

**Gutachten**

**zu**

**Fragen der "Zweiklassenmedizin"**

**erstattet dem vpod**

von Dr. iur. Ueli Kieser

## Inhaltsverzeichnis

### **1. Teil: Grundlagen**

#### **I. Gegenstand des Gutachtens und Aufbau**

#### **II. Verfassungsrechtliche Ausgangslage**

#### **III. Gesetzliche Ausgangslage**

##### **1. Obligatorische Krankenpflegeversicherung**

##### **2. Zusatzversicherung zur Krankenversicherung**

##### **3. Aufgaben der Kantone im stationären Bereich**

#### **IV. Voraussetzungen und Umfang der Kostenübernahme in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung**

##### **1. Grundsätzliches zur Kostenübernahme in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung**

###### 1.1 Legalitätsprinzip

###### 1.2 Umschreibung der Leistungspflicht mit Listen

###### 1.3 Tarife als Grundlage für die Berechnung der Vergütung

##### **2. Voraussetzungen der Kostenübernahme durch die Krankenpflegeversicherung**

##### **3. Umfang der Kostenübernahme im stationären Bereich**

###### 3.1 Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die im stationären Bereich durchgeführt werden

###### 3.2 Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung eines Spitals

##### **4. Zulassung von Spitälern und anderen Einrichtungen zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflege**

#### **V. Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung**

##### **1. Abgrenzung Grundversicherung - Zusatzversicherung nach den Bestimmungen des KVG**

###### 1.1 Zielsetzung des KVG

###### 1.2 Festlegungen in der parlamentarischen Beratung des Gesetzes

- 1.3 Rechtsprechung zur Trennung Grund- und Zusatzversicherung
2. **Leistungsbereiche, die in der Zusatzversicherung abgedeckt werden können**

## **2. Teil: Beantwortung der gestellten Fragen**

### **I. Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung von Grundversicherten und Zusatzversicherten bei Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen**

#### **II. Aufgabe der Kantone im Bereich der stationären Behandlung**

1. **Zu beurteilende Ausgangslage**
2. **Beantwortung der gestellten Frage**

#### **III. Begriff der "Zweiklassenmedizin"**

#### **IV. Verwendung unterschiedlicher Hilfsmittel**

1. **Zu beurteilende Ausgangslage**
2. **Beantwortung der gestellten Frage**

Literatur

Abkürzungsverzeichnis

## **1. Teil: Grundlagen**

### **I. Gegenstand des Gutachtens und Aufbau**

Das vorliegende Gutachten geht ein auf verschiedene Fragen, die unter dem Thema "Zweiklassenmedizin" gestellt werden. Die einzelnen Fragen sind im 2. Teil des vorliegenden Gutachtens genannt.

Das vorliegende Gutachten geht in seinem 1. Teil auf die Grundlagen ein, wobei ausgegangen wird von der verfassungsrechtlichen und der gesetzlichen Ausgangslage. In der Folge wird geprüft, wie die Kostenübernahme in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und in (allfälligen) Zusatzversicherungen zur Krankenversicherung ausgestaltet ist. Die im 1. Teil behandelten Themen sind so gewählt, dass in der Folge die konkret gestellten Fragen ausgehend von den gewonnenen Ergebnissen beantwortet werden können.

Die zu behandelnden Fragen sind im 2. Teil des Gutachtens aufgegriffen. Ausgehend von dem im 1. Teil gewonnenen Ergebnissen werden die vier gestellten Fragen beantwortet.

Das vorliegende Gutachten beschränkt sich auf juristische Aspekte und beleuchtet diese ausgehend von den massgebenden rechtlichen Bestimmungen unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur.

### **II. Verfassungsrechtliche Ausgangslage**

In der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 18. April 1999, SR 101) klingt die sozialstaatliche und solidarische Ausrichtung der Verfassung bereits in der Präambel an; hier wird festgehalten, "dass die Stärke des Wohles sich misst am Wohl der Schwachen". Hinzuweisen ist sodann auf die in Art. 2 Abs. 3 BV verankerte Chancengleichheit. Es handelt sich dabei um eine "Impulsnorm", die als Dauerauftrag an die Behörden in Bund und Kantonen zu verstehen ist und welche zur Auslegung anderer Normen beigezogen werden kann (Ulrich Meyer-Blaser/Thomas Gächter, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 34 Randziff. 18).

Was die Krankenversicherung im Speziellen betrifft, ergibt sich aus Art. 117 BV, dass der Bund Vorschriften über die Krankenversicherung erlässt, wobei er die Krankenversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären kann. Aus dieser Verfassungsnorm lässt sich eine bestimmte materielle Ausgestaltung der Krankenversicherung nicht ohne weiteres ableiten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Art. 117 BV als reine Kompetenznorm ausgestaltet ist (dazu Brigitte Pfiffner Rauber, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2003, 26). Freilich ist bezogen auf die materielle Ausgestaltung Art. 41 BV zu berücksichtigen, wo Sozialziele genannt werden. Nach Art. 41 Abs. 1 lit. b BV setzen sich Bund und Kantone dafür ein, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. In der Literatur wird diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass das in Art. 41 BV genannte Sozialziel den Anspruch auf Leistungen insoweit zu konkretisieren vermag, als die Formulierung "mindestens notwendige Pflege" verfassungsmässige Richtschnur ist, an welcher sich der Gesetzgeber zu orientieren hat (Pfiffner Rauber, a.a.O., 7).

### **III. Gesetzliche Ausgangslage**

#### **1. Obligatorische Krankenpflegeversicherung**

Massgebende Grundlage für die Ausgestaltung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ist das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG, vom 18. März 1994, SR 832.10). Auf die im vorliegenden Zusammenhang massgebenden Bestimmungen wird nachfolgend einlässlicher einzugehen sein. Gestützt auf Art. 96 KVG hat der Bundesrat (bzw. das Eidgenössische Departement des Innern) Vollzugsverordnungen erlassen.

#### **2. Zusatzversicherung zur Krankenversicherung**

Den Krankenkassen steht es frei, neben der sozialen Krankenversicherung nach KVG Zusatzversicherungen anzubieten. Solche Zusatzversicherungen unterliegen dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG, vom 2. April 1908, SR 221.229.1) (Art. 12 Abs. 2 bzw. Abs. 3 KVG). Wie der Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung von demjenigen der Zusatzversicherung abzugrenzen ist, ist nachfolgend darzustellen (vgl. Ziff. V.1).

### **3. Aufgaben der Kantone im stationären Bereich**

Die im vorliegenden Gutachten zu beantwortenden Fragen beziehen sich auf den stationären Bereich. Insoweit ist im Hinblick auf die Fragenbeantwortung zusammenzustellen, welches die Aufgaben der Kantone im stationären Bereich sind.

Nach Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG kommt den Kantonen die Aufgabe zu, eine Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung vorzunehmen; ebenfalls in den Aufgabenbereich der Kantone fällt die Ausarbeitung einer Spitalliste, welche die zugelassenen Spitäler nennt, wobei die Spitäler nach Leistungsaufträgen in Kategorien zu gliedern sind.

Sodann kommen den Kantonen Aufgaben im Tarifbereich zu. Nach Art. 46 Abs. 4 KVG hat die Kantonsregierung den Tarifvertrag zu genehmigen, wobei sie zu prüfen hat, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht. Fehlt es an einem Tarifvertrag, so hat die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif festzusetzen (Art. 47 Abs. 1 KVG). Wichtige Aufgaben haben die Kantone sodann im Bereich der Betriebsvergleiche zwischen Spitälern; die Kantonsregierungen haben nämlich entsprechende Vergleiche anzuordnen (Art. 49 Abs. 7 KVG). Den Kantonen steht sodann frei, Globalbudgets als Steuerungsinstrument einzusetzen (Art. 51 KVG; vgl. auch Art. 54 KVG).

## **IV. Voraussetzungen und Umfang der Kostenübernahme in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung**

### **1. Grundsätzliches zur Kostenübernahme in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung**

#### **1.1 Legalitätsprinzip**

Das Sozialversicherungsrecht gehört zum öffentlichen Recht. Hier gilt das Legalitätsprinzip. Dieses bringt mit sich, dass die gesamte Tätigkeit im Bereich der Sozialversicherung nach Massgabe von gesetzlichen Bestimmungen zu erfolgen hat. Dies bedeutet mithin einer-

seits, dass ein Handeln nur nach Massgabe von entsprechenden Normierungen zulässig ist; andererseits bringt das Legalitätsprinzip mit sich, dass dort eine Pflicht zum Handeln besteht, wo eine entsprechende Norm vorliegt.

## **1.2 Umschreibung der Leistungspflicht mit Listen**

In der Sozialversicherung ist regelmässig von Bedeutung, welche Leistungen durch den Versicherungsträger zu übernehmen sind. Diesbezüglich fällt ins Gewicht, dass auf der Ebene von Verordnungen regelmässig Listen enthalten sind, welche die gesetzlich festgelegte Leistungspflicht konkretisieren. Dies ist insbesondere in der Krankenversicherung der Fall. So sind etwa in Anhang 1 zur Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV, vom 29. September 1995, SR 832.112.31) bestimmte ärztliche Leistungen aufgeführt, bezogen auf welche eine Vergütungspflicht bejaht, verneint oder unter bestimmten Voraussetzungen als gegeben bezeichnet wird. Was den Charakter dieser Liste betrifft, hat die Rechtsprechung geklärt, dass dieselbe weder als Negativliste noch als Positivliste noch als beispielhafte Aufzählung der leistungspflichtigen Behandlungen geltend kann; vielmehr wird bei Leistungen, welche von Ärztinnen oder Ärzten erbracht werden, angenommen, dass diese Leistungen den Voraussetzungen für die Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung entsprechen, dass also eine entsprechende gesetzliche Vermutung besteht (SVR 2003 KV Nr. 7, Erw. 3.2 bzw. Erw. 4). Dies bedeutet mithin, dass die Frage der Kostenübernahme in der Krankenversicherung insoweit massgebend durch die Leistungserbringerin bzw. den Leistungserbringer gesteuert wird, als es sich um Ärztinnen oder Ärzte handelt.

## **1.3 Tarife als Grundlage für die Berechnung der Vergütung**

Im Krankenversicherungsbereich sind die Entschädigungen für die erbrachten Leistungen in erster Linie in Tarifverträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern festzulegen (Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Genf/München 1998, Randziff. 289). Tarifverträge werden auch mit Spitälern abgeschlossen, wobei hier für die Vergütung der stationären Behandlung Pauschalen vereinbart werden (Art. 49 Abs. 1 KVG). Lediglich für besondere diagnostische oder therapeutische

Leistungen kann vereinbart werden, dass diese getrennt in Rechnung gestellt werden können (Art. 49 Abs. 2 KVG).

Mit entsprechenden Tarifverträgen dürfen freilich nicht die den Versicherten gesetzlich zustehenden Rechte beeinträchtigt werden. Tarifverträge stellen nämlich den im Rahmen der Vertragsverhandlungen durchgesetzten Standpunkt der beteiligten Parteien über die Anwendung der Rechtsregeln dar; sie dienen einer einheitlichen Rechtsanwendung, um eine Gleichbehandlung der Versicherten, aber auch die verwaltungsmässige Praktikabilität zu gewährleisten. Der Tarifvertrag ist insoweit beispielsweise für ein Gericht nicht verbindlich; das Gericht berücksichtigt den Tarifvertrag aber, soweit er eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt. Werden in einem Tarifvertrag Limiten festgesetzt, muss dies so erfolgen, dass die Limiten den Leistungsanspruch der versicherten Person nicht einschränken. Mit anderen Worten vermögen Limiten, die in einem Tarifvertrag enthalten sind, den sozialversicherungsrechtlichen Leistungsanspruch im Verhältnis Leistungserbringer - Versicherung bzw. versicherte Person - Versicherung nicht rechtswirksam zu beschränken. Für tarifvertragliche Höchstansätze verhält es sich ebenso (so Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 9. Januar 2004, I 281/02, Erw. 4.3.1. sowie 4.3.2).

Diese gerichtlich bestätigte Betrachtungsweise lässt mithin die in gewisser Hinsicht beschränkte Bedeutung der Tarifverträge erkennen.

## **2. Voraussetzungen der Kostenübernahme durch die Krankenpflegeversicherung**

Welche Leistungen durch die soziale Krankenpflegeversicherung zu übernehmen sind, wird in Art. 24 ff. KVG umschrieben. Ausgangspunkt bildet die gesetzliche Festlegung, dass die zu vergütenden Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein müssen (Art. 32 Abs. 1 KVG). Das Krankenversicherungsgesetz strebt insoweit zentral die Zielsetzung an, dass die gesamte Bevölkerung für eine umfassende medizinische Versorgung abgedeckt ist; die versicherten Personen sollen zur Deckung der Kosten des medizinischen Grundbedarfs nicht auf irgendwelche Zusatzversicherungen angewiesen sein. Mit dem Krankenversicherungsgesetz wird also eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung sichergestellt (so Eugster, a.a.O., Randziff. 3). Was die Konkretisierung

der vorgenannten allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen (Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit) betrifft, ist auszugehen davon, dass die notwendigen Vorkehrungen zur Krankheitsbehandlung zu übernehmen sind. Notwendig ist dabei eine Vorkehrung, wenn sie in medizinischer Hinsicht zur Erzielung des Erfolges zwangsläufig unentbehrlich und unvermeidlich ist; dabei ist die Notwendigkeit einer bestimmten Vorkehrung nach objektiven Kriterien festzustellen, wobei die begründete Erwartung eines bestimmten Erfolges miteinzubeziehen ist (Eugster, a.a.O., Randziff. 101). Dabei muss zudem berücksichtigt werden, dass Ziel jeder ärztlichen Behandlung die möglichst vollständige Beseitigung der körperlichen oder psychischen Beeinträchtigung ist (Eugster, a.a.O., Randziff. 109). Insoweit sind die zu übernehmenden Leistungen so zu bestimmen, dass sie dem konkreten Fall angepasst sind und den angestrebten Heilungserfolg erwarten lassen (Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, 51).

### **3. Umfang der Kostenübernahme im stationären Bereich**

#### **3.1 Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die im stationären Bereich durchgeführt werden**

Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG sieht vor, dass im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen zu übernehmen sind, die stationär durchgeführt werden; dabei gilt, dass diese Leistungen der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (so Art. 25 Abs. 1 KVG).

Diagnostische Massnahmen sind solche, die sich auf die Klärung einer manifesten Krankheit oder eines konkreten Krankheitsverdachts beziehen. Dabei wird diejenige diagnostische Massnahme ebenfalls erfasst, die deshalb durchgeführt wird, weil eine versicherte Person subjektiv Krankheitssymptome wahrnimmt, auch wenn sich diese im Nachhinein als nicht krankhaft erweisen (Eugster, a.a.O., Randziff. 104).

Von Behandlung einer Krankheit wird dann gesprochen, wenn die entsprechende Massnahme darauf abzielt, die geschädigte Gesundheit so gut wie möglich wieder herzustellen oder zu verbessern. Ziel der Krankheitsbehandlung ist immer die möglichst vollständige Beseitigung der körperlichen oder psychischen Beeinträchtigung. Dies schliesst eine auch über die rein medizinische Zielsetzung hinausgehende Behandlung ein, soweit mittels me-

dizinischer Massnahmen eine möglichst optimale berufliche und soziale Eingliederung erfasst wird (Eugster, a.a.O., Randziff. 109).

Von Belang ist, dass nach Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG auch Pflegemassnahmen erfasst sind. Zur Grundpflege zählen dabei pflegerische Leistungen auch nicht medizinischer Art. Darunter sind Massnahmen zu verstehen, die neben dem seelischen Zuspruch in der Hauptsache jene Handreichungen und Handlungen umfassen, welche die versicherte Person selbst ohne Unterstützung vornehmen würde, wenn sie über die nötige Kraft, den Willen oder das Wissen verfügte (Eugster, a.a.O., Randziff. 114). Bei der in Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG vorgenommenen Abgrenzung der Leistungen ist von einem weitest gefassten Kreis auszugehen; die hier gewählte umfassende Formulierung schränkt die konkreten Massnahmen primär nicht ein; vom Gespräch mit der kranken Person, das wohl nach wie vor die Hauptgrundlage der Diagnosestellung bildet, bis zu den modernsten Diagnosemethoden sind alle Massnahmen inbegriffen (so Pfiffner Rauber, a.a.O., 109).

### **3.2 Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung eines Spitals**

In Art. 25 Abs. 2 lit. e KVG wird festgelegt, dass die im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmenden Leistungen "den Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung eines Spitals" umfassen. Auch hier fällt massgebend ins Gewicht, dass eines der Ziele der Revision des Krankenversicherungsgesetzes war, eine qualitativ hochstehende medizinische Versorgung sicherzustellen (Art. 43 Abs. 6 KVG; BBl 1992 I 174) und gleichzeitig einen "breiteren Schutz als im Rahmen der Grundversicherung nach bisherigem Recht" zu gewähren (BBl 1992 I 140 unten) (so BGE 123 V 305, bezogen auf die allgemeine Abteilung). Dabei fällt ins Gewicht, dass das spezifische Aufgabengebiet des Spitals bestimmt, welche fachliche Ausbildung das Personal aufweisen muss und welche medizinischen Einrichtungen zur gebotenen Mindestausstattung gehören. Jedenfalls muss eine zweckentsprechende personelle und technische Ausstattung vorliegen (relatives Moment), und es ist zudem - im Sinne eines absoluten Moments - ein minimaler Grundbestand an allgemeinen spitalmässigen Einrichtungen und Dienstleistungen notwendig (Eugster, a.a.O., Randziff. 245).

#### **4. Zulassung von Spitälern und anderen Einrichtungen zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflege**

Welche stationären Einrichtungen zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind, wird durch Art. 39 KVG festgelegt. Im vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die Zulassung voraussetzt, dass die betreffende Einrichtung eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleistet, über das erforderliche Fachpersonal verfügt, über zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügt und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleistet (Art. 39 Abs. 1 lit. a bis lit. c KVG). Diese krankenversicherungsrechtlichen Anforderungen an ein Spital stellen einen indirekten Eingriff in die kantonale Spitalhoheit dar, welcher durch das Bundesrecht vorgegeben wird (vgl. Raymond Spira, *Les compétences des cantons en matière d'assurance obligatoire des soins*, in: LAMal-KVG, Lausanne 1997, 73). Es ist insoweit also von erheblicher Bedeutung, dass bundesrechtlich eine bestimmte Mindestleistung in der stationären Einrichtung vorgegeben ist.

#### **V. Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung**

##### **1. Abgrenzung Grundversicherung - Zusatzversicherung nach den Bestimmungen des KVG**

###### **1.1 Zielsetzung des KVG**

Nach dem früheren Krankenversicherungsrecht war die von den Krankenkassen angebotene Zusatzversicherung eng mit den Pflichtleistungen verbunden. Dieses System wurde durch das heute in Kraft stehende Krankenversicherungsgesetz gänzlich umgestaltet. Die Zusatzversicherung wurde aus dem Sozialversicherungsrecht herausgelöst. Nach Art. 12 Abs. 3 KVG unterstehen die von den Krankenversicherungen angebotenen Zusatzversicherungen dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) (dazu grundlegend Alfred Maurer, *Verhältnis obligatorische Krankenpflegeversicherung und Zusatzversicherung*, in: LAMal-KVG, 703 ff.). Der Gesetzgeber hat damit eine konsequente Trennung von Grundversicherung und Zusatzversicherung in die Wege geleitet (vgl. Dominique Wohnlich, *Zusatzleistungen im ambulanten Bereich der Krankenversicherung*, Diss. Zürich 2002, 47).

## 1.2 Festlegungen in der parlamentarischen Beratung des Gesetzes

In der parlamentarischen Beratung wurde betont, dass mit den Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes die Versicherer die gesetzlichen Grundleistungen nach KVG zu erbringen haben. Betont wurde, dass die Versicherer den Leistungsfächer noch weiter öffnen können, wobei dies im Rahmen der vom Privatrecht normierten Zusatzversicherungen geschehen könne (vgl. AB 1992 S 1273; Ständerat Huber). Einschränkend wurde darauf hingewiesen, dass "Zusatzversicherungen (...) also nur noch die Aufgabe (haben), Komfortleistungen abzudecken"; es wurde zudem vermerkt, dass aus diesem Grund ein gewisser Ausbau der Leistungen in der Grundversicherung unabdingbar gewesen sei, wobei gerade "die unbeschränkte Leistungspflicht im Spital" als Beispiel genannt wurde (vgl. AB 1993 N 1737; Nationalrätin Segmüller). Rückschlüsse auf die Abgrenzung zwischen Grundversicherung und Zusatzversicherung lassen sich zudem aus der parlamentarischen Beratung der 2. KVG-Revision ableiten. Hier wird deutlich aufgezeigt, dass mit Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht jedwelche Entschädigung vereinbart werden kann. So wird vermerkt, dass im stationären Bereich "in Folge der Durchsetzung des Tarifschutzes bei der Behandlung von Zusatzversicherten in öffentlichen Spitälern" erhebliche und nicht bezifferbare Einnahmehausfälle resultieren werden (vgl. AB 2001 S 630; Ständerat Büttiker). Sodann wurde vermerkt, dass aus den Zusatzversicherungen alles zu bezahlen ist, "was über die Basisleistungen hinausgeht" (vgl. AB 2001 S 638; Ständerat Brändli); inhaltlich wurde dies dahingehend spezifiziert, dass aus einer Zusatzversicherung effektiv nur "die freie Arztwahl und die Wahl der Unterbringung, des Zimmers" zu bezahlen sind (vgl. AB 2001 S 644; Ständerat David). Dies führte - was hier anzufügen ist - denn auch dazu, dass in der Literatur betont wird, dass für eine Abgeltung durch die Zusatzversicherung nur sehr beschränkte Leistungen in Frage kommen, zu welchen Hotellerieleistungen und Nicht-Pflichtleistungen wie Face-Lifting, Operationen mit rein ästhetischer Zielsetzung an den Mammae, Haartransplantationen und Ähnliches in Frage kommt (dazu H.H. Brunner, Teilrevision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, Schweizerische Ärztezeitung 2000 2570). Die durch das Krankenversicherungsgesetz strikt vorgenommene Teilung zwischen Grundversicherung und Zusatzversicherung bringt also mit sich, dass im Rahmen der Zusatzversicherung nur nicht-kassenpflichtige medizinische Massnahmen (z.B. ambulante Eingriffe rein ästhetischer Natur) und gewisse Leistungen der Komplementärmedizin versichert werden können (so Christian Conti, Zusatzhonorar des Arztes und KVG, AJP 2001 1152).

### **1.3 Rechtsprechung zur Trennung Grund- und Zusatzversicherung**

Die Gerichte hatten sich in Teilbereichen bereits mit der Abgrenzung zwischen Grundversicherung und Zusatzversicherung zu befassen. Im Vordergrund steht ein Entscheid des Bundesgerichtes, in dem festgelegt wird, dass der im Bereich des Krankenversicherungsgesetzes geltende Tarifschutz einer Abrechnung ausserhalb des festgesetzten Tarifes dann nicht entgegensteht, wenn es um die Vergütung "echter Mehrleistungen" geht, die inhaltlich über den Leistungsumfang der obligatorischen Krankenpflegeversicherung hinausgehen (BGE 126 III 350). Sodann hat das Bundesgericht entschieden, dass wegen des Tarifschutzes und unter Berücksichtigung des zwingenden Grundsatzes des Einheitstarifs die Möglichkeit des Arztes und der Ärztin, vom Patienten und der Patientin Honorarzuschläge zu verlangen, aufgehoben werde; es könnten - so das Bundesgericht - mit Zusatzversicherungen nur echte Mehrleistungen abgedeckt werden, "wie im stationären Bereich etwa die Kosten für den Aufenthalt in der Privat- oder halbprivaten Spitalabteilung anstelle derjenigen in der allgemeinen Abteilung" (Entscheid 5C.162/2000, Erw. 2.b.a.a; zum Ganzen auch Ueli Kieser, Die Bedeutung des krankenversicherungsrechtlichen Tarifschutzes im stationären Bereich, SZS 2003 424 f.).

## **2. Leistungsbereiche, die in der Zusatzversicherung abgedeckt werden können**

Nach den voranstehenden Ausführungen ist offensichtlich, dass Zusatzversicherungen nur "echte Mehrleistungen" abdecken können, welche gänzlich ausserhalb des Leistungsbereiches der obligatorischen Krankenpflegeversicherung liegen. Sämtliche Bereiche, die gestützt auf die bundesrechtlich vorgegebenen Bestimmungen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu erbringen sind, können und dürfen nicht über Zusatzversicherungen abgedeckt werden.

Auszugehen ist mithin von der Frage, welche Leistungen nach dem heute geltenden Krankenversicherungsgesetz zwingend zu erbringen sind. Dabei fällt massgebend ins Gewicht, dass der Gesetzgeber bewusst eine Ausweitung des Kreises der im Rahmen der Grundversicherung zu übernehmenden Leistungen festgelegt hat. So sind etwa - im ambulanten Bereich - zusätzlich bestimmte zahnärztliche Behandlungen zu übernehmen; ferner sind

durch Festlegungen auf Verordnungsebene die Leistungen gerade in Bereichen ausgebaut worden, welche bislang oft durch Zusatzversicherungen abgedeckt wurden (etwa Ernährungsberatung oder Leistungen in der Komplementärmedizin; dazu Wohnlich, a.a.O., 72). Dies führt für den ambulanten Bereich dazu, dass der Kreis der zusatzversicherungsfähigen Leistungen erheblich geschmälert wurde (so die Feststellung bei Wohnlich, a.a.O., 73).

Für den stationären Bereich ist ebenfalls davon auszugehen, dass nur sogenannte "echte" Mehrleistungen über Zusatzversicherungen abgedeckt werden können. Den stationären Einrichtungen verbleibt also nur bei entsprechenden Mehrleistungen ein Spielraum, um Zusatzleistungen anzubieten. Solche Zusatzleistungen können etwa darin bestehen,

- dass die zusatzversicherte Person die Behandlung durch eine und diesselbe Person (in der Regel den Chefarzt bzw. die Chefärztin) verlangen kann,
- dass Chefärztinnen und Chefärzte Leistungen erbringen, für die sie "überqualifiziert" sind (etwa das Anlegen eines einfachen Verbandes durch die Chefärztin),
- dass häufiger oder länger als medizinisch erforderlich Visiten etc. vorgenommen werden (etwa dreimaliger Arztbesuch am Tag, ohne dass dies medizinisch notwendig wäre),
- dass die pflegerischen Massnahmen regelmässig durch dieselbe Personen vorgenommen werden (Zuteilung einer verantwortlichen Krankenschwester),
- dass der Komfort höher ist,
- dass Einzelleistungen erbracht werden, die in der Grundversicherung nicht abgedeckt sind (z.B. Zusatzberatungen, medizinisch nicht erforderliches Literaturstudium oder besondere Patientenberatung über das medizinisch gebotene Mass hinaus) (so Ueli Kieser, a.a.O., 427 f.).

## **2. Teil: Beantwortung der gestellten Fragen**

### **I. Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung von Grundversicherten und Zusatzversicherten bei Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen**

Die Beantwortung der gestellten Frage hat auszugehen davon, dass mit dem heutigen Krankenversicherungsgesetz eine zeitgemässe und umfassende medizinische Grundversorgung auf Kosten der sozialen Krankenversicherung sichergestellt wird (dazu Eugster, a.a.O., Randziff. 3). Die Sicherstellung einer qualitativ hochstehenden und zweckmässigen gesundheitlichen Versorgung stellt ein weiteres Ziel des Krankenversicherungsgesetzes dar, womit der Gesetzgeber sich vom bisherigen System abgewendet hat, in welchem lediglich ein Minimalleistungskatalog vorgeschrieben war (Eugster, a.a.O., Randziff. 3). Deshalb wird denn auch verschiedentlich betont, dass mit dem Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes ein Leistungsausbau einherging. Folgerichtig konnte sich der Gesetzgeber bei dieser Ausgangslage dazu entschliessen, den Bereich der über Zusatzversicherungen abzudeckenden Leistungen enger zu umschreiben. Wie insbesondere aus den parlamentarischen Beratungen deutlich entnommen werden kann, war sich der Gesetzgeber gerade bezogen auf den stationären Bereich - klar bewusst, dass einerseits der Grundversorgungsbereich ausgebaut und andererseits der Zusatzversicherungsbereich eingeschränkt wird.

Eine zweite massgebende Feststellung bezieht sich auf den durch die Zusatzversicherung zulässigerweise noch abzudeckenden Bereich. Insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG steht nämlich fest, dass der gesamte medizinische Bereich durch die Grundversicherung zu übernehmen ist. Die in der genannten Bestimmung erfassten Bereiche der Untersuchung, der Behandlung und der Pflegemassnahme sind sehr weit gefasst und schliessen gar eine über die rein medizinische Zielsetzung hinausgehende Leistung ein (dazu Eugster, a.a.O., Randziff. 109). Entsprechend wurde denn auch in der parlamentarischen Beratung des Gesetzes betont, dass Zusatzversicherungen sich auf "Komfortleistungen" zu beschränken haben.

Diese Betrachtungsweise wird gestärkt durch die neueste Rechtsprechung, nach welcher im Rahmen von Zusatzversicherungen lediglich noch "echte Mehrleistungen" abgedeckt werden können. Es muss sich also bei Leistungen, die für zusatzversicherte Personen erbracht werden sollen, um solche handeln, die von ihrer Art her andere sind als solche, die in der Grundversicherung erbracht werden. Weil aber - wie aufgezeigt - in der Grundversicherung der gesamte medizinisch massgebende Bereich abgedeckt wird, wird klargestellt, dass - wie dies denn auch in der parlamentarischen Beratung hervorgehoben wurde - die Zusatzversicherungen lediglich noch Komfortleistungen (Hotellerie, Einbettzimmer etc.)

abdecken können. Zu diesen Komfortleistungen zählen auch medizinisch nicht notwendige Leistungen (wie etwa die durchgängige Betreuung durch den Chefarzt bzw. die Chefärztin).

Ausgehend von dieser durch das Parlament klar vorgegebenen und durch die Rechtsprechung bestätigten Auffassung steht fest, dass im pflegerisch-medizinischen Bereich Grundversicherte und Zusatzversicherte insoweit gleich behandelt werden müssen, als es sich um medizinisch notwendige Bereiche handelt.

Es ist bezogen auf einzelne in Frage stehende Massnahmen zu entscheiden, ob sie zum medizinisch notwendigen Bereich gehören oder nicht. Dabei muss freilich beachtet werden, dass nach der klaren Zielsetzung des heutigen Krankenversicherungsgesetzes der Leistungsbereich gegenüber dem früheren Rechtszustand ausgebaut wurde und dass nicht nur eine qualitativ durchschnittliche, sondern eine qualitativ hochstehende Versorgung angestrebt wird.

Zusammenfassend ist deshalb aus juristischer Sicht festzuhalten, dass im medizinischen Bereich eine unterschiedliche Behandlung von Grundversicherten und Zusatzversicherten nicht zulässig ist.

## **II. Aufgabe der Kantone im Bereich der stationären Behandlung**

### **1. Zu beurteilende Ausgangslage**

Die Frage bezieht sich auf Entwicklungen im Kanton Zürich, welche dahingehen, dass bestimmte bzw. zu bestimmende Massnahmen im Bereich der Grundversicherung nicht mehr erbracht werden. Als Beispiele genannt werden Gespräche mit Angehörigen von Patientinnen und Patienten, die Intensität der Betreuung oder die Wartefrist bei der Körperpflege (Beispiele gemäss Tages-Anzeiger vom 12. Juni 2004, 13). Ebenfalls angesprochen wird die Frage, ob Operationen durch den Chefarzt bzw. die Chefärztin vorgenommen werden (Neue Zürcher Zeitung vom 23. Juni 2004).

Insoweit wird offensichtlich, dass auf kantonaler Ebene eine Umgestaltung des durch die Grundversicherung zu erbringenden Leistungsrahmens angestrebt bzw. diskutiert wird.

Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass ein einzelner Kanton das Leistungsangebot in der Grundversicherung bestimmen kann.

## **2. Beantwortung der gestellten Frage**

Durch den Erlass des Krankenversicherungsgesetzes hat der Bundesgesetzgeber die ihm verfassungsrechtlich zustehende Kompetenz ausgeschöpft. In der Literatur wird entsprechend betont, dass gerade im stationären Bereich durch die krankenversicherungsrechtlichen Anforderung ein Eingriff in die kantonale Spitalhoheit erfolgt. Insoweit ist festzustellen, dass das Ausmass der im stationären Bereich zu erbringenden Leistungen nicht durch kantonale Regelungen bestimmt wird, sondern durch bundesrechtliche Normen umschrieben wird. Es steht insoweit nicht einem Kanton zu, eine Auslegung der bundesrechtlichen Normierung unter Berücksichtigung seiner eigenen Interessen vorzunehmen. Vielmehr haben die kantonalen Behörden sich bei der Auslegung der bundesrechtlichen Normen von den allgemeinen Auslegungsprinzipien leiten zu lassen, was mit sich bringt, dass insbesondere die Überlegungen des Bundesgesetzgebers miteinzubeziehen sind. Dies ist gerade im hier interessierenden Bereich von Belang, da sich aus der parlamentarischen Beratung des Krankenversicherungsgesetzes klar entnehmen lässt, dass im stationären Bereich gegenüber dem früheren Rechtszustand ein bestimmter Ausbau der Leistungen erfolgen muss. Nicht hinnehmbar ist im Übrigen, dass einzelne Kantone voneinander abweichende Auslegungen von bundesrechtlichen Bestimmungen über das Leistungsniveau im stationären Bereich vornehmen; denn bei der Umsetzung von bundesrechtlich vorgegebenen Bereichen ist eine einheitliche Auslegung der Bestimmungen vorzunehmen.

Dies bringt mit sich, dass gegebenenfalls durch die Aufsichtsinstanz auf Bundesebene einzuschreiten ist, wenn einzelne Kantone von den Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes abweichen wollen bzw. entsprechende Überlegungen vornehmen. Nach Art. 76 Abs. 1 ATSG überwacht der Bundesrat die Durchführung der Sozialversicherungen. Ebenfalls einzubeziehen ist Art. 21 KVG, wo bestimmt wird, dass den Versicherern Weisungen zur einheitlichen Anwendung des Bundesrechts erteilt werden können. Dies belegt ebenfalls, dass dem Bundesgesetzgeber am einheitlichen Vollzug des Krankenversicherungsgesetzes erheblich gelegen ist.

### **III. Begriff der "Zweiklassenmedizin"**

Es finden sich politische Äusserungen, wonach die Zweiklassenmedizin "politisch übers Krankenversicherungsgesetz gewollt" ist (so etwa Neue Zürcher Zeitung, 23. Juni 2004). Diese Festlegung ist unzutreffend. Nach den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass gerade im medizinischen Bereich die Zusatzversicherungen keine Zusatzleistungen anbieten dürfen. Lediglich dort, wo es um sogenannte Komfortleistungen geht, steht den Zusatzversicherungen ein Deckungsbereich offen. Der Bundesgesetzgeber wollte mit dem Erlass des Krankenversicherungsgesetzes die "Zweiklassenmedizin" gerade verhindern bzw. aufheben. Dies wird denn auch durchwegs entsprechend dargestellt. So hat etwa die Eidgenössische Kommission für Grundsatzfragen der Krankenversicherung in Thesen, welche sie erarbeitet hat, festgelegt, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung alle für die Gesundheit relevanten Leistungen abdeckt und damit eine Zweiklassenmedizin verhindert (vgl. CHSS 2000 198). Es ist ein offensichtlicher Widerspruch zu den vorstehend aufgezeigten Entscheidungen des Bundesgesetzgebers und ein Nichtberücksichtigen der dazu entwickelten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wenn davon gesprochen wird, das Krankenversicherungsgesetz "wolle" eine "Zweiklassenmedizin". Richtig ist demgegenüber, dass das Krankenversicherungsgesetz den gesamten medizinischen Bereich einheitlich und umfassend in die Grundversicherung einordnete; für die Zusatzversicherungen verbleibt der Komfortbereich, wobei gerade medizinische Leistungen nicht unterschiedlich erbracht werden dürfen. Der Begriff der "zwei Klassen" kann sich mithin lediglich auf Komfortleistungen (wie etwa Hotellerie-Leistungen oder medizinisch nicht notwendige Bereiche) beziehen. Es stellt eine nicht hinnehmbare Verdrehung der gesetzgeberischen Absichten dar, wenn ausgeführt wird, das Krankenversicherungsgesetz wolle eine Zweiklassenmedizin einführen. Angesichts der offensichtlichen Unzulässigkeit entsprechender Feststellungen mag gerechtfertigt sein, der Aufsichtsinstanz Kenntnis von solchen Äusserungen zu geben, damit diese die allenfalls erforderlichen Schritte in die Wege leiten kann.

### **IV. Verwendung unterschiedlicher Hilfsmittel**

#### **1. Zu beurteilende Ausgangslage**

Nach Mitteilungen in der Tagespresse werden bei bestimmten Hilfsmitteln Unterschiede gemacht zwischen Grundversicherten und Zusatzversicherten. So wird als Beispiel genannt, dass ein Herzschrittmacher, der sich den Aktivitäten der tragenden Person anpasst, nur bei Zusatzversicherten Verwendung findet (vgl. Tages-Anzeiger, 12. Juni 2004, 13).

## **2. Beantwortung der gestellten Frage**

Auszugehen ist davon, dass der Herzschrittmacher kein Hilfsmittel im juristischen Sinne darstellt; dazu zählen nämlich dann Gegenstände nicht, wenn sie ihre Ersatzfunktionen nur erfüllen können, wenn sie zunächst - wie dies beim Herzschrittmacher der Fall ist - durch einen chirurgischen Eingriff ins Körperinnere verbracht werden und nur auf gleiche Weise wieder zu ersetzen sind (dazu BGE 115 V 191; Verneinung der Hilfsmittelfunktion für einen Herzschrittmacher in: ZAK 1966 49). Dies wiederum bedeutet, dass die Verwendung eines Herzschrittmachers zu den üblichen Behandlungen zählt. Dies wiederum lässt erkennen, dass die Frage, ob ein Herzschrittmacher von einer bestimmten Qualität einzusetzen ist oder nicht, ausschliesslich nach medizinischen Gesichtspunkten zu beantworten ist. Massgebend sind mithin die allgemeinen Voraussetzungen, welche an die Kostenübernahme durch die Krankenpflegeversicherung gestellt werden. Es muss sich um eine wirksame, zweckmässige und wirtschaftliche Leistung handeln (vgl. Art. 32 Abs. 1 KVG). Von Bedeutung ist im Übrigen diesbezüglich, dass nach Art. 20 Abs. 2 der Krankenpflege-Leistungsverordnung (SR 832.112.31) Mittel und Gegenstände, welche in den Körper implantiert werden, in der "Liste der Mittel und Gegenstände", für welche die Krankenversicherung eine Vergütung zu leisten hat, nicht aufgeführt sind. Ihre Vergütung wird vielmehr mit der entsprechenden Behandlung in den Tarifverträgen geregelt. Insoweit ist von Bedeutung, dass nach Art. 49 KVG zwischen den Vertragsparteien - den Spitälern und der Krankenversicherung - vereinbart wird, wie die stationär zu erbringenden Leistungen vergütet werden. Was den Tarifvertrag als solchen betrifft, fällt nach der Rechtsprechung massgebend ins Gewicht, dass Tarifverträge keine eigenen Rechtsregeln darstellen, sondern nur eine Konkretisierung und Umschreibung der gesetzlichen und ordnungsmässigen Bestimmungen beinhalten. Tarifverträge stellen deshalb (wie Verwaltungsweisungen) den - im Rahmen der Vertragsverhandlungen durchgesetzten - Standpunkt der Beteiligten über die Anwendung der Rechtsregeln dar und dienen einer einheitlichen Rechtsanwendung, um eine Gleichbehandlung der Versicherten, aber auch die verwaltungsmässige Praktikabilität zu gewährleisten. Der Tarifvertrag ist insoweit für ein Gericht nicht verbindlich; das Gericht berücksichtigt

den Tarifvertrag aber, soweit er eine dem Einzelfall angepasste und gerechtfertigte Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt. Werden in einem Tarifvertrag Limiten festgesetzt oder bestimmte Gegenstände nicht aufgeführt, muss dies so erfolgen, dass der gesetzliche Leistungsanspruch der versicherten Person nicht eingeschränkt wird. Mit anderen Worten vermögen entsprechende tarifvertragliche Einschränkungen den sozialversicherungsrechtlichen Leistungsanspruch im Verhältnis Leistungserbringer - versicherte Person nicht rechtswirksam zu beschränken (dazu Näheres im Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 9. Januar 2004, I 281/02, Erw. 4.3.1 sowie 4.3.2). Mithin hat sich die erwähnte Frage nicht nach (allfälligen) tarifvertraglichen Bestimmungen, sondern nach den allgemeinen krankensicherungsrechtlichen Grundsätzen zu beantworten.

Weil mithin der Herzschrittmacher einen typischen und ausschliesslichen medizinischen Bereich betrifft, fällt ausser Betracht, bei zusatzversicherten Personen einen qualitativ besseren Herzschrittmacher einzusetzen als bei grundversicherten Personen. Insoweit kann mit den gesetzgeberischen Zielsetzungen kaum in Übereinstimmung gebracht werden, dass ein Herzschrittmacher mit der Fähigkeit, sich der Aktivität der tragenden Person anzupassen, lediglich bei zusatzversicherten Personen eingesetzt wird.

Zürich, 26. August 2004

**Zitierte Literatur:**

H.H. Brunner, Teilrevision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, Schweizerische Ärztezeitung 2000 2570

Christian Conti, Zusatzhonorar des Arztes und KVG, AJP 2001 1148 ff.

Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Genf/München 1998

Ueli Kieser, Die Bedeutung des krankenversicherungsrechtlichen Tarifschutzes im stationären Bereich, SZS 2003, 419 ff.

Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996

Alfred Maurer, Verhältnis obligatorische Krankenpflegeversicherung und Zusatzversicherung, in: LAMal-KVG, Lausanne 1997, 703 ff.

Ulrich Meyer-Blaser/Thomas Gächter, Der Sozialstaatsgedanke, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 34

Brigitte Pfiffner Rauber, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2003

Raymond Spira, Les compétences des cantons en matière d'assurance obligatoire des soins, in: LAMal-KVG, Lausanne 1997, 63 ff.

Dominique Wohnlich, Zusatzleistungen im ambulanten Bereich der Krankenversicherung, Diss. Zürich 2002

**Abkürzungen:**

AB	Amtliches Bulletin von National- und Ständerat
BBI	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
CHSS	Soziale Sicherheit (Hrsg.: Bundesamt für Sozialversicherung)
SVR	Sozialversicherungsrecht – Rechtsprechung
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen