basisvarianten der OKP beteiligten Leistungserbringern.

²⁵⁰ Rz. 17 und Rz. 99.

²⁵¹ Rz. 26.

Darüber hinaus ist namentlich auch der Tarifschutz (Art. 44 Abs. 1 KVG)²⁵² zu beachten sowie die Normen über die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit und der Qualität der Leistungen (Art. 56 ff. KVG).

3. Teil Beantwortung der Gutachtensfragen

1. *Was waren die Überlegungen, die dazu geführt haben, dass im geltenden KVG die freie Wahl der Leistungserbringer als Standardmodell festgelegt wurde? Welche Grundprinzipien des KVG werden damit nach Ansicht des Gesetzgebers besonders gut verwirklicht?*

160 Das Standard-Versicherungsmodell des geltenden Rechts wird zwar durch die freie Leistungserbringerwahl charakterisiert, ist aber in ein Netz weiterer Grundsätze eingespannt, welche helfen, diese Wahlfreiheit zu gewährleisten. Gegenüber den Versicherern und Leistungserbringern sind dies insbesondere die Zulassungsregeln, der «Vertragszwang» sowie die tarifrechtlichen Bestimmungen (Rz. 16 ff., 31 ff., 39 ff.).

161 Diese Wahlfreiheit wurde dabei mit Inkrafttreten des KVG nicht «neu eingeführt», sondern vielmehr in – unter den Leistungserbringern – vereinheitlichter Form weitergeführt (Rz. 35 ff.). Allerdings war und ist die Wahlfreiheit der Versicherten nicht in ihrer umfassendsten Form gewährleistet, sondern mit gewissen Einschränkungen. Diese sind ihrerseits durch die Ziele des KVG begründet, eine ausreichende, umfassend solidarisch ausgestaltete, qualitativ hochstehende Gesundheitsversorgung zu möglichst tiefen Kosten zu gewährleisten (vgl. Rz. 28 ff.).

162 Die Bedeutung der freien Wahl der Leistungserbringer hängt deshalb stark davon ab, wie sie im geltenden Recht umgesetzt wird. Falls ein anderes System dabei die KVG-Teilziele besser verwirklicht als das System mit freier Wahl der Leistungserbringer dies tut, ist dieser Systemwechsel aus rechtlicher Sicht prinzipiell zulässig. Dabei sind die Gleichheitsrechte (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV) sowie das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) zu wahren und z.B. sicherzustellen, dass die Wahlfreiheit namentlich in Notfällen gewahrt bleibt.

2. *Welche rechtlichen Probleme wirft der mögliche Systemwechsel in grund- und krankenversicherungsrechtlicher Hinsicht auf?*

2.1. *Aus der Perspektive der Versicherten?*

163 Für die Mehrzahl der Versicherten änderte sich mit dem Systemwechsel nicht viel. Bereits heute sind etwa $\frac{3}{4}$ aller Versicherten in Gatekeeper-Modellen versichert und in ihrer Wahlfreiheit entsprechend eingeschränkt. Sie müssten sich an die gleichen Regeln halten wie bisher und hätten Anspruch auf dieselben – im Vergleich zum Modell mit Wahlfreiheit tieferen – Prämien. Gleiches gilt für Versicherte, die im Modell mit Wahlfreiheit versichert sind; diese Wahl stünde ihnen immer noch offen (zum Ganzen Rz. 74 ff.).

²⁵² Gemäss dieser Norm haben die Versicherten gegenüber den Leistungserbringern einen Anspruch, dass sie sich an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten und für Leistungen nach dem KVG keine weitergehenden Vergütungen berechnen.

164 Eine Sonderproblematik ist hier die Reichweite der Sanktionskompetenz der Versicherer. Deren Reichweite ist über weite Strecken eine politische Frage. Dazu wurde aufgezeigt, was sich unter dem neuen System ändern würde (Rz. 79 ff.) und inwiefern die Kompetenz zur «Umteilung» der Versicherten mit dem Grundsatz der Modellfreiheit in Konflikt steht (Rz. 143). Weil dieser Sanktion ein gewisser pönaler Zweck anhaftet, müsste diese Kompetenz der Versicherer zwingend im KVG selbst geregelt werden. Dies gälte auch, wenn es den Versicherern überlassen bliebe, ob sie diese Sanktion in ihr Gatekeeper-Modell aufnehmen wollen.

2.2. Aus der Perspektive der Leistungserbringer?

165 Die Leistungserbringer wären vom Systemwechsel stärker betroffen als die Versicherten, insbesondere die Ärzteschaft. Zusätzlich zu ihrer Zulassung nach Art. 36 KVG müssten sie inskünftig zusätzlich von einem Versicherer zugelassen werden, damit sie wie bisher Leistungen zulasten der OKP erbringen könnten. Denn die Versicherer werden im Standard-Versicherungsmodell inskünftig nur noch Leistungen jener Leistungserbringer übernehmen, die sie im Hinblick auf eine kostengünstige Versorgung ausgewählt haben. Dies wirkt sich für die Leistungserbringer im Ergebnis wie eine partielle – auf das Standard-Versicherungsmodell beschränkte – Aufhebung des Kontrahierungszwangs der Versicherer aus. Dies ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive zulässig, sofern die Gleichbehandlung unter Konkurrenten sichergestellt ist und sich von Versicherern unter Kostengesichtspunkten «abgelehnte» Leistungserbringer nach Umstrukturierung ihres Geschäftsmodells neu bewerben könnten. Unklar ist dabei an dieser Stelle noch, welcher Grad an Transparenz an dieser Schnittstelle herrschen müsste bzw. inwiefern namentlich beschaffungsrechtliche Vorschriften anwendbar wären. Diese und ähnliche Beurteilungen setzten einen ausformulierten Vorschlag voraus (zum Ganzen Rz. 92 ff., 123 ff.).

2.3. Aus der Perspektive der Versicherer?

166 Mit dem Systemwechsel erhielten die Versicherer insbesondere gegenüber Leistungserbringern eine stärkere Stellung. Sie wären aber zugleich verpflichtet sicherzustellen, dass die Auswahl der Leistungserbringer keine «indirekte Risikoselektion» darstellt (zum Ganzen Rz. 87 ff.).

167 Weitere rechtliche Herausforderungen sind nachfolgend und in Rz. 131 ff. aufgeführt.

3. Vor dem Hintergrund der unter Ziff. 2 festgestellten Probleme: Wie müsste das System «alternative Versicherungsmodelle als Standardmodell» ausgestaltet sein, damit es mit den Grundprinzipien des KVG vereinbar ist und das geltende System «freie Wahl der Leistungserbringer» ersetzen kann?

168 Ein Überblick zu dieser Thematik wird in Rz. 131 ff. und Rz. 135 ff. gegeben. Wichtig ist dabei insbesondere, dass die «tragenden» Grundsätze des geltenden Rechts, die durch den Systemwechsel nicht tangiert werden, in gleichem Umfang gewahrt bleiben. Zu nennen sind dabei etwa die Therapiefreiheit der Ärzte, die Qualitätsanforderungen an die Krankenversorgung, der Tarifschutz, der Verhandlungsgrundsatz bei den Tarifverträgen und weitere mehr (vgl. Rz. 157

ff.). Das Ziel der Kostendämpfung darf nicht zulasten der Qualität der medizinischen Versorgung gehen. Es ist zwingend, dass der Systemwechsel die Qualität der medizinischen Versorgung nicht negativ beeinflusst.

4. *Einpassung des Systems «alternative Versicherungsmodelle als neues Standardmodell» in das Krankenversicherungsrecht und in die weitere Rechtsordnung:*

4.1. *Welche Rechtsgrundlagen des KVG und der dazugehörigen Verordnungen müssten angepasst werden, damit das System «alternative Versicherungsmodelle als neues Standardmodell» geltendes Recht werden kann?*

169 Wie sich aus dem Überblick in Rz. 131 ff. und Rz. 135 ff. zeigt, hätte ein Systemwechsel, wie ihn SANTÉSUISSE beabsichtigt, zwar vielseitige Folgen und müssten die in Rz. 131 ff. und Rz. 135 ff. ausgeführten Punkte berücksichtigt werden, wäre aus verfassungsrechtlicher Perspektive aber im Grundsatz zulässig (vgl. Rz. 101 ff.). Die zur Umsetzung im Einzelnen nötigen Gesetzesanpassungen können hier nicht im Einzelnen präsentiert werden. Dies würde eine Folgebegutachtung und eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Vorstellungen von SANTÉSUISSE voraussetzen.

4.2. *Welche Sanktionen dürfen Versicherer vor dem Hintergrund der Analyse in Ziff. 1 in ihren AVB für den Fall vorsehen, wenn eine versicherte Person gegen die Restriktionen des Versicherungsmodells mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers verstösst?*

170 Dass die Versicherer Sanktionen aussprechen dürfen, wenn die Versicherten gegen die Reglemente verstossen, ist bereits nach geltendem Recht zulässig. Dabei ist aber zu beachten, dass sich diese nach geltendem Recht nur aus dem Versicherungsvertrag (bzw. dem Reglement) ergeben. Würde aber das SANTÉSUISSE-Modell umgesetzt, wären unseres Erachtens bereits für die Fortführung der aktuellen Rechtslage Gesetzesanpassungen nötig. Siehe dazu die Ausführungen und Hinweise in Rz. 164.