

Le TF précise que la méthode statistique de l'analyse de la variance (anova) reste applicable, même après l'entrée en vigueur de l'art. 56 al. 6 LAMal, au 1<sup>er</sup> janvier 2013. En conséquence, il confirme la décision du tribunal arbitral condamnant un médecin à rembourser aux assureurs-maladie, conformément à l'art. 59 al. 1 lit. b LAMal, les montants de CHF 33'303.20 pour 2013 et CHF 40'204.50 pour 2014.

**Auteur : Guy Longchamp**

Beschwerde gegen den Entscheid des Schiedsgerichts in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern vom 1. März 2017 (200 15 658 SCHG und 200 16 667 SCHG).

### Sachverhalt:

#### A.

**A.a.** Am 13. Juli 2017 reichten verschiedene Krankenversicherer, u.a. die CSS Kranken-Versicherung AG, vertreten durch santésuisse, beim Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern Klage gegen Dr. med. A. ein mit den Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verpflichten, ihnen jene Beträge zurückzuerstatten, die er gemäss der Rechnungssteller-Statistik (RSS) 2013 in diesem Jahr wegen unwirtschaftlicher oder allenfalls nicht gesetzlicher Behandlungsweise zu Unrecht vereinnahmt habe; gegebenenfalls seien weitere Sanktionsmassnahmen zu treffen (Verfahren 200 15 658 SCHG). Am 14. Juli 2016 erhoben dieselben sowie drei weitere Krankenversicherer eine gleich lautende Klage für das Jahr 2014 (Verfahren 200 16 667 SCHG).

Der ins Recht gefasste Arzt beantragte in seinen Klageantworten, die Klagen seien abzuweisen, sofern darauf eingetreten werden könne; zur Überprüfung seiner Zahlen sei die analytische Methode, systematische oder die repräsentative Einzelfallprüfung mit Hochrechnung, anzuwenden. Mit Verfügung vom 23. Januar 2017 vereinigte der kantonale Instruktionsrichter die Verfahren 200 15 658 SCHG und 200 16 667 SCHG.

**A.b.** Mit Entscheid vom 1. März 2017 hiess das Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern die Klagen, soweit darauf einzutreten war, dahingehend gut, als der Beklagte verpflichtet wurde, den jeweiligen Klägerinnen insgesamt Fr. 33'303.20 für das Jahr 2013 bzw. Fr. 40'204.50 für das Jahr 2014 zurückzuerstatten (Dispositiv-Ziffer 1), sowie die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- und eine Parteientschädigung von Fr. 12'960.- zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 2 und 3).

#### B.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt A., der schiedsgerichtliche Entscheid vom 1. März 2017 sei aufzuheben, und die Klagen seien abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese sei anzuweisen, zur Überprüfung seiner Zahlen die analytische Methode, systematische oder die repräsentative Einzelfallprüfung mit Hochrechnung, anzuwenden.

Die Krankenversicherer schliessen auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Bundesamt für Gesundheit verzichtet auf eine Vernehmlassung.

A. hat Bemerkungen zu den Ausführungen der Krankenversicherer gemacht.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1.** Der Beschwerdeführer bringt vor, das kantonale Schiedsgericht hätte mangels Bestimmtheit der Rechtsbegehren bzw. Bezifferung der Rückforderungssummen nicht auf die Klagen eintreten dürfen. Der Einwand ist nicht stichhaltig. Nach unbestrittener Feststellung des Schiedsgerichts hatten die Beschwerdegegner in der Begründung der Klagen unter Hinweis auf entsprechende Schreiben der santésuisse vom 9. Januar 2015 und 1. Juni 2016 an den Beschwerdeführer die Rückforderung (vorerst) auf Fr. 49'448.- (2013) und Fr. 67'160.25 (2014) beziffert. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung hatten sie nach der statistischen Methode des Durchschnittskostenvergleichs auf der Grundlage der RSS vorgenommen (vgl. dazu BGE 137 V 43 E. 2.2 S. 45; 136 V 415 E. 6.2 S. 416 f.).

**1.2.** Unbegründet ist weiter die Rüge einer nicht statthaften Klagenhäufung nach Art. 376 ZPO. Das Verfahren vor dem kantonalen Schiedsgericht in Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern gemäss Artikel 89 KVG richtet sich im Kanton Bern von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG [BGS 155.21]; Art. 41 Abs. 1 lit. c und Art. 46 Abs. 2 des Gesetzes vom 6. Juni 2000 betreffend die Einführung der Bundesgesetze über die Kranken-, die Unfall- und die Militärversicherung [EG KUMV; BGS 842.11] i.V.m. Art. 89 Abs. 5 erster Teilsatz KVG). Nach Art. 1 Abs. 2 VRPG bleiben abweichendes Bundesrecht, insbesondere solches aus dem Gebiete der Sozialversicherung, und staatliche Abkommen vorbehalten. Es ist nicht ersichtlich und der Beschwerdeführer zeigt auch nicht auf, inwiefern sich aus dieser Regelung die Anwendbarkeit der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) im Klageverfahren vor dem Schiedsgericht ergeben soll. Im Übrigen kann auf Art. 59 Abs. 2 KVG und das Urteil 9C\_773/2008 vom 12. Dezember 2008 E. 5 verwiesen werden.

**1.3.** Schliesslich ist unklar, was der Beschwerdeführer damit sagen will, eine Umstellung der Praxisstruktur sei erst ein Jahr nach Bekanntwerden der Problematik möglich, was das Schiedsgericht im Zusammenhang mit der Vereinigung der beiden Klagen gestützt auf die Untersuchungsmaxime hätte berücksichtigen müssen. Jedenfalls nennt er weder eine Gesetzesbestimmung noch eine Rechtsprechung, wonach Leistungserbringer, die dem Vorwurf der unwirtschaftlichen Behandlung ausgesetzt sind, Anspruch auf eine einjährige Umstellungszeit haben, während welcher die Voraussetzungen für eine Rückforderung von Vergütungen der Krankenversicherer gewissermassen milder zu beurteilen sind oder eine solche sogar ausgeschlossen ist.

### **2.**

Streitgegenstand bildet die - auf Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG gestützte (BGE 141 V 25) - Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Rückerstattung von Fr. 33'303.20 für das Jahr 2013 bzw. Fr. 40'204.50 für das Jahr 2014 wegen Verletzung des Gebots der Wirtschaftlichkeit der Leistungen nach Art. 56 Abs. 1 KVG.

### **3.**

Das kantonale Schiedsgericht hat die Wirtschaftlichkeit der Praxistätigkeit des Beschwerdeführers in Anwendung der statistischen Methode der Varianzanalyse (Anova; vgl. dazu Mirjam D'Angelo/Peter Kraft/Roland Amstutz, Neue statistische Methode für die Wirtschaftlichkeitsprüfung entbindet Ärzte teilweise von Beweislast, Schweizerische Ärztezeitung [SAeZ] 2005 S. 1849 f.; Gebhard Eugster, Überarztung aus juristischer Sicht, in: Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Gächter/ Schwendener [Hrsg.], 2009, S. 123 ff. Rz. 78 ff.) geprüft. Danach betrug der Index der direkten Kosten (ohne Medikamente) 150 Punkte (2013) bzw. 152 Punkte (2014). Daraus ergab sich bei einem Toleranzwert von 130 Punkten und direkten (Arzt- und Medikamenten-) Kosten von Fr. 249'774.21 (2013) und Fr.

277'776.65 (2014) ein rückerstattungspflichtiger Betrag von Fr. 33'303.20 und Fr. 40'204.50. Diese Berechnung ist als solche unbestritten, ebenso die Feststellung des Schiedsgerichts, dass die Anwendung des Durchschnittskostenvergleichs mit Gesamtkostenindizes von 162 bzw. 170 Punkten und der Vergleichsgruppe der Fachärzte 'praktischer Arzt' im Kanton Bern zu einer höheren Rückforderung geführt hätte.

#### **4.**

Der Beschwerdeführer bestreitet wie schon im kantonalen Verfahren die Anwendbarkeit einer statistischen Methode, Anova oder Durchschnittskostenvergleich. Lediglich die Einzelfallprüfung (analytische Methode; BGE 119 V 448 E. 4d S. 454 mit Hinweis) ermögliche eine gerechte, willkürfreie Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der 2013 und 2014 von ihm erbrachten Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Zur Begründung beruft er sich u.a. auf den seit 1. Januar 2013 in Kraft stehenden Art. 56 Abs. 6 KVG, welcher der Anwendung der Anova-Methode in der bisherigen Form entgegenstehe.

#### **5.**

**5.1.** Nach dem mit Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 (AS 2012 4087) neu in Art. 56 KVG eingefügten, am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Abs. 6 legen Leistungserbringer und Versicherer vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit fest. Gemäss der dazu gehörigen Übergangsbestimmung legt der Bundesrat für die Leistungserbringer nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe a [Ärzte und Ärztinnen] die Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit nach Artikel 56 Absatz 6 fest, wenn Versicherer und Leistungserbringer sich nicht innert 12 Monaten nach Inkrafttreten der vorliegenden Änderung vertraglich auf eine Methode geeinigt haben.

In einem am 27. Dezember 2013/16. Januar 2014 abgeschlossenen Vertrag haben die Vereinigung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) auf der einen Seite, santésuisse (Die Schweizer Krankenversicherer) und curafutura (Die innovativen Krankenversicherer) auf der anderen Seite gestützt auf Art. 56 Abs. 6 KVG als statistische Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit die Varianzanalyse [ANOVA] festgelegt (Ziff. 1). Weiter vereinbarten die Vertragsparteien, dass das heute verwendete Varianzanalysenmodell künftig von Leistungserbringern und Versicherern gemeinsam weiterentwickelt und unter anderem durch Morbiditätsvariablen ergänzt werden soll (Ziff. 2). Neben dem Auftrag des Gesetzgebers, die statistische Methode festzulegen, vereinbarten die Leistungserbringer und Versicherer, die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit durch paritätische Vertrauenskommissionen (PVK) zu vereinheitlichen und professionalisieren (Ziff. 4 erster Satz).

**5.2.** Das kantonale Schiedsgericht hat in E. 4.3 des angefochtenen Entscheids ausgehend von den Materialien (zu deren Bedeutung für die Gesetzesauslegung BGE 141 V 191 E. 3 S. 194; 140 III 206 E. 3.5.4 S. 214; 134 V 170 E. 4.1 S. 174) dargelegt, dass Art. 56 Abs. 6 KVG die Anwendung der Anova-Methode grundsätzlich nicht ausschliesst. Es hat im Wesentlichen erwogen, das Parlament habe dieser Gesetzesvorschrift nicht über den Wortlaut hinaus das Verbot einer bestimmten Methode beimessen, sondern deren Festlegung in Zukunft auf den partnerschaftlichen Weg verweisen wollen, ohne sich selbst dazu zu äussern. Die Vertreter der Leistungserbringer hätten Gelegenheit gehabt, sich die Methode transparent vorlegen zu lassen und in eine Diskussion mit den Versicherern einzusteigen. Das sei erfolgt und ein Vertrag über die Anwendbarkeit der Anova-Methode abgeschlossen worden, wobei die Parteien gleichzeitig übereingekommen seien, sie fortlaufend zu verbessern. Insoweit dürfe davon ausgegangen werden, dass Transparenz geschaffen worden sei und keine unüberwindbare Vorbehalte mehr bestanden hätten. Im Übrigen stünde es jeder Partei frei, den Vertrag zu kündigen.

**5.3.** Dem kantonalen Schiedsgericht ist beizupflichten:

**5.3.1.** Eine Zielsetzung von Art. 56 Abs. 6 KVG war, zum einen die Bemessung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen transparent und namentlich für die Ärztinnen und Ärzte nachvollziehbar zu machen, zum andern die Morbidität des Patientenkollektivs miteinzubeziehen (Bericht "Parlamentarische Initiativen Stärkung der Hausarztmedizin" der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 21. Januar 2011, BBl 2011 2519 ff., 2520 und 2523 f., sowie Stellungnahme des Bundesrates vom 4. März 2011, BBl 2011 2529 ff., 2530 unten; AB 2011 N 1308 ff. [alle Redner], S 1106 f. [Votum Maury Pasquier]; ferner Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 686 Rz. 918, wonach eine entsprechende grundlegende Änderung des Vergleichsverfahrens zu den zentralen Erwartungen des Gesetzgebers zählt). Wie indessen das kantonale Schiedsgericht richtig erkannt hat, ging es bei der Schaffung von Art. 56 Abs. 6 KVG in erster Linie darum, dass Versicherer und Leistungserbringer zusammen eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit entwickeln bzw. festlegen, hingegen nicht um die Umsetzung der Wirtschaftlichkeitsprüfung als solche (AB 2011 N 1309 [Votum Humbel], S 1107 [Votum Bundesrat Burkhalter]). "Der neue Absatz 6 enthält keine Spezifizierung oder exemplarische Aufzählung von Kriterien, die bei der Durchführung der Kontrolle zu berücksichtigen sind". Diese partnerschaftlich zu erarbeiten und festzulegen, liegt "allein in der Kompetenz der Leistungserbringer und der Versicherer" (BBl 2011 2524 und 2529 ff.).

**5.3.2.** Einzig der zweite Gesichtspunkt hat im Wortlaut von Art. 56 Abs. 6 KVG Niederschlag gefunden. Der Gesetzgeber räumte somit dem Weg des gemeinsamen Vorgehens von Leistungserbringern und Versicherern Vorrang ein vor dem zu erreichenden Ziel einer transparenten und qualitativen, d.h. die Morbidität des Patientenkollektivs einbeziehenden Wirtschaftlichkeitsprüfung. Das bedeutet auch, dass der beidseitigen Akzeptanz der künftig anzuwendenden Methode der Wirtschaftlichkeitskontrolle besonderes Gewicht zukommen soll. Es kann daher nicht als gesetzwidrig bezeichnet werden, dass die Parteien (FMH sowie santésuisse und curafutura) das Varianzanalysenmodell, welches "gemeinsam weiterentwickelt und unter anderem durch Morbiditätsvariablen ergänzt werden soll", vereinbart haben, auch wenn dieses ebenso wie der Durchschnittskostenvergleich seit langem in der Ärzteschaft in der Kritik standen (Gebhard Eugster, KVG: Baustelle statistische Wirtschaftlichkeitsprüfung, Jusletter 27. August 2012 Rz. 13 f., 61 und 82) und Anstoss für parlamentarische Initiativen gegeben hatten, welche schliesslich zur Gesetzesänderung vom 23. Dezember 2011 (Art. 56 Abs. 6 KVG) führten.

## **6.**

Im Weiteren hat das kantonale Schiedsgericht das Vorliegen von Praxisbesonderheiten, welche das Überschreiten des Toleranzwertes von 130 Indexpunkten zu erklären vermöchten (Urteil K 150/03 vom 18. Mai 2004 E. 6.3, nicht publ. in: BGE 130 V 377, aber in: SVR 2005 KV Nr. 4 S. 13), verneint, ebenso kompensatorische Effekte im Sinne einer vergleichsweise geringen Anzahl von Überweisungen an Spezialisten und Spitäler (BGE 133 V 37 E. 5.3.6 S. 41). Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig:

**6.1.** Soweit er die Homogenität der Vergleichsgruppe der Fachärzte 'praktischer Arzt' im Kanton Bern bestreitet, verkennt er, dass bei der hier anzuwendenden Anova-Methode die betreffenden Fachärzte der ganzen Schweiz die Vergleichsgruppe bilden (Gebhard Eugster, Überarztung aus juristischer Sicht, in: Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Gächter/Schwendener [Hrsg.], 2009, S. 123 Rz. 78). Ebenso besteht keine Rechtsprechung, wonach der Umstand, dass der Arzt sich nicht am allgemeinen ärztlichen Notfalldienst beteilige, was bei ihm altershalber zutreffe, als Praxisbesonderheit anerkannt werde.

**6.2.** Sodann sagen weder die Zufriedenheit der Patienten und deren Wohlbefinden noch die Häufigkeit einer bestimmten abgerechneten Tarmed-Position direkt etwas aus über Wirksamkeit und Zweckmässigkeit einer Behandlung, welche Kriterien nach seiner Auffassung bei der "Überprüfung der Überarztung" ebenfalls zu berücksichtigen seien. Im Übrigen hat das kantonale Schiedsgericht

einlässlich dargelegt, weshalb vor dem Hintergrund des Durchschnittsalters der Patienten und der vergleichsweise weit günstigeren Kosten pro Konsultation seine Behandlungsweise weder wirtschaftlich noch zweckmässig sein könne. In der Beschwerde wird nicht substantiiert aufgezeigt, inwiefern die betreffenden Erwägungen Bundesrecht verletzen sollen (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die jederzeitige Erreichbarkeit für seine Patienten, auch für Notfälle, vermag daran nichts zu ändern.

**6.3.** Schliesslich kann dem kantonalen Schiedsgericht im Zusammenhang mit der Frage nach kompensatorischen Einsparungen im Sinne unterdurchschnittlicher Überweisungen an Spezialärzte und Spitäler keine Verletzung der Untersuchungspflicht vorgeworfen werden. Entgegen BGE 133 V 37 E. 5.3.6 S. 41, worauf sich der Beschwerdeführer beruft, gibt es keine statistische Daten zu veranlassten Spitalbehandlungskosten (Urteil 9C\_393/2007 vom 8. Mai 2008 E. 5.2; Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 683 Rz. 907).

**7.**

Die in betraglicher Hinsicht nicht bestrittene Rückforderung von Fr. 33'303.20 für das Jahr 2013 und Fr. 40'204.50 für das Jahr 2014 wegen Verletzung des Gebots der Wirtschaftlichkeit der Leistungen nach Art. 56 Abs. 1 KVG besteht somit zu Recht.

**8.**

Das kantonale Schiedsgericht hat dem unterliegenden Beschwerdeführer die gesamten Verfahrenskosten auferlegt und ihn zur Bezahlung einer (vollen) Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet. Nach dem anwendbaren Art. 109 Abs. 1 VRPG (E. 1.2) sind Verfahrens- und Parteikosten nach Massgabe des Unterliegens auf die Parteien zu verlegen. Der Beschwerdeführer bringt insoweit richtig vor, dass er gemessen an den in der Klagebegründung (vorerst) geltend gemachten Rückforderungssummen von Fr. 49'448.- (2013) und Fr. 67'160.25 (2014; E. 1.1) im Umfang von rund 30 % bzw. 40 % obsiegt hat. Zu beachten ist indessen Art. 109 Abs. 2 VRPG. Danach kann je nach den Umständen auf eine verhältnismässige Teilung der Verfahrens- und Parteikosten erkannt werden, wenn die obsiegende Partei zuviel gefordert oder den Prozessaufwand durch unnötige Weitläufigkeiten vermehrt hat.

**9.**

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

**3.**

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'400.- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern und dem Bundesamt für Gesundheit schriftlich mitgeteilt.