

Gutachten

erstattet der

FMH · Verbindung der Schweizer Ärztinnen und
Ärzte/Fédération des médecins suisses

Elfenstrasse 18, Postfach

3000 Bern 16

sowie der

FMPP

Altenbergstr. 29

Postfach 686

CH-3000 Bern 8

zu Fragen

der Ausgestaltung der angeordneten Psychotherapie

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich

Inhalt

1	Auftrag.....	3
2	Vorbemerkung.....	3
3	Fragestellung	3
4	Aufbau	4
5	Ausgangslage.....	4
6	Allgemeine Kennzeichen des Anordnungsmodells in der Krankenversicherung	6
6.1	Allgemeines.....	6
6.2	Bezugnahme auf «Organisation»	6
7	Massgebende Fragestellungen	7
8	Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen, und «Organisationen»	8
8.1	Einordnung.....	8
8.2	Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG	8
8.3	Organisation	9
9	Personen, die in der Einrichtung und der Organisation tätig sein können	9
9.1	In der Einrichtung tätige Personen	9
9.2	In der Organisation tätige Personen	11
9.2.1	Grundsätzliche Einordnung.....	11
9.2.2	Zur «Scharnierfunktion» von Arzt und Ärztin.....	13
9.3	Möglichkeit zur Tätigkeit verschiedener Leistungserbringender bei einer Einrichtung bzw. bei einer Organisation.....	16
9.3.1	Ausgangspunkt.....	16
9.3.2	Einordnung.....	17
9.3.3	Zwischenergebnis	17
9.3.4	Hinweis auf die Bedeutung des kantonalen Rechts/Hinweis auf Vorläufigkeit der Beantwortung.....	18
10	Rechtsform von Einrichtungen und Organisationen	18
10.1	Zur Fragestellung	18
10.2	Stellungnahme des Bundesamts für Gesundheit	19
10.3	Literatur	19
10.4	Rechtsprechung	21
10.5	Bisherige Versicherungsdurchführung	23
10.6	Zulässige Rechtsformen.....	23
10.6.1	Ausgangspunkt.....	23
10.6.2	Zwischenergebnis	24
11	Beantwortung der gestellten Fragen	25
11.1	Vorbemerkung	25
11.2	Wird es zukünftig unter dem Anordnungsmodell möglich sein, dass Ärzte und psychologische Psychotherapeuten vereint unter dem Dach einer einzigen juristischen Person angestellt sind?.....	25
11.3	Wenn die erste Frage bejaht wird, welche organisatorischen Voraussetzungen sind innerhalb der juristischen Person für eine saubere Abgrenzung der beiden Organisationen zu treffen, damit die Einrichtung der Ärzt*innen gemäss Art. 39 KVV und die Einrichtung der Psychotherapeut*innen und Psychologen gemäss Art. 52e KVV zulasten der OKP abrechnen können?	26
11.4	Dürfen Anordnungen von Ärzt*innen durch Psychotherapeut*innen innerhalb derselben juristischen Person angenommen werden?.....	26
11.5	Können eine Organisation der psychologischen Psychotherapie nach Artikel 52e KVV und eine ärztliche Organisation gemäss Artikel 39 KVV zusammen eine juristische Person gründen, über welche sie beispielsweise Dienstleistungen für die beiden Tochtergesellschaften laufen lassen (z.B.	

Buchhaltung, Administration etc.) oder das Gebäude mieten und an die Tochtergesellschaften untervermieten können?.....	27
12 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	27
13 Hinweise zur praktischen Umsetzung.....	28
13.1 Ausgangspunkt.....	28
13.2 Grundsatz der selbständigen und auf eigene Rechnung erfolgenden Tätigkeit der psychologischen Therapeutin/des psychologischen Therapeuten	28
13.3 Auswirkungen auf die ärztliche Tätigkeit	29
13.4 Ärztliche Tätigkeit und psychologische Psychotherapie in derselben Praxis.....	30
13.5 Ergebnisse.....	30

1 Auftrag

Am 9. April 2022 wurde der Unterzeichnende angefragt, ob er zu bestimmten Fragen der Ausgestaltung der angeordneten Psychotherapie ein Gutachten schreiben könne. Dies wurde in der Folge grundsätzlich bejaht, worauf am 11. April 2022 der Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt wurde. Am 13. Mai 2022 wurden ergänzende Fragen gestellt. Eine Besprechung erster Ergebnisse fand gleichentags statt.

2 Vorbemerkung

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstattet. Es nennt alle verwendeten Quellen und bezeichnet gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten bei der Bewertung bestimmter Fragen. Wie üblich kann mit der Abgabe des vorliegenden Gutachtens nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Frage zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche im vorliegenden Gutachten als zutreffend bezeichnet werden.

3 Fragestellung

Im Rahmen des Gutachtens sind folgende Fragen zu beantworten:

1. Wird es zukünftig unter dem Anordnungsmodell möglich sein, dass Ärzte und psychologische Psychotherapeuten vereint unter dem Dach einer einzigen juristischen Person angestellt sind?
2. Wenn die erste Frage bejaht wird, welche organisatorischen Voraussetzungen sind innerhalb der juristischen Person für eine saubere Abgrenzung der beiden Organisationen zu treffen, damit die Einrichtung der Ärzt*innen gemäss Art. 39 KVV und die Einrichtung der Psychotherapeut*innen und Psychologen gemäss Art. 52e KVV zulasten der OKP abrechnen können?
3. Dürfen Anordnungen von Ärzt*innen durch Psychotherapeut*innen innerhalb derselben juristischen Person angenommen werden?

4. Können eine Organisation der psychologischen Psychotherapie nach Artikel 52e KVV und eine ärztliche Organisation gemäss Artikel 39 KVV zusammen eine juristische Person gründen, über welche sie beispielsweise Dienstleistungen für die beiden Tochtergesellschaften laufen lassen (z.B. Buchhaltung, Administration etc.) oder das Gebäude mieten und an die Tochtergesellschaften untervermieten können?

4 Aufbau

Im Aufbau hält sich das vorliegende Gutachten an die vorgenannten Fragen. Es wird – nach einer Schilderung der Ausgangslage (Ziff. 5) – zunächst aufgezeigt, welches die allgemeinen Kennzeichen des Anordnungsmodells, etwa im Bereich der Physiotherapie, sind (Ziff. 6). In der Folge werden die gestellten Fragen eingeordnet (Ziff. 7). Im nächsten Abschnitt erfolgt eine Erläuterung der Formen der «Einrichtung» und der «Organisation» (Ziff. 8). Ziff. 9 geht auf in Einrichtung/Organisation tätigen Personen ein, und in Ziff. 10 wird auf die zulässigen Rechtsformen eingegangen. Gestützt auf diese Basis können in der Folge die gestellten Fragen beantwortet werden (Ziff. 11). Eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse findet sich am Schluss des Gutachtens (Ziff. 12). Der praktischen Umsetzung ist Ziff. 13 gewidmet.

5 Ausgangslage

Bei der Erteilung des Auftrags wurde die Ausgangslage wie folgt geschildert:

*Das Modell der delegierten Psychotherapie, in welchem Psychotherapeut*innen unter der direkten Aufsicht und Verantwortung einer Ärztin/eines Arztes und im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses arbeiten wird per 1. Juli 2022 vom Anordnungsmodell Psychotherapie abgelöst. In diesem können psychologische Psychotherapeut*innen künftig zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) selbständig und auf eigene Rechnung tätig sein, Voraussetzung ist eine ärztliche Anordnung. Die Psychotherapeut*innen können entweder selbständig tätig sein (Art. 50c KVV-neu) oder sich in Organisationen der psychologischen Psychotherapie zusammenschliessen (Art. 52e KVV-neu).*

*Wenn Ärzt*innen eine gemeinsame Praxis im Rechtskleid einer juristischen Person betreiben (üblicherweise eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Aktiengesellschaft) gelten sie als Einrichtung, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dient (Art. 39 KVV) und als Leistungserbringerin im Sinne des KVG auftritt. Die juristische Person tritt als Arbeitgeberin für die Ärzt*innen, Medizinische Praxisassistent*innen und im bisherigen Modell der delegierten Psychotherapie auch der Psychotherapeut*innen auf. Im neuen Anordnungsmodell hingegen ist dies nicht mehr möglich; entweder sind die Psychotherapeut*innen selbständig und auf eigene Rechnung tätig oder sie schliessen sich in Organisationen der psychologischen Psychotherapie zusammen.*

Aufgrund dieser neuen Rechtslage hat die FMH sich mit folgender Fragestellung an das BAG gewandt:

«In Bezug auf das Anordnungsmodell Psychologische Psychotherapie erhalten wir im Rahmen unserer Rechtsberatung für Mitglieder immer mehr Anfragen. Insbesondere ein Thema steht bei Ärzten und

Psychologen im Mittelpunkt, nämlich die Anstellung von Ärzten und psychologischen Psychotherapeuten in juristischen Personen wie GmbH's oder AG's.

Einerseits können ja Ärzte in Einrichtungen gemäss Art. 36a KVG angestellt werden. Andererseits ist es zukünftig gemäss Art. 52e KVV möglich, dass sich psychologische Psychotherapeuten in Organisationen der psychologischen Psychotherapie zusammenschliessen. Wird es zukünftig möglich sein, dass Ärzte und psychologische Psychotherapeuten unter dem Dach einer juristischen Person angestellt werden und diese einerseits als Einrichtung gemäss Art. 36a KVG gilt und andererseits als Organisation der psychologische Psychotherapie?

Ihre Website führt in diesem Zusammenhang in den FAQ auf:

3. Was gilt für eine bestehende Gruppenpraxis aus 3 bis anhin delegierenden Ärzten und 4 heute delegiert arbeitenden eidg. anerkannten Psychotherapeutinnen?

Sie gelten nicht alle zusammen als Organisation der Psychotherapie nach Art .52e. Den eidg. anerkannten Psychotherapeutinnen steht es frei, sich zu einer Organisation der Psychotherapie zusammenzuschliessen oder selbständig und auf eigene Rechnung tätig zu sein.

Die ärztlichen Fachpersonen erbringen keine Leistungen der psychologischen Psychotherapie und erfüllen nicht die genannten Voraussetzungen. Sie können sich hingegen als Einrichtung nach Artikel 36a des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) zusammenschliessen.

Inwieweit Sie sich Praxisräumlichkeiten teilen und als Gemeinschaftspraxis organisieren wollen, wird nicht über KVV oder KLV reglementiert und bleibt Ihnen überlassen.

Diese Antwort lässt jedoch offen, ob eine juristische Person als Dach für beide zulässig ist.»

Diese Frage wurde seitens des BAG wie folgt beantwortet:

«Wollen sich Ärztinnen/Ärzte mit Psychotherapeuten und Psychotherapeutinnen in einer gemeinsamen Praxis niederlassen, so müssen sich die Ärztinnen/Ärzte gegenüber in einer Organisation nach Art. 39 Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) zusammenschliessen und die Psychotherapeuten und Psychotherapeutinnen in einer Organisation nach Art. 52e KVV, um zulasten der OKP abrechnen zu können. Es müssen also zwei eigenständige Organisationen sein, die als solche beim Kanton zugelassen sind und jeweils gegenüber der OKP als Rechnungssteller auftreten.

Wie sich diese beiden Organisationen ausserhalb der Krankenversicherung für die Praxisführung weiter organisieren (also als eine oder als mehrere juristische Personen, oder die Art Unternehmen), wird in der Gesetz- und Verordnungsgebung über die OKP nicht geregelt und erscheint deshalb für die Abrechnung von Leistungen gegenüber der OKP nicht relevant.

Die Zuständigkeit der Zulassung von allen Leistungserbringenden für die Tätigkeit zu Lasten der OKP wird mit diesen Anpassungen per 1. Januar 2022 von den Krankenversicherern hin zu den Kantonen verlagert. Allenfalls könnten Sie bei den Kantonen nachfragen, ob diese bei der Zulassung Bedingungen an die Unternehmensform stellen. Uns sind solche Pläne nicht bekannt.

Bitte beachten Sie noch, dass durch die am 23. Juni 2021 vom Bundesrat beschlossene KVG-Revision «Zulassung von Leistungserbringern» weitere Anpassungen erfolgten (z.B. Einrichtung nach Artikel 36a des KVG neu geregelt in Art. 39 KVV als Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen). Wir werden unsere FAQ diesbezüglich noch anpassen. Bereits heute finden Sie jedoch unter Links unten einen Verweis auf die entsprechenden Dokumente und die per 1. Januar 2022 in Kraft tretenden Anpassungen.»

Allerdings wird diese Aussage offenbar BAG-intern wieder in Frage gestellt, weshalb die Fragen gutachtlich zu klären sind.

6 Allgemeine Kennzeichen des Anordnungsmodells in der Krankenversicherung

6.1 Allgemeines

Das Krankenversicherungsgesetz sieht vor, dass Arzt/Ärztin Leistungen anordnen oder delegieren können.

«Gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 übernimmt die OKP die Kosten für die Leistungen, die Personen auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin bzw. eines Chiropraktors oder einer Chiropraktarin erbringen. Gestützt auf Art. 38 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 lit. e hat der Bundesrat festzulegen, welche Personen auf ärztliche Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen zulasten der OKP erbringen dürfen. Gemeint sind damit die selbständigen nichtärztlichen und nichtchiropraktorisches Medizinalpersonen, die ihren Beruf auf eigene Rechnung ausüben, aber auf ärztliche Anordnung hin tätig werden (BVGer, 31. 8. 2012, C-7498/2008, E. 6.4.1; Eugster, Art. 38 N 1). Gemäss Art. 46 Abs. 1 KVV handelt es sich dabei um Physiotherapeutinnen und -therapeuten (lit. a), Ergotherapeutinnen und -therapeuten (lit. b), Pflegefachfrauen und -männer (lit. c), Logopädinnen und Logopäden (lit. d), Ernährungsberaterinnen und -berater (lit. e) sowie Neuropsychologinnen und -psychologen (lit. f). Die Zulassungsvoraussetzungen für diese Leistungserbringer sind in den Art. 47–50b KVV geregelt.»¹

6.2 Bezugnahme auf «Organisation»

Bei Leistungserbringenden, welche auf ärztliche Anordnung hin Leistungen zulasten der Krankenversicherung erbringen, ist typisch, dass solche Personen auch in «Organisationen» tätig sein können.

«Neben der Zulassung von Medizinalpersonen, die auf ärztliche Anordnung hin Leistungen erbringen, hat der Bundesrat gemäss Art. 38 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 lit. e KVG die Zulassung von Organisationen, die solche Personen beschäftigen, zu regeln. Die Zulassungsvoraussetzungen für diese Organisationen sind in den Art. 51–52c KVV geregelt. Zulassungsberechtigt sind Organisationen der Krankenpflege

¹ BSK KVG-Rütsche/Picocchi, Art. 38 N 3.

und Hilfe zu Hause (Art. 51 KVV), der Ergotherapie (Art. 52 KVV), der Physiotherapie (Art. 52a KVV), der Ernährungsberatung (Art. 52b KVV) sowie der Logopädie (Art. 52c KVV).

Für jede der genannten Organisationen gelten die gleichen fünf Zulassungsvoraussetzungen (Art. 51–52c KVV, jeweils lit. a–e). Erstens wird verlangt, dass die Organisation nach der Gesetzgebung des Kantons, in dem sie tätig ist, zugelassen ist (lit. a). Zweitens muss die Organisation ihren örtlichen, zeitlichen, sachlichen und personellen Tätigkeitsbereich festgelegt haben (lit. b). Drittens muss die Organisation über das erforderliche Fachpersonal verfügen (lit. c). Für das Fachpersonal von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause sowie der Ergotherapie wird dabei eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung vorausgesetzt. Als eine «entsprechende Ausbildung» gilt dabei eine Grundausbildung, die mit derjenigen von selbständig tätigen Pflegefachperson (Art. 49 KVV) sowie Ergotherapeutinnen und -therapeuten (Art. 48 KVV) vergleichbar ist (vgl. auch BGer 18. 4. 2019, 9C_187/2019, E. 5.1.2 [zur Publ. vorgesehen]). Von Organisationen der Physiotherapie, der Ernährungsberatung und der Logopädie wird demgegenüber verlangt, dass das angestellte Fachpersonal jeweils die Anforderungen nach Art. 47, 50a bzw. 50 KVV erfüllt. Viertens bedarf es Einrichtungen, die dem Tätigkeitsbereich entsprechen (lit. d). Schliesslich werden für die Zulassung der Organisationen Qualitätssicherungsmassnahmen nach Art. 77 KVV verlangt; diese sollen gewährleisten, dass die Organisationen in ihrem Tätigkeitsbereich qualitativ hochstehende und zweckmässige Leistungen erbringen (lit. e).»²

7 Massgebende Fragestellungen

Es geht hier insbesondere um die folgenden Fragen:

- ob in der Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG neben Ärztinnen und Ärzten auch andere Leistungserbringende (z.B. psychologische Psychotherapeutinnen) tätig sein können
- ob die Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG zugleich eine Organisation nach Art. 52e KVV sein kann
- ob in der Organisation nach Art. 52e KVV neben psychologischen Therapeutinnen und psychologischen Therapeuten auch andere Leistungserbringende (z.B. Ärzte und Ärztinnen) tätig sein können
- welche Rechtsform die Einrichtung und die Organisation bekleiden können.

Um diese Fragen zu klären, ist zunächst auf allgemeine Ueberlegungen und Materialien einzugehen (Ziff. 8). In der Folge wird geprüft, wer in der Einrichtung bzw. der Organisation tätig sein kann (Ziff. 9). Daran schliesst sich die Klärung der Rechtsform an (Ziff. 10).

² BSK KVG-Rütsche/Picocchi, Art. 38 N 8-9.

8 Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen, und «Organisationen»

8.1 Einordnung

Im vorliegenden Abschnitt ist auf Aspekte einzugehen, welche für die in der Folge zu beantwortenden Fragen von Bedeutung sind. Es geht im Wesentlichen um die Frage, welche Rechtsform die «Einrichtungen» bzw. «Organisationen» haben und wer in der «Einrichtung» bzw. «Organisation» tätig sein kann.

8.2 Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG

Bezogen auf die Zulassung von Leistungserbringern ist die Revision des Krankenversicherungsgesetzes vom 19. Juni 2020 von zentraler Bedeutung. Die entsprechende Revision steht seit 1. Januar 2022 in Kraft. Art. 37 KVG nennt für Ärzte und Ärztinnen «besondere Voraussetzungen» und hält in Art. 37 Abs. 2 KVG das Folgende fest:

²*Die Einrichtungen nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe n werden nur zugelassen, wenn die dort tätigen Ärzte und Ärztinnen die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllen.*

Art. 35 KVG bezieht sich nach seinem Randtitel auf die «Arten von Leistungserbringern» und nennt in Abs. 2 lit. n die «Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen».

Ausgangspunkt der Einordnung der Einrichtung bildet die Bezugnahme darauf, dass die Einrichtungen «der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen». Bis 31. Dezember 2021 hielt Art. 36a KVG fest, dass «Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen, [...] zugelassen [sind], wenn die dort tätigen Ärzte und Ärztinnen die Voraussetzungen nach Artikel 36 erfüllen.» Zu dieser (früheren) Fassung von 36a KVG hält die Literatur das Folgende fest:

«Um eine Umgehung der für selbständig tätige Ärztinnen und Ärzte geltenden Zulassungsvoraussetzungen zu vermeiden und die Qualität sicherzustellen, verweist Art. 36a auf die in Art. 36 vorgesehenen Zulassungsvoraussetzungen (BGE 133 V 613, 618 E. 5.2.1, 621 E. 6.2; Botschaft KVG 1998, 839). Als eigenständige Leistungserbringer sind die ambulanten Einrichtungen gemäss Art. 36a an sich nicht dem Zulassungsstopp nach Art. 55a unterstellt, jedoch können die dort angestellten Ärztinnen und Ärzte vom Zulassungsstopp betroffen sein.»³

³ BSK KVG-Rütsche/Picocchi, Art. 36a N 1.

8.3 Organisation

Die Verordnung sieht in verschiedenen Bereichen «Organisationen» vor, welche als Leistungserbringerinnen zugelassen sind.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert die Organisation der psychologischen Psychotherapie. Dazu hält Art. 52e KVV das Folgende fest:

Art. 52e Organisationen der psychologischen Psychotherapie

Organisationen der psychologischen Psychotherapie werden zugelassen, wenn sie die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- a. Sie sind nach der Gesetzgebung des Kantons, in dem sie tätig sind, zugelassen.*
- b. Sie haben ihren örtlichen, zeitlichen, sachlichen und personellen Tätigkeitsbereich festgelegt.*
- c. Sie erbringen ihre Leistungen durch Personen, welche die Voraussetzungen nach Artikel 50c erfüllen.*
- d. Sie verfügen über die für die Leistungserbringung notwendigen Einrichtungen.*

Das Bundesamt für Gesundheit hält zu dieser Bestimmung erläuternd das Folgende fest:⁴

«Artikel 52e KVV (neu) Organisationen der psychologischen Psychotherapie

Die Organisationen der psychologischen Psychotherapie werden als Leistungserbringer in Analogie zu anderen Organisationen anderer Leistungserbringer aufgenommen. Auch in der Organisation müssen die Leistungen durch Personen erbracht werden, welche die Voraussetzungen nach Artikel 50c KVV erfüllen.»

9 Personen, die in der Einrichtung und der Organisation tätig sein können

9.1 In der Einrichtung tätige Personen

Welche Personen in Einrichtungen nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG tätig sein dürfen, ist nicht letztlich geklärt. Es ist deshalb nachfolgend auf analoge Ausgangslagen hinzuweisen.

Das BAG hat bei Weiterzubildenden die folgende Auffassung festgelegt:⁵

«Grundsätzlich werden von der OKP nur Leistungen von zugelassenen Leistungserbringern vergütet. Ein Spital, eine Einrichtung der ambulanten Krankenpflege oder eine Organisation nichtärztlicher

⁴ BAG, Kommentierung KVV/KLV, 7.

⁵ Vgl. BAG, FAQ, 3/17, Frage 1.1.k und entsprechende Antwort.

Leistungserbringer darf zulasten der OKP auch dann abrechnen, wenn sie Fachpersonen in Weiterbildung beschäftigt – allerdings unter der Voraussetzung, dass die Mehrheit der dort tätigen Fachpersonen die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt und die Aufsicht über die Tätigkeit der Person in Weiterbildung gewährleistet. Wird eine Leistung im Spital, in einer Einrichtung der ambulanten Krankenpflege oder in einer Organisation nichtärztlicher Leistungserbringer daher von einer Person in Weiterbildung erbracht, hat das Spital, die Einrichtung oder die Organisation als zugelassener Leistungserbringer Aufsichtspflichten (Beaufsichtigung durch eine Fachperson, die die OKP-Zulassungsvoraussetzungen erfüllt) und hat dafür zu sorgen, dass die erbrachten Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind (WZW-Kriterien). Das Spital oder die als OKP-Leistungserbringer zugelassene Einrichtung oder Organisation trägt dafür die Verantwortung und rechnet zulasten der OKP ab.»

Es muss sich analog verhalten für Ärztinnen und Ärzte, welche die Tätigkeitsdauer gemäss Art. 37 Abs. 1 KVG (dreijährige Tätigkeit) noch nicht abgeschlossen haben. Es wäre nicht einsehbar, weshalb die vorgenannte Auffassung sich einzig auf Weiterzubildende beziehen soll, nicht hingegen auch auf Personen, die – mindestens weiterbildungsähnlich – die dreijährige Tätigkeitsdauer noch nicht vollständig absolviert haben.⁶ Deshalb steht die Auffassung im Vordergrund, dass die dreijährige Tätigkeitsdauer gemäss Art. 37 Abs. 1 Satz 1 KVG so zu verstehen ist, dass eine Einrichtung der ambulanten Krankenpflege Leistungen zulasten der Krankenversicherung auch abrechnen können, wenn die beschäftigten Personen die dreijährige Tätigkeit noch nicht vollständig absolviert haben.

Dieses Ergebnis hat bei der Auslegung von Art. 37 Abs. 2 KVG Bedeutung. Danach werden die Einrichtungen nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG «nur zugelassen, wenn die dort tätigen Ärzte und Ärztinnen die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllen». Wenn also in den entsprechenden Einrichtungen (teilweise) auch Personen tätig sind, welche noch in Ausbildung oder am Absolvieren der dreijährigen Beschäftigungsdauer sind, ist eine Zulassung der Institution trotzdem möglich. Dies zeigt, dass in «Einrichtungen» neben Ärztinnen und Ärzten auch weitere Personen tätig sein können, welche die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllen.

⁶ So auch BAG, FAZ, 4/17, Frage 1.1.1 und entsprechende Antwort: «Solche Personen [= Personen ohne Erfüllung der dreijährigen Tätigkeit] erfüllen die Zulassungsvoraussetzungen nach Artikel 37 KVG noch nicht vollständig und können in diesem Sinne den Personen in Weiterbildung gleichgesetzt werden. Nach Abschluss der dreijährigen Tätigkeit bleiben für solche Ärztinnen und Ärzte, die selbständig zulasten der OKP tätig sein wollen und alle anderen Voraussetzungen erfüllen, die kantonalen Höchstzahlen betreffend Zulassungsbeschränkung vorbehalten.»

9.2 In der Organisation tätige Personen

9.2.1 Grundsätzliche Einordnung

Für die Klärung der hier interessierenden Frage ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7498/2008 vom 31. August 2012 von Bedeutung. Hier wird das Folgende festgehalten:

«6.4 Der Bundesrat hat von dieser Kompetenz mit dem Erlass der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102) Gebrauch gemacht.

6.4.1 Als OKP-Leistungserbringer zugelassen sind demnach Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, und einen der folgenden Berufe selbständig und auf eigene Rechnung ausüben: a. Physiotherapeut oder Physiotherapeutin; b. Ergotherapeut oder Ergotherapeutin; c. Pflegefachfrau oder Pflegefachmann; d. Logopäde oder Logopädin; e. Ernährungsberater oder Ernährungsberaterin (Art. 46 Abs. 1 KVV in Verbindung mit Art. 25 Abs. 2 Bst. a Ziff. 3, Art. 35 Abs. 1 Bst. e 1. Halbsatz, Art. 38 KVG; vgl. auch Gross Hawk, a.a.O., Rz. 7 f.; Tomas Poledna, 7. Kapitel: Arzt und Krankenversicherung, in: Arztrecht in der Praxis, Moritz W. Kuhn/Tomas Poledna [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf, S. 404 [im Folgenden: Poledna, Arztrecht]; Eugster, SBVR, Rz. 367 f.) Diese Personen müssen nach kantonalem Recht zugelassen sein und die übrigen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, welche in dieser Verordnung festgelegt sind (Art. 46 Abs. 2 KVV).

6.4.2 Als OKP-Leistungserbringer zugelassen sind ausserdem Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause und Organisationen der Ergotherapie, die je Personen beschäftigen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin entsprechende Leistungen erbringen (vgl. Art. 51 f KVV, i.V.m. Art. 35 Abs. 2 Bst. e 2. Halbsatz KVG).

6.5 Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat festgestellt, dass die Bestimmungen der KVV betreffend die Ausübung der paramedizinischen Berufe den vom Bundesrat in der Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung (BBl 1992 I 93; nachfolgend: Botschaft KVG) zum Ausdruck gebrachten Willen zutreffend wiedergäben (vgl. BGE 133 V 218 E. 6.3.2). Aus der Botschaft gehe klar hervor, dass der Bundesrat nur zwei bestimmte Formen der Ausübung der paramedizinischen Berufe vorgesehen habe: (1) die Ausübung des Berufs als unabhängig Erwerbstätige (nachfolgend: 1. Form) und (2) die Ausübung des Berufs als Angestellter einer Institution, die selbst unter den vom Bundesrat festgesetzten Konditionen zur Leistungserbringung zu Lasten der OKP zugelassen ist (nachfolgend: 2. Form). Dieses Prinzip habe im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zu keinen Diskussionen Anlass gegeben (vgl. BGE 133 V 218 E. 6.3.2; Art. 35 Abs. 2 Bst. e KVG). Eine dritte Möglichkeit, paramedizinische Leistungen zu Lasten der OKP zu erbringen, ist dementsprechend im Gesetz nicht vorgesehen. Entgegen der von Dr. A._____ implizierten Interpretation (vgl. act. 10 S. 6 f.) lässt sich BGE 133 V 218 insbesondere nicht entnehmen, dass Leistungen, die im Angestelltenverhältnis zu irgendeinem zugelassenen OKP-Leistungserbringer erbrachten Leistungen zu Lasten der OKP abgerechnet werden können

6.6 Ob das von Dr. A. _____ angestellte PT-Personal⁷ im Sinne der 1. Form der paramedizinischen Berufsausübung selbst zu Lasten der OKP abrechnen könnte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und fällt somit ausser Betracht. Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Verfahrensbeteiligten davon ausgehen, dass das PT-Personal nicht selbständig und auf eigene Rechnung (nachfolgend: freiberuflich) tätig und daher nicht dazu berechtigt ist, selbst zu Lasten der OKP abzurechnen.

6.7 Dr. A. _____ macht allerdings geltend, dass er bzw. seine Arztpraxis im Sinne der 2. Form der paramedizinischen Berufsausübung als bzw. wie eine Organisation zu behandeln sei, die PT-Personal anstelle und zur Leistungsabrechnung zu Lasten der OKP zugelassen sei (vgl. act. 21, S. 4-8). Indem die gesetzliche Formulierung 'Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen' sowie von 'Organisationen, die solche Personen beschäftigen' spreche, biete sie Raum für die Tätigkeit einer solchen Person als Angestellte z.B. eines Spitex-Dienstes, einer Arztpraxis (Physiotherapie, Ernährungsberatung etc.), eines Ambulatoriums, einer Gemeinde usw. Der Gesetzgeber habe mit dieser Offenheit dem in diesen Bereichen bestehenden Potenzial an Strukturen, Kräften und Erfahrung sowie einer möglichen Weiterentwicklung Rechnung tragen wollen. Nur weil bisher keine Organisationen im Bereich der Ärzteschaft als Leistungserbringerinnen existierten, könne Dr. A. _____ nicht grundsätzlich als Leistungserbringer ausgeschlossen werden. In Analogie zu Art. 51 f. KVV müsse es für eine Gemeinschaftspraxis respektive Praxisgemeinschaft und für einen Arzt mit Physiotherapie (als Organisationsform) möglich sein, als Leistungserbringer zugelassen zu werden. Ein anderes Vorgehen würde gegen den Wunsch des Gesetzgebers und verschiedene Verfassungsbestimmungen (namentlich den Grundsatz der Gleichbehandlung) verstossen. Eine Benachteiligung von Gemeinschaftsstrukturen, wie es das Institut B. _____ darstelle, nach dem formellen Kriterium, wer formell als Arbeitgeber auftrete, entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Während der Bundesrat Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause sowie Organisationen der Ergotherapie mit dem Inkrafttreten der KVV per 1. Januar 1996 als eigene OKP-Leistungserbringer anerkannt hat (Art. 51 f. KVV), hat er Organisationen der Physiotherapie erst per 1. August 2009 zugelassen (vgl. Art. 52a KVV, AS 2009 3525). Diese unterschiedliche Behandlung erfolgte bewusst (vgl. Änderungen und Kommentar im Wortlaut zur Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung [KVV], BAG 10. Juni 2010, publiziert auf der Webseite des BAG, <http://www.bag.admin.ch> > Themen > Krankenversicherung > Aktuell > 2009 [Januar-Juni], S. 6 f. [nachfolgend: Kommentar zur Auslegung und Umsetzung der KVV], zuletzt besucht am 21. Juni 2012]; vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates vom 22. August 2001 zur Motion von Nationalrat Guido Zäch betreffend die Zulassung von Organisationen als Leistungserbringer, publiziert in der Curia Vista Geschäftsdatenbank, <http://www.parlament.ch> > Curia Vista > Geschäftsnummer 01.3393 [zuletzt besucht am 21. Juni 2012]). Da der Gesetzgeber dem Bundesrat die alleinige Kompetenz zur Regelung der Zulassungsbedingungen für die medizinischen Hilfspersonen eingeräumt hat (vgl. oben E. 6.3), konnten vor dem 1. August 2009 'Organisationen der Physiotherapie' weder direkt aus Art. 35

⁷ PT = Physiotherapie.

Abs. 2 Bst. e KVG noch analog aus Art. 51 f. KVV einen Anspruch auf Zulassung als eigenständige OKP-Leistungserbringer ableiten. Dementsprechend konnte auch Dr. A. _____, wie santésuisse zu Recht ausführt, am hier massgebenden 1. Januar 2006 nicht als bzw. wie eine 'Organisation der Physiotherapie' als OKP-Leistungserbringer abrechnen. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob er bzw. seine Praxis die rechtlichen Voraussetzungen erfüllen würde, um als 'Organisation' in diesem Sinne zugelassen werden zu können, was von santésuisse bestritten wird. Bei dieser klaren Rechtslage und nachdem das BAG bereits zweimal im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens Stellung genommen hat und den Kommentar zur Auslegung und Umsetzung der KVV im Internet veröffentlicht hat, erübrigt es sich, dem Antrag von santésuisse zu folgen und das BAG zum Einreichen der Materialien zum am 1. August 2008 in Kraft getretenen Art. 52a KVV ('Organisationen der Physiotherapie') bzw. einer Vernehmlassung zur Ratio dieser Verordnungsbestimmung aufzufordern (vgl. act. 26 S. 2).»

Das Bundesverwaltungsgericht hält in dieser Entscheidung fest, dass nicht angenommen werden könne, eine in einer Organisation vorzunehmende «Anstellung» könne bei irgendeinem zugelassenen Leistungserbringer erfolgen (E. 6.5 am Ende). Offen gelassen wird sodann, ob «er [= der Arzt] bzw. seine Praxis die rechtlichen Voraussetzungen erfüllen würde, um als 'Organisation' in diesem Sinne zugelassen werden zu können.»

9.2.2 Zur «Scharnierfunktion» von Arzt und Ärztin

9.2.2.1 Fragestellung

Gerade im Zusammenhang mit der organisatorischen Ausgestaltung wird oft auf die ärztliche «Scharnierfunktion» Bezug genommen und diese Funktion in den Zusammenhang mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip gestellt. Es könnte etwa überlegt werden, dass eine Organisation der psychologischen Psychotherapie und eine Einrichtung, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dient, je eine eigenständige Organisation sein müssten, um zugelassen werden zu können. Da die Kosten der betreffenden Organisationen/Einrichtungen jedoch von einer Sozialversicherung erstattet werden, müssten solche Konstrukte die entsprechenden Wirtschaftlichkeitsanforderungen des KVG erfüllen. Nicht ausgeschlossen wäre – bei einer solchen Argumentation – die Möglichkeit, dass zwei solche (unterschiedliche, aber juristisch selbständige) Organisationen oder Einrichtungen zusammenarbeiten, beispielsweise für eine gemeinsame Infrastruktur oder weitere Dienstleistungen. Die einzelnen Organisationen/Einrichtungen müssten aber ihre Tätigkeit zulasten der OKP als eigenständige Unternehmen ausüben. In einem solchen Fall wären die einzelnen Einrichtungen/Organisationen als Leistungserbringer zu betrachten. Das übergeordnete Konstrukt selbst könnte keine eigene Zulassung zur Tätigkeit zulasten der OKP beantragen. Auf solche Einordnungen ist nachstehend einzugehen, da sie wiederholt diskutiert werden und einer vertieften Klärung bedürfen.

9.2.2.2 Einordnung

Ausgangspunkt der Einordnung bilden Erwägungen des Bundesgerichts in einem Urteil, welches die Frage der allfälligen gemeinsamen Tätigkeit unterschiedlicher Leistungserbringer berührt. Das Bundesverwaltungsgericht führt diesbezüglich das Folgende aus:⁸

«7.5.1 Der Ausschluss der delegierten (ärztlichen) Physiotherapie ist auch im Rahmen der mit dem KVG zentral angestrebten wirtschaftlichen Leistungserbringung und Kosteneindämmung zu betrachten (vgl. Botschaft KVG, S. 96, 126 f., 130 f., 163 f.; Maurer, a.a.O., S. VII, 3, 66, 96; Eugster, SBVR, Rz. 9). In Bezug auf die Leistungserbringung durch die in Art. 46 KVV aufgeführten freiberuflichen Fachleute besitzt der zuweisende Arzt eine weitreichende Befugnis und eine zentrale Schlüsselfunktion, da er die Behandlung durch diese Fachleute anordnen oder auch ablehnen kann und in einer 'Scharnierfunktion' den Leistungsbedarf und die Bedarfsdeckung in zweckmässiger und optimaler Form in Zusammenarbeit mit den anderen Leistungserbringern zusammenführen soll (vgl. BGE 125 V 284 E. 4.c; Maurer, a.a.O., S. 66; Eugster, SBVR, Rz. 340 m.w.H., Botschaft KVG S. 126 f.; Gebhard Eugster, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Bern/Stuttgart/Wien 2003 N 108). Damit soll insbesondere die Wirtschaftlichkeit der durch die OKP finanzierte Leistungen sichergestellt bzw. mittels Beschränkung der Leistungsübernahmen und Limitierung des Mengenwachstums eine Kosteneindämmung bewirkt werden (vgl. Gross Hawk, a.a.O., Rz. 10, 231, 485).

7.5.2 Die Wirksamkeit dieser Scharnierfunktion des Arztes oder der Ärztin und die angestrebte Kosteneindämmung setzen voraus, dass der Arzt oder die Ärztin separat von den anderen Leistungserbringern tätig wird. Nur in dieser Konstellation hat der Arzt oder die Ärztin keine finanziellen Interessen daran, Überweisungen an die freiberuflich tätigen Fachleute, namentlich Physiotherapeutinnen und -therapeuten vorzunehmen. Er oder sie profitiert nicht von entsprechenden Überweisungen, trägt dabei eine gewisse Verantwortung dafür und für die daraus entsprechenden Kosten. Das Eidgenössische Versicherungsgericht bestätigte in seiner Rechtsprechung diese Schlüsselposition des Arztes und der Ärztin, als es den Einbezug von veranlassten Kosten in die Wirtschaftlichkeitsprüfung schützte: Das Wirtschaftlichkeitsgebot erstreckte sich auf sämtliche Teile der ärztlichen Behandlung und finde insbesondere auch in Bezug auf die Anordnung von Leistungen anderer Leistungserbringer gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. e-g KVG Anwendung (vgl. Gross Hawk, a.a.O., Rz. 231, 204 ff.; vgl. BGE 130 V 377 E. 7.4 f., BGE 133 V 37 E. BGE 137 V 43 E. 2.5.6). Die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit dient dabei nicht nur der Rückforderung gemäss Art. 56 Abs. 2 KVG, sondern wirkt – vor allem – präventiv, insbesondere auch in Bezug auf die ärztliche Anordnung von PT-Leistungen (vgl. Gross Hawk, a.a.O., Rz. 248 m.w.H.).»

In diesem Urteil wird eine bestimmte Trennung der Tätigkeiten unterschiedlicher Leistungserbringender festgelegt, wobei dies mit dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit

⁸ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7498/2008 vom 31. August 2012, E. 7.5.1 und 7.5.2.

begründet wird. Es kann davon ausgegangen werden, dass die vorgenannten Äusserungen auf analogen Ueberlegungen beruhen.

Die nachstehenden Gesichtspunkte erlauben eine Einordnung dieses Urteils und damit auch der vorstehenden Äusserungen:

- Bei der Einordnung der entsprechenden Ausführungen bildet der Bezug zu den ärztlichen Berufspflichten den Ausgangspunkt. Art. 40 lit. e MedBG legt als Berufspflicht fest, dass Ärztinnen und Ärzte bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe unabhängig von finanziellen Vorteilen handeln. Diese prinzipielle Berufspflicht, auf welche im bundesverwaltungsgerichtlichen Urteil erstaunlicherweise nicht eingegangen wird, verbietet Ärztinnen und Ärzten von vornherein, bei angeordneten Behandlungen in irgendeiner Weise materielle oder immaterielle Vorteile zu beanspruchen bzw. zu erhalten.⁹ Insoweit bedarf der Ausschluss von solchen finanziellen Interessen keiner spezifischen, im Krankenversicherungsrecht verankerten Begrenzung. Jede ärztliche Handlung muss, um keine Berufspflicht zu verletzen, auf einer unabhängigen, objektiven, fachlichen Entscheidung basieren.¹⁰
- Es kommt ein zusätzliches Element hinzu; die weitere Anordnung der psychologischen Psychotherapie ist, wenn 30 Therapiesitzungen erfolgten, erst möglich, wenn eine vertrauensärztliche Prüfung erfolgte und die Krankenversicherung eine entsprechende Kostengutsprache abgab.¹¹ Mit diesem zusätzlichen Kontrollmechanismus wird die ärztliche «Scharnierfunktion» deutlich eingeschränkt.
- In der Literatur wird betont, dass die vorgenannten Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts bei ihrer Konkretisierung sachgerecht und verhältnismässig ausgestaltet sein müssen. Die durchaus gewünschte (und eben bereits als Berufspflicht verankerte) Trennung kann durch Ausformulierung entsprechender Vertragsklauseln oder durch andere Kontrollmechanismen erreicht werden.¹²
- Schliesslich wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass eine nachträgliche Wirtschaftlichkeitsprüfung jederzeit möglich ist und zu einer Rückforderung von bereits geleisteten Vergütungen bei der anordnenden Arztperson führen kann.¹³

9.2.2.3 Ergebnis

Bei einer Gesamtwürdigung zeigt sich, dass hinreichende Regelungen bestehen, um ein finanzielles «Ausnützen» der ärztlichen Scharnierfunktion zu verhindern. Es bedarf dazu

⁹ Dazu FELLMANN WALTER, Kommentar MedBG, Art. 40 Rz. 123 f.

¹⁰ Dazu FELLMANN WALTER, Kommentar MedBG, Art. 40 Rz. 122.

¹¹ Vgl. Art. 11b Abs. 3 KLV.

¹² Vgl. WERDER, Rz. 72.

¹³ Vgl. WERDER, Rz. 72.

nicht einer völligen, organisatorischen bzw. strukturellen Trennung der einzelnen Leistungserbringenden. Vielmehr ist ein bestimmtes Zusammenwirken von Angehörigen verschiedener Tätigkeitsbereiche mit Blick auf die zu gewährleistenden qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung gerade wichtig.¹⁴ Die vorgenannten Ausführungen sind vor diesem Hintergrund zu verstehen; mit dem Prinzip der Sachgerechtigkeit und des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht vereinbar wäre es, eine vollständige, wirtschaftliche und/oder rechtliche Trennung zwischen anordnender Arztperson und angeordnet tätiger Therapeutin/angeordnet tätigem Therapeut zu fordern.

9.3 Möglichkeit zur Tätigkeit verschiedener Leistungserbringender bei einer Einrichtung bzw. bei einer Organisation

9.3.1 Ausgangspunkt

Um die hier gestellten Fragen beantworten zu können, muss geklärt werden, ob innerhalb einer Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG bzw. einer innerhalb einer einzelnen Organisation unterschiedliche Leistungserbringende angestellt werden können bzw. tätig sein können.

Das Bundesamt betrachtet es bei Einrichtungen als zulässig, dass Ärztinnen und Ärzte in Weiterbildung bzw. vor vollständiger Absolvierung der dreijährigen Tätigkeitsdauer nach Art. 37 Abs. 1 KVG in einer Einrichtung tätig sein können.¹⁵ Diese Auffassung bezieht sich indessen auf dieselben Leistungserbringenden, welche in der Einrichtung tätig sein können (Ärztinnen und Ärzte).

Das Bundesverwaltungsgericht hat es offen gelassen, ob eine Arztpraxis als «Organisation der Physiotherapie» zugelassen werden könnte.¹⁶

Äusserungen in der Literatur liegen – soweit ersichtlich – nicht vor. In der Versicherungsdurchführung sind bislang keine Beispiele bekannt, in denen verschiedene Leistungserbringende in einer einzigen, gemeinsamen Einrichtung bzw. Organisation tätig sind.

¹⁴ Dazu Art. 43 Abs. 6 KVG. Es ist gerade ärztliche Aufgaben, den Leistungsbedarf und die Bedarfsdeckung in zweckmässiger und optimaler Form in Zusammenarbeit mit den anderen Leistungserbringern zusammenzuführen; vgl. BGE 125 V 284 E. 4.c.

¹⁵ Dazu Ziff. 9.1.

¹⁶ Dazu Ziff. 9.2. am Ende.

9.3.2 Einordnung

Im Wirtschaftsleben sind Unternehmen mit unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen selbstverständlich weit verbreitet.¹⁷ Im Krankenversicherungsbereich sind innerhalb eines Spitals Personen tätig, welche im ambulanten Bereich als unterschiedliche Leistungserbringende betrachtet werden (Ärztinnen und Ärzte, Hebammen, Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten etc.). Diese Überlegungen könnten zum Ergebnis führen, dass auch im ambulanten Bereich im Rahmen der hier bestehenden Organisationsfreiheit¹⁸ unterschiedliche Leistungserbringende in einer gemeinsamen Einrichtung bzw. Organisation tätig sein könnten.

Allerdings fragt sich, ob das besondere System der Zulassung zur Leistungserbringung, wie es nach Art. 35 ff. KVG besteht, zu einem anderen Ergebnis führen muss. Im Krankenversicherungsrecht werden in Art. 35 KVG die zugelassenen Leistungserbringenden je separat genannt. Was die hier besonders interessierenden Organisationen betrifft, wird in der Literatur lediglich darauf hingewiesen, dass für jede der zulassungsfähigen Organisationen «die gleichen fünf Zulassungsvoraussetzungen (Art. 51–52c KVV, jeweils lit. a–e)» gelten.¹⁹ Dass im Gesetz für unterschiedliche Leistungserbringende unterschiedliche Zulassungsvoraussetzungen aufgestellt werden, ist selbstverständlich und berücksichtigt die je unterschiedlichen Tätigkeiten, welche zulasten der Krankenversicherung erbracht werden sollen.

Die vorgenannte Fragestellung ist vor dem Hintergrund der zunehmend wichtigeren Interprofessionalität zu sehen. «Das Gesundheitszentrum zeichnet sich durch den Beizug 'nicht-ärztlicher' Gesundheits- und Sozialberufe aus, wie etwa Physiotherapeuten und Psychologen (sog. interprofessionelle Ärztenetzwerke). Kennzeichnendes Merkmal des Gesundheitszentrums ist das Anstreben eines ganzheitlichen Angebots. So werden beispielsweise die klassischen medizinischen Dienstleistungen durch weitere Angebote (z.B. Ernährungsberatung, Fitnesscenter, Akupunktur oder Atemtherapie) ergänzt.»²⁰

9.3.3 Zwischenergebnis

Soweit im Gesetz nicht ausdrücklich festgehalten ist, dass Zusammenschlüsse verschiedener Leistungserbringenden in einer einzigen Einrichtung bzw. Organisation ausgeschlossen ist, ist angesichts der prinzipiellen Organisationsfreiheit von der Zulässigkeit einer solchen gemeinsamen Tätigkeit unterschiedlicher Leistungserbringender in einer (einzigen)

¹⁷ Es kann als Bestätigung aus dem Bereich des Sozialversicherungsrechts auf die Einordnung der gemischten bzw. gegliederten Betriebe in der Unfallversicherung hingewiesen werden; vgl. dazu Art. 88 UVV zu den Hilfs-, Neben- und gemischten Betrieben.

¹⁸ Dazu Ziff. 10.6.

¹⁹ BSK KVG-Rütsche/Picocchi, Art. 38 N 9.

²⁰ So VOKINGER, Rz. 38.

Einrichtung oder Organisation auszugehen. Analog wird in der Literatur bezogen auf die Wahl der Rechtsform argumentiert:

«Eine restriktivere Auffassung würde m.E. den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen. So wäre eine derartige Restriktion weder erforderlich noch würde sie der Interessenabwägung standhalten. Das Interesse des Arztes basierend auf seiner Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV ist höher zu gewichten als ein allfälliges öffentliches Interesse bzw. das Interesse des Patienten an einem Verbot einzelner Gesellschaftsformen.»²¹

9.3.4 Hinweis auf die Bedeutung des kantonalen Rechts/Hinweis auf Vorläufigkeit der Beantwortung

Freilich muss zugleich festgehalten werden, dass bezüglich der hier interessierenden Frage das kantonale Recht massgebend ist. So wird denn auch bei den einzelnen Organisationen je darauf hingewiesen, dass sie «nach der Gesetzgebung des Kantons, in dem sie tätig sind, zugelassen» sein müssen.²² Wenn also unterschiedliche Leistungserbringende in einer gemeinsamen Einrichtung bzw. Organisation tätig sein wollen, muss die Einrichtung bzw. Organisation für die unterschiedlichen Leistungserbringungsbereiche je die massgebenden Voraussetzungen erfüllen. Dabei kann immerhin daran erinnert werden, dass im stationären Bereich ein entsprechendes Vorgehen mit Selbstverständlichkeit zugelassen wird.

Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die hier vertretene Auffassung – soweit ersichtlich – bisher weder der Praxis der Versicherungsdurchführung entspricht noch gerichtlich bestätigt ist. Zugleich ist indessen auch darauf hinzuweisen, dass sich – soweit ersichtlich – keine Äusserungen finden, welche der hier vertretenen Auffassung widersprechen. Die hier zu klärende Frage ist vielmehr bisher noch gar nicht aufgegriffen worden.

10 Rechtsform von Einrichtungen und Organisationen

10.1 Zur Fragestellung

Für die Beantwortung der hier gestellten Fragen ist zentral, in welchen Rechtsformen die Einrichtungen und Organisationen errichtet werden können. Angesichts der Schwierigkeit der Beantwortung dieser Fragen und unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Bundesamts für Gesundheit²³ werden nachstehend die greifbaren Materialien ausführlich wiedergegeben, bevor die Antwort formuliert wird.

²¹ VOKINGER, RZ. 570.

²² Vgl. z.B. Art. 52 lit. a KVV.

²³ Dazu Ziff. 10.2.

10.2 Stellungnahme des Bundesamts für Gesundheit

Das Bundesamt nahm Stellung zur Rechtsform dieser Einrichtungen:²⁴

«p) Gibt es in der OKP Vorschriften über die Rechtsform der ärztlichen Einrichtungen nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe n bzw. der Organisationen (bspw. Organisation der Physiotherapie nach Art. 52 KVV)?

Die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der OKP dient einerseits der Bestimmung der Leistungserbringer, die für ihre Tätigkeit im Rahmen der OKP Rechnung stellen dürfen, und andererseits der Bestimmung der Leistungserbringer, die gegenüber der Krankenversicherung für die erbrachte Leistung die Verantwortung tragen. In diesem Sinne haben solche Leistungserbringer Rechtspersönlichkeit vorauszusetzen. Bei den Leistungserbringern, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes bzw. einer Ärztin selbständig und auf eigene Rechnung Leistungen erbringen (Art. 35 Abs. 2 Bst. e KVG), handelt es sich – ebenso wie bei Leistungserbringern nach KVG, die direkt zulasten der OKP tätig sein können (Art. 35 Abs. 2 Bst. a–d KVG), – um natürliche Personen, die für die zulasten der OKP erbrachten Leistungen verantwortlich und abrechnungsberechtigt sind (vgl. Kommentar zur Änderung der KVV und KLV, S. 4f.). Sie können auch via eine Einzelfirma abrechnen, da sich hierbei die betreffenden Leistungen der natürlichen Person zuschreiben lassen.

Demgegenüber muss eine Organisation, beispielsweise eine Organisation der Physiotherapie nach Artikel 52 KVV, ebenso wie eine ambulante ärztliche Einrichtung eine juristische Person sein, die als solche Rechtspersönlichkeit besitzt. Aus diesem Grund kann eine Organisation weder eine Einzelfirma noch eine Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR), eine Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR) oder eine einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) sein. Jedoch können die folgenden Körperschaften – da sie über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen – eine Organisation im Sinne der OKP sein: die Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR; und somit auch die Einpersonen-AG), die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 ff. OR), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772 ff. OR), die Genossenschaft (Art. 828 ff. OR), der Verein (Art. 60 ff. ZGB) oder die Stiftung (Art. 80 ff. ZGB).»

10.3 Literatur

In der Literatur finden sich folgende Ausführungen zu den Rechtsformen der Organisationen:

«Einrichtungen der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte (lit. n; Art. 36a):

Das sind Institutionen, bei denen Ärzte tätig sind, welche ambulante Behandlungs- und Pflegemassnahmen an Patienten vornehmen. Zu denken ist insb. an ambulante Gemeinschafts- bzw. Gruppenpraxen, Health Maintenance Organizations (HMOs) oder Zentren der ambulanten Versorgung, die auch in der Rechtsform einer juristischen Person organisiert sein können (BGE 135 V 237 E. 4.2 f.; Vokinger, Rz 32 ff.). Diese Einrichtungen bilden eine eigenständige Kategorie von

²⁴ FAQ, 4/17 f., Frage 1.1.p.

Leistungserbringern (BGE 135 V 237 E. 4.2; 133 V 613 E. 6.2). Die Voraussetzungen für eine Zulassung dieser Einrichtungen bestimmt Art. 36a, der wiederum auf die gesetzlichen Anforderungen für Ärzte nach Art. 36 verweist (Art. 36a N 1 ff.). Diese Regelung soll verhindern, dass die Zulassungsbedingungen für Ärzte umgangen werden (SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 758). Deshalb müssen alle in einer Gruppenpraxis arbeitenden Ärzte, seien sie selbständig oder angestellt, dieselbe Aus- und Weiterbildung absolviert haben wie die allein tätigen Ärzte in freier Praxis (Poledna, Arzt, 396). Ist eine Einrichtung der ambulanten Krankenpflege als juristische Person organisiert und üben die einzelnen Ärzte ihre Tätigkeit als deren Arbeitnehmer aus, sind nicht sie die Leistungserbringer i. S. des KVG, sondern die Einrichtung als solche (BGE 135 V 237 E. 4.4; SBVR Soziale Sicherheit-Eugster, Rz 760). 280). Denkbar ist ebenso eine Praxisorganisation, wonach die juristische Person nur die Infrastruktur oder gewisse andere Dienstleistungen für mehrere Ärzte zur Verfügung stellt, diese aber ihre Tätigkeit als Einzelunternehmer ausüben und bloss die Dienstleistungen von der Gesellschaft beziehen, so dass die einzelnen Ärzte selbst als Leistungserbringer zu betrachten sind (BGE 135 V 237 E. 4.4). Es ist Sache der beteiligten Ärzte, die Organisation ihrer Praxis und deren Rechtsform festzulegen (Vokinger, Rz 21 ff., 28 ff., 230 ff., 250 ff.).»²⁵

«Als engste ärztliche Kooperationsform zeichnet sich die Gemeinschaftspraxis aus. Die Infrastruktur und das Personal werden wie bei der Praxisgemeinschaft geteilt. Zusätzlich schliessen alle in der Gemeinschaftspraxis berufstätigen Ärzte gemeinsam mit dem einzelnen Patienten den Behandlungsvertrag ab. Im Regelfall haben alle Ärzte Zugriff auf die Patientendaten. Die Gemeinschaftspraxis rechnet zudem gemeinsam ab und tritt nach aussen als Einheit auf. In der Schweiz hat die Anzahl von Gemeinschaftspraxen in den letzten Jahren stetig zugenommen und sie gehört inzwischen zu einer häufigen Art der ärztlichen Zusammenarbeit.»²⁶

«Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung schafft Art. 36a KVG die Grundlage dafür, dass Ärzte-Aktiengesellschaften (oder andere ambulante Einrichtungen) eine eigene ZSR-Nummer erhalten. Leistungserbringerin im Sinne des KVG seien dann nicht die Ärzte, sondern die juristische Person. Mit anderen Worten bildet Art. 36a KVG die gesetzliche Grundlage für die Leistungserbringung der Ärzte-AG nach KVG, sofern andere (kantonale oder bundesrechtliche) Bestimmungen die Ärzte-AG zulassen. Damit wird im Ergebnis die Ärzte-AG auf Bundesebene zumindest nicht verboten, sondern als Leistungserbringerin zulasten der obligatorischen Krankenversicherung anerkannt.»²⁷

«Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Entwicklungen ist davon auszugehen, dass sich in Zukunft immer mehr Ärztenetze als Aktiengesellschaften organisieren werden. Trotzdem sollen den gemeinschaftlich tätigen Ärzten alle Gesellschaftsformen offenstehen. Sie sollen die freie Wahl darüber haben, welche Gesellschaftsform ihren konkreten Bedürfnissen am ehesten entspricht. Eine restriktivere Auffassung würde m.E. den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen. So wäre eine derartige Restriktion weder erforderlich noch würde sie der Interessenabwägung standhalten. Das Interesse des

²⁵ BSK KVG-Vasella, Art. 35 N 33.

²⁶ VOKINGER, Rz. 37.

²⁷ VOKINGER, Rz. 63.

Arztes basierend auf seiner Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV ist höher zu gewichten als ein allfälliges öffentliches Interesse bzw. das Interesse des Patienten an einem Verbot einzelner Gesellschaftsformen.»²⁸

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass in einer eingehenden Untersuchung der Ausgestaltung des Anordnungsmodells bei der psychologischen Psychotherapie die Voraussetzungen für die Errichtung einer Organisation umfassend dargestellt werden, ohne dass aber vermerkt würde, es müsse sich zwingend um eine juristische Person handeln.²⁹

10.4 Rechtsprechung

Das Bundesgericht führt in BGE 135 V 237, 242 bis 245, das Folgende aus:

4.2 Die einzelnen Kategorien von Leistungserbringern werden in Art. 35 Abs. 2 KVG abschliessend genannt (BGE 133 V 613 E. 6.2 S. 621; BGE 126 V 330 E. 1c S. 333; GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 631 Rz. 711) und in den folgenden Artikeln näher geregelt. Leistungserbringer sind u.a. 'Ärzte und Ärztinnen' (Art. 35 Abs. 2 lit. a und Art. 36 KVG) sowie 'Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen' (Art. 35 Abs. 2 lit. n und Art. 36a KVG). Diese letztere Kategorie wurde durch Gesetzesänderung vom 24. März 2000, in Kraft seit 1. Januar 2001 (AS 2000 2305), eingeführt. Der Grund dieser Gesetzesrevision bestand darin, dass vorher eine Rechtsunsicherheit geherrscht hatte darüber, ob Ärzte in der Form einer juristischen Person praktizieren dürfen. Traditionell arbeiteten die Ärzte als Einzelunternehmer, obwohl keine gesetzliche Vorschrift die Freiheit der Rechtsformenwahl (Art. 27 BV; Urteil 2P.142/2004 vom 12. Januar 2005 E. 4.2) einschränkte. Gemeinschaftspraxen waren meistens in der Form der einfachen Gesellschaft organisiert (EDUARD EICHER, Die Gruppenpraxis in der Schweiz, Schweizerische Ärztezeitung 73/1992 S. 375 ff., 377; HANS HOTT, in: Handbuch des Arztrechts, Heinrich Honsell [Hrsg.], 1994, S. 229 f.). Seit den 1990er Jahren entstanden HMO-Praxen, die teilweise als Aktiengesellschaften organisiert waren (CAROLINA MELI, Horizontale und vertikale Konzentrationsprozesse bei den Leistungserbringern in Gesundheitssystemen, Lizentiatsarbeit Bern 2001, S. 79 ff.; <http://www.iop.unibe.ch/lehre/praemierteLiz.asp> [besucht am 15. April 2009]). Dabei bestand Unsicherheit, ob die Ärzte in einer HMO-Klinik eine gemeinsame Sammelnummer oder ob jeder einzelne Arzt eine einzelne Nummer zugeteilt erhalten sollte (KUHN/RUSCA/STETTLER, Rechtsfragen der Arztpraxis, in: Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2007, S. 265 ff., 275). Die Gesetzesänderung sollte aufgrund der Entwicklungen im Bereich der besonderen Versicherungsformen und der entsprechend vielfältigen Institutionen zwecks Vermeidung von Rechtsunsicherheiten eine explizite Grundlage schaffen, so dass bei Ärzten, die aufgrund eines vertraglichen Angestelltenverhältnisses in einer HMO oder in einem Zentrum der ambulanten Versorgung tätig sind, die Selbständigkeit nicht zwingend vorausgesetzt wird (Botschaft vom 21. September 1998 betreffend den Bundesbeschluss über die Bundesbeiträge in der Krankenversicherung und die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, BBl 1999 793 ff., 839, Ziff. 42 ad Art. 35, 36a und 38 E-KVG; KUHN/RUSCA/STETTLER, a.a.O., S. 275 f.; BGE 133 V 613 E. 5.2.1 S. 617 f.). Seither

²⁸ VOKINGER, RZ. 570.

²⁹ Vgl. WERDER, RZ. 38, 62-73.

bilden die Einrichtungen im Sinne von Art. 35 Abs. 2 lit. n bzw. Art. 36a KVG, welche angestellte Ärzte beschäftigen, eine eigene Kategorie von Leistungserbringern neben den selbständig erwerbenden Ärzten im Sinne von Art. 35 Abs. 2 lit. a bzw. Art. 36 KVG (BGE 133 V 613 E. 6.2 S. 621 f.).

4.3 Auslöser für die neue Regelung waren offenbar hauptsächlich HMO-Praxen. Der klare Wortlaut des Gesetzes ist indessen nicht auf solche Praxen beschränkt. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, welche eine Abweichung von diesem Wortlaut nahelegen würden. Art. 36a KVG gilt daher auch für juristische Personen, welche Ärzte anstellen, ohne dem HMO-Modell zu folgen (ebenso POLEDNA/BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, 2002, S. 260 f.).

4.4 Üben die einzelnen Ärzte ihre Tätigkeit als Arbeitnehmer der juristischen Person aus, so sind Leistungserbringer im Sinne des KVG nicht die Ärzte, sondern es ist die juristische Person, welche eine Einrichtung im Sinne von Art. 35 Abs. 2 lit. n bzw. Art. 36a KVG ist. Da die ZSR-Nummer an den Begriff des Leistungserbringers anknüpft (vorne E. 4.1), muss daher nach der Systematik des Gesetzes diese Nummer der Einrichtung als solcher zugeteilt werden (ebenso KUHN/RUSCA/STETTLER, a.a.O., S. 280). Denkbar ist zwar auch eine Praxisorganisation, wonach die juristische Person nur die Infrastruktur oder gewisse andere Dienstleistungen für mehrere Ärzte zur Verfügung stellt, diese aber ihre Tätigkeit als Einzelunternehmer ausüben und bloss die Dienstleistungen von der Gesellschaft beziehen. In einem solchen Fall wären weiterhin die einzelnen Ärzte als Leistungserbringer zu betrachten. Es ist Sache der beteiligten Ärzte, ihre Praxisorganisation und deren Rechtsform festzulegen. Stellt - wie vorliegend die Beschwerdegegnerin - eine Aktiengesellschaft das Gesuch um eine eigene gemeinsame ZSR-Nummer, so ist davon auszugehen, dass sie selber als Leistungserbringerin auftreten will. Sie hat demnach Anspruch auf Zuteilung einer gemeinsamen Nummer.

4.5 Die Beschwerdeführerin wendet ein, dass mit einer gemeinsamen Nummer die Kontrolle der Verrechnungsberechtigung nicht mehr möglich wäre.

4.5.1 Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege dienen, sind gemäss Art. 36a KVG nur zugelassen, wenn die dort tätigen Ärzte und Ärztinnen die Voraussetzungen nach Art. 36 KVG erfüllen. Es ist selbstverständlich, dass die Einhaltung dieser Voraussetzung überprüft werden und überprüfbar sein muss.

4.5.2 Art. 15 Abs. 2 AV sieht ausdrücklich vor, dass die anzustellenden Ärzte u.a. an *santésuisse* vor Antritt der Stelle gemeldet werden müssen und dass im Zeitpunkt der Anstellung für den anzustellenden Arzt die Voraussetzungen gemäss Art. 36 KVG und Art. 38 KVV (SR 832.102) erfüllt sein müssen. Es versteht sich, dass diese Meldepflicht nicht nur dann gilt, wenn ein Arzt als Einzelunternehmer einen anderen Arzt anstellt, sondern auch dann, wenn die Anstellung durch eine juristische Person wie z.B. die Beschwerdegegnerin erfolgt. Damit wird die Beschwerdeführerin in die Lage versetzt, die Einhaltung der Voraussetzungen zu überprüfen. Zwar kann damit theoretisch nicht ausgeschlossen werden, dass in der juristischen Person trotzdem ein Arzt beschäftigt wird, der die Voraussetzungen nach Art. 36 KVG nicht erfüllt. Dies kann aber so oder anders auch bei selbständig

tätigen Ärzten nicht ausgeschlossen werden und ist daher kein ausschlaggebender Grund, um die ZSR-Nummer nicht der juristischen Person zuzuteilen.

10.5 Bisherige Versicherungsdurchführung

SASIS AG sieht bei den Anträgen für die Erteilung einer Zahlstellenregister-Nummer verschiedene mögliche Rechtsformen vor und vermerkt sowohl bei den Einrichtungen wie auch bei den Organisationen – z.B. der Organisation der psychologischen Psychotherapie – jeweils (auch) die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft.³⁰

Bei den Gruppenpraxen ist näher zu differenzieren. Es kann umgangssprachlich von einer Gruppenpraxis die Rede sein, wenn mehrere Ärztinnen und Ärzte am selben Praxisstandort tätig sind, jedoch allesamt je als Leistungserbringende zugelassen sind und je einzeln mit Krankenversicherungen abrechnen und nach aussen je einzeln in Erscheinung treten.³¹ Daneben kann eine Gruppenpraxis auch als Kollektivgesellschaft ausgestaltet sein, welche nach aussen als verselbständige Personengesamtheit ausgestaltet ist und insoweit als Kollektivgesellschaft gilt. Die Kollektivgesellschaft ist keine juristische Person und hat somit keine eigene Rechtspersönlichkeit. Trägerin der Rechte und Pflichten ist also nicht die Gesellschaft. Eine Kollektivgesellschaft ist aber handlungs-, prozess- und betriebsfähig. Sie kann also Rechte erwerben, Verpflichtungen eingehen sowie vor Gericht Klage erheben und eingeklagt werden. Eine als Kollektivgesellschaft organisierte Gruppenpraxis ist beispielsweise als solche Partei des Behandlungsvertrags und stellt Assistenzärztinnen und Assistenzärzte durch die Kollektivgesellschaft an.

10.6 Zulässige Rechtsformen

10.6.1 Ausgangspunkt

Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass weder im Gesetz noch auf Verordnungsebene ausdrücklich beantwortet wird, in welchen Rechtsformen die Einrichtungen nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG sowie die Organisationen – z.B. die Organisation der psychologischen Psychotherapie – erstellt werden können. Auch im Medizinalberufegesetz oder im Psychologieberufegesetz finden sich zu dieser Fragestellung keine Regelungen. In anderen Bereichen hält das Gesetz demgegenüber ausdrücklich fest, in welchen Rechtsformen eine Tätigkeit aufgenommen werden darf. Als Beispiel kann Art. 5 lit. a KVAG genannt werden; hier werden bestimmte Rechtsformen zugelassen, aber die GmbH nicht als mögliche Rechtsform der Krankenversicherung genannt; dabei zeigen die Gesetzesmaterialien, dass sich im Laufe der Gesetzgebung eine Auseinandersetzung über die Frage ergab, in welchen Rechtsformen der Versicherer konstituieren darf; weil von der GmbH nie die Rede war, ist aus

³⁰ Vgl. die entsprechenden Formulare auf www.sasis.ch.

³¹ So sind die meisten Gruppenpraxen in der Schweiz ausgestaltet.

den Gesetzesmaterialien abzuleiten, dass der Versicherer sich nicht in dieser Form konstituieren darf.³²

Es muss davon ausgegangen werden, dass eine Einschränkung auf bestimmte Rechtsformen mindestens aus den Gesetzesmaterialien klar hervorgehen muss und im Gesetz bzw. der Verordnung fassbar gemacht wird. So verhält es sich freilich weder bei der Einrichtung noch bei der Organisation.

Es kommt hinzu, dass in der Literatur festgehalten wird, dass ambulante Gemeinschafts- bzw. Gruppenpraxen, Health Maintenance Organizations (HMOs) oder Zentren der ambulanten Versorgung «auch in der Rechtsform einer juristischen Person organisiert sein können».³³ Mit dieser Formulierung wird gerade zum Ausdruck gebracht, dass auch andere Rechtsformen als diejenige einer juristischen Person gewählt werden können. Schliesslich fällt entscheidend ins Gewicht, dass in der bisherigen, ständigen Praxis der Versicherungsdurchführung Kollektivgesellschaften und Kommanditgesellschaften als Leistungserbringerinnen zugelassen wurden und eine ZSR-Nummer erhielten.³⁴ Auch aus der Rechtsprechung ergibt sich nicht, dass die Einrichtung oder die Organisation zwingend als juristische Person organisiert sein muss. Vielmehr wird das Folgende festgehalten: «Es ist Sache der beteiligten Ärzte, ihre Praxisorganisation und deren Rechtsform festzulegen.»³⁵

10.6.2 Zwischenergebnis

Aus dem geltenden Recht kann nach den vorstehenden Überlegungen nicht abgeleitet werden, dass Einrichtungen nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG oder Organisationen von nichtärztlichen Personen zwingend als juristische Personen organisiert werden müssen. Der entgegenstehenden Auffassung des Bundesamts für Gesundheit³⁶ kann deshalb insoweit nicht gefolgt werden.

Damit ergibt sich, dass Einrichtungen und Organisation im hier interessierenden Sinn in einer frei wählbaren Rechtsform organisiert werden können. Vorausgesetzt wird einzig, dass die Rechtsform zulässt, dass eine Anstellung bzw. Beschäftigung von Personen möglich ist. Denn es ist gerade dieses Kriterium, welches für die Einrichtung und die Organisation zentral ist.³⁷ Sowohl die Einrichtung wie auch die Organisation zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihnen

³² Vgl. BSK KVAG-Kieser, Art. 5 N 13.

³³ Vgl. BSK KVG-Vasella, Art. 35 N 33. – Die kursiv gehaltene Hervorhebung findet sich nicht im Original.

³⁴ Dazu Ziff. 10.5.

³⁵ BGE 135 V 237, E. 4.4; ebenso BSK KVG-Vasella, Art. 35 N 33, unter Hinweis auf VOKINGER, Rz 21 ff., 28 ff., 230 ff., 250 ff.

³⁶ Dazu Ziff. 10.2. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Auffassung des Bundesamts nicht weiter begründet ist.

³⁷ Vgl. Art. 37 Abs. 2 KVG: «die dort tätigen Ärzte und Ärztinnen»; Art. 52a lit. c KVV: «Sie erbringen ihre Leistungen durch Personen, ...»

bestimmte Personen tätig sind. Das ist indessen sowohl bei einer juristischen Person wie auch bei einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft möglich.

Dieses Ergebnis wird indirekt dadurch bestätigt, dass auch bezogen auf die in der Einrichtung bzw. in der Organisation tätigen Personen keine Voraussetzungen der Rechtsform der beschäftigenden Institution genannt werden. Vielmehr fällt bei der Formulierung dieser Voraussetzung auf, dass ein hoher Grad von Organisationsfreiheit festgehalten wird (z.B. offene Bezugnahme auf die in der Einrichtung «tätigen Ärzte und Ärztinnen»; vgl. Art. 37 Abs. 2 KVG).

Im Ergebnis zeigt sich somit, dass sowohl die Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG wie auch die Organisationen nach Art. 51 ff. KVV sowohl als juristische Person wie auch als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft organisiert sein können.

11 Beantwortung der gestellten Fragen

11.1 Vorbemerkung

Aufbauend auf den vorangehenden Ausführungen werden nachstehend die gestellten Fragen beantwortet. Dabei erfolgt die Einordnung der spezifischen Fragepunkte direkt im Zusammenhang mit der Beantwortung der jeweiligen Frage.

11.2 Wird es zukünftig unter dem Anordnungsmodell möglich sein, dass Ärzte und psychologische Psychotherapeuten vereint unter dem Dach einer einzigen juristischen Person angestellt sind?

Sowohl die Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG als auch eine Organisation nach Art. 52 ff. KVV können je als juristische Person – aber auch als Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft – errichtet werden. Es ist – auch wenn bisher bestätigende Gerichtsurteile oder eine entsprechende Verwaltungspraxis nicht bestehen – davon auszugehen, dass Ärztinnen/Ärzte einerseits und psychologische Psychotherapeutinnen/Psychotherapeuten andererseits auch gemeinsam von einer einzigen juristischen Person angestellt sein können. Es liegt dann eine – in einer einzigen Rechtsform errichtete – Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG und zugleich eine Organisation der psychologischen Psychotherapie vor.

Es ist also zulässig, dass unterschiedliche Leistungserbringende in einer gemeinsamen Einrichtung bzw. Organisation tätig sein können. Allerdings muss beachtet werden, dass die Einrichtung bzw. die Organisation für die unterschiedlichen Leistungserbringungsbereiche je die massgebenden kantonalen Voraussetzungen erfüllen. Sollte eine kantonale Regelung vorsehen, dass die gemeinsame Errichtung einer Einrichtung und einer Organisation nicht

zulässig ist, stellt sich allerdings die Frage, ob dadurch nicht die im Bundesrecht gewährte Gestaltungsfreiheit vereitelt wird.³⁸

11.3 Wenn die erste Frage bejaht wird, welche organisatorischen Voraussetzungen sind innerhalb der juristischen Person für eine saubere Abgrenzung der beiden Organisationen zu treffen, damit die Einrichtung der Ärzt*innen gemäss Art. 39 KVV und die Einrichtung der Psychotherapeut*innen und Psychologen gemäss Art. 52e KVV zulasten der OKP abrechnen können?

Wenn sowohl Einrichtung wie auch Organisation in einer einzigen juristischen Person errichtet werden, müssen die jeweiligen Voraussetzungen, welche das Bundesrecht und das kantonale Recht nennt, je erfüllt werden. Dies erscheint als durchaus möglich. Es muss auch beachtet werden, dass die betreffende juristische Person neben Ärztinnen/Ärzten und psychologischen Psychotherapeutinnen/Psychotherapeuten ohnehin weitere Personen anstellt (z.B. Medizinische Praxisassistenten, Empfangspersonal, Buchhaltung, Telefondienst). Insofern sind innerhalb der juristischen Person regelmässig neben den leistungserbringenden Personen auch weitere Personen tätig.

11.4 Dürfen Anordnungen von Ärzt*innen durch Psychotherapeut*innen innerhalb derselben juristischen Person angenommen werden?

In den greifbaren Unterlagen zur Neuregelung des Anordnungsmodells und in den Verordnungsbestimmungen wird nicht festgelegt, dass die anordnende Arztperson und die angeordnet tätige Person nicht in derselben Einrichtung/Organisation tätig sein dürfen. Vielmehr wird gerade auf die Bedeutsamkeit der Koordination unter den verschiedenen Leistungserbringenden hingewiesen:

«Artikel 11b KLV (neu)

In Absatz 1 wird festgehalten, dass psychologische Psychotherapeuten und Psychotherapeutinnen (nach Art. 46 Abs. 1 Bst. g KVV und 50c KVV) sowie Organisationen der psychologischen Psychotherapie (Art. 52d KVV) Leistungen der psychologischen Psychotherapie auf ärztliche Anordnung hin erbringen können. Weiter wird festgehalten, dass die Psychotherapie die Grundsätze und Methoden nach Artikel 2 KLV umfassen.

Im Gegensatz zur Regelung der ärztlichen Psychotherapie gemäss den Artikeln 2 und 3 KLV, welche nur die ärztliche Psychotherapie, nicht aber sämtliche Leistungen der Fachärztinnen und Fachärzte für Psychiatrie und Psychotherapie regelt, sind die Leistungen der auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin tätigen Leistungserbringer mittels Positivlistung abschliessend zu regeln. Des-

³⁸ Im kantonalen Recht müsste schlüssig begründet werden, weshalb eine gemeinsame Tätigkeit nicht zulässig sein soll.

halb werden bei den durch die Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten erbrachten Leistungen die Leistungen der Koordination explizit genannt. Diese umfassen Koordinationsleistungen, die im Zusammenhang mit der Psychotherapie stehen und betreffen einerseits die Koordination mit dem anordnenden Arzt oder der anordnenden Ärztin im Rahmen der Behandlung der psychischen Krankheit und andererseits die Abstimmung mit weiteren in die Behandlung involvierten Personen im Sinne der koordinierten Versorgung.³⁹ Im Rahmen der Leistung der Psychotherapie sind weiter auch Erstgespräche mit insbesondere anamnestischen und diagnostischen Elementen eingeschlossen, was im Verordnungs-text nicht näher ausgeführt wird.»⁴⁰

Insoweit sind keine Hindernisse ersichtlich, welche es ausschliessen würden, dass die anordnende Arztperson in einer Einrichtung/Organisation tätig ist, in welcher auch die angeordnet tätige Person tätig ist.

11.5 Können eine Organisation der psychologischen Psychotherapie nach Artikel 52e KVV und eine ärztliche Organisation gemäss Artikel 39 KVV zusammen eine juristische Person gründen, über welche sie beispielsweise Dienstleistungen für die beiden Tochtergesellschaften laufen lassen (z.B. Buchhaltung, Administration etc.) oder das Gebäude mieten und an die Tochtergesellschaften untervermieten können?

Zur Gründung einer juristischen Person, welche für Ärztinnen/Ärzte bestimmte Dienstleistungen erbringt, wird in der Literatur das Folgende ausgeführt:

«Denkbar ist ebenso eine Praxisorganisation, wonach die juristische Person nur die Infrastruktur oder gewisse andere Dienstleistungen für mehrere Ärzte zur Verfügung stellt, diese aber ihre Tätigkeit als Einzelunternehmer ausüben und bloss die Dienstleistungen von der Gesellschaft beziehen, so dass die einzelnen Ärzte selbst als Leistungserbringer zu betrachten sind (BGE 135 V 237 E. 4.4). Es ist Sache der beteiligten Ärzte, die Organisation ihrer Praxis und deren Rechtsform festzulegen (Vokinger, Rz 21 ff., 28 ff., 230 ff., 250 ff.).»⁴¹

Von dieser Äusserung ausgehend, zeigt sich, dass eine juristische Person ihre Dienstleistungen auch einer Einrichtung oder einer Organisation zur Verfügung stellen kann. Es ergibt sich aus der prinzipiell bestehenden Organisationsfreiheit, dass die Tätigkeit der juristischen Person auch in dieser Weise ausgestaltet sein kann.

12 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Ärztinnen/Ärzte einerseits und psychologische Psychotherapeutinnen/Psychotherapeuten andererseits können gemeinsam von einer einzigen juristischen Person angestellt sein. Es liegt

³⁹ Hervorhebungen nicht im Original.

⁴⁰ BAG, Kommentierung KVV/KLV, 7/8.

⁴¹ BSK KVG-Vasella, Art. 35 N 33.

dann eine – in einer einzigen Rechtsform errichtete – Einrichtung nach Art. 35 Abs. 2 lit. n KVG und zugleich eine Organisation der psychologischen Psychotherapie vor. Es ist also zulässig, dass unterschiedliche Leistungserbringende in einer gemeinsamen Einrichtung bzw. Organisation tätig sein können.

2. Wenn sowohl Einrichtung wie auch Organisation in einer einzigen juristischen Person errichtet werden, müssen die jeweiligen Voraussetzungen, welche das Bundesrecht und das kantonale Recht nennt, je erfüllt werden. Dies erscheint als durchaus möglich.

3. Es sind keine Hindernisse ersichtlich, welche es ausschliessen würden, dass die anordnende Arztperson in einer Einrichtung/Organisation tätig ist, in welcher auch die angeordnet tätige Person tätig ist.

4. Eine juristische Person, welche nur die Infrastruktur oder gewisse andere Dienstleistungen für eine Einrichtung oder eine Organisation zur Verfügung stellt, ist rechtlich zulässig. Es ergibt sich aus der prinzipiell bestehenden Organisationsfreiheit, dass die Tätigkeit der juristischen Person auch in dieser Weise ausgestaltet sein kann.

13 Hinweise zur praktischen Umsetzung

13.1 Ausgangspunkt

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass bezogen auf die Durchführung der psychologischen Psychotherapie verschiedene rechtliche Fragen zu klären sind, wobei bislang Gerichtsurteile teilweise fehlen. Ausgehend davon ist im vorliegenden abschliessenden Abschnitt aufzuzeigen, wie die Ausgestaltung der psychologischen Psychotherapie im Anordnungsmodell konkret und absehbar verlässlich vorgenommen werden kann. Dabei erfolgt eine Konzentration auf die Durchführung unmittelbar durch psychologische Psychotherapeutinnen und psychologische Psychotherapeuten. Die ebenfalls zulässige Form der Durchführung über eine Organisation der psychologischen Psychotherapie nach Art. 52e KVV wird in den vorliegenden Ausführungen nicht näher geprüft; hier ist auf die voranstehenden Ausführungen im Gutachten zu verweisen.

13.2 Grundsatz der selbständigen und auf eigene Rechnung erfolgenden Tätigkeit der psychologischen Therapeutin/des psychologischen Therapeuten

Wenn eine Psychotherapie durch psychologische Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten vorgenommen wird, geht es darum, dass die betreffende Person selbständig und auf eigene Rechnung tätig ist. Die aus analogen Tätigkeitsbereichen gewonnenen Erkenntnisse, etwa bezüglich Physiotherapie oder Ernährungsberatung, können auch für die Durchführung der psychologischen Psychotherapie angewendet werden; sie muss nämlich dieselben prinzipiellen Voraussetzungen erfüllen.

Die psychologischen Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten, die ihren Beruf selbständig und auf eigene Rechnung ausüben möchten, müssen bei der Gesundheitsdirektion des zuständigen Kantons eine Berufsausübungsbewilligung sowie eine Zulassung zur Abrechnung zulasten der Krankenversicherung beantragen. Mit dieser Bewilligung sind sie berechtigt, bei der SASIS AG eine ZSR-Nummer zu lösen. Die persönliche ZSR-Nummer berechtigt den Inhaber, mit den öffentlichen Kostenträgern abzurechnen. Eine Selbständigkeit für die Ausübung des Berufs benötigt auch eine Bestätigung seitens der AHV-Ausgleichskasse des betreffenden Kantons. Da die Bestätigung seitens AHV erst nach Erwerb der ZSR-Nummer erteilt wird, wird in der bisherigen Praxis für den Erhalt der ZSR-Nummer auch eine Kopie des ausgefüllten AHV-Antragsformulars akzeptiert.

Bereits aus Art. 46 KVV, der eine selbständige, auf eigene Rechnung erfolgende Tätigkeit vorschreibt, ergibt sich, dass die psychologischen Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten ihre Rechnung in eigenem Namen zu stellen haben. Nicht möglich ist, dass die Abrechnung durch die anordnende Ärztin oder den anordnenden Arzt erfolgt. Verlangt ist auch ein Auftritt nach aussen im eigenen Namen (zum Beispiel eigene Visitenkarte). Typischerweise übernimmt schliesslich die therapeutisch tätige Person Anordnungen von verschiedenen Ärztinnen und Ärzten.

13.3 Auswirkungen auf die ärztliche Tätigkeit

Die voranstehenden Ausführungen bedeuten aus Sicht der anordnenden Ärztin/des anordnenden Arztes einerseits und der psychologischen Psychotherapeutin/des psychologischen Psychotherapeuten andererseits im Wesentlichen, dass die gegenseitigen Beziehungen beschränkt und in bestimmter Weise ausgestaltet sein müssen.

Eine selbständige und auf eigene Rechnung erfolgte therapeutische Tätigkeit liegt typischerweise vor, wenn:

- ein Auftritt von Psychotherapeutin und Psychotherapeut nach aussen im eigenen Namen erfolgt, was beispielsweise eine umfassende Einbindung in die Arztpraxis ausschliesst
- das Inkassorisiko vollständig beim Psychotherapeuten/bei der Psychotherapeutin liegt, was ausschliesst, dass entsprechende Risiko ärztlich zu tragen
- für die ärztliche Anordnung einer Behandlung keinerlei finanzielle oder immaterielle Entschädigung verlangt oder geleistet wird
- Dienstleistungen mit direktem Bezug zur Durchführung der Therapie nicht über die Arztpraxis erbracht werden, was beispielsweise für die Psychotherapeutin und den Psychotherapeuten nahe legt, eine eigene Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen, im eigenen Namen Rechnung zu stellen und die Buchhaltung separat zu führen.

Ob eine Zusammenarbeit in diesem Sinne so ausgestaltet ist, dass die therapeutische Tätigkeit selbständig und auf eigene Rechnung erfolgt, kann aus ärztlicher Sicht in folgender Weise überprüft werden: Wenn die Beziehungen zwischen Arztperson und therapeutisch tätiger Person so ausgestaltet sind, dass für die Durchführung der Therapie aus Sicht von Psychotherapeutin oder Psychotherapeut nicht von Belang ist, wer ärztlich die Anordnung der Psychotherapie vorgenommen hat, wird typischerweise eine selbständige Tätigkeit vorliegen. Wenn hingegen – insbesondere in einer gemeinsamen Praxis – eine «Sonderbeziehung» zur anordnenden Arztperson besteht, wird eine selbständige Tätigkeit eher nicht anzunehmen sein.

13.4 Ärztliche Tätigkeit und psychologische Psychotherapie in derselben Praxis

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die ärztliche und die therapeutische Tätigkeit – wie es bei der früheren delegierten Therapie zwingend war – in denselben, gemeinsamen Praxisräumen vorgenommen werden können.

Die Benutzung einer gemeinsamen Praxis ist nicht prinzipiell ausgeschlossen. Allerdings muss

- (1) die selbständige Tätigkeit der psychologischen Therapeutin und des psychologischen Therapeuten gewährleistet sein,⁴² und es muss
- (2) das krankenversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot eingehalten werden.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot schliesst insbesondere aus, dass ärztlich oder therapeutisch die Zusammenarbeit von finanziellen Interessen gesteuert wird. Dies bringt mit sich, dass für Dienstleistungen – etwa für die Möglichkeit einer Raumbenutzung – seitens des Arztes und der Ärztin eine von Marktwerten abweichende (höhere) Entschädigung nicht verlangt werden darf. Entschädigungen ohne wirtschaftlich adäquate Gegenleistung dürfen bei den gemeinsamen Beziehungen also nicht festgesetzt werden.

Wenn eine Therapeutin oder ein Therapeut sich in einer Arztpraxis einmietet, kann dafür zwar eine (marktkonforme) Miete vereinbart werden, wobei diese aber nicht unterschiedlich danach ausfallen kann, wer ärztlich die Anordnung vorgenommen hat. Es liegt ferner nahe, die Entschädigung nicht unmittelbar an die Zahl der angeordneten Therapien zu knüpfen, sondern sie in gewisser Weise zu pauschalisieren (z.B. Entschädigung pro Halbttag oder pro Tag).

13.5 Ergebnisse

Diese Überlegungen zeigen, dass die äussere Gestaltung der bisherigen Delegationsverhältnisse bei einer Überführung in das Anordnungsmodell in wesentlichen

⁴² Dazu Ziff. 13.2.

Punkten verändert werden muss. Die therapeutisch tätige Person muss im Anordnungsmodell selbständig und auf eigene Rechnung tätig sein.

Wird die therapeutische Tätigkeit (weiterhin) in der Arztpraxis ausgeübt, ist vorausgesetzt, dass ein Marktmietzins für die Raumbenützung vereinbart wird. Darüber hinaus gehende Entschädigungen sind an sich nicht möglich, ausser wenn die Entschädigung für eine nicht direkt mit der Therapie verknüpfte Leistung (z.B. Reinigung der Praxisräume) erfolgt und dabei marktkonform festgesetzt wird.

Zürich, 30. Juni 2022



Prof. Dr.iur. Ueli Kieser, Rechtsanwalt

Materialien

BAG, FAQ: Bundesamt für Gesundheit: Häufig gestellte Fragen (FAQ) zur Umsetzung der KVG-Änderung «Zulassung von Leistungserbringern» Stand: 28. Februar 2022

BAG, Kommentierung KVV/KLV: Bundesamt für Gesundheit, Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung und der Krankenpflege-Leistungsverordnung, (Neuregelung der psychologischen Psychotherapie im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung [OKP]), Vorgesehene Änderungen per 1. Juli 2022, Änderungen und Kommentar im Wortlaut, Bern, im März 2021

Literatur

BSK KVG KVAG, Basler Kommentar Krankenversicherungsgesetz Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2020

BOLLER MARCEL, Die Vergütung der Psychotherapie, AJP 2019 934 ff.

DUC JEAN-LOUIS, Psychothérapie déléguée dans le cadre de la LAMal, in: Psychothérapie déléguée, vol. 31 collection Blanche IRAL, Bern 2004, 155 ff.

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 3. Aufl., Basel 2015, 385 ff.

EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Krankenversicherungsgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018

KIESER UELI, Delegierte Psychotherapie – aktuelle Fragestellungen, in: Psychologieberufe im Wandel – Übergang zum Psychologieberufegesetz, Zürich 2012, 95-122

KIESER UELI, Die Zulassung zur psychotherapeutischen Tätigkeit – Überlegungen zu einem gesundheitsrechtlichen Scharnier, AJP 2007 281 ff.

Kommentar MedBG (Hrsg. Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont), Basel 2009

LANDOLT HARDY, Delegation von Pflegeverrichtungen an nicht diplomierte Hilfskräfte und Laien, AJP 2011 349 ff.

MUHEIM CHRISTINE, La psychothérapie déléguée, in: Kahil-Wolff Bettina/Wyler Rémy (Hrsg.), Psychothérapie déléguée: rapport de soin – rapport de droit, Dorigny 2005, 199 ff.

VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Organisation der Ärzte-AG, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2016

WERDER GREGORI, Das Anordnungsmodell in der psychologischen Psychotherapie, Jusletter 2. Mai 2022