

Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern

Urteil vom 5. März 2017

Vorsitzender Verwaltungsrichter Schwegler
Fachrichter Dr. med. Gubler und Fürsprecher Cadotsch
Gerichtsschreiberin Bossert

1. **CSS Kranken-Versicherung AG (BAG Nr. 8)**
Tribtschenstrasse 21, 6005 Luzern
2. **CONCORDIA**
Schweiz. Kranken- und Unfallversicherung AG (BAG Nr. 290)
Bundesplatz 15, 6002 Luzern
3. **Avenir Assurance Maladie SA (BAG Nr. 343)**
Rue des Cèdres 5, 1920 Martigny
4. **KPT Krankenkasse AG (BAG Nr. 376)**
Tellstrasse 18, 3000 Bern 22
5. **Easy Sana Assurance Maladie SA (BAG Nr. 774)**
Rue des Cèdres 5, 1920 Martigny
6. **EGK Grundversicherungen (BAG Nr. 881)**
Brislachstrasse 2, 4242 Laufen
7. **Progrès Versicherungen AG (BAG Nr. 994) als Rechtsnachfolgerin
der sansan Versicherungen AG (BAG Nr. 1566)**
Zürichstrasse 130, 8600 Dübendorf
8. **SWICA Gesundheitsorganisation (BAG Nr. 1384)**
Römerstrasse 38, 8400 Winterthur
9. **Mutuel Assurance Maladie SA (BAG Nr. 1479)**
Rue des Cèdres 5, 1920 Martigny
10. **Sanitas Grundversicherungen AG (BAG Nr. 1509) in eigener Sache
und als Rechtsnachfolgerin der Wincare Versicherungen AG
(BAG Nr. 1060)**
Jägerstrasse 3, 8004 Zürich
11. **Philos Assurance Maladie SA (BAG Nr. 1535)**
Rue des Cèdres 5, 1920 Martigny
12. **Assura Basis SA (BAG Nr. 1542)**
Avenue Charles-Ferdinand-Ramuz, 1009 Pully



13. Visana AG (BAG Nr. 1555)

Weltpoststrasse 19, 3015 Bern

**14. Helsana Versicherungen AG (BAG Nr. 1562) in eigener Sache und
als Rechtsnachfolgerin der avanex Versicherungen AG
(BAG Nr. 1565)**

Zürichstrasse 130, 8600 Dübendorf

15. Arcosana AG (BAG Nr. 1569)

Tribschenstrasse 21, 6005 Luzern

16. Compact Grundversicherungen AG (BAG Nr. 1575)

Jägerstrasse 3, 8004 Zürich

alle vertreten durch den Verein santésuisse, Römerstrasse 20, Postfach,
4502 Solothurn und dieser vertreten durch Advocat Dr. iur. A. _____

Klägerinnen

gegen

B. _____, Dr. med.

vertreten durch Rechtsanwalt C. _____,

Beklagter

betreffend Klage vom 8. Juli 2015

Sachverhalt:

Am 8. Juli 2015 reichten 18 Krankenversicherer (nachfolgend: Klägerinnen), vertreten durch den Verein santésuisse (nachfolgend: santésuisse), dieser vertreten durch Advocat Dr. iur. A._____, gegen Dr. med. B._____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin (nachfolgend: Beklagter), Klage ein. Sie stellen die folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Beklagte sei durch das Schiedsgericht zu verpflichten, jene Beträge den Klägerinnen zurückzuerstatten, die er für das Rechnungssteller-Statistikjahr 2013 (RSS 2013) wegen unwirtschaftlicher bzw. gegebenenfalls nicht gesetzlicher Behandlungsweise den Klägerinnen gegenüber zu Unrecht vereinnahmt hat.
Gegebenenfalls seien weitere Sanktionsmassnahmen gemäss Art. 59 KVG nach Ermessen des Schiedsgerichts zu treffen.
Die Konkretisierung des Forderungsbetrages bzw. weiterer Sanktionsmassnahmen bleibe ausdrücklich vorbehalten.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht schlugen die Klägerinnen als Schiedsrichter D._____, Executive MBA, Master of Law, vor.

Mit prozessleitender Verfügung vom 10. Juli 2015 forderte der Instruktionsrichter die Klägerinnen bzw. santésuisse auf, eine rechtsgültig unterzeichnete Anwaltsvollmacht sowie in Bezug auf einzelne Klägerinnen rechtsgültig unterzeichnete Prozessvollmachten einzureichen. Gleichzeitig wurde die Detailauswertung 2013 für alle Leistungserbringer des Facharztgebietes „Allgemeine Innere Medizin“ des Kantons Bern der Rechnungssteller-Statistik (RSS) aus einem anderen beim Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten hängigen Verfahren ediert und im vorliegenden Verfahren zu den Akten erkannt. Die verlangten Vollmachten gingen am 4. August 2015 beim Gericht ein.

Mit Blick auf den Antrag der Klägerinnen betreffend Bestellung des Schiedsgerichts hielt der Instruktionsrichter mit prozessleitender Verfügung vom 4. August 2015 unter Verweis auf die massgeblichen Gesetzesbestimmungen fest, eine Ernennung des von den Klägerinnen beantragten Schiedsrichters zum Mitglied des zuständigen Schiedsgerichts falle ausser Betracht.

Mit Klageantwort vom 21. September 2015 stellt der Beklagte, vertreten durch Rechtsanwalt C. _____, die folgenden Anträge:

1. Die Rückforderungsklage sei vollumfänglich abzuweisen, sofern überhaupt darauf eingetreten werden kann.
2. In vorliegendem Fall sei zur Überprüfung der Zahlen des Beklagten die analytische Methode, systematische Einzelfallprüfung oder repräsentative Einzelfallprüfung mit Hochrechnung, anzuwenden.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerinnen.

Mit prozessleitender Verfügung vom 13. Oktober 2015 forderte der Instruktionsrichter die Klägerinnen auf, in anonymisierter Form die individuellen Daten aus dem „SASIS-Datenpool“ der Ärzte, welche die Vergleichsgruppe bilden, offenzulegen bzw. dem Gericht in Papierform zuzustellen. Die verlangten Dokumente gingen am 2. November 2015 beim Gericht ein. Der Instruktionsrichter forderte die Klägerinnen des Weiteren mit prozessleitender Verfügung vom 19. November 2015 auf, die „Individual-RSS-2013“ (mit überaltertem Patientenkollektiv) für die Vergleichsgruppe wie auch den Beklagten selbst und die Aufstellung der der Auswertung zugrunde gelegten Vergleichsgruppe aus dem „SASIS-Datenpool“ einzureichen. Die entsprechenden Unterlagen gingen am 7. Dezember 2015 beim Gericht ein.

Am 12. Februar 2016 reichte der Beklagte Schlussbemerkungen ein, mit welchen er an den gestellten Anträgen festhielt, und welche er am 17. Februar 2016 ergänzte bzw. berichtigte.

Mit prozessleitender Verfügung vom 29. Februar 2016 forderte der Instruktionsrichter im Rahmen einer Beweismassnahme die Klägerinnen auf, das Jahr 2013 betreffend je eine RSS Ärzte Allgemeine Innere Medizin, Kanton Bern, eine darauf Bezug nehmende Einzelauswertung des Beklagten und eine dazugehörige ANOVA-Auswertung beachtend folgende Parameter einzureichen: (a) Alle Ärzte ohne Ärzte mit 10 oder weniger Patienten; (b) alle Ärzte mit einem Durchschnittsalter der Erkrankten von 55 Jahren oder mehr ohne Ärzte mit 10 oder weniger Patienten und (c) Alle Ärzte mit einem Durchschnittsalter der Erkrankten von 60 Jahren oder mehr ohne Ärzte mit 10 oder weniger Patienten. Mit den Auswertungen waren dem Gericht zudem einzureichen die Auflistungen der Ärzte, deren Daten Eingang in die jeweiligen Auswertungen a bis c gefunden hatten und in an-

onymisierter Form deren individuellen Daten aus dem SASIS-Datenpool. Die entsprechenden Unterlagen gingen dem Gericht am 7. April 2016 zu.

Der Beklagte reichte am 13. Mai 2016 Schlussbemerkungen ein.

Am 13. Juli 2016 fand vor dem Schiedsgericht eine Instruktionsverhandlung statt, anlässlich welcher der Beklagte zusätzliche Unterlagen einreichte. Zu diesen nahmen die Klägerinnen mit Eingabe vom 3. August 2016 Stellung. Ebenfalls anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 13. Juli 2016 reichte santésuisse in Vertretung von 22 Krankenversicherern eine weitere Rückforderungsklage gegen den Beklagten betreffend das Jahr 2014 ein (Verfahren SCHG/2016/660).

Mit Eingabe vom 5. September 2016 liess der Beklagte dem Gericht weitere Schlussbemerkungen zukommen.

Am 22. Dezember 2016 schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel und das Beweisverfahren. Gleichzeitig gab er den Parteien die Besetzung des Schiedsgerichts im vorliegenden Verfahren bekannt.

Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) sind Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern durch ein Schiedsgericht zu entscheiden. Die Kantone können die Aufgaben des Schiedsgerichts dem kantonalen Versicherungsgericht übertragen (Art. 89 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 1 KVG), was der Kanton Bern getan hat (Art. 40 des kantonalen Gesetzes vom 6. Juni 2000 betreffend die Einführung der Bundesgesetze über die Kranken-, die Unfall- und die Militärversicherung [EG KUMV; BSG 842.11]).

1.2 Im vorliegenden Verfahren ist eine Streitigkeit zwischen Versicherern und einem Leistungserbringer zu beurteilen, weshalb die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben ist. Der Beklagte hat seine Praxis im Kanton Bern (...), womit das Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern auch örtlich zuständig ist (Art. 89 Abs. 2 KVG). Auf die Klage ist damit grundsätzlich einzutreten (vgl. aber E. 1.3.1 hiernach).

1.3

1.3.1 Soweit der Beklagte hinsichtlich der Formvorschriften in der Klageantwort (S. 2 f. II./A./Ziff. 3) und in den Schlussbemerkungen vom 12. Februar 2016 (S. 2 f. II./Ziff. 2) vortragen lässt, das Rechtsbegehren sei zu wenig bestimmt bzw. nicht beziffert worden, weshalb auf die Klage nicht eingetreten werden könne, kann dem nicht gefolgt werden. Zum einen findet, entgegen der Annahme des Beklagten (Klageantwort S. 2 II./A./Ziff. 3), nicht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272), sondern das kantonale Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) Anwendung (Art. 46 Abs. 2 EG KUMV; vgl. auch E. 1.6 hiernach). Nur für eine Änderung des Rechtsbegehrens oder des Klagegrundes wären die Vorschriften der ZPO über die Klageänderung sinngemäss anwendbar (Art. 26 VRPG).

Für die Frage, ob das Rechtsbegehren hinreichend bestimmt ist, ist das VRPG massgebend. Der Antrag bzw. das Rechtsbegehren gemäss Art. 32 Abs. 2 VRPG soll so präzise gefasst sein, dass es unverändert ins Entscheidungsdispositiv übernommen werden kann. Die Praxis ist jedoch nicht streng. Zum einen ist dem Antragserfordernis bereits Genüge getan, wenn sich aus dem Zusammenhang und unter Zuhilfenahme der Begründung sinngemäss ergibt, was angebeht wird (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 13; vgl. auch BGE 137 III 617 E. 6.2 S. 622). Zum anderen sind im Sozialversicherungsprozess die Anforderungen an eine hinreichende Klage geringer als nach ZPO. Es gilt insbesondere der Untersuchungsgrundsatz (Art. 89 Abs. 5 KVG). Ausserdem kann das Gericht einer Partei mehr oder anderes zusprechen, als was sie verlangt hat (vgl. auch E. 1.5 hiernach). Insoweit ist mit Blick auf die betragliche Festlegung in der Begründung – die Klägerinnen verlangen für

das Jahr 2013 eine Rückforderung von Fr. 85'518.-- (Klage S. 9) – auf die Klage einzutreten (vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 5. Juli 2012, 9C_110/2012, E. 1.1).

Nicht eingetreten werden kann auf den Antrag, weitere Sanktionen nach Art. 59 KVG anzuordnen. In dieser Hinsicht ist weder der Antrag konkret noch erfolgt in der Begründung eine hinreichende Spezifizierung. Im Übrigen entspricht die Klage den Formvorschriften (Art. 46 Abs. 2 EG KUMV i.V.m. Art. 32 Abs. 2 und 3 VRPG).

1.3.2 Da – wie bereits erwähnt (vgl. E. 1.3.1 hiervor) – vorliegend nicht die ZPO zur Anwendung gelangt, können Weiterungen zum Argument des Beklagten, eine Klagenhäufung sei nicht statthaft (vgl. Art. 376 ZPO; vgl. Schlussbemerkungen vom 12. Februar 2016 S. 3 f. II./Ziff. 4) unterbleiben (vgl. auch E. 3.2 am Schluss hiernach). Vorliegend kommt das gesetzlich vorgesehene schiedsgerichtliche Verfahren gemäss Art. 89 KVG zur Anwendung.

1.4 Die Vertretungsvollmacht von santésuisse für das vorliegende Verfahren ergibt sich für diejenigen Krankenversicherer, die santésuisse-Mitglieder sind, aus Art. 16 der santésuisse-Statuten (Akten der Klägerinnen [act. I] 1). Bezüglich der klagenden Nicht-santésuisse-Mitglieder wurden entsprechende Prozessvollmachten vorgelegt (act. I 2). Sodann ist der Rechtsvertreter von santésuisse ordnungsgemäss bevollmächtigt (act. I 3; Art. 15 VRPG).

1.5 Im Klageverfahren ergibt sich der Streitgegenstand einzig aus den Rechtsbegehren der Klage. Innerhalb des Streitgegenstands ist das Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten in Durchbrechung der Dispositionsmaxime an die Begehren der Parteien nicht gebunden (vgl. BGE 135 V 23 E. 3.1 S. 26). Das Gericht würdigt die Vorbringen der Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach pflichtgemässen Ermessen. Es kann unter Wahrung des rechtlichen Gehörs zu Ungunsten der klagenden Partei entscheiden oder dieser mehr zusprechen, als sie verlangt hat (Art. 46 Abs. 2 EG KUMV i.V.m. Art. 92 Abs. 1 und 3 Satz 2 VRPG).

1.6 Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) finden gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. e KVG beim Verfahren vor dem kantonalen Schiedsgericht (Art. 89 KVG) keine Anwendung. Das KVG schreibt vor, dass das Verfahren einfach und rasch zu sein und das Schiedsgericht die für den Entscheid erheblichen Tatsachen unter Mitwirkung der Parteien festzustellen hat, wobei es die notwendigen Beweise erhebt und in der Beweiswürdigung frei ist (Art. 89 Abs. 5 KVG). Der Kanton regelt das Weitere (Art. 89 Abs. 5 Halbsatz 1 KVG). Das Klageverfahren richtet sich vorbehältlich abweichender Regelungen des EG KUMV (Art. 46 Abs. 2 EG KUMV) nach dem VRPG.

1.7 Das Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten urteilt in Dreierbesetzung. Es besteht aus einem Mitglied des Verwaltungsgerichts als neutralem Vorsitzenden und je einer Vertreterin oder einem Vertreter der betroffenen Versicherer und Leistungserbringer. Diese werden von der oder dem neutralen Vorsitzenden bezeichnet (Art. 89 Abs. 4 Sätze 2 und 3 KVG, Art. 56 Abs. 4 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.

2.1

2.1.1 Die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abgerechneten Leistungen müssen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein (Art. 32 Abs. 1 KVG). Die Leistungserbringer haben sich in ihren Leistungen auf das Mass zu beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist (Art. 56 Abs. 1 KVG). Für Leistungen, die über dieses Mass hinausgehen, kann die Vergütung verweigert werden. Eine nach diesem Gesetz dem Leistungserbringer zu Unrecht bezahlte Vergütung kann zurückgefordert werden (Art. 56 Abs. 2 KVG). Leistungserbringer und Versicherer legen vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit fest (Art. 56 Abs. 6 KVG).

2.1.2 Gemäss Art. 59 Abs. 1 KVG werden gegen Leistungserbringer, welche gegen die im Gesetz vorgesehenen Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsanforderungen (Art. 56 und 58 KVG) oder gegen vertragliche Abmachungen verstossen, Sanktionen ergriffen. Diese umfassen die Verwarnung (lit. a), die gänzliche oder teilweise Rückerstattung der Honorare, welche für nicht angemessene Leistungen bezogen wurden (lit. b), eine Busse (lit. c) oder im Wiederholungsfall den vorübergehenden oder definitiven Ausschluss von der Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (lit. d). Über Sanktionen entscheidet das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG auf Antrag eines Versicherers oder eines Verbandes der Versicherer (Art. 59 Abs. 2 KVG).

Obschon die Rückerstattung der Honorare (Art. 59 Abs. 1 lit. b KVG) neu unter dem Begriff "Sanktionen" (Art. 59 Abs. 1 Satz 1 KVG) steht, bleibt die zu Art. 56 Abs. 2 KVG ergangene Rechtsprechung anwendbar, wonach (namentlich) kein Verschulden des Leistungserbringers vorausgesetzt wird (BGE 141 V 25 E. 8.4 S. 30).

2.2 Zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit kann rechtsprechungsgemäss sowohl die statistische Methode (Durchschnittskostenvergleich) als auch die analytische Methode (Einzelfallprüfung) – oder eine Kombination beider Methoden – zur Anwendung gelangen (BGE 135 V 237 E. 4.6.1 S. 245; SVR 2015 KV Nr. 8 S. 31 E. 5.2). Voraussetzung für die Anwendbarkeit der statistischen Methode ist, dass sich das Vergleichsmaterial hinreichend ähnlich zusammensetzt und sich der Vergleich über einen genügend langen Zeitraum erstreckt, wodurch bloss zufällige Unterschiede mehr oder weniger ausgeglichen werden. Eine Überarztung liegt vor, wenn eine ins Gewicht fallende Zahl von Rechnungen desselben Arztes oder derselben Ärztin an eine Krankenkasse im Vergleich zur Zahl von Rechnungen von Ärzten des gleichen Fachbereichs in geographisch gleichem Tätigkeitsbereich und mit etwa gleichem Krankengut im Durchschnitt erheblich höher ist, ohne dass den Durchschnitt beeinflussende Besonderheiten geltend gemacht werden können. Falls die Wirtschaftlichkeit in Anwendung der statistischen Methode beurteilt wird, darf eine Unwirtschaftlichkeit nicht schon bei Überschreitung des statistischen Mittelwertes (100 Indexpunkte) vermutet werden. Vielmehr ist den Ärzten und Ärztinnen ei-

nerseits ein Toleranzbereich und zudem allenfalls ein Zuschlag zu diesem Toleranzwert (zu dem den Toleranzbereich begrenzenden Indexwert) zuzugestehen, um spezifischen Praxisbesonderheiten Rechnung zu tragen. Nach der Rechtsprechung liegt der Toleranzbereich zwischen 120 und 130 Indexpunkten (BGE 137 V 43 E. 2.2 S. 45; SVR 2015 KV Nr. 8 S. 31 E. 5.3).

2.3 In BGE 130 V 377 hat das Bundesgericht entschieden, dass bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung grundsätzlich die Vergütungen sämtlicher verursachten (direkten und veranlassten) Kosten zu berücksichtigen sind, und zwar bei der Bestimmung der Indizes im Rahmen der statistischen Methode ebenso wie bei der Bemessung der Rückerstattungspflicht (E. 7.5 S. 380). In BGE 133 V 37 hat es – in Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung – erkannt, dass bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung Platz zu greifen hat und dementsprechend auf den die Arzt-, die Medikamenten- und – soweit möglich – die veranlassten Kosten berücksichtigenden Gesamtkostenindex abzustellen ist. Schliesslich hat das Bundesgericht in BGE 137 V 43 die Rechtsprechung gemäss BGE 130 V 377 dahingehend geändert, dass von der Rückerstattungspflicht nach Art. 56 Abs. 2 KVG nur die direkten Kosten (einschliesslich der abgegebenen Medikamente), nicht hingegen die vom Arzt veranlassten Kosten erfasst werden (E. 2.5.5 S. 49). Nach wie vor ist jedoch die Frage, ob das Wirtschaftlichkeitserfordernis erfüllt ist, aufgrund einer Gesamtbetrachtung im Sinne von BGE 133 V 37 zu beantworten, wobei ein überdurchschnittlicher Anteil an selber erbrachten – bei unterdurchschnittlich ausgelagerten – Leistungen zumindest im Sinne einer Praxisbesonderheit zu berücksichtigen ist (BGer 9C_110/2012, E. 2.2). Massgebend ist somit der Gesamtkostenindex. Liegt dieser innerhalb des Toleranzbereichs, ist das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht verletzt. Andernfalls ist – in einem zweiten Schritt – zu prüfen, ob die direkten Kosten den Toleranzwert übertreffen. Trifft das nicht zu, besteht trotz Überarztung keine Rückerstattungspflicht. Es können sich jedoch allenfalls Massnahmen nach Art. 59 Abs. 1 lit. a, c oder d KVG aufdrängen (SVR 2015 KV Nr. 8 S. 31 E. 5.4).

2.4 Der von den Krankenversicherern gestützt auf die statistische Methode um Rückerstattung angegangene Arzt hat aus Gründen des rechtli-

chen Gehörs einen Anspruch darauf, in die für den Wirtschaftlichkeitsvergleich herangezogenen Daten Einsicht zu nehmen. Bei Anwendung der statistischen Methode der Wirtschaftlichkeitsprüfung hat der Verband der Krankenversicherer deshalb die Namen der Ärzte, welche die Vergleichsgruppe bilden, sowie – in anonymisierter Form – deren individuelle Daten aus dem "santésuisse-Datenpool" offenzulegen (BGE 136 V 415 E. 6.3.3 S. 418; SVR 2011 KV Nr. 15 S. 59 E. 4.4).

3.

3.1 Vorweg ist die Frage der Verwirkung der geltend gemachten Rückerstattungsforderung von Amtes wegen zu prüfen (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, heute BGer] vom 26. Juni 2003, K 127/01, E. 2).

3.1.1 Nach der Rechtsprechung wird die (relative) Verwirkungsfrist ein für allemal gewahrt, wenn innerhalb eines Jahres nach Kenntnis der RSS (als Grundlage der behaupteten Überarztung) das Rückforderungsbegehren bei einer vertraglichen Schlichtungsinstanz oder der gesetzlichen Vermittlungsbehörde oder direkt beim Schiedsgericht eingereicht wird (Entscheid des BGer vom 25. März 2008, K 9/07, E. 7.1 und 7.2).

3.1.2 Vorliegend datiert die RSS für das Jahr 2013 vom 15. Juli 2014 (act. I 6) und die Klage wurde am 8. Juli 2015 beim Schiedsgericht eingereicht. Dass in den Akten nur das Erstellungsdatum der Statistik und nicht auch die für den Beginn der Frist massgebende Kenntnisnahme vermerkt ist, vermag nicht zu schaden, weil eine Kenntnisnahme der Statistik vor deren Erstellung ausgeschlossen ist. Damit haben die Klägerinnen die Verwirkungsfrist gewahrt.

Nachdem das Rechtsbegehren bzw. der Rückforderungsbetrag als hinreichend bestimmt qualifiziert wurde (vgl. E. 1.3.1 hiervor), erübrigen sich auch weitere Ausführungen zum Einwand des Beklagten, wonach die Forderung mangels Bezifferung verwirkt sei (Schlussbemerkungen vom 12. Februar 2016 S. 3 II./Ziff. 3). Im Übrigen ist zur Fristwahrung die Klagebezifferung grundsätzlich nicht notwendig (EVG K 127/01, E. 2.2.3).

3.2 Die Aktivlegitimation der klagenden Krankenversicherer ergibt sich aus Art. 56 Abs. 2 bzw. Art. 59 Abs. 2 KVG (vgl. E. 2.1.1 und 2.1.2 hiavor). Als Klägerinnen treten vorliegend Krankenkassen auf, die im Jahr 2013 vom Beklagten ausgestellte Rechnungen vergütet und santésuisse zur Aufnahme in die RSS gemeldet haben. Die in der Klage vom 8. Juli 2015 aufgeführten Klägerinnen bzw. BAG-Nummern stimmen teilweise insofern nicht mehr mit den im Rubrum aufgeführten Krankenkassen überein, als seither gewisse Krankenkassen miteinander fusioniert haben (vgl. Rubrum hiavor und www.zefix.ch). Ihre Aktivlegitimation als Frage der materiellen Anspruchsberechtigung in den Verfahren betreffend die Rückerstattung ist auf die neuen Kassen übergegangen. Soweit unterschiedliche Parteibezeichnungen bloss auf einen Wechsel der Firma der klagenden Kassen zurückgehen, liegt darin von vornherein kein rechtlich relevanter Parteiwechsel (Entscheid des BGer vom 10. Dezember 2009, 9C_457/2009, E. 5).

Nach der Rechtsprechung ist eine Kollektivklage aller Versicherer, vertreten durch den Krankenkassenverband, zulässig und eine Spezifikation der auf den einzelnen Versicherer entfallenden Beträge nicht erforderlich (in BGE 133 V 37 nicht publ. E. 3.3 [BGer K 6/06]; BGE 127 V 281 E. 5d S. 286). Diese Praxis wurde per 1. Januar 2005 (AS 2005 1071; BBI 2004 4259) ins Gesetz überführt (Art. 59 Abs. 2 KVG; Entscheid des BGer vom 12. Dezember 2008, 9C_773/2008, E. 5).

4.

4.1 Die Klägerinnen haben vorliegend für die Wirtschaftlichkeitsprüfung die statistische Methode bzw. den Durchschnittskostenvergleich herangezogen, wobei sie Auswertungen anhand der RSS und der ANOVA-Methode vorgenommen haben. Im Zusammenhang mit Letzterer machen sie in der Stellungnahme vom 4. Dezember 2015 (S. 2 Ziff. 2) – wie bereits in der Klage – geltend, dass die Indizes des Beklagten gemäss der Varianzanalyse bzw. der ANOVA-Methode (ANOVA = Analysis of Variance), welche die durchschnittlich höhere Kostenverursachung von älteren Patienten berücksichtige und welche gestützt auf Art. 56 Abs. 6 KVG zwischen FMH, santé-

suisse und curafutura vertraglich vereinbart worden sei, ebenfalls (neben der RSS) deutlich über dem Toleranzbereich lägen.

4.2 Der Beklagte macht geltend (Klageantwort S. 3 II./A./Ziff. 4; Schlussbemerkungen vom 12. Februar 2016 S. 7 II./Ziff. 7), die Anwendung des Durchschnittskostenvergleichs mit der statistischen Methode führe vorliegend zu einem nicht der Realität entsprechenden Ergebnis. Aufgrund der Tatsache, dass seine Patienten gegenüber der Vergleichsgruppe ein überdurchschnittliches Alter sowie eine hohe Morbidität aufwiesen und er nur sehr wenige Patienten habe, könne er nicht mit den übrigen Ärzten der Vergleichsgruppe verglichen werden. Es sei deshalb vorliegend die analytische Methode mit systematischer Einzelfallprüfung anzuwenden. Zudem liess der Beklagte im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der ANOVA-Methode ein juristisches Kurzgutachten („Gutachterliche Äusserung zur vertraglichen Festlegung einer Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit [Art. 56 Abs. 6 KVG]“; Akten des Beklagten [act. IIa] 7) des Prof. Dr. iur. Ueli Kieser zu Handen des Vereins Ethik und Medizin in der Schweiz (VEMS) einreichen. Darin wird ausgeführt, der vertraglichen Festlegung der ANOVA-Methode zwischen der Ärzteschaft (FMH) einerseits und santésuisse sowie curafutura andererseits als Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit (vgl. act. IIa 6) sei keine Beachtung zu schenken (act. IIa 7 Ziff. 4.3 und 5). Das Parlament habe beim Erlass von Art. 56 Abs. 6 KVG diese Methode ausdrücklich ausgeschlossen (act. IIa 7 Ziff. 3.3.1, 3.4, 4.3 und 5).

Vorab zu prüfen ist, ob der Methode des Durchschnittskostenvergleichs die Anwendung zu versagen ist.

4.3 Die ANOVA-Methode besteht seit dem Statistikjahr 2004 (vgl. Positionspapier von santésuisse „Wirtschaftlichkeitsprüfungen bei frei praktizierenden Ärzten“ [nachfolgend: Positionspapier santésuisse], Fassung vom 29. Januar 2009, abrufbar unter www.santesuisse.ch; vgl. auch das Gutachten des Seminars für Statistik der ETH Zürich vom 28. September 2005 „Die ANOVA-Methode zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit von Leistungserbringern nach Art. 56 KVG“, abrufbar unter www.physicianprofiling.ch). Sie stand immer wieder in der Kritik, vorab von Seiten der Ärzteschaft. Auch Prof. Dr. iur. Kieser äusserte sich wiederholt kritisch gegenüber der ANO-

VA-Methode (vgl. MICHAEL ROMANENS, Wirtschaftlichkeitsverfahren, die keine sind: rechtliches Gutachten im Licht unabhängiger Statistik, Schweizerische Ärztezeitung [SÄZ], 2011; 92: 9 S. 338 ff.). Dies führte dazu, dass auch der Bundesgesetzgeber tätig wurde und in Art. 56 KVG einen neuen Abs. 6 einfügte. Darin wird festgelegt, dass Ärzteschaft und Krankenversicherer gemeinsam eine Methode zur Wirtschaftlichkeitsprüfung zu vereinbaren haben.

Ausgangspunkt war die parlamentarische Initiative „Stärkung der Hausarztmedizin“ (vgl. BBl 2011 2519 2527 2529). Die Krankenversicherer sollten die angewandte Methode transparent machen und die Parteien sollten gemeinsam (partnerschaftlich) über die anzuwendende Methode diskutieren. Der Sprecher der Kommission im Nationalrat (Ignazio Cassis) hatte dabei hervorgehoben (Amtl. Bull. NR 2011 S. 1308), dass die Methode vorab den Leistungserbringern unbekannt sei (Intransparenz). Der Titel „Stärkung der Hausarztmedizin“ stehe deshalb, weil die Hausärzte mitunter schwere Fälle behandeln würden und sie von der derzeitigen Methode übermässig beeinträchtigt würden. Es sei deshalb das Ziel, die Morbidität mit in die Methode einzubeziehen. Die neue Bestimmung setze voraus, dass die Verbände der Versicherer ihre Methode zur Diskussion stellten und die Algorithmen vollständig offen legen würden. Was geändert werde, sei einzig die Festlegung der Methode. Es gebe die ANOVA-Methode, die möglicherweise morbiditätsbezogen verfeinert werden müsse (Voten Humbel, Perlicz-Huber und Bundesrat Burkhalter im Nationalrat wie auch im Ständerat [Amtl. Bull. NR 2011 S. 1308 ff. und Amtl. Bull. SR 2011 S. 1106 ff.]). In der parlamentarischen Beratung findet sich einzig im Votum Heim (Amtl. Bull. NR. 2011 S. 1310) eine eindeutige Ablehnung der ANOVA-Methode.

Unter diesen Umständen kann der Auffassung des Beklagten nicht gefolgt werden, das Parlament habe der eingefügten Gesetzesbestimmung – über den Wortlaut hinaus – das Verbot einer bestimmten Methode beigelegt. Vielmehr war es die Absicht des Parlaments, die Methodenfestlegung in Zukunft auf den partnerschaftlichen Weg zu verweisen, ohne sich selbst zur Methode zu äussern. Die Leistungserbringerseite hatte dem Willen des Gesetzgebers folgend nach Erlass von Art. 56 Abs. 6 KVG die Gelegenheit,

sich die Methode transparent vorlegen zu lassen und in eine Diskussion mit den Versicherern einzusteigen. Dies ist erfolgt und es wurde ein Vertrag über die Anwendbarkeit der ANOVA-Methode abgeschlossen (act. IIa 6). Die Parteien sind gleichzeitig übereingekommen, die Methode fortlaufend zu verbessern. Insoweit darf durchaus davon ausgegangen werden, dass Transparenz geschaffen worden war und unüberwindbare Vorbehalte nicht mehr bestanden. Wenn die Parteien ihrem freien Willen folgend (die Ärzteschaft hätte ohne weiteres die Unterschrift verweigern können, womit der Bundesrat die Methode festgelegt hätte [vgl. Übergangsbestimmung zur Änderung des KVG vom 23. Dezember 2011]) die Vereinbarung über die Massgeblichkeit der ANOVA-Methode unterzeichnet haben, so zeigt dies, dass die im Verhandlungsverfahren geschaffene Transparenz in Kombination mit dem ETH-Gutachten vom 28. September 2005 die Ärzteschaft offenbar davon überzeugen konnte, dass der derzeitige Stand für die Leistungserbringerseite zumindest als minimale Basis akzeptabel war. Schliesslich stände es jeder Partei frei, den Vertrag zu kündigen.

Es besteht damit kein Grund, die ANOVA-Methode auszuschliessen. Verzerrungen, die zufolge unterschiedlicher Tätigkeiten und damit zusammenhängender Tarifierungen entstehen können, sind hier bereits deshalb ausgeschlossen bzw. zumindest weitgehend vermieden, weil allein Ärzte gleicher Fachrichtung miteinander verglichen werden.

4.4 Nachfolgend ist unter Einbezug der von den Klägerinnen eingereichten Daten, der gerichtlich angeordneten Auswertungen (act. I 5, 6; Akten der Klägerinnen [act. Ia] 1; Akten der Klägerinnen [act. Ib] A – D) und der gerichtlich beigezogenen Unterlagen (vgl. prozessleitende Verfügung vom 10. Juli 2015 Ziff. 6) die Frage der Rückerstattungspflicht zu prüfen. Die erwähnten Daten ergeben das folgende Bild:

Rechnungssteller-Statistik 2013

	Vergleichsgruppe	Vergleich gemäss Klage	Vergleich gemäss gerichtlicher Beweismassnahme (nur Index - Detailzahlen vgl. die Akten)			Spezialauswertung der Klägerinnen
			Beklagter im Vergleich zu alle Ärzte > 10 Patienten	Beklagter im Vergleich zu alle Ärzte > 10 Patienten und Durchschnittsalter ≥ 55	Beklagter im Vergleich zu alle Ärzte > 10 Patienten und Durchschnittsalter ≥ 60	
Anzahl Leistungserbringer	992					
Anzahl Erkrankte	656'708	95				95
Durchschnittsalter Erkrankte	51.2	68.6				68.6
Konsultationen (Grundleistungen)	2'839'261	1032				1032
Anzahl Konsultationen nach Erkrankten	4.32	10.86				10.86
Index Konsultationen nach Erkrankten (<i>Bezeichnet als „Grundleistung pro Erkrankten Index Grundleistung“, Indexberechnung basierend auf Anzahl Konsultationen</i>)	100	251	251	232	220	171
Direkte Kosten						
Total direkte Kosten: Bruttoleistung	Fr. 412'185'888.00	Fr. 196'691.00				Fr. 196'691.00
- Kosten (Arztleistung)	Fr. 251'250'064.00	Fr. 111'477.00				Fr. 111'477.00
- Kosten Medikamente	Fr. 160'935'808.00	Fr. 85'214.00				Fr. 85'214.00
Kosten pro Grundleistung (<i>Kosten pro Konsultation</i>)	Fr. 88.49	Fr. 108.02				108.02
Index Kosten Grundleistung (<i>Indexberechnung basierend auf Anzahl Konsultationen</i>)	100	122	122	121	117	119
Kosten (Arztleistung) pro Erkranktem	Fr. 382.59	Fr. 1'173.45				Fr. 1'173.45
Index Kosten (Arztleistung) pro Erkranktem	100	307	307	279	257	204
Medikamente vom Arzt pro Erkranktem	245.06	Fr. 896.99				Fr. 896.99
Index Medikamente vom Arzt pro Erkranktem	100	366	366	449	570	745
Total direkte Kosten pro Erkranktem	627.65	Fr. 2'070.45				Fr. 2'070.45
Total Direkte Kosten: Index Kosten Erkranktem	100	330	330	334	337	297

Veranlasste Kosten						
Apotheken veranlasste Kosten	Fr. 157'072'208.00	Fr. 4'589.00				Fr. 4'589.00
Apotheken veranlasste Kosten pro Erkranktem	Fr. 239.18	Fr. 48.31				Fr. 48.31
Index veranlasste Kosten Apotheken	100	20	20	12	10	9
Laboratorien veranlasste Kosten	Fr. 35'872'236.00	Fr. 11'336.00				Fr. 11'336.00
Laboratorien veranlasste Kosten pro Erkranktem	Fr. 54.62	Fr. 119.33				Fr. 119.33
Index veranlasste Kosten Laboratorien	100	218	219	214	196	190
Physiotherapeuten veranlasst	Fr. 36'911'888.00	Fr. 1'254.00				Fr. 1'254.00
Physiotherapeuten veranlasste Kosten pro Erkranktem	Fr. 56.21	Fr. 13.20				Fr. 13.20
Index veranlasste Kosten Physiotherapie	100	23	24	21	19	16
Total veranlasste Kosten	Fr. 229'856'336.00	Fr. 17'180.00				Fr. 17'180.00
Total veranlasste Kosten pro Erkranktem	Fr. 350.01	Fr. 180.84				Fr. 180.84
Total veranlasste Kosten: Index Kosten Erkrankten	100	52	52	34	29	26

Total direkte und veranlasste Kosten						
Kosten ohne Medikamente total	Fr. 324'034'176.00	Fr. 124'067.00				Fr. 124'067.00
Kosten ohne Medikamente pro Erkranktem	Fr. 493.42	Fr. 1'305.97				Fr. 1'305.97
Index Kosten ohne Medikamente	100	265	265	243	223	181
Kosten Medikamente total	Fr. 318'008'032.00	Fr. 89'803.00				Fr. 89'803.00
Kosten Medikamente total pro Erkranktem	Fr. 484.25	Fr. 945.30				Fr. 945.30
Index Kosten Medikamente	100	195	196	156	145	139
Gesamtkosten direkte und veranlasste	Fr. 642'042'240.00	Fr. 213'870.00				Fr. 213'870.00
Gesamtkosten pro Erkranktem	977.67	Fr. 2'251.25				Fr. 2'251.25
Index Kosten pro Erkranktem	100	230	231	197	182	161
Durchschnittsalter der Gruppe			51.17	58.81	62.89	64.52

4.5

4.5.1 Die Auswertungen aus der RSS des Jahres 2013 sind verwertbar, basieren sie doch alle auf einer hinreichenden Anzahl Ärzte (im Fall des Durchschnittsalters ≥ 60 noch 98 Ärzte [act. Ib D]). Werden all jene Ärzte ausgeschieden, die allein eine sehr geringe Zahl von Patienten behandeln (< 10 Patienten) und – wie vom Beklagten geltend gemacht (vgl. Schlussbemerkungen vom 12. Februar 2016 S. 6 II./Ziff. 7) – Ursache für eine statistische Verfälschung darstellen könnten, so ergeben sich im Verhältnis zum Vergleichskollektiv aller Ärzte höchstens marginale Verschiebungen (ein Indexpunkt). Werden die Auswertungen fokussierend auf einen eher älteren Patientenstamm beurteilt (Durchschnittsalter 58.8 und 62.9 Jahre [Patienten des Beklagten 68.6 Jahre]), so ergibt sich, dass sich die Indizes (bei den Gesamtkosten) zu Gunsten des Beklagten verändern (von 230 zu 182 Punkten bzw. bei der Spezialauswertung der Klägerinnen auf 161 Punkte). Nach wie vor bleiben die Vergleichsindizes des Beklagten jedoch klar über dem tolerierbaren Mass. So ergibt die vom Gericht angeordnete günstigste Auswertung einen Index von 182 Punkten bei den Gesamtkosten und einen Index von 337 Punkten bei den direkten Kosten (bzw. Spezialauswertungen der Klägerinnen 297 Punkte). Der für die Festlegung des Rückerstattungsbetrages massgebliche Index der direkten Kosten wird den gerichtlichen Erhebungen zufolge mit zunehmender Erhöhung des Durchschnittsalters höher, d.h. er verändert sich zu Lasten des Beklagten.

4.5.2 In der RSS werden die Indexwerte linear zu den effektiven Werten der Vergleichsgruppe berechnet. In diesem Sinne enthält die RSS noch keine Bereinigung nach allfälligen Praxisbesonderheiten. Die ANOVA-Methode vergleicht hingegen die Kostenstruktur des Arztes nach Alter- und Geschlecht seiner Patienten mit der durchschnittlichen Kostenstruktur nach Alter- und Geschlecht der gesamtschweizerischen Facharztgruppe, wobei zusätzlich auch kantonale Kostenunterschiede berücksichtigt werden (Positionspapier santésuisse, a.a.O., S. 3 Ziff. 2.4; vgl. auch GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 678 N. 882).

Der ANOVA-Index für die Gesamtkosten, d.h. die direkten und die veranlassten, stellt sich für den Beklagten wie folgt dar:

Jahr 2013	ANOVA alle Ärzte	ANOVA Beklagter	RSS - ≥ 60 gemäss gerichtlicher Be- weismassnahme
ANOVA-Index totale Kosten	100	178	182

4.5.3 Damit ergibt sich als Zwischenfazit, dass der Beklagte gemäss RSS, gemäss der ANOVA-Methode wie auch gemäss den gerichtlich erhobenen Auswertungen deutlich über dem Toleranzbereich liegt (vgl. E. 4.4, 4.5.1 und 4.5.2 hiervor). Selbst wenn bei den Gesamtkosten vom günstigsten ANOVA-Index von 178 Punkten ausgegangen wird, liegt eine Überarztung vor.

4.6 Der Auffassung des Beklagten, einerseits sei seine Anzahl Patienten unterdurchschnittlich, was durch Anpassung des Vergleichskollektivs bzw. im Rahmen eines Methodenwechsels zu berücksichtigen sei, andererseits verfüge er über eine besonders kostenintensives Patientenkollektiv (vgl. Klageantwort S. 4 II./B./Ziff. 1; Schlussbemerkungen vom 12. Februar 2016 S. 7 II./Ziff. 7; Schlussbemerkungen vom 13. Mai 2016 S. 3 f. Ziff. 6), kann nicht gefolgt werden.

4.6.1 Tatsächlich ist die Anzahl Patienten des Beklagten mit 95 im Jahr 2013 (act. I 6) gering, was die Wirtschaftlichkeit der Praxis belastet. Eine fehlende Wirtschaftlichkeit der Praxis bzw. eine ungenügende Praxisauslastung ist für die Festlegung der Überarztung jedoch unerheblich, denn ein Arzt kann sich den fehlenden bzw. ungenügenden wirtschaftlichen Erfolg nicht über die obligatorische Krankenpflegeversicherung ausfinanzieren lassen. Das in den Schlussbemerkungen vom 13. Mai 2016 (S. 1 f. Ziff. 1) Vorgetragene, wonach der Beklagte als an sich Pensionierter mehr Zeit für seine Patienten habe, Ärzte ohne Pension hingegen sich diese Zeit nicht nehmen könnten, hilft dem Beklagten nicht, seine überhöhten Kosten zu rechtfertigen. Im Gegenteil belegt er damit, dass er aufgrund der vorgetragenen Besonderheit sich über das krankensicherungsrechtlich Erlaubte hinaus Zeit für seine Patienten nimmt und diese den Krankenversicherern in Rechnung stellt. Ein solches Verhalten stellt auf jeden Fall eine Überarzt-

tion dar. In diesem Sinne muss sich der Beklagte ein in der Statistik eingehendes effizienteres Arbeiten von Ärzten in Gross- und Gemeinschaftspraxen bzw. jüngerer, noch nicht pensionierter Kollegen entgegenhalten lassen. Die Anzahl Patienten ist andererseits – entgegen der Behauptung des Beklagten – nicht derart klein, dass eine Vergleichbarkeit per se ausgeschlossen wäre (vgl. E. 4.6.2 hiernach). Der Kritik des Beklagten, in der Statistik fänden sich auch Ärzte wieder, die keine oder allein eine marginale Tätigkeit aufweisen würden (vgl. Schlussbemerkungen vom 13. Mai 2016 S. 3 Ziff. 5) wurde mit den gerichtlich angeordneten Spezialauswertungen (act. Ib A – D) Rechnung getragen (zum Ergebnis vgl. E. 4.4 hiavor). Diese Auswertungen sind, wie die Grundausswertung, vollumfänglich verwertbar. Dabei ist insbesondere auch zu beachten, dass zufolge der Umrechnung der Leistung jeweils auf einen einzelnen Patienten (vgl. Entscheid des BGer vom 17. Dezember 2012, 9C_576/2012, E. 3.2) nicht absolute, sondern relative Zahlen indexbestimmend sind. Sie gelten unabhängig von der Praxisgrösse für jeden Arzt gleich.

Die Morbiditätsstruktur der Gesamtheit der Patienten eines Arztes hat – was unter den Parteien zu Recht unbestritten ist – Einfluss auf den Index. Dem ist jedoch bereits mit dem Indexband von 120 bis 130 Punkten wie auch der Ausscheidung besonderer Umstände in der ANOVA-Methode weitgehend Rechnung getragen. Gleichzeitig ist konkret zu beachten, dass die gerichtlich erhobenen Auswertungen mit Patientendurchschnittsalter über 55 bzw. 60 Jahren sowie die Spezialauswertung der Klägerinnen mit überaltertem Patientenkollektiv bei einem Durchschnittsalter der Erkrankten der Vergleichsgruppe von 64.52 Jahren (act. Ia 1) auch unter Annäherung an das Durchschnittsalter des Patientenstamms des Beklagten das höchstrichterlich festgelegte Zielband bei weitem überschreiten und damit der Beweis der Überarztung auch so geführt ist. Wie im Übrigen in der Klage (S. 7 Ziff. 2) zutreffend festgehalten wurde, rechtfertigt die Differenz zwischen dem Durchschnittsalter der Patienten der Spezialauswertung der Klägerinnen (64.52 Jahre) und demjenigen des Patientengutes des Beklagten (68.6 Jahre) von 4.08 Jahren keinen (weiteren) Zuschlag zum Toleranzwert (BGer 9C_576/2012, E. 3.3).

4.6.2 Entgegen den Ausführungen des Beklagten (Klageantwort S. 4 II./B./Ziff. 1) kann schliesslich auch nicht gesagt werden, er behandle zufolge eines besonderen ärztlichen Spezialwissens (langjährige Tätigkeit in verschiedenen Spitälern als Internist und wissenschaftliche Tätigkeit im Bereich der Inneren Medizin) allein Patienten in einem besonderen Bereich. Vielmehr zeigt die von ihm selbst eingereichte Aufstellung (act. IIa 4) die Breite der Behandlung. Aus dieser Aufstellung kann nicht entnommen werden, dass er (im Vergleich zur angenäherten Auswertung der Altersstruktur) allein besonders kranke Patienten behandelt. Die vom Beklagten vorgenommene Auswahl belegt zudem nicht, dass seine Annahme repräsentativ wäre. Vom Gegenteil ist auszugehen: Es ist unschwer zu erkennen, dass mit Ausnahme eines einzigen Patienten (mit Alter 28 [act. IIa 4 S. 1]) die Aufgeführten allesamt teilweise weit über dem statistisch belegten Durchschnittsalter des Patientenkollektivs des Beklagten selbst von 68.6 Jahren (act. I 6) liegen. Das Durchschnittsalter der aufgeführten Patienten liegt bei 76.7 Jahren (Total Altersjahre 1227 / 16 Personen).

4.6.3 Nichts an der Tatsache der Überarztung ändern auch die vom Beklagten eingereichten Berechnungen:

Gestützt auf die Berechnung vom 12. Februar 2016 (act. IIa 8) mit einer Vergleichsgruppe von 46 Ärzten aus der RSS 2013 (Facharztgruppe Allgemeine Innere Medizin Kanton Bern), deren Patienten ein Durchschnittsalter von über 65 Jahren haben, macht der Beklagte geltend, es resultiere ein Index der totalen Kosten von 116 (bzw. 117) Punkten, weshalb eine Rückforderung nicht berechtigt sei (Schlussbemerkungen vom 12. Februar 2016 S. 7 f. II./Ziff. 8). Auf diese Berechnung kann jedoch nicht abgestellt werden. Zu Recht haben die Klägerinnen darauf hingewiesen (Eingabe vom 4. April 2016 S. 3 III./Ziff. 4), dass ein Mittelwert nicht gestützt auf mehrere Durchschnittswerte ermittelt werden kann. Dieser Fehler ist dem Beklagten jedoch unterlaufen, wenn er unbesehen der Anzahl Patienten für jeden Arzt direkt und einmalig den Wert „Totale Kosten: Durchschnittskosten pro Erkrankten“ in Anschlag gebracht hat. Auf diese Weise wird jeder Arzt so behandelt, als ob er allein einen Patienten hätte. Arztpraxen, die vorab durch ihre auf Effizienz und Effektivität ausgerichtete Arbeitsweise

einen grossen Patientenstamm und tiefere Indizes ausweisen, werden so nicht angemessen berücksichtigt.

Weiter kann auch der (nicht datierten) Auswertung von Ponte Nova (act. I 9; vgl. auch Klageantwort S. 6 II./B./Ziff. 3 und act. IIa 5) nicht gefolgt werden. Diese beruht auf einer willkürlichen Auswahl von Vergleichspraxen. Ponte Nova hat insoweit selbst festgehalten (act. I 9 S. 3), dass viele von ihr zum Vergleich zugezogene Ärzte nur einen Teil des Behandlungsspektrums des Beklagten abdecken würden. Bei der Auswertung von Ponte Nova zusätzlich negativ ins Gewicht fällt, dass zum einen über mehrere Kantone hinweg Praxen miteinbezogen und zum anderen allein solche mit weniger als 160 Patienten ausgewählt wurden (act. I 9 S. 1). Der willkürlich ausgewählte Datenpool ist seitens des Gerichts weder hinsichtlich Qualität noch Repräsentativität überprüfbar.

Ebenso wenig ist die anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 13. Juli 2016 eingereichte, von Ponte Nova erstellte Berechnung des Morbiditätsfaktors anhand von pharmazeutischen Kostengruppen (Pharmaceutical Cost Groups [PCG]; act. IIa 10) massgebend. Zwar hat der Beklagte bzw. Ponte Nova die betreffend PCG's massgebende Medikamentenliste nachgereicht (act. IIa 11), wie aber die Klägerinnen in ihrer Stellungnahme vom 3. August 2016 (S. 2 Ziff. 6) zutreffend festgehalten haben, befindet sich im Rahmen der Totalrevision der Verordnung über den Risikoausgleich in der Krankenversicherung (VORA) ein PCG-Modell für die Schweiz erst in Erarbeitung (vgl. VORA, Inkrafttreten auf den 1. Januar 2020 vorgesehen, Kommentar und Inhalt der Bestimmungen, vom September 2016 des Bundesamtes für Gesundheit [BAG], abrufbar unter www.bag.admin.ch; siehe auch die Studie der Polynomics AG und der Universität Basel im Auftrag des BAG „Übertragung der niederländischen PCG auf Schweizer Verhältnisse; Schlussbericht“ vom 9. Februar 2015, abrufbar unter www.bag.admin.ch).

4.6.4 Nach dem Dargelegten bleibt es bei der in E. 4.5.3 hiervoor gemachten Feststellung, wonach der Beklagte gemäss der RSS, gemäss der ANOVA-Methode sowie gemäss den gerichtlich erhobenen Auswertungen bei den Gesamtkosten über dem Toleranzbereich liegt, selbst wenn zu Gunsten des Beklagten im Bereich von 120 bis 130 Punkten auf den für den

Beklagten günstigsten Indexwert abgestellt wird. Folglich liegt eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots vor (vgl. E. 2.3 hiervor). Da der Beklagte auch bei den direkten Kosten den Toleranzbereich überschreitet (vgl. E. 4.4 hiervor), hat eine Rückerstattung zu erfolgen (vgl. E. 2.3 hiervor). Festzulegen ist damit der Rückerstattungsbetrag.

5.

5.1

5.1.1 Eine Spezialität weist der Beklagte in seiner Tätigkeit insoweit auf, als er die Medikamente weitestgehend selbst abgibt. Der Index der veranlassten Medikamentenkosten liegt beim Vergleich mit den Ärzten der Vergleichsgruppe bei 20 Punkten (und absteigend auf einen Index von 10 Punkten beim Vergleich mit den Ärzten mit mehr als 10 Patienten und einem Durchschnittsalter der Patienten ≥ 60). Dies bedeutet, dass der Durchschnittsarzt das Fünffache (bzw. gar das Zehnfache) an Medikamenten verschreibt. Daraus kann nun aber nicht geschlossen werden, der Beschwerdeführer bewege sich in seiner Tätigkeit hinsichtlich der Medikamente innerhalb eines Durchschnittsbands. Die statistischen Auswertungen ergeben nämlich auch, dass die Ärzte der Vergleichsgruppe im Schnitt ein Vielfaches weniger an Medikamenten selbst abgeben. Der Beklagte liegt mit der für ihn lukrativeren Selbstdispensation weit über dem Durchschnitt (Index 366 Punkte [Vergleich mit allen Ärzten der Vergleichsgruppe] ansteigend auf einen Index von 570 Punkten [Vergleich mit den Ärzten mit mehr als 10 Patienten und Durchschnittsalter der Patienten ≥ 60]). Werden direkt abgegebene und veranlasste Medikamente in einer Gesamtschau betrachtet, so ergibt sich, dass der Beklagte auch diesbezüglich ausserhalb des Zielbands liegt. Es liegt damit keine Praxisbesonderheit, sondern ein nicht zuletzt von ökonomischen Interessen geleiteter Entscheid des Beklagten zu Gunsten der Selbstdispensation vor.

5.1.2 Gemäss Art. 30a Abs. 2 des kantonalen Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984 (GesG; BSG 811.01) sind in Ortschaften mit mindestens zwei öffentlichen Apotheken deren Inhaberinnen und Inhaber verpflichtet,

die Notfallversorgung mit Heilmitteln zu gewährleisten. Im Gegenzug dürfen gemäss Art. 31 Abs. 2 GesG Ärztinnen und Ärzte sowie Zahnärztinnen und Zahnärzte Arzneimittel allein in Notfällen, bei Hausbesuchen und bei der Erstversorgung abgeben. Die zuständige Stelle der Gesundheits- und Fürsorgedirektion ermächtigt zur Führung einer Privatapotheke Ärztinnen und Ärzte in Ortschaften, in denen die Notfallversorgung mit Arzneimitteln nicht durch mindestens zwei öffentliche Apotheken gewährleistet ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a GesG; zum Begriff der Privatapotheke vgl. auch Art. 60 der kantonalen Verordnung vom 24. Oktober 2001 über die beruflichen Tätigkeiten im Gesundheitswesen [GesV; BSG 811.111]).

Eine nach kantonalem Recht unzulässige Selbstdispensation stellt rein bezogen auf die vom Arzt generierten Kosten nicht bereits eine unwirtschaftliche Behandlung nach Art. 56 KVG dar. Die Regelung der Selbstdispensation bzw. des Verbots der Selbstdispensation ist eine solche des kantonalen Gesundheitsrechts. Deren Durchsetzung ist dementsprechend auch nicht bundesrechtlich Sache des Schiedsgerichts in Sozialversicherungsstreitigkeiten. Vielmehr hat der kantonale Gesetzgeber die Zuständigkeit für Bewilligung wie auch Aufsicht und die Anordnung von Administrativmassnahmen seines Gesundheitsrechts in die Hände der zuständigen Stellen der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern gelegt (Art. 11, 12, 14, 86 GesV). In diesem Sinne ist denn auch die zuständige Stelle der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern bei Verletzung beruflicher Pflichten oder anderer gesundheitsrechtlicher Vorschriften u.a. zuständig für die Anordnung der Disziplinarmassnahmen nach Art. 43 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2003 über die universitären Medizinalberufe (MedBG; SR 811.11; vgl. auch Art. 17a GesG). Parallel wird im Rahmen des kantonalen Verwaltungsstrafrechts in Art. 47 Abs. 1 lit. a GesG bestimmt, dass wer eine nach diesem Gesetz bewilligungspflichtige Tätigkeit, was die hier diskutierte Selbstdispensation ist, oder einen bewilligungspflichtigen Betrieb ohne Bewilligung oder auf Grund einer durch unwahre Angaben erwirkte Bewilligung ausübt beziehungsweise betreibt, mit Busse bis zu Fr. 50'000.00 bestraft wird. Das Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten ist damit nicht zuständig, eine nach kantonalem Recht erfolgte unzulässige Selbstdispensation zu ahnden.

5.1.3 Die im Vergleich ungewöhnliche Verteilung der Medikamentenkosten beim Beklagten (vgl. E. 5.1.1 hiervor) hat insoweit Auswirkungen auf die Berechnung des Rückerstattungsbetrags, als die (tieferen) veranlassten Medikamentenkosten nicht (vgl. E. 2.3 hiervor), die (höheren) Kosten für direkt abgegebene Medikamente hingegen grundsätzlich im vollen Umfang in die Rückerstattung einbezogen werden. Die (insbesondere auch höchstrichterliche) Rechtsprechung hat sich zur Frage, wie in solchen Fällen hinsichtlich des Rückerstattungsbetrages zu verfahren ist, soweit ersichtlich bis anhin nicht geäußert.

Die Medikamentenkosten betreffend ist in Fällen wie dem vorliegenden eine Gleichstellung der beklagten Ärzte mit dem „Durchschnittsarzt“ vorzunehmen. Hierzu ist von den Kosten für die direkt abgegebenen Medikamente je Patient des der Überarztung beschuldigten Arztes derjenige Betrag in Abzug zu bringen, den ein Arzt der Vergleichsgruppe mit Index 100 je Patient mehr verschrieben hat, wobei das Resultat mit der Anzahl Patienten des betreffenden Arztes zu multiplizieren ist. Für die danach verbleibenden in die Rückerstattungsberechnung einzubringenden direkten Medikamentenkosten des beklagten Arztes werden schliesslich – wie für die sonstigen direkten Kosten „Arztleistungen“ – allein diejenigen Anteile zur Rückforderung gebracht, die den Toleranzbereich (hier 130) überschreiten.

Die Korrekturberechnung gestaltet sich im vorliegenden Fall wie folgt: Die Differenz zwischen den veranlassten Medikamentenkosten pro Erkranktem der Ärzte mit mehr als 10 Patienten und einem Durchschnittsalter der Patienten ≥ 60 (Fr. 494.72; vgl. act. Ib A) und den veranlassten Medikamentenkosten pro Erkranktem des Beklagten (Fr. 48.31; act. I 6) ergibt Fr. 446.41 (Fr. 494.72 – Fr. 48.31). Dieser Betrag wird von den Kosten für direkt abgegebene Medikamente pro Erkranktem des Beklagten von Fr. 896.99 (act. I 6) abgezogen, womit ein Betrag von Fr. 450.58 resultiert. Multipliziert mit der Anzahl Patienten des Beklagten von 95 ergibt dies einen Betrag von Fr. 42'805.10. Der so korrigierte Wert der direkten Medikamentenkosten sowie die Kosten „Arztleistungen“ ergeben den in die Rückerstattungsbe-rechnung aufzunehmenden Betrag von Fr. 154'282.10 (Fr. 111'477.-- + Fr. 42'805.10).

Nach Bereinigung im vorstehenden Sinne ergeben sich direkte Kosten des Beklagten pro Erkranktem von Fr. 1'624.02 (Fr. 154'282.10 : 95), was verglichen mit den direkten Kosten der erwähnten Vergleichsgruppe pro Erkranktem von Fr. 613.84 (vgl. act. Ib A) einen Index von 265 Punkten ergibt, womit auch mit der Korrekturberechnung der Toleranzbereich klar überschritten wird.

5.1.4 Der Beklagte ist gemäss vorstehend dargestellter Rechtslage (vgl. E. 5.1.2 hiervor) nicht zur Selbstdispensation berechtigt, was im öffentlich zugänglichen MedReg, dem Register des Bundes betreffend die Gesundheitsberufe (vgl. <https://www.medreg.admin.ch/MedReg/PersonenSuche.aspx>), für ihn auch so verzeichnet ist. Weil die Ahndung eines solchen Verstosses nicht Sache des Schiedsgerichts in Sozialversicherungsstreitigkeiten ist, hat es grundsätzlich mit der Korrekturberechnung beschränkt auf den Rückerstattungsbetrag der Medikamentenkosten (vgl. E. 5.1.3 hiervor) sein Bewenden.

Gemäss Art. 17c GesG haben die Gerichts- und Verwaltungsbehörden der zuständigen Stelle der Gesundheits- und Fürsorgedirektion unverzüglich Vorfälle, bei denen berufliche oder betriebliche Pflichten verletzt worden sein könnten, zu melden. Der Umstand, dass vorliegend nicht unbedeutende Anzeichen dafür vorliegen, dass der Beklagte unter Verstoß gegen das für ihn kantonrechtlich geltende Verbot der Selbstdispensation Medikamente abgegeben haben könnte, führt deshalb dazu, dass das Gericht das vorliegende Urteil dem Kantonsarztamt als zuständige Stelle der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern zur Kenntnis zu bringen hat.

5.2 Wie dargelegt (vgl. E. 4.3 hiervor) wurde die ANOVA-Methode vertraglich gestützt auf Art. 56 Abs. 6 KVG als Standardmethode bei Anwendung der statistischen Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit festgelegt (act. IIa 6). Der entsprechende Vertrag wurde am 27. Dezember 2013 bzw. 16. Januar 2014 unterzeichnet. Es kann offen bleiben, ob die ANOVA-Methode für das Jahr 2013 bereits auf der Basis der vertraglichen Vereinbarung oder bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anwendung findet bzw. letztere gar eine Berechnung auf der Basis der RSS erlauben würde. Wird die ANOVA-Methode vorliegend zur Anwendung gebracht, so wirkt sich dies allein zu Gunsten des Beklagten aus, da der entsprechende Index

von 246 Punkten (direkte Kosten ohne Medikamente [act. I 6]) gegenüber allen erhobenen Auswertungen, insbesondere dem RSS-Index 2013 (Total direkte Kosten) von (bestenfalls) 330 Punkten (bzw. der Spezialauswertung der Klägerinnen mit 297 Punkten bzw. der vorstehenden Korrekturberechnung [vgl. E. 5.1.3 hiervor] von 265 Punkten) deutlich tiefer liegt. Bei einem (zu Gunsten des Beklagten [vgl. E. 4.6.4 hiervor]) maximal zulässigen Index von 130 Punkten werden die zulässigen Kosten nach der folgenden Formel berechnet:

$$\frac{\text{tatsächliche Kosten} \times 130}{\text{tatsächlicher Index}}$$

Der Beklagte hätte den folgenden Betrag bei den direkten Kosten nicht überschreiten dürfen:

$$\text{Fr. } 154'282.10 \times 130 : 246 = \text{Fr. } 81'531.20$$

Es ergibt sich damit der folgende Rückerstattungsbetrag:

$$\text{Fr. } 154'282.10 - \text{Fr. } 81'531.20 = \text{Fr. } 72'750.90$$

5.3 Zusammenfassend ist der Beklagte in Gutheissung der Klage – soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 1.3.1 in fine hiervor) – zu verurteilen, den Klägerinnen für das Jahr 2013 den Betrag von insgesamt Fr. 72'750.90 zurückzuerstatten.

6.

6.1 Für das Klageverfahren werden Kosten erhoben. Die Kosten richten sich gemäss Art. 47 Abs. 3 EG KUMV nach dem Dekret vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12). Die Verfahrenskosten werden insgesamt auf Fr. 5'000.-- festgesetzt (Art. 52 VKD). Sie sind dem unterliegenden Beklagten zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 46 Abs. 2 EG KUMV i.V.m. Art. 109 Abs. 1 VRPG) und werden aus dem Vorschuss der Klägerinnen gleicher

Höhe gedeckt. Der Beklagte hat den Klägerinnen den Vorschuss von Fr. 5'000.-- zu ersetzen.

6.2 Die Parteikosten sind ebenfalls nach Massgabe des Unterliegens auf die Parteien zu verlegen (Art. 46 Abs. 2 EG KUMV i.V.m. Art. 109 Abs. 1 VRPG). Gemäss Art. 104 Abs. 1 VRPG umfassen die Parteikosten den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung. Gestützt auf Art. 41 Abs. 1 und 4 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) bemisst sich der Parteikostenersatz in sozialversicherungsrechtlichen Klage- und Beschwerdeverfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses, wobei der Tarifrahmen von Art. 13 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) von Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz zur Anwendung gelangt.

Die durch Advocat Dr. iur. A. _____ vertretenen Klägerinnen haben Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten (BGE 119 V 448 E. 6b S. 456). Mit Kostennote vom 21. November 2016 macht Advocat A. _____ den geleisteten Aufwand gleichzeitig für die Verfahren SCHG/2015/644 (Rückforderung Jahr 2013) und SCHG/2016/660 (Rückforderung Jahr 2014) im Umfang von total 36 Stunden geltend. Bei einem Stundenansatz von Fr. 250.-- ergibt dies ein Honorar von Fr. 9'000.-- zuzüglich 3 % Auslagen von Fr. 270.-- sowie Mehrwertsteuer von 8 % (auf Fr. 9'270.--) von Fr. 741.60, total Fr. 10'011.60 und nicht wie in der Kostennote berechnet Fr. 10'423.20.

Der Aufwand von Juli 2015 bis Juni 2016 von total 17.5 Stunden betrifft das vorliegende Verfahren SCHG/2015/644. Der Aufwand für die Zeit von Juli bis November 2016 von 16.5 Stunden betrifft je beide Verfahren SCHG/2015/644 und SCHG/2016/660; der entsprechende Aufwand ist mit Blick auf die in den beiden Verfahren parallel erfolgten Verfahrensschritte und das umfangreiche Vorwissen des Anwalts aus dem Verfahren SCHG/2015/644 für das Verfahren SCHG/2016/660 hälftig zu teilen. Gleiches gilt für den Aufwand von 2 Stunden bis zum Erlass der Entscheide. Damit ist für das vorliegende Verfahren SCHG/2015/644 von einem Auf-

wand von total 26.75 Stunden auszugehen (17.5 h + 8.25 h + 1 h). Folglich resultiert ein Honorar von Fr. 6'687.50 (26.75 h x Fr. 250.--) zuzüglich 3 % Auslagen von Fr. 200.65 und Mehrwertsteuer von 8 % (auf Fr. 6'888.15) von Fr. 551.05, total Fr. 7'439.20. Diesen Betrag hat der Beklagte den Klägerinnen zu ersetzen.

Demnach entscheidet das Schiedsgericht:

1. Soweit auf die Klage einzutreten ist, wird sie gutgeheissen und der Beklagte verurteilt, den Klägerinnen für das Jahr 2013 den Betrag von insgesamt Fr. 72'750.90 zurückzuerstatten.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.-- werden dem Beklagten zur Bezahlung auferlegt und aus dem Vorschuss der Klägerinnen gleicher Höhe gedeckt. Der Beklagte hat den Klägerinnen den Vorschuss von Fr. 5'000.-- zu ersetzen.
3. Der Beklagte hat den Klägerinnen die Parteientschädigung von Fr. 7'439.20 (inkl. Auslagen und MWSt.) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Advocat Dr. iur. A. _____ z.H. der Klägerinnen
 - Rechtsanwalt C. _____ z.H. des Beklagten
 - Bundesamt für Gesundheit

Mitteilung an:

- Kantonsarztamt, Rathausgasse 1, 3011 Bern

Namens des Schiedsgerichts:

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

