

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	143 (2024)
Artikel:	Interessenabwägung : ein sichtender Gang durch das Sozialversicherungsrecht
Autor:	Kieser, Ueli
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-1062080

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Interessenabwägung – ein sichtender Gang durch das Sozialversicherungsrecht

UELKI KIESER*

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Richter am Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	184
B.	Zu den Kennzeichen der Sozialversicherung	184
	I. Abdecken eines sozialen Risikos und weitere Merkmale	184
	II. Solidarität als wesentliches Gestaltungsprinzip	185
	III. Äquivalenzprinzip	186
	IV. Versicherungsprinzip	187
	V. Gegenseitigkeitsprinzip	188
	VI. Schadenminderungsprinzip	188
	VII. Praktikabilität der Regelung	189
C.	Interessenabwägung in der Rechtsetzung	191
	I. Ausgangspunkt: Durchnormierung des Sozialversicherungsrechts	191
	II. Übereinkommen zur Unterstellung in der Unfallversicherung	191
	1. Fragestellung	191
	2. Raum für eine Regelung über ein Abkommen?	192
	3. Zwischenergebnis	193
	III. Branchenvereinbarung zur Vermittlertätigkeit in der Krankenversicherung	194
	1. Fragestellung	194
	2. Entwicklung der Gesetzgebung	195
	3. Zwischenergebnis	197
	IV. Beweismittel zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit in der Krankenversicherung	198
	1. Fragestellung	198
	2. Methode im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung	198
	3. Bestimmung der massgebenden Methode generell	199
	4. Einordnung	199
	5. Zur vertraglichen Bestimmung der massgebenden Methode	200
	6. Zwischenergebnis	202
	V. Vergleich im Sozialversicherungsrecht	203
	1. Fragestellung	203
	2. Abwägungen beim Vergleich nach Art. 50 ATSG	204
	3. Zwischenergebnis	205
D.	Interessenabwägung in der Rechtsprechung	205
	I. Vorbemerkung	205
	II. Öffentliches Interesse an der gleichmässigen Versicherungsfinanzierung	206
	III. Umschreibung des versicherten Risikos	206
	IV. Amtshilfe	207
	V. Akteneinsicht	208
	VI. Rechtsschutzinteresse/Rechtsmittelbefugnis	209
	VII. Vertrauenschutz/Anspruch auf Beratung und Information	209
	VIII. Interessenabwägung bei Wiedererwägung	211
	IX. Interessenabwägung bei unrechtmässig erlangten Beweismitteln	212
	X. Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen	214
E.	Ergebnisse	216
	I. Bedeutung der Durchnormierung des Sozialversicherungsrechts	216
	II. Interessenabwägung in der Rechtsetzung	216
	III. Interessenabwägung in der Rechtsanwendung	217
	Literatur	219

A. Einleitung

Sozialversicherungsrecht berührt und gestaltet Rechtspositionen und Lebensverhältnisse von natürlichen und juristischen Personen. Die konsolidierten gesamten Ausgaben der schweizerischen Sozialversicherungen betrugen im Jahr 2011 139 Mrd. Franken und im Jahr 2021 186 Mrd. Franken (Zunahme von 47 Mrd. Franken).¹ Kennzeichnend für das Sozialversicherungsrecht ist das Gegenüberstehen von Beiträgen/Prämien einerseits und Leistungen anderseits, wobei zwischen beiden Positionen – wie in einem Versicherungssystem üblich – ein Gleichgewicht besteht.

Interessen bestehen im Sozialversicherungsrecht in vielfältiger Weise. Dabei wird die Einordnung der Interessen geprägt durch die beiden genannten Hauptpositionen, nämlich die Finanzierung der Sozialversicherung und die Leistungsgewährung. Das hier erforderliche Gleichgewicht ruft offensichtlich nach einer Abwägung der Interessen. Dabei zeigt der Blick auf die Sozialversicherung, dass dieses Abwägen in ganz unterschiedlicher Weise erfolgt.

Der Beitrag will die Interessenabwägung im Sozialversicherungsrecht verdeutlichen.² Zunächst wird ein grundsätzlicher Blick auf das schweizerische Sozialversicherungssystem geworfen, um zu klären, welches die prinzipielle Bedeutung der Interessenabwägung ist. Im Hauptteil des Beitrags werden typische Konstellationen von Interessenabwägungen – sowohl in der Rechtsetzung wie auch in der Rechtsprechung – aufgezeigt, eingeordnet und gewürdigt. Den Schluss des Beitrags bilden ein Rückblick auf die gewonnenen Teilresultate und der Versuch einer Gesamtschau.

B. Zu den Kennzeichen der Sozialversicherung

I. Abdecken eines sozialen Risikos und weitere Merkmale

Sozialversicherungen lassen sich durch eine Reihe von massgebenden Einzelkriterien umschreiben. Dabei stehen nicht immer dieselben Kriterien im Vordergrund, und die Annahme einer Sozialversicherung setzt auch keineswegs voraus, dass sämtliche der jeweiligen Kriterien erfüllt sind. Bildhaft aufgezeigt werden kann dies am Beispiel der Ergänzungsleistungen; sie zählen zur Sozialversicherung, obschon der Leistungsanspruch an eine finanzielle Bedürftigkeit geknüpft wird und keine Versicherungsprämien erhoben werden.³

1 Sozialversicherungen 2022, Jahresbericht gemäss Artikel 76 ATSG, S. 7.

2 Für einen Blick auf eine Prüfung der Interessenabwägung in einem anderen Rechtsbereich vgl. WERDER, *passim*.

3 Vgl. Art. 10 f., Art. 13 ELG. Dass eine Nähe der Ergänzungsleistungen zur Sozialversicherung besteht, zeigt auch die Regelung von Art. 21 Abs. 2 ELG, wonach die Aufgaben dieses Sozialversicherungszweigs nicht den Sozialhilfebehörden übertragen werden dürfen.

Die Sozialversicherung ordnet die Folgen des Eintritts eines sozialen Risikos. Dabei wird ein solches Risiko angenommen, wenn eine Gefahr vorliegt, welche die ganze Wohn- oder Arbeitsbevölkerung oder beachtliche Teile davon betrifft und Auswirkungen auf deren wirtschaftliche Existenz hat. Welche Risiken als soziale Risiken anerkannt werden, steht nicht ein für alle Mal fest, sondern ist dem Wandel der Anschauungen unterworfen. Das Abdecken eines sozialen Risikos ist das prägende Kennzeichen der Sozialversicherung.

Als weiteres Merkmal tritt die öffentlich-rechtliche Normierung hinzu. Die Normen des schweizerischen Sozialversicherungsrechts finden sich in der systematischen Sammlung des Bundesrechts unter der Ordnungsziffer SR 83.

Kennzeichnend ist sodann das Fehlen einer gewinnorientierten Tätigkeit. So ergibt sich aus Art. 5 lit. f KVAG, dass die Krankenkassen keinen Erwerbszweck verfolgen dürfen. In der beruflichen Vorsorge finden sich eingehende Bestimmungen über die Verwaltungskosten,⁴ und es kommt den Transparenzvorschriften grosse Bedeutung zu.⁵ Schliesslich ist auf Bestimmungen zur Verwendung von Überschussbeteiligungen aus Versicherungsverträgen zu verweisen.⁶ Mit diesem Kriterium verknüpft ist die im Sozialversicherungsrecht regelmässig bestehende Steuerbefreiung der Sozialversicherungsträger.⁷

II. Solidarität als wesentliches Gestaltungsprinzip

Es ist kennzeichnend, dass im Sozialversicherungsrecht dem Solidaritätsprinzip hohe Bedeutung zukommt. Entsprechend finden sich oft Beispiele, in denen eine gesetzliche Ordnung unter besonderer Beachtung des Solidaritätsprinzips ausgestaltet wurde. Aus dem Bereich der AHV können als Beispiele genannt werden:

- die starke Begrenzung der Höhe der Renten trotz unbeschränkter AHV-Beitragspflicht,⁸
- die Einführung von (nicht durch AHV-Beiträge direkt finanzierten) Erziehungsgutschriften,⁹
- die hohe Bedeutung der vollständigen Beitragsdauer bei der Berechnung von AHV-Renten,¹⁰
- die Leistungsansprüche von geschiedenen Ehegatten auch bei fehlendem Unterhaltsanspruch¹¹ oder

4 Vgl. Art. 65 Abs. 3 BVG, Art. 48a BVV 2.

5 Vgl. Art. 65a BVG, Art. 47 ff. BVV 2.

6 Vgl. Art. 68a BVG.

7 Vgl. dazu Art. 80 ATSG.

8 Dazu Art. 112 Abs. 2 lit. c BV.

9 Dazu Art. 29^{sexies} AHVG.

10 Dazu Art. 29^{ter} AHVG.

11 Dazu Art. 24a AHVG.

- die Unentgeltlichkeit des auf Leistungen bezogenen Gerichtsverfahrens beim kantonalen Versicherungsgericht.¹²

Das Solidaritätsprinzip konkretisiert sich typischerweise in einer obligatorischen Versicherungsunterstellung, im Einstehen auch für Risiken, welche die betreffende Person nicht treffen können,¹³ sowie in einer allenfalls weitgehenden finanziellen Umlagerung.¹⁴ Besonders ausgeprägt wird das Solidaritätsprinzip durch eine Finanzierungsregelung, welche alle unterstellten Personen ohne betragliche oder altersmässige Grenzen beitragspflichtig werden lässt.¹⁵

III. Äquivalenzprinzip

Das Äquivalenzprinzip hat seinen hauptsächlichen Anwendungsbereich bei den Gebühren. «Die Höhe von Gebühren wird durch das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip begrenzt. Nach dem ersteren sollen die Gesamteingänge den Gesamtaufwand des betreffenden Verwaltungszweigs nicht übersteigen. Das Äquivalenzprinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes insbesondere, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss.“¹⁶

Nach der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung des Äquivalenzprinzips sollen die zur Deckung der Ausgaben notwendigen Geldmittel durch die Beiträge/Prämien, den Kapitalertrag und die Erträge aus dem Rückgriff gegen haftpflichtige Dritte gedeckt werden. Zwischen den Beiträgen/Prämien und den Kosten muss also ein Gleichgewicht bestehen, und bei gleicher Situation müssen auch gleiche Beiträge/Prämien resultieren. Innerhalb der Risikogemeinschaft müssen die Kosten und die Beiträge/Prämien ausgeglichen sein.¹⁷ In der Unfallversicherung wird das Äquivalenzprinzip so verstanden, dass bei der Bemessung des den Geldleistungen zugrunde liegenden versicherten Verdiensts von den gleichen Faktoren auszugehen ist, die auch Basis der Prämienberechnung bilden.¹⁸

Das Äquivalenzprinzip kann in Widerstreit zum Solidaritätsprinzip treten. Dabei wird – jedenfalls in der Unfallversicherung, aber auch in anderen Sozial-

12 Dazu Art. 61 lit. f^{bis} ATSG.

13 So finanzieren auch nicht verheiratete Personen Hinterlassenenrenten für verheiratete Personen; dazu Art. 23 AHVG.

14 Hier ist die 1. Säule besonders gekennzeichnet. Die Beiträge der Erwerbstätigen sind betraglich nicht plafoniert (vgl. Art. 3 AHVG), während die Höchstrenten maximal das Doppelte der Mindestrenten betragen (vgl. Art. 112 Abs. 2 lit. c BV).

15 So ist etwa die 1. Säule innerhalb des Drei-Säulen-Prinzips ausgestaltet; vgl. Art. 3 Abs. 1 AHVG.

16 Urteil des Bundesgerichts 1B_286/2014, E. 8.2.

17 Zu diesen Grundsätzen VPB 1998 629 f. (Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für die Unfallversicherung vom 30. Januar 1998).

18 Dazu BGE 127 V 165, E. 2b.

versicherungszweigen – das Äquivalenzprinzip in den vom Bundesrat erlassenen Sonderbestimmungen regelmässig zu Gunsten des ebenfalls geltenden Solidaritätsprinzips durchbrochen,¹⁹ d.h., es werden Leistungen ausgerichtet, für die keine Prämien bezahlt worden sind.²⁰

IV. Versicherungsprinzip

Dem Versicherungsprinzip entspricht es grundsätzlich, nur diejenigen Verhältnisse zur Leistungsberechnung zu berücksichtigen, welche vor Eintritt des betreffenden sozialen Risikos herrschten. Das Sozialversicherungsrecht weicht jedoch in Teilbereichen von diesem Prinzip ab. Hintergrund der entsprechenden Regelungen ist der Gedanke, dass die versicherte Person jedenfalls bei vorübergehenden Geldleistungen nicht schlechter gestellt werden soll als bei der Fortführung der bisherigen Erwerbstätigkeit; teilweise wird derselbe Gedanke aber auch bei Dauerleistungen, etwa den Renten, herangezogen.

Dieser Gesichtspunkt kann nahe legen, bei der Berechnung von Leistungsansprüchen nicht auf das vor Eintritt des Risikos erzielte Einkommen abzustellen, sondern dasjenige Einkommen heranzuziehen, das ohne Eintritt des Risikos mutmasslich erzielt worden wäre. Das Kriterium des mutmasslich entgangenen Einkommens findet indessen nur ausnahmsweise Anwendung zur Berechnung einer einzelnen Leistung.²¹ Hingegen hat das Kriterium bei der Leistungskoordination hohe Bedeutung;²² bei der Leistungskoordination werden regelmässig Zeitverhältnisse nach Eintritt des versicherten Risikos berücksichtigt, was mit Blick auf die (in zeitlichen Abständen immer wieder vorzunehmende) Leistungskoordination auch den zutreffend gewählten Zeitraum darstellt. Die Berücksichtigung des mutmasslich entgangenen Einkommens bringt bei der Versicherungsdurchführung erhebliche Schwierigkeiten mit sich, weil dabei regelmäßig auf hypothetische – und damit immer wieder strittige – Entwicklungen abzustellen ist. Gerade bei Leistungsansprüchen, welche rasch, d.h. ohne Verzögerung, beurteilt werden sollen, liegt nahe, auf die Einkommensverhältnisse vor Eintritt des Risikos – d.h. nicht auf das nach Risikoeintritt mutmasslich entgangene Einkommen – abzustellen.

19 Vgl. BGE 139 V 148, E. 7.2.2.

20 BSK UVG-VOLLENWEIDER/BRUNNER, Art. 15 N 3.

21 Vgl. die besondere Regelung der Militärversicherung für die Berechnung von Taggeldern. Die Militärversicherung stellt nach Art. 28 Abs. 4 MVG für die Berechnung der Taggelder auf denjenigen Verdienst ab, welcher ohne Eintritt des betreffenden Risikos, d.h. ohne die versicherte Gesundheitsschädigung, erzielt worden wäre. Allenfalls erklärt sich diese singuläre Regelung daraus, dass die Militärversicherung im Vergleich etwa mit der Unfallversicherung nur wenige Leistungsgesuche zu beurteilen hat und insoweit der Beurteilung des Einzelfalls mehr Gewicht zumessen kann.

22 Vgl. Art. 69 Abs. 2 ATSG, Art. 24 Abs. 1 BVV 2.

V. Gegenseitigkeitsprinzip

Das Prinzip der Gegenseitigkeit bedeutet, dass die Sozialversicherung keine Gewinne aus dem Versicherungsgeschäft erzielt; zugleich soll der betreffende Sozialversicherungszweig grundsätzlich finanziell autonom sein.

VI. Schadenminderungsprinzip

Die Schadenminderungspflicht stellt ein allgemeines Prinzip des Sozialversicherungsrechts dar. Als solches wäre es in das ATSG aufzunehmen gewesen; immerhin findet sich in Art. 21 Abs. 4 ATSG eine Regelung für einen in der Praxis besonders wichtigen Fall der Schadenminderung. Es ist beim Fehlen von ausdrücklichen Regelungen im ATSG auf einzelgesetzliche Bestimmungen bzw. auf die Rechtsprechung zurückzugreifen. Es geht etwa um die zumutbare Benützung öffentlicher Verkehrsmittel (anstelle eines Privatfahrzeugs),²³ um das Verhalten bei bevorstehenden IV-Massnahmen, soweit Krankentaggelder beansprucht werden,²⁴ um die zu beanspruchende Hilfe von Arbeitskollegen²⁵ oder um das Eintreiben von Forderungen im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Insolvenzentschädigung.²⁶ Das Bundesgericht klärte zudem etwa die Frage von Wiedereingliederungsmassnahmen bei Personen, welche bereits IV-Renten beziehen; zu beantworten war dabei die Grundfrage, wie das Verhältnis unterschiedlicher Ansprüche und Pflichten bei IV-Leistungen ist.²⁷

Fragen der Schadenminderung bzw. Selbstverantwortung stellen sich in den meisten Versicherungssystemen. Die entsprechenden Fragen werden sowohl im Haftpflichtrecht wie auch im Privat- und im Sozialversicherungsrecht diskutiert.²⁸ Das Verhältnis Schadenminderungspflicht/Selbstverantwortung ist in der Doktrin allerdings wenig geklärt.²⁹ Immerhin zeigt sich, dass die Selbstverantwortung als umfassender Begriff verstanden wird und die Schadenminderungspflicht Teil der Selbstverantwortung sein kann. Dies zeigt etwa die folgende Feststellung: «Je mehr der versicherten Person also zugemutet wird, desto weniger Leistungen hat die Versicherung zu erbringen. Die Schadenminderungslast ist eine Ausprägung des Prinzips der Selbstverantwortung. Der – für den aktivierenden Sozialstaat typische – Ruf nach mehr Selbstverantwortung wiederum ertönt besonders häufig, wenn das Sozialsystem in Frage gestellt wird. Ein anschauliches Beispiel dazu ist die 5. IV-Revision. Diese ent-

23 SVR 2003 IV Nr. 5, I 506/01.

24 BGE 129 V 460.

25 SVR 2006 IV Nr. 25, I 3/04.

26 SVR 2007 ALV Nr. 19, C 27/06.

27 Grundlegend BGE 145 V 2.

28 Zu Urteilen betreffend die Schadenminderungspflicht im Haftpflichtrecht vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_588/2014 oder 4A_204/2017.

29 Dazu grundlegend MÜLLER L., *passim*; vgl. ferner GÄCHTER, *Selbstverantwortung*, S. 693.

stand in einer Zeit, in welcher die IV durch Debatten um ‹Scheininvaliden› und ‹Missbrauch› sowie durch die stark gestiegenen Kosten unter Druck geriet. So ist es nicht erstaunlich, dass die Botschaft zur 5. IV-Revision grosses Gewicht auf die Selbstverantwortung und die Schadenminderungslast legt und letztere im IVG eigens festgehalten wurde.»³⁰

Wenn eine Sozialversicherungsleistung mit einer (allfälligen) Pflicht zur Selbstverantwortung bzw. zur Schadenminderung koordiniert werden soll, bildet Ausgangspunkt, dass im Sozialversicherungsrecht prinzipiell eine Durchnormierung vorliegt. Die entsprechenden Versicherungssysteme sind durch zwingende öffentlich-rechtliche Normen geordnet, und es ist grundsätzlich das Legalitätsprinzip massgebend. Es liegt also eine generell-abstrakte Ordnung vor, welche die massgebenden Rechte und Pflichten ordnen muss. Ein Sozialversicherungssystem soll Leistungsansprüche gewähren (d.h. im Gesetz festlegen) bzw. Leistungsansprüche nicht vorsehen. Ob und inwieweit die versicherte Person nach dem Risikoeintritt mit eigenen Leistungen mitzuwirken hat, soll ebenfalls gesetzlich festgelegt sein. Dabei können durchaus neue Rechte und Pflichten eingeführt werden, wobei bezogen auf Dauersachverhalte gegebenenfalls Übergangsfristen festzulegen sind. Beispiel dafür bildet die Anrechnung des zumutbaren Resterwerbs in der beruflichen Vorsorge, soweit eine Invalidität besteht.³¹ Dabei handelt es sich nämlich um eine schadenmindernde bzw. eine aus der Selbstverantwortung abgeleitete Pflicht der versicherten Person, Einkommen zu erzielen. Es erfolgt eine Koordination des entsprechenden Einkommens mit den Versicherungsleistungen, wobei das Erwerbseinkommen koordinationsrechtlich vorab berücksichtigt wird. An einer solchen grundlegenden Normierung der Schadenminderungspflicht bzw. der Selbstverantwortung fehlt es indessen im geltenden Sozialversicherungsrecht. Das darf bei der Frage nach der Bedeutung der Interessenabwägung nicht außer Acht gelassen werden.

VII. Praktikabilität der Regelung

Inwieweit dem Ziel der Praktikabilität einer sozialversicherungsrechtlichen Regelung ein gestaltendes Gewicht zukommt, ist nicht leicht zu konkretisieren.³² Allerdings ist unzweifelhaft, dass bei der Ausarbeitung der Regelung ein besonderes Gewicht auf die Praktikabilität der Regelung zu legen ist. Insoweit ist bei jeder Gesetzesrevision einzubeziehen, ob die in Aussicht stehende Regelung bei der Durchführung besondere, durch andere Festlegungen vermeidbare Probleme aufwerfen kann.

30 So WEHRLI, Rz. 69 f.

31 Dazu Art. 24 Abs. 1 lit. d BVV 2.

32 Dazu KIESER, Praktikabilitätsüberlegungen, S. 218 ff.

Beispielhaft kann die Problematik der Praktikabilität in der Durchführung am Beispiel der Festsetzung der AHV-Beiträge von Selbständigerwerbenden durch die AHV-Ausgleichskassen gezeigt werden. Eigentlich würde es zur Aufgabe der AHV-Ausgleichskassen gehören, dass sie selbst das massgebende Einkommen ermitteln. Nun werden aber im Zusammenhang mit der bundessteuerrechtlichen Veranlagung auch die Grundlagen für die Ermittlung des bei der AHV massgebenden Einkommens erstellt. Deshalb war es gegeben, die mit jenem Verfahren verbundenen Einkommenserhebungen auch für die AHV-Beitragsbemessung zu verwenden. Wenn so die Steuerbehörden für die Ausgleichskassen das Erwerbseinkommen ermitteln, ist das gleichbedeutend mit einer Funktion der Ausgleichskasse selbst, weshalb es sich rechtfertigt, die diesen gelieferten Angaben als für sie verbindlich zu erklären; das braucht aber nicht auch Verbindlichkeit gegenüber den gerichtlichen Instanzen zur Folge zu haben.³³

Ein anderes Beispiel stellt die Verwendung von Tabellen zur Klärung von Leistungsansprüchen dar. Hier findet sich ein Beispiel im Bereich der AHVV. Pflegekinder müssen – damit auf sie bezogen Kinder- bzw. Waisenrenten beansprucht werden können – unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen worden sein. Die Kriterien für die Annahme der Unentgeltlichkeit berücksichtigen die von Winzeler (Die Bemessung der Unterhaltsbeiträge für Kinder, Diss. Zürich) in Zusammenarbeit mit dem Jugendamt des Kantons Zürich ermittelten Ansätze; diese Ansätze entsprechen in etwa den zum Unterhalt absolut notwendigen Auslagen.³⁴ Es wird also auf eine Berücksichtigung der effektiven Unterhaltskosten verzichtet, um eine einheitliche und praktikable Anwendbarkeit der Regelung zu ermöglichen. In einem weiteren Beispiel geht es um die Frage, ob Pflegekinder ebenfalls Anlass geben für die Berücksichtigung einer Erziehungsgutschrift bei der Berechnung von AHV-Renten. Die Materialien der Rechtsetzung zeigen – wie das Bundesgericht festhält – klar, dass der Gesetzgeber den Anspruch auf Anrechnung von Erziehungsgutschriften nicht auf Pflegekindverhältnisse ausdehnen wollte. Der Gesetzgeber liess sich bei seinem Entscheid davon leiten, dass ein Anspruch auf Erziehungsgutschriften für Pflegekinder nicht praktikabel sei, wie die bisherigen Erfahrungen mit Erziehungsgutschriften für geschiedene Frauen gezeigt haben. Auch unter sozialen Gesichtspunkten ist nach Auffassung des Gesetzgebers der Nichteinschluss von Pflegekindern gerechtfertigt, weil hier eine Erziehungsgutschrift gar nicht nötig ist.³⁵

33 So EVGE 1949 62.

34 So BGE 103 V 55.

35 So die Ausführungen in BGE 125 V 247 f.

C. Interessenabwägung in der Rechtsetzung

I. Ausgangspunkt: Durchnormierung des Sozialversicherungsrechts

Prinzipiell ist die Sozialversicherung «durchnormiert».³⁶ In teilweisem Gegensatz zu älteren sozialversicherungsrechtlichen Regelungen sind im geltenden Sozialversicherungsrecht beispielsweise alle massgebenden Leistungsvoraussetzungen genannt, oder es können diese – etwa in der beruflichen Vorsorge oder in der Krankenversicherung – den reglementarischen Bestimmungen entnommen werden.

Diese Durchnormierung, welche ein Prinzip des Sozialversicherungsrechts darstellt, gilt ebenso im Bereich der Unterstellung. Denn die Frage der Unterstellung und die damit zusammenhängende Frage nach der Finanzierung der Sozialversicherung sind allgemein der Disposition entzogen, ausser das Gesetz normiere eine bestimmte Wahlfreiheit. Die Unterstellung und die Finanzierung sollen sich ausschliesslich nach dem Gesetz richten, ohne dass diesbezüglich eine Dispositionsfreiheit bestehen soll.

Zugleich allerdings steht fest, dass – wie es das Bundesgericht vor einiger Zeit elegant ausgedrückt hat – das Parlament nicht «an alles gedacht» hat.³⁷

Ausgehend von diesem Prinzip sollen nachstehend ausgewählte Beispiele untersucht werden, bei denen die Gesetzgeberin möglicherweise nicht «an alles gedacht» hat oder bei denen das Gesetz Möglichkeiten der Gestaltung bestimmten Dritten überlässt. Dabei erfolgt eine Ausrichtung auf Bereiche, in denen bestimmte Fragen vertraglich bzw. einvernehmlich geklärt werden. Es wird hier zu überprüfen sein, ob – und allenfalls inwieweit – Interessenabwägungen vorgegeben sind bzw. erfolgen.

II. Übereinkommen zur Unterstellung in der Unfallversicherung

I. Fragestellung

Art. 73 Abs. 2 UVG hat den folgenden Wortlaut:

² *Die Ersatzkasse weist Arbeitgeber, die ihre Arbeitnehmer nach erfolgter Mahnung nicht versichert haben oder die keinen Versicherer gefunden haben, einem Versicherer zu.*

Absatz 2 gilt heute in der Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 25. September 2015 (Unfallversicherung und Unfallverhütung) und steht in Kraft seit 1. Januar 2017.³⁸ Bei der Zuweisung von Arbeitgebern an einen Versicherer achtet die Ersatzkasse auf eine ausgewogene Risikoverteilung und trägt den Interessen der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen Rechnung.³⁹

36 Vgl. so die bundesgerichtlichen Feststellungen in BGE 124 V 399, RKUV 1997 216.

37 So EVGE 1950 126.

38 Dazu AS 2016 4375; BBI 2008 5395, 2014 7911.

39 Art. 95 Abs. 1 UVV.

Daneben besteht das sogenannte Notstandsabkommen. In der Literatur⁴⁰ wird zu diesem Notstandsabkommen ausgeführt, dass es zwischen der Ersatzkasse UVG und den beigetretenen UVG-Versicherern abgeschlossen wurde. Zweck des Abkommens ist es, sogenannte Notstände zu verhindern, wie dies insbesondere Deckungslücken bei Vertragsauflösung oder Versicherungswechsel sind. Die Literatur betrachtet es als «faktisch unproblematisch», dass das Abkommen durch die Ersatzkasse UVG abgewickelt wird. Immerhin wird in der Literatur für den Fall, dass der Kreis der UVG-Versicherer nach Art. 68 UVG und der Mitglieder des Notstandsabkommens voneinander abweichen und/oder sich Schwierigkeiten ergeben sollten, welche die Ersatzkasse UVG in einen Interessenskonflikt bringen könnten, gefordert, dass die Ersatzkasse UVG ihren gesetzlichen Pflichten Vorrang einräumt und sich aus privatrechtlichen Abkommen zurückzieht.

2. Raum für eine Regelung über ein Abkommen?

Der klare Wortlaut von Art. 73 Abs. 2 UVG legt die Annahme einer abschliessenden Regelung klar nahe. Es wird eine ohne Ermessensspielraum von der Ersatzkasse zu erfüllende Aufgabe festgelegt, ohne dass dem Wortlaut zu entnehmen wäre, dass diese Aufgabe durch eine ausserhalb des Gesetzes stehende Regelung gesteuert werden könnte. Dieser – vorerst nur aus dem Wortlaut gewonnene – Schluss wird bestätigt durch die Ordnung von Art. 73 Abs. 2^{bis} UVG; hier wird eine Abweichung des Vorgehens nach Abs. 2 festgelegt, wobei die Ausnahme bezogen auf ihre Voraussetzungen klar geregelt wird. Das Ergebnis wird auch durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. In der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft zur heute in Kraft stehenden gesetzlichen Regelung wird das Folgende ausgeführt:

Art. 73 Abs. 2 und 2^{ter}

Abs. 2: Die Versicherer nach Artikel 68 und die Ersatzkasse hatten bereits wenige Jahre nach dem Inkrafttreten des UVG zur Vermeidung von Versicherungsnotständen beziehungsweise Deckungslücken, die in Folge Vertragsaufhebung oder Versichererwechsel auftreten können, vereinbart, dass die Ersatzkasse Arbeitgeber auch dann einem Versicherer zuweist, wenn sie keinen Versicherer gefunden haben. Diese Praxis – indirekter Annahmezwang – wird neu im Gesetz verankert.

Abs. 2^{ter}: Die der Ersatzkasse in den Artikeln 77a und 90 Absatz 4 zusätzlich übertragenen Aufgaben werden explizit aufgeführt.⁴¹

Diese gesetzgeberische Entwicklung zeigt, dass eine bestehende Gesetzeslücke – Frage der Zuweisung von Arbeitgebenden in bestimmten Lagen – zunächst durch eine Vereinbarung gefüllt wurde, wobei in der Folge eine auf die entsprechende Lücke gerichtete gesetzliche Regelung geschaffen wurde.

40 Vgl. BERGER MAX, in: Hürzeler/Kieser, KOSS UVG, Art. 73 N 32–36, dem die folgenden Ausführungen entnommen sind.

41 Vgl. BBI 2014 7940. Analog formuliert bereits BBI 2008 5432 f.

Fragen der Zugehörigkeit von Arbeitgebenden ergeben sich ebenfalls in der AHV. Hier entscheidet auf Verwaltungsebene ausschliesslich das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) – d.h. eine an das Gesetz gebundene Behörde – über entsprechende Streitigkeiten. Beschwerdebefugt gegen die entsprechende Verfügung des BSV ist auch die Ausgleichskasse, welcher die betreffende Arbeitgeberin entgegen ihrem Antrag nicht angeschlossen wurde.⁴² Die Frage der Zugehörigkeit zur AHV-Ausgleichskasse wird abschliessend durch das Gesetz geordnet. Weil die Kassenzugehörigkeit gesetzlich geregelt ist, ist sie damit der freien Vereinbarung zwischen den Ausgleichskassen entzogen. Jede Kasse hat von Amts wegen zu prüfen, welche Personen ihr anzuschliessen sind. Die kantonalen Ausgleichskassen haben ausserdem zu überwachen, dass alle Beitragspflichtigen einer Kasse angeschlossen sind.⁴³

3. Zwischenergebnis

Die vorgenannten Überlegungen führen zum Ergebnis, dass in der Unfallversicherung – wie es auch in der AHV der Fall ist – die Frage der Versicherungsunterstellung gesetzlich abschliessend geordnet wird. Dabei hat die Ersatzkasse zu entscheiden, welchem Unfallversicherer der jeweilige Arbeitgeber/die jeweilige Arbeitgeberin zugewiesen wird. Dass eine frühere Vereinbarung unter den Unfallversicherern die Frage der Zuweisung bestimmen könnte, ist bei dieser Ausgangslage jedenfalls seit dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung vom 25. September 2015 (in Kraft seit 1. Januar 2017) nicht mehr anzunehmen.

Die Praxis zeigt denn auch, «dass es regelmässig zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem Anwendungsbereich des Versicherungsnotstandsabkommens und der Zuweisungspflicht der <Ersatzkasse UVG> i.S.v. Art. 73 Abs. 2 UVG [kommt], da jeweils unklar ist, ob eine Konstellation vorliegt, in welcher ein alter Versicherer den ehemals bei ihm versicherten Arbeitgeber wieder anzuschliessen hat (Anwendungsfall des Versicherungsnotstandsabkommens), oder ob eine Zuweisung der <Ersatzkasse UVG> basierend auf dem Gesetz angezeigt ist [...].»⁴⁴

Das Notstandsabkommen verletzt damit im hier interessierenden Punkt der Zuweisung von Arbeitgebenden die gesetzliche Regelung von Art. 73 Abs. 2 UVG. Denn das Gesetz ordnet die Zuweisung von Arbeitgebenden insgesamt der Ersatzkasse zu. Die Ersatzkasse kann bezüglich der Zuweisung zwar Regeln aufstellen, um eine rechtsgleiche Zuweisung zu ermöglichen. Allerdings kann die Anwendung dieser Regeln nicht davon abhängen, dass das Notstandsabkommen zur Anwendung gelangt.

42 Dazu BGE 101 V 24 ff.

43 So ZAK 1982, S. 84 E. 2.

44 So BSK UVG-CADERAS, Art. 73 N 37.

Art. 73 Abs. 2 UVG ordnet also die Frage der Zuständigkeit des Unfallversicherers in den in der Bestimmung genannten Fällen abschliessend. Damit verbleibt kein Raum, um durch Vereinbarung oder durch Schiedsgerichtsurteil die Frage der Zuständigkeit zu ordnen. Soweit entsprechende Bestimmungen in der Vereinbarung enthalten sind, können diese wegen fehlender Gesetzmässigkeit keine Anwendung finden.⁴⁵ Es liegt mithin ein Beispiel einer abschliessenden Durchnormierung des Sozialversicherungsrechts vor. Dabei trägt die Verordnung der massgebenden Interessenlage Rechnung.⁴⁶

III. Branchenvereinbarung zur Vermittlertätigkeit in der Krankenversicherung

1. Fragestellung

Am 16. Dezember 2022 hat das Parlament das Bundesgesetz über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit verabschiedet. Der Bundesrat hat das Gesetz – entgegen der ursprünglichen Absicht – nicht per 1. Januar 2024 in Kraft gesetzt, und es ist gegenwärtig offen, wann das Gesetz in Kraft treten wird. Art. 19b KVAG enthält eine Regelung mit Blick auf die Möglichkeit einer Vereinbarung zwischen Krankenversicherern:

¹ Die Versicherer können eine Vereinbarung abschliessen, in der Folgendes geregelt wird:

- a. die Telefonwerbung;*
- b. der Verzicht auf Leistungen der Call-Center;*
- c. das Verbot der Telefonwerbung bei Personen, die nie bei ihnen versichert waren oder seit längerer Zeit nicht mehr versichert sind;*
- d. die Ausbildung der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler;*
- e. die Einschränkung der Entschädigung der Tätigkeit der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler;*
- f. die Erstellung und die Unterzeichnung von Beratungsprotokollen.*

² Auf Gesuch von Versicherern, die zusammen mindestens 66 Prozent der Versicherten vertreten, kann der Bundesrat die Regelungen der Punkte nach Absatz 1 Buchstaben c–f auf dem Verordnungsweg allgemeinverbindlich erklären. Die Regelungen müssen der Gesetzgebung entsprechen und die Höhe der Entschädigung nach Absatz 1 Buchstabe e muss nach betriebswirtschaftlichen Regeln festgelegt werden. Vor der Allgemeinverbindlichkeitserklärung hört der Bundesrat die Versicherer an.

³ Der Bundesrat legt in der Verordnung nach Absatz 2 die Verstösse gegen die verbindlich erklärten Regelungen fest.

45 Vgl. zur Fragestellung auch Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 14. September 2023, UV.2023.00050, mit Minderheitsantrag.

46 Vgl. Art. Art. 95 Abs. 1 UVV, wonach den Interessen der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen Rechnung zu tragen ist.

2. Entwicklung der Gesetzgebung

Zum vorgenannten Erlass wird seitens der Bundesbehörde das Folgende ausgeführt:

«Am 16. Dezember 2022 haben die eidgenössischen Räte das Bundesgesetz über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit verabschiedet. Dabei handelt es sich um einen Mantelerlass, der Änderungen des Krankenversicherungsaufsichtsgesetzes (KVAG; SR 832.12) und des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG; SR 961.01) enthält. Nach diesem Gesetz wird der Bundesrat ermächtigt, bestimmte Punkte der Vereinbarung der Versicherer verbindlich zu erklären. Gemäss Artikel 19b Absatz 2 KVAG und Artikel 31a Absatz 2 VAG erfolgt die Allgemeinverbindlicherklärung auf dem Verordnungsweg. Zudem ist es Sache des Bundesrates, in der entsprechenden Verordnung die Verstöße gegen die verbindlich erklärten Punkte der Vereinbarung festzulegen (Art. 19b Abs. 3 KVAG und Art. 31a Abs. 3 VAG). Die Verordnung über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit ist ebenfalls ein Mantelerlass, der Änderungen der Krankenversicherungsaufsichtsverordnung (KVAV; SR 832.121) und der Aufsichtsverordnung (AVO; SR 961.011) beinhaltet.»⁴⁷

Im Lauf der parlamentarischen Beratung dieses Erlasses⁴⁸ hatten sich grundlegende Differenzen zwischen den beiden Räten ergeben, was die Gleichstellung von Angestellten der Versicherer und von externen Vermittlerinnen und Vermittlern betraf. Der Nationalrat hatte am 28. November 2023 die Frage, ob bei den Vorgaben zur Ausbildung und Entschädigung zwischen internen und externen Versicherungsvermittlerinnen und Versicherungsvermittlern unterschieden werden soll, bejaht, was in der Folge vom Ständerat am 1. Dezember 2023 anders entschieden wurde.⁴⁹ Im weiteren Differenzbereinigungsverfahren kam es zu keiner Einigung, weshalb eine Einigungskonferenz einberufen wurde.

«Die Einigungskonferenz hat sich mehrheitlich hinter die Position gestellt, dass eine Unterscheidung nicht sinnvoll und nicht zielführend ist. Wie gesagt, kann der Angerufene nicht unterscheiden, wer ihm telefoniert, und zudem würde diese rechtliche Unterscheidung auch juristische Probleme hervorrufen und die adressierten Probleme nicht wirklich lösen. Deshalb empfiehlt Ihnen die Einigungskonferenz der Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit mit 14 zu 11 Stimmen bei 1 Enthaltung, der Version des Ständerates und damit auch des Bundesrates zu folgen und nicht der des Nationalrates.»⁵⁰

In dieser Version wurde das Gesetz in der Schlussabstimmung vom 16. Dezember 2022 von beiden Räten angenommen. Der Bund ging in der Folge mit grosser Selbstverständlichkeit davon aus, dass die Versicherungsbranche eine

47 Verordnung über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit, Geplantes Inkrafttreten auf den 1. Januar 2024, Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Gesundheit, S. 3/6.

48 Vgl. Geschäft 21.043, Bundesgesetz über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit.

49 Vgl. Erich Ettlin, für die Kommission, AB 2022 S 1111.

50 So Jörg Mäder, für die Kommission, AB 2022 N 2332.

den gesetzlichen Anforderungen genügende Vereinbarung abschliessen und in der Folge die Allgemeinverbindlichkeitserklärung dieser Vereinbarung beantragen werde. So wird zum Entwurf der Verordnung über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit erläuternd festgehalten:

«Diese Verordnung tritt gleichzeitig mit dem Bundesgesetz über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit am 1. Januar 2024 in Kraft.»⁵¹

In einem Entwurf der Verordnung wird zur Allgemeinverbindlichkeit von Regelungen der Vereinbarung zwischen Versicherern festgehalten, dass die «im Anhang aufgeführten Regelungen der Vereinbarung zwischen Santésuisse und Curafutura vom 24. Januar 2020 betreffend die Qualität der Beratung und die Entschädigung an die Vermittler in der Kundenwerbung [...] für sämtliche Versicherer als allgemeinverbindlich erklärt [werden]. Für den Begriff der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler gilt Artikel 19a KVAG».⁵²

Freilich entwickelten sich die massgebenden Elemente anders. Die im Entwurf erwähnte Vereinbarung vom 24. Januar 2020 wurde durch eine neue Vereinbarung abgelöst. Die beiden Verbände der Krankenversicherer erarbeiteten eine neue Branchenvereinbarung – die BVV 2.0 – mit neuen Regelungen. Sie trat am 1. September 2023 in Kraft. Die neue Vereinbarung trug insbesondere der vom Parlament vorgenommenen grundsätzlichen Gleichstellung der internen und externen Vermittlung Rechnung.

«Die bisherige Obergrenze für Provisionen in der Grundversicherung (70 Franken pro Abschluss) gilt für alle Vermittler. In der Zusatzversicherung sieht die BVV 2.0 vor, dass die Provisionen wirtschaftlich sein müssen. Der Nachweis der Wirtschaftlichkeit muss von der Aufsichtsbehörde – d.h. der FINMA – überprüft werden können. Auf Grund der unterschiedlichen Geschäftsmodelle der Versicherer und arbeitsrechtlicher Probleme kann nur auf diese Weise die vom Gesetzgeber verlangte Gleichstellung zwischen internem Vertrieb und externen Vermittlern erreicht werden, nicht jedoch mit der bisherigen Lösung (12 Monatsprämien).»⁵³

Die neue Branchenvereinbarung wurde indessen in der Folge – und bis zur Niederschrift des vorliegenden Beitrags – nicht in diesem Masse unterzeichnet, dass ein Gesuch um Allgemeinverbindlicherklärung hätte eingereicht werden können. Es wurde in der Folge seitens des Bundes verzichtet, die neue gesetzliche Regelung auf den 1. Januar 2024 in Kraft zu setzen. Zugleich beschäftigte sich das Parlament wiederum mit der Frage der Vermittlertätigkeit. Der Bundesrat nahm in diesem Zusammenhang in folgender Weise zur Motion 23.4150 Stellung:

51 Verordnung über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit, Geplantes Inkrafttreten auf den 1. Januar 2024, Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Gesundheit, S. 6/6.

52 Art. 35b des Entwurfs der Verordnung. Vgl. dazu den Erläuternden Bericht des Bundesamtes für Gesundheit.

53 So eine Medienmitteilung santésuisse/Curafutura vom 5. September 2023.

«Der Bundesrat anerkennt das öffentliche Interesse, die Prämien der Versicherten nicht zu strapazieren. Er ist jedoch der Ansicht, dass das Verbot der Vergütung ungebundener Vermittlerinnen und Vermittler gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstösst, da ein Verbot nicht erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen. Dieses Verbot würde zudem zu einer Ungleichbehandlung der gebundenen und ungebundenen Vermittlerinnen und Vermittler führen.

Der Bundesrat bevorzugt einen Mittelweg. Deshalb beantragt er die Annahme der Motion Gysi 23.4185 ‹Vermittlertätigkeit regeln und Kaltakquise verbieten›, wonach er eine subsidiäre Kompetenz zur Regelung der Versicherungsvermittlertätigkeit er hält in Fällen, in denen es den Versicherern nicht gelingt, eine Vereinbarung zu treffen, die allgemeinverbindlich erklärt werden kann.»⁵⁴

3. Zwischenergebnis

Die rechtliche Regelung der Vermittlertätigkeit ist ein anschauliches Beispiel für die Schwierigkeit, das – wie auch immer gestaltete oder angenommene – öffentliche Interesse umzusetzen. Der Bundesrat bezieht sich – wie soeben aufgezeigt – auf das «öffentliche Interesse, die Prämien der Versicherten nicht zu strapazieren». Dabei hat die Gesetzgebung einen mittleren Weg eingeschlagen und die Möglichkeit einer Branchenvereinbarung zugelassen; zugleich sind freilich die gesetzlichen Anforderungen so weit gehend ausgestaltet worden, dass die Möglichkeit einer allgemein verbindlich zu erklärenden Branchenvereinbarung (noch) nicht in Anspruch genommen wurde.

Es liegt damit eine vergleichbare Ausgangslage vor wie bei der Ausgestaltung der KVG-Taggeldversicherung. Die sozialversicherungsrechtliche Regelung wurde – zum Schutz der Interessen der versicherungswilligen Personen – mit Schutzkautelen ausgestaltet, was im Ergebnis dazu führte, dass die Krankenversicherungen entsprechende Produkte mit hinreichendem Versicherungsschutz kaum anbieten. So kann insbesondere die Taggeldhöhe begrenzt werden, was das Bundesgericht zur Feststellung geführt hat, die Regelung der Taggeldmindesthöhe sei sozialpolitischer Art und müsse deshalb vom Gesetzgeber beantwortet werden.⁵⁵ Demgegenüber eröffnet das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) im Privatversicherungsbereich einen grösseren Gestaltungsraum bei gleichzeitig weniger zwingenden Bestimmungen zum Schutz der Versicherten. Dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, eine einheitlich geregelte, zwingend anzubietende Taggeldversicherung einzuführen, hat sich insoweit nicht bewährt.⁵⁶

54 So Stellungnahme des Bundesrates vom 29. November 2023 zur Motion 23.4150 «Verbot von externen Vermittlern gegen Entgelt im Grund- und Zusatzversicherungsbereich (Privatversicherungen) im KVG und VVG», eingereicht von NR Benjamin Giezendanner. Vgl. zudem Motion 23.4180 «Kein Telefonterror mehr! Kaltaquise und überhöhte Provisionen verbieten», eingereicht von NR Nadine Masshardt.

55 Vgl. BGE 126 V 490, E. 2 S. 493.

56 Vgl. dazu BSK KVG-HUSMANN/JENNY, Vor Art. 67 ff. N 2–7 (mit Hinweisen).

IV. Beweismittel zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit in der Krankenversicherung

1. Fragestellung

Art. 56 Abs. 6 KVG legt Folgendes fest:

⁶ Leistungserbringer und Versicherer legen vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit fest.

Es geht um die Überprüfung der Leistungserbringung zulasten der Krankenversicherer. Dabei interessiert, welche Methode gestützt auf welche rechtliche Grundlage herangezogen wird, um die Wirtschaftlichkeit zu kontrollieren.⁵⁷

Für die folgenden Überlegungen ist darauf abzustellen, dass die Verbände am 20. März 2018 die sogenannte Screening-Methode vereinbart haben, welche aus einer zweistufigen Regressionsanalyse besteht. Im Vertrag vom 20. März 2018 ist zudem festgehalten, dass die vertraglich vereinbarte (zweistufige) Screening-Methode nur einen ersten Schritt einer Wirtschaftlichkeitsprüfung darstellt; sie soll dazu dienen, Ärztinnen und Ärzte mit auffälligen Kosten zu bestimmen.

2. Methode im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung

Dass in der Krankenversicherung die Erfüllung der Voraussetzungen geprüft wird, unter denen eine Leistungsvergütung erfolgt, ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amts wegen. Der Krankenversicherer hat zu klären, ob die in Art. 32 KVG genannten Voraussetzungen der Wirksamkeit, der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit im Einzelfall erfüllt sind. Daneben sieht das Gesetz vor, dass weitere Prüfungsschritte vorgenommen werden. Dazu gehört nach Art. 56 KVG die nachträgliche Prüfung der Frage, ob sich der Leistungserbringer und die Leistungserbringerin in den Leistungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist. Dass es sich dabei (auch) um eine nachträgliche Prüfung handelt, zeigt Art. 56 Abs. 2 KVG, wonach eine dem Leistungserbringer oder der Leistungserbringerin zu Unrecht bezahlte Vergütung zurückgefordert werden kann. Seit je steht fest, dass mit unterschiedlichen Methoden geklärt werden kann bzw. geklärt wird, ob eine unwirtschaftliche Behandlung vorliegt oder nicht. Während also «die Leistungserbringer verpflichtet sind, ihre vergütungspflichtige Tätigkeit durchwegs wirtschaftlich auszuführen, obliegt es den Krankenversicherern, die abgerechneten Leistungen

57 Zu der Wirtschaftlichkeitskontrolle und zur angewendeten Methode vgl. EUGSTER, *passim*; GRATWOHL, *passim*; MÜLLER P., S. 32 f.; MÜLLER/KESSLER, S. 73 ff.; JUNGHARDT, S. 595; SCHWEIZER/TRÜMLER/WERDER, S. 382 ff.; ROMANENS/KURTH/WARMUTH, S. 324 ff.; SCHÜTZ, S. 789 ff.; JUNOD, S. 336 f.; NADIG/GÄHLER, S. 1160 ff.; PETROV/HACK-LEONI, S. 161 ff.; PICECCHI, *Wirtschaftlichkeitsgebot*, *passim*; PICECCHI, *Wirtschaftlichkeitskontrolle*, S. 199 ff.; ROMANENS, S. 338 ff.; ROMANENS/ACKERMANN/HOFMEIER/RAMSTEIN, S. 49 ff.

dauernd zu kontrollieren».⁵⁸ «Die Leistungserbringer geniessen beruflich-ge schäftliche und diagnostisch-therapeutische Freiheit, ebenfalls Teilbereiche der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), nur in den Schranken des Wirtschaftlichkeits gebots».⁵⁹

Das Gesetz regelt das Vorgehen im Zusammenhang mit der nachträglichen Wirtschaftlichkeitsprüfung – von Art. 56 Abs. 6 KVG abgesehen – nicht. Immerhin steht fest, dass «das KVG von der im Einzelfall widerlegbaren Vermutung [...] aus[geht], dass Ärzte und Chiropraktoren wirksame, zweckmässige und wirtschaftliche Methoden anwenden».⁶⁰

3. Bestimmung der massgebenden Methode generell

Die Methode, welche im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsprüfung verwendet wird, muss von den vorgenannten allgemeinen Grundsätzen ausgehen. Es ist also erforderlich, dass die Methode so bestimmt bzw. ausgewählt wird, dass die prinzipielle Vermutung der Wirtschaftlichkeit beachtet und im Einzelfall geklärt wird, ob die entsprechende Vermutung widerlegt wird. Der Blick auf die bisherige Praxis zeigt, dass seit je unterschiedliche Methoden Verwendung gefunden haben. Die Literatur hält dazu das Folgende fest:

«Die Wirtschaftlichkeitskontrolle gem. Art. 56 Abs. 6 kann über verschiedene Methoden erfolgen [...]. Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hatte einst die zulässigen Beweismethoden bestimmt, die später vom BGer bestätigt wurden und weiterhin von den Krankenversicherern herangezogen werden [...]. Früher wurden teilweise auch andere Methoden angewendet. In einzelnen Kantonen gab es das sog. Perzentilensystem, das u.a. die Häufigkeitsverteilung der Falldurchschnitte aller Ärzte der Vergleichsgruppe in die Berechnungen einbezieht, oder die stichprobenweise Einzelfallprüfung, die auf Hochrechnungen basiert [...]. Diese zwei alternativen Methoden werden heute kaum mehr praktiziert. Beim Vollzug der Kontrolle sind die vergütungspflichtigen Krankenversicherer und kantonalen Schiedsgerichte in ihrer Wahl der Beweismethode grundsätzlich frei.»⁶¹

4. Einordnung

Bei der Einordnung der Frage nach der Methode ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass es sich um die Bestimmung eines Beweismittels handelt. Es geht nämlich um die Frage, ob – im Einzelfall – von der bestehenden Vermutung der Wirtschaftlichkeit des Handelns (Pflichtleistungsvermutung) abzuweichen ist. Zu klären ist also die Frage, ob im konkreten Sachverhalt die Leistungsvergütungsvoraussetzung der Wirtschaftlichkeit erfüllt ist oder nicht. Damit besteht ein Konnex zum Untersuchungsprinzip.

58 So BSK KVG-VASELLA, Art. 56 N 1.

59 So BSK KVG-VASELLA, Art. 56 N 12.

60 So BSK KVG-VASELLA, Art. 56 N 5.

61 So BSK KVG-VASELLA, Art. 56 N 131–134.

Das im Sozialversicherungsrecht – wie auch im ganzen öffentlichen Recht – zentrale Untersuchungsprinzip ist dadurch gekennzeichnet, dass keine Einschränkung von Beweismitteln besteht. Nach dem Untersuchungsgrundsatz hat die Behörde den rechtserheblichen Sachverhalt von Amts wegen abzuklären, ohne dabei an Anträge der Parteien gebunden zu sein. Sie hat deshalb aus eigener Initiative vorzugehen und darf Parteivorbringen nicht mit der Begründung abtun, diese seien nicht belegt worden. Der Grundsatz wird ergänzt durch die Mitwirkungspflicht der Parteien.⁶² Im Rahmen der Verfahrensleitung kommt dem Versicherungsträger «ein grosser Ermessensspielraum bezüglich Notwendigkeit, Umfang und Zweckmässigkeit von medizinischen Erhebungen zu. Was zu beweisen ist, ergibt sich aus der jeweiligen Sach- und Rechtslage. Gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz ist der Sachverhalt soweit zu ermitteln, dass über den Leistungsanspruch zumindest mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit entschieden werden kann».⁶³ Bleiben nach ersten Abklärungsschritten Zweifel an der Vollständigkeit oder der Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachenfeststellung bestehen, ist weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind.⁶⁴ Welche Beweismittel im Verwaltungsverfahren zulässig sind, wird im Sozialversicherungsrecht durch Art. 43 ATSG nicht abschliessend geregelt.⁶⁵

Werden diese allgemeinen Grundsätze auf die hier interessierende Frage der Bestimmung einer Methode übertragen, ergeben sich folgende Grundsätze: Beweismittel müssen objektiv geeignet sein, die in Frage stehenden Sachverhalts-elemente zu beleuchten, und müssen dazu beitragen können, den Beweisgrad für die Annahme oder Verwerfung eines Sachverhaltselementes zu erhöhen. Beweismittel müssen so ausgestaltet sein, dass der Beweisvorgang nachvollzogen und überprüft werden kann. Andernfalls fällt eine Beweiswürdigung des gewonnenen Beweisergebnisses schwer oder ist ausgeschlossen. Ein Beweisvorgang muss prinzipiell wiederholt werden können, weil andernfalls die Verlässlichkeit des Beweismittels nicht gesichert werden kann.

5. Zur vertraglichen Bestimmung der massgebenden Methode

Bei der hier interessierenden Frage fällt ins Gewicht, dass nach der Festlegung von Art. 56 Abs. 6 KVG die «Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit» durch die Leistungserbringenden und die Versicherer vertraglich festgelegt wird. Dabei handelt es sich um eine besondere, in anderen Rechtsbereichen kaum je anzutreffende Regelung. Es wird damit nämlich eine durch die Be-

62 Vgl. zum Untersuchungsgrundsatz BGE 117 V 263 f.

63 So SVR 2014 UV Nr. 2, 8C_815/2012, E. 3.2.1.

64 Urteil des Bundesgerichts 8C_794/2016, E. 4.2.

65 Vgl. so BBl 1991 II 261.

hörde bzw. den Versicherungsträger bzw. das Gericht von Amts wegen und im Rahmen der Untersuchungspflicht zu klärende Frage den Parteien übertragen bzw. überlassen. Die Parteien können sich nach Art. 56 Abs. 6 KVG vertraglich auf ein bestimmtes Beweismittel einigen. Im öffentlich-rechtlich geordneten Bereich des Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahrens kann eine solche Übertragung allerdings – wenn überhaupt – nur in einem engsten Rahmen erfolgen. Andernfalls wird der als Prinzip zu beachtende Untersuchungsgrundsatz ausgebellt (= Verletzung des bundesrechtlichen Grundsatzes der Untersuchungspflicht), und es werden Festlegungen gemacht, welche die Gefahr in sich bergen, dass eine effektive gerichtliche Überprüfung nicht mehr erfolgen kann (= Verletzung des Anspruchs auf eine gerichtliche Beurteilung). Mit Art. 56 Abs. 6 KVG wird zudem die Kompetenz zur Festlegung des Beweismittels zwei einzelnen Parteien übertragen, ohne zu beachten, dass eine dritte Partei – die versicherte Person – gegebenenfalls rückforderungsberechtigt ist. Eine dem Leistungserbringer zu Unrecht bezahlte Vergütung kann nämlich zurückfordert werden; dabei hält Art. 56 Abs. 2 lit. a KVG fest, dass im System des Tiers garant (Art. 42 Abs. 1 KVG) die versicherte Person rückforderungsberechtigt ist. Es schränkt den Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einer Rückforderung der versicherten Person ein, wenn Dritte – hier Leistungserbringende und Versicherungen – vertraglich festlegen können, welches Beweismittel gelten soll.

Entsprechend wird die vorbehaltlose Durchsetzung des objektiven Rechts auch in der Literatur als zentrale Aufgabe der Gerichtsinstanzen genannt:

«Zu den zentralen Aufgaben moderner Staaten gehört es, eine funktionierende Justiz einzurichten. Die primären Anliegen für die Verwaltungsrechtspflege bestehen dabei darin, organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehren zu treffen, damit die in Kontakt mit dem Staat gelangenden Personen ihre Rechte durchsetzen können und das Verwaltungsrecht als objektive Ordnung verwirklicht wird. Der Zweck der Verwaltungsrechtspflege wird namentlich im Individualrechtsschutz, in der Durchsetzung des objektiven Rechts, in der Rechtsfortbildung und im Schutz der rechtsstaatlichen und demokratischen Grundlagen gesehen. Der Rechtsschutz soll dabei allen Menschen gleichermaßen offenstehen. Mit dieser Garantenstellung des Staates für einen funktionierenden, zweckmässigen und gerechten Rechtsschutz wäre es nur schwer in Einklang zu bringen, wenn der Staat bei Rechtsstreitigkeiten, an denen er in der Regel direkt beteiligt ist, leichthin Ausnahmen von der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeitsordnung für sich in Anspruch nimmt und auf vertraglichem Wege eine abweichende Rechtspflegeordnung wählt.»⁶⁶

Es ist ergänzend auf weitere Aspekte einzugehen, welche bei der vertraglichen Festlegung nach Art. 56 Abs. 1 KVG ins Gewicht fallen.

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass der auf Art. 56 Abs. 6 KVG gestützte Vertrag von den Verbänden abgeschlossen wurde. Es stellt sich damit die Frage, ob die am Vertrag beteiligten Verträge hinreichend bevollmächtigt sind, für die

66 MÄCHLER, S. 403 f.

Leistungserbringenden einerseits und für die Versicherer anderseits einen Vertrag abzuschliessen.

Es stellt sich ferner die Frage, ob die mit Vertrag nach Art. 56 Abs. 6 KVG festgelegte Methode für alle Bereiche des Wirtschaftlichkeitsverfahrens Bedeutung hat. Zunächst ist auf die Ausgangslage einzugehen, dass bei einer unwirtschaftlichen Behandlung beim System des Tiers garant die versicherte Person rückforderungsberechtigt ist. Es kann sich nicht so verhalten, dass bei einem solchen Verfahren eine in einem Vertrag von Dritten festgelegte Beweismittelbeschränkung Bedeutung haben kann. Eine solche Drittbindungswirkung kann vertraglich nicht vereinbart werden. Es würde damit der Anspruch der Partei auf Beurteilung durch ein Gericht deutlich eingeschränkt, was verfassungsrechtlich nicht möglich ist. In einem weiteren Punkt ist zu klären, ob die vertragliche Festlegung nach Art. 56 Abs. 6 KVG das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG bindet. Dabei ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass nach Art. 89 Abs. 5 KVG das Schiedsgericht unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen feststellt; es erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei. Diese Festlegung, welche für ein Gericht zur Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten typisch ist,⁶⁷ schliesst aus, dass zwei Parteien vertraglich die Massgeblichkeit einer bestimmten Beweismethode vereinbaren. Das Gericht hat von Amts wegen und unabhängig von Parteianträgen zu bestimmen, welcher Sachverhalt zu beweisen ist, und hat in der Folge die je in Frage kommenden Beweismittel festzulegen.

Im Vertrag vom 20. März 2018 wird festgelegt, dass die Gültigkeit der hier interessierenden Methode ab dem Statistikjahr 2017 besteht. Damit wird bezogen auf ein Beweismittel nicht nur dessen Massgeblichkeit festgelegt, sondern zugleich die zeitliche Anwendung des Beweismittels geordnet. Offensichtlich ist im interessierenden Vertrag diese zeitliche Festlegung getroffen worden, um einen prinzipiellen Übergang der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit zu erreichen. Damit wird gezeigt, dass die vertragliche Festlegung nicht (nur) die Massgeblichkeit eines Beweismittels festlegt, sondern darüber hinaus gehend ein bestimmtes Beweisverfahren ordnet. Damit zeigt sich, dass der Vertrag über den ihm in Art. 56 Abs. 6 KVG zugeordneten Bereich hinaus geht und generelle Festlegungen für das Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren vornimmt.

6. Zwischenergebnis

Art. 56 Abs. 6 KVG nimmt eine aussergewöhnliche, nicht ohne weiteres einzuordnende Festlegung vor. In einem öffentlich-rechtlichen Verfahren, welches vom Untersuchungsprinzip beherrscht ist, wird zwei herausgegriffenen Parteien des Verfahrens die Möglichkeit zugeordnet, ein Beweismittel zu bestimmen und insoweit bestimmte Interessen umzusetzen. Weil auch im Bereich der Wirt-

⁶⁷ Vgl. dazu etwa die Vorgaben in Art. 61 ATSG.

schaftlichkeitsprüfung die Umsetzung des objektiven Rechts einzige Richtschnur des Handelns ist, kann einer solchen vertraglichen Festlegung nur eine sehr begrenzte Bedeutung zukommen.

Soweit vertraglich ein Beweismittel – eine bestimmte Methode – festgelegt wird, muss feststellbar und überprüfbar sein, dass es sich um ein Beweismittel handelt, welches zu verlässlichen, nachvollziehbaren und prinzipiell wiederholbaren Resultaten führt. Die vertragliche Festlegung des Beweismittels kann nicht die Bedeutung haben, dass andere Beweismittel ausgeschlossen wären; solche Beweismittel können von den Parteien eingereicht werden oder sie sind von Amts wegen zu erheben.

Hinzuweisen ist darauf, dass sich das Bundesgericht in einem grundsätzlichen Urteil mit der gestützt auf Art. 56 Abs. 6 KVG vertraglich festgelegten Methode befasst hat. Dabei ist es freilich auf die vorgenannten Elemente nicht zentral eingegangen und hat immerhin folgende Festlegungen vorgenommen:⁶⁸

- Die vertraglich vereinbarte Methode erfordert bei einem auffälligen Resultat der Regressionsanalyse (Screening-Methode) eine anschliessende Einzelfallprüfung (E. 5.2).
- Ein auffälliges Ergebnis der Screening-Methode bedeutet keine Feststellung von Unwirtschaftlichkeit (E. 5.3).
- Der für die Wirtschaftlichkeitsprüfung tragende Grundgedanke einer Toleranzmarge wird durch die Anwendung der Screening-Methode nicht verändert (E. 5.4).
- Praxistypologische Merkmale wie etwa die Selbstdispensation sind auf der Stufe der Einzelfallprüfung zu berücksichtigen, soweit sie nicht bereits im Rahmen der Screening-Methode einbezogen wurden (E. 5.5). Die Führung einer Praxisapotheke (Selbstdispensation) muss in die Wirtschaftlichkeitsprüfung einfließen; der in der Screening-Methode berücksichtigte Morbiditätsfaktor Pharmaceutical Cost Group (PCG) macht die Berücksichtigung der Selbstdispensation nicht entbehrlich (E. 6.5).

V. Vergleich im Sozialversicherungsrecht

1. Fragestellung

Der Vergleich bedeutet, dass sich die Parteien über einen bestimmten Inhalt einigen. Dabei ist beim sozialversicherungsrechtlichen Vergleich die eine Partei regelmässig eine Sozialversicherungsträgerin. Diese ist in ihrem Handeln an das Gesetz gebunden. Insoweit stellt sich die Frage, inwieweit sie allenfalls vom Gesetz abweichen kann und welche Interessen sie dabei gegebenenfalls berücksichtigt.

68 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_135/2022 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vor gesehen).

Der Vergleich ist im Sozialversicherungsrecht nach Art. 50 ATSG zulässig.⁶⁹ Er wird auch in anderen Erlassen – etwa in Art. 33b VwVG – zugelassen.⁷⁰

2. *Abwägungen beim Vergleich nach Art. 50 ATSG*

Hier interessiert, ob und allenfalls inwieweit bei der Ausarbeitung und bei der anschliessenden parlamentarischen Beratung von Art. 50 ATSG auf beim Vergleich zu berücksichtigende Interessen eingegangen wurde.

Der Gesetzgeber nahm in Art. 50 ATSG den Grundsatz auf, dass ein Vergleich abgeschlossen werden kann. Dabei stützte er sich auf die frühere Rechtsprechung, welche im Sozialversicherungsrecht Vergleiche grundsätzlich zulässt. Er wollte von dieser Rechtsprechung nicht abweichen, betonte aber zugleich die Grenzen der Vergleichsmöglichkeit, indem er auf die Grundsätze des Legalitätsprinzips, der Rechtsgleichheit und der Wahrung der schutzwürdigen Interessen der versicherten Person hinwies.⁷¹ Die Literatur betont, dass im Sozialversicherungsrecht ein öffentliches Interesse der Solidargemeinschaft daran besteht, dass nur die gesetzlich umschriebenen Leistungen gewährt werden; ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Schranken des Legalitätsprinzips und des Rechtsgleichheitsgebots einer Vergleichsmöglichkeit eigentlich generell und umfassend entgegenstehen.⁷²

Offenbar fallen damit bestimmte Interessenlagen ins Gewicht. Freilich zeigt sich, dass ein öffentliches Interesse gerade in bestimmter Weise zurücktritt. Das Legalitätsprinzip und die Rechtsgleichheit werden nämlich im Rahmen eines Vergleichs notwendigerweise zurückgedrängt, wobei es sich allerdings nur um Einzelaspekte handeln kann. Bei der Ausarbeitung von Art. 50 ATSG wurde – insoweit durchaus folgerichtig – gerade betont, dass hinzutretend die Interessen der versicherten Person zu beachten sind. Damit ist die beim Vergleich wichtige Interessenabwägung in bestimmter Weise geprägt: Die Versicherungsträgerin kann sich bei bestimmten Aspekten vom Legalitäts- und vom Rechtsgleichheitsprinzip lösen, soweit in diesem Rahmen das Interesse der versicherten Person berücksichtigt wird. Es fällt dabei ins Gewicht, dass im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren sich die um Leistung ersuchende versicherte Person gegenüber dem Sozialversicherungsträger regelmäßig in der schwächeren Position befindet.⁷³

69 Zum öffentlich-rechtlichen Vergleich vgl. BAER, S. 430 ff.; CAVELTI, S. 175 ff.; DAPPRICH, S. 79 ff.; GUTH, *passim*; LENDFERS, S. 201 ff.; PLATZ, *passim*.

70 Nach Art. 33b Abs. 1 VwVG kann die Behörde das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können. Die Einigung soll einschliessen, dass die Parteien auf Rechtsmittel verzichten und wie sie die Kosten verteilen.

71 Vgl. BBI 1999 4609; AB 1999 N 1245 f., AB 2000 S 182 f. Dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 50 N 11.

72 So BSK ATSG-SLAVIK, Art. 50 N 18.

73 Dazu BSK ATSG-SLAVIK, Art. 50 N 21.

Nicht überzeugend ist bei dieser Ausgangslage, bei der Auslegung von Vergleichen nach Art. 50 ATSG bei Unsicherheit über den Vertragswillen von der Vermutung auszugehen, dass die Vereinbarung nicht dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen soll.⁷⁴

3. Zwischenergebnis

Art. 50 ATSG regelt im Sozialversicherungsrecht den Vergleich. Freilich hat sich der Gesetzgeber mit der Einordnung des Vergleichs in die Grundprinzipien des Sozialversicherungsrechts nur in Ansätzen befasst, und auch der Literatur lassen sich nur wenige weiterführende Überlegungen entnehmen. In der Praxis hat der Vergleich nur ein sehr geringes Gewicht erhalten, was mit der wenig greifbaren gesetzlichen Regelung zusammenhängen mag. Erschwerend kommt – wie noch aufzuzeigen sein wird⁷⁵ – hinzu, dass bei der wiedererwähnungsweisen Aufhebung der Verfügung, mit welcher der Vergleich bestätigt wurde, die allgemeine Interessenabwägung herangezogen wird.

D. Interessenabwägung in der Rechtsprechung

I. Vorbemerkung

Im weit gefächerten Sozialversicherungsrecht sind Entscheidungen zur Unterstellung, zur Finanzierung und zur Leistungsgewährung zu fällen, und es geschieht dies in einem öffentlich-rechtlich geordneten Verfügungs- bzw. Klageverfahren.⁷⁶ Das Bundesgericht allein fällt im Sozialversicherungsrecht jährlich rund 2000 Urteile. In verschiedenen Bereichen wird Bezug genommen auf Interessenabwägungen, wobei dies nicht durchwegs erkenntlich gemacht wird. Bei dieser Ausgangslage beschränkt sich der Beitrag auf eine knappe Nennung derjenigen Bereiche, in denen Interessenabwägungen ein besonderes Gewicht haben. Um die Breite der interessierenden Thematik zu zeigen, werden Beispiele aus dem Bereich der Finanzierung, der Risikoumschreibung, der Leistungsgewährung und des Verfahrens genannt.

⁷⁴ So CR LPGA-DÉFAGO GAUDIN, Art. 50 N 21. Vgl. dazu auch BGE 139 V 82, E. 3.1.2 84, wonach im Zweifelsfall dem öffentlichen Interesse Vorrang einzuräumen und der Vertrag gesetzeskonform auszulegen sei.

⁷⁵ Vgl. Abschnitt D.VIII.

⁷⁶ Vgl. dazu Art. 27 bis Art. 62 ATSG, Art. 73 BVG; im Klageverfahren werden in den verschiedenen Sozialversicherungszweigen ferner Auseinandersetzungen zwischen Leistungserbringenden und Sozialversicherern ausgetragen (vgl. dazu als Beispiel Art. 89 KVG).

II. Öffentliches Interesse an der gleichmässigen Versicherungsfinanzierung

In ganz vereinzelten Urteilen bezieht sich das Bundesgericht auf ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer gleichmässigen Versicherungsfinanzierung.

«Für den Beschwerdeführer resultiert aus seiner Erwerbstätigkeit in der Schweiz wohl eine erhebliche Beitragsslast; das massgebliche Beitragssubstrat ist aber [...] nicht nur der in der Schweiz erzielte Lohn, sondern auch das in Deutschland erzielte (und dort nicht beitragsbelastete; vgl. SVR 2020 AHV Nr. 12 S. 32, 9C_603/2019 E. 4.3) Erwerbseinkommen. Weshalb mit Blick darauf von prohibitiver Beitragerhebung gesprochen werden müsste, erhellt nicht und legt der Beschwerdeführer auch nicht dar. Dass die Beiträge nach AHVG für ihn untragbar sein sollen, bringt er ebenfalls nicht vor. Gegenüber der Beitragsslast überwiegt das öffentliche Interesse an der gleichmässigen Versicherungsfinanzierung. Daran ändert auch nichts, dass das deutsche Sozialversicherungssystem nach anderen Regeln finanziert wird und deren Anwendung für den Betroffenen vorteilhafter wäre.»⁷⁷

Das Abstellen auf ein überwiegendes öffentliches Interesse «an der gleichmässigen Versicherungsfinanzierung» wird vom Bundesgericht nicht begründet, und es erscheint auch der Begriff der «gleichmässigen» Finanzierung als wenig schlüssig.⁷⁸

III. Umschreibung des versicherten Risikos

Es fragt sich, ob gegebenenfalls die Risikoumschreibung mit Blick auf die Interessen der Versichertengemeinschaft enger oder weiter ausgelegt werden soll. Auf entsprechende Überlegungen wird in der Literatur hingewiesen:

«Neben dem betroffenen Personenkreis soll sich der Wagnisbegriff an der Grösse der Gefahr orientieren. Wird eine Interessenabwägung vorgenommen, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis der betroffene Personenkreis zur Grösse der Gefahr steht. Es ist denkbar, dass ein grosser Personenkreis eine ‹riskante› Sportart ausübt. Ist diese Sportart überdies gesellschaftlich verankert, wird das Vorliegen eines Wagnisses kaum je zur Debatte stehen. Wie verhält es sich nun, wenn ein verschwindend kleiner Personenkreis eine Sportart mit einem vergleichbaren Risiko ausübt? Der Autor wagt zu behaupten, dass in diesem Fall trotz eines identischen oder gar geringeren Risikos die Frage nach dem Vorliegen eines Wagnisses viel schneller aufgeworfen wird. Allerdings dürfte es schwierig sein, gute sachliche Gründe zu finden, weshalb bei ähnlichen Risiken im einen Fall von einer unzumutbaren Belastung der Versichertengemeinschaft ausgegangen werden soll und im anderen Fall nicht. Somit

77 So Urteil des Bundesgerichts 9C_401/2023, E. 3.4.4.1.

78 In der AHV ist eine gleichmässige Versicherungsfinanzierung nur teilweise umgesetzt. Hinzuweisen ist auf die sinkende Beitragsskala (Art. 21 AHVV), auf die unterschiedlichen Ansätze der Beiträge bei Selbständigen- und bei Unselbständigerwerbenden (Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 13 AHVG), auf die Beitragsfreiheit bei Ehepaaren (Art. 3 Abs. 3 AHVG) und auf die fehlende Beitragspflicht von Nichterwerbstätigen im Alter (Art. 3 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} AHVG).

besteht die latente Gefahr, dass vom Wagnisbegriff nicht in erster Linie besonders risikofreudige Sportler, sondern Sportler von vermeintlichen Randsportarten erfasst werden.»⁷⁹

Freilich lassen sich keine Urteile erkennen, welche auf einer entsprechenden Interessenabwägung beruhen würden. Immerhin stellt sich die – in der Literatur intensiver diskutierte⁸⁰ – Frage, ob die unterschiedlichen Verständnisse der Adäquanz im Vergleich von Unfallversicherungsrecht und Haftpflichtrecht allenfalls geprägt sind von einer Abwägung der Interessen. Das Bundesgericht bezieht sich – wenig fassbar – darauf, «dass mit der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs, die im Sozialversicherungsrecht mit EVGE 1960 S. 158 Einzug gehalten hat [...], dem rechtlich bestehenden Bedürfnis nach Eingrenzung und Auswahl von Tatsachen aus der natürlichen Kausalkette Rechnung getragen wird».⁸¹ Die Rechtsprechung bezieht sich indessen nicht direkt auf die Ergebnisse einer Interessenabwägung.⁸² Gerade bei der haftpflichtrechtlich und der sozialversicherungsrechtlich unterschiedlichen Bewertung der Adäquanz⁸³ wäre es allemal nahe liegend gewesen, die von den rechtsanwendenden Instanzen vorzunehmende Adäquanzbewertung gesetzgeberisch vorzugeben.

IV. Amtshilfe

Die Amtshilfe wird – gestützt auf Art. 32 Abs. 1 ATSG – erbracht, wenn eine schriftliche und begründete Anfrage im Einzelfall vorliegt. Es fragt sich, ob nach Eingang eines Gesuchs um Amtshilfe eine dahin gehende Interessenabwägung zu erfolgen hat, ob einem entgegenstehenden Interesse der Vorrang kommt. Der Wortlaut von Art. 32 ATSG besagt darüber – anders als derjenige von Art. 47 Abs. 1 ATSG – nichts.

Auszugehen ist davon, dass die Amtshilfe «erforderlich» sein muss (vgl. Art. 32 Abs. 1 ATSG). Dieses Kriterium ist so zu verstehen, dass die Amtshilfe nur zu erbringen ist, wenn und so weit die ersuchende Stelle ohne die be-

79 Dazu CUPA, S. 203.

80 Vgl. dazu etwa GÄCHTER, Funktion und Kriterien der Adäquanz, S. 13 ff.

81 So BGE 123 V 98, E. 3b S. 102.

82 Dazu immerhin BGE 123 III 110, E. 3b S. 113: «Dass die Beurteilung der Adäquanz auf einer wertenden Betrachtung des Gerichts beruht und unter Berücksichtigung des anwendbaren Normenkomplexes zu erfolgen hat, hat sich sowohl in den Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts als auch in denjenigen des Bundesgerichts, wenn auch nicht immer mit derselben Transparenz, niedergeschlagen.» In diesem Entscheid wird – haftpflichtrechtlich – ausführlich begründet, weshalb in diesem Rechtsbereich eine andere Betrachtung greifen soll als im Sozialversicherungsrecht. Freilich fehlt im Sozialversicherungsrecht eine ähnlich schlüssige Begründung; vgl. dazu auch die Überlegungen von ROBERTO/GRECHENIG S. 55 ff., welche sich für eine – im Vergleich zum Haftpflichtrecht – offenere Adäquanzformel im Sozialversicherungsrecht aussprechen.

83 Vgl. dazu BGE 123 III 110 sowie BGE 123 V 98.

antragte Hilfe die notwendigen Daten nicht oder nur unter erheblichem Mehraufwand erhalten könnte; insoweit geht die Mitwirkungspflicht der Partei vor. Damit besteht eine analoge Ausgangslage wie bei den einzelgesetzlichen Bestimmungen zur Datenbekanntgabe, welche regelmäßig auf die Prüfung eines allenfalls der Datenbekanntgabe entgegenstehenden Interesses verweisen;⁸⁴ zwar betreffen diese Bestimmungen nicht die zur Amtshilfe verpflichteten Behörden, doch bringen sie das allgemeine datenschutzrechtliche Prinzip zum Ausdruck, dass Daten geheim zu halten (und insoweit grundsätzlich nicht zu übermitteln) sind. Deshalb ist auch bei der Amtshilfe nach Art. 32 Abs. 1 ATSG im Einzelfall eine Abwägung im genannten Sinne vorzunehmen.⁸⁵

Freilich zeigt die Rechtsanwendung, dass bei dieser Interessenabwägung kaum je von einem Überwiegen der Interessen der versicherten Person ausgegangen wird. Insoweit hat die entsprechende Interessenabwägung kein effektives Gewicht erhalten.

V. Akteneinsicht

Aus Art. 47 Abs. 1 ATSG lässt sich ableiten, dass überwiegende Privatinteressen einer Akteneinsicht entgegenstehen können, in welchen Fällen sodann gegebenenfalls nach Art. 48 ATSG zu verfahren ist. Ob ein solches überwiegendes Privatinteresse gegeben ist, ist aufgrund einer objektiven Beurteilung zu ermitteln; dabei ist derjenige Massstab anzulegen, welchen eine unvoreingenommene, aussenstehende Person heranziehen würde. Es wird sich in aller Regel um die Interessen derjenigen Person handeln, über welche Daten bekannt gegeben werden sollen. Infrage kommt etwa das Interesse der versicherten Person daran, dass die in den Akten liegenden Daten eines als sensibel zu beurteilenden Gesundheitsbereichs (beispielsweise einer psychiatrischen Behandlung) nicht bekannt gemacht werden. Nicht auszuschliessen ist aber auch, dass es sich um eine andere Person (beispielsweise einen nahen Verwandten) handelt. Art. 47 Abs. 1 ATSG kennt nämlich keine dahin gehende Einschränkung, dass nur die Interessen der versicherten Person massgebend sind. Beispiel für die Berücksichtigung der privaten Interessen einer Drittperson bildet etwa eine Lohnzusammenstellung der Arbeitgeberin, welche mit Blick auf die zutreffende Ermittlung des Valideneinkommens abgegeben wurde und sensible Daten über Einkommen anderer Personen enthält. Als weiteres Beispiel zu nennen ist eine Anzeige betreffend unrechtmässigen Bezug von Versicherungsleistungen. Wenn hier die anzeigenende Person erkennbar ist, mag ein Interesse dieser Person daran bestehen, der Partei nicht bekannt zu werden. Entsprechend hat

84 Vgl. z.B. Art. 50a Abs. 1 AHVG.

85 Dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 32 N 40–43; vgl. auch SBVR Soziale Sicherheit-KIESER, D Rz 205. Sehr knapp – aber auch bejahend – BSK ATSG-PÄRLI, Art. 32 N 18. Wohl auch bejahend CR LPGA-LONGCHAMP, Art. 32 N 24–27.

es das Bundesgericht zugelassen, dass Einblick in eine (anonyme) Anzeige verweigert wird, weil Elemente der Anzeige allenfalls den Rückschluss auf die anzeigenende Person zulassen.⁸⁶

Zu beachten ist, dass auch ein überwiegendes Interesse des Versicherungsträgers zur Einschränkung der Akteneinsicht führen kann. So wurde eine Verletzung der Akteneinsicht bundesgerichtlich verneint, als Unterlagen, die Hinweise auf laufende Observationsabklärungen enthielten, erst nach deren Durchführung den Akten hinzugefügt wurden, um die Observation nicht zu gefährden. Im Interesse der IV-Stelle wurde dieses Vorgehen als nachvollziehbar und berechtigt angesehen.⁸⁷

VI. Rechtsschutzinteresse/Rechtsmittelbefugnis

Nach Art. 34 ATSG gilt als Partei, wer in eigenem Namen an einem Verwaltungs(gerichts)verfahren teilnehmen darf, um private oder öffentliche Interessen zu verfolgen.⁸⁸

In der sozialversicherungsrechtlichen Praxis wirft die «Parteistellung» im Verwaltungsverfahren eher selten Fragen auf. Hinzuweisen ist immerhin auf ein Urteil des Bundesgerichts, welches festhält, dass die unterhaltsberechtigte Ehefrau Parteistellung hat, wenn sie verlangt, dass die Rente der Unfallversicherung, die ihrem Ehemann zugesprochen wird, an sie drittausbezahlt wird.⁸⁹

Anders verhält es sich freilich mit der Umschreibung der Rechtsmittelbefugnis von Drittpersonen, welche regelmässig Fragen aufwirft.⁹⁰ Der jüngeren Rechtsprechung ist freilich – einschränkend – klar zu entnehmen, dass dem Kriterium der «besonderen» Betroffenheit des Arbeitgebers hohe Bedeutung zugemessen wird, wobei auch einbezogen wird, dass unerwünscht ist, bestimmte, sich aus der Rechtsmittelbefugnis ergebende Partierechte dem Arbeitgeber zuzugestehen.⁹¹

VII. Vertrauenschutz/Anspruch auf Beratung und Information

Für eine Berufung auf Vertrauenschutz, der eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten kann, setzt die Rechtsprechung die kumulative Erfüllung verschiedener Kriterien voraus, wobei geprüft

86 Vgl. für ein Beispiel Urteil des Bundesgerichts 9C_499/2013, E. 6.4.3.2.

87 So Urteil des Bundesgerichts 8C_866/2011, E. 3.2, zit. bei BSK ATSG-HIEBL, Art. 47 N 28.

88 Vgl. BSK ATSG-BETSCHART, Art. 34 N 1.

89 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_192/2008, E. 4.3.1 am Ende.

90 Vgl. dazu die reichhaltige Rechtsprechung zu Art. 59 ATSG.

91 Vgl. dazu insbesondere BGE 130 V 560, E. 4.4 S. 569 f. (betreffend Akteneinsicht); BGE 131 V 298, E. 5.3.3 S. 303 f. (betreffend Datenschutz).

wird, ob das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt.⁹²

Dabei kommt der im Sozialversicherungsrecht nach Art. 27 ATSG geltenden Pflicht des Versicherungsträgers, Beratung und Aufklärung zu leisten, hohe Bedeutung zu. Mit der Einführung einer allgemeinen Aufklärungs- und Beratungspflicht können die Parteien ihre Verfahrensrechte effektiv geltend machen. Zudem garantieren die Informationspflichten eine sachgerechte Verfahrenskommunikation. Somit wird die Legitimationsfunktion von Verfahren im Wesentlichen erst durch Aufklärung und Beratung gesichert.⁹³ Unter Berücksichtigung dieser gesetzgeberischen Vorgabe kommt bei Fragen nach dem Bestehen einer Vertrauensgrundlage dem privaten Interesse ein besonderes Gewicht zu.

Die Durchsicht der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung zeigt, dass oft – oder gar regelmässig – das private Interesse den Vorrang erhält. Gefordert ist dabei eine umfassende und einzelfallbezogene Abwägung, die sich allerdings nur sehr beschränkt verallgemeinern lässt.⁹⁴ Dabei erweist sich im Sozialversicherungsrecht eine auf längere Zeit angelegte Vertrauensgrundlage eher als beständig.⁹⁵ Ausschliesslich finanzielle Interessen des Versicherungsträgers stehen dem privaten Interesse nicht entgegen.⁹⁶

Eine vorbehaltlose Rechtsmittelbelehrung im Rahmen eines zweiten Verstands eines Entscheids kann zu einem Vertrauensschutz führen.⁹⁷ Allerdings ist auf Urteile ausserhalb des Sozialversicherungsrechts hinzuweisen, bei denen angenommen wurde, der Vertrauensschutz setze voraus, dass derjenige, welcher sich darauf beruft, die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte kennen können. Das trifft regelmässig nicht zu, wenn der Mangel durch blosse Konsultation des Gesetzesrestextes erkennbar gewesen wäre.⁹⁸

Einen erheblichen Stellenwert hat die entsprechende Vertrauensgrundlage in der beruflichen Vorsorge erhalten.⁹⁹ Wenn eine Vorsorgeeinrichtung eine vorbehaltlose Auskunft erteilt hat und gestützt auf diese Auskunft unwiderrufliche Dispositionen vorgenommen worden sind, ist die versicherte Person in ihrem

92 Zum Ganzen: BGE 143 V 95, E. 3.6.2; BGE 143 V 341, E. 5.2.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_458/2021, E. 3.2.

93 So BSK ATSG-PÄRLI/MOHLER, Art. 27 N 4.

94 Dazu KRADOLFER, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, N 91–92, der auch das nachgenannte Urteil aufführt.

95 Beispiel: Zusage über eine staatliche Dauerleistung, Urteil des Bundesgerichts 8C_542/2007, E. 4.2.2.

96 Dazu Urteil des Bundesgerichts 8C_542/2007, E. 4.2.2.

97 BGE 119 V 89, E. 4b/aa m.H; zit. bei BSK ATSG-RANDACHER/WEBER, Art. 38 N 19.

98 Vgl. dazu BGE 129 II 125, E. 3.3; BGE 124 I 255, E. 1a, zit. bei BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 60 N 3.

99 Vgl. dazu BSK Berufliche Vorsorge-KONRAD/LAUENER, Art. 50 BVG N 69, welche auch die nachgenannten Urteile aufführen.

guten Glauben zu schützen.¹⁰⁰ Wurden einer versicherten Person mehrmals falsche Auskünfte bezüglich der Rentenhöhe gegeben und entschliesst sich diese Person gestützt auf diese Auskünfte zu einer vorzeitigen Pensionierung, ist sie in ihrem Vertrauen zu schützen, weshalb die Vorsorgeeinrichtung die fälschlicherweise zugesicherten Leistungen zu erbringen hatte.¹⁰¹ Hat jemand im Vertrauen auf die falsche Auskunft bezüglich der Rentenhöhe keine private Vorsorge (Säule 3a) aufgebaut, so muss eine nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Vermögensdisposition im Sinne des Vertrauensschutzes bejaht werden.¹⁰²

Aus dem Bereich der Unfallversicherung ist auf den Sachverhalt hinzuweisen, in dem einem Versicherer bewusst war, dass ein Arbeitgeber vermehrt Personen im Ausland rekrutiert, um diese in Drittstaaten zum Einsatz zu bringen; wenn er bei dieser Ausgangslage den Arbeitgeber über das Erfordernis der Entsendebescheinigung nicht informiert, haftet der Versicherer aus Vertrauensschutz im Fall eines Unfalls trotz eigentlich fehlender Versicherungsdeckung.¹⁰³

VIII. Interessenabwägung bei Wiedererwägung

Die Rechtsprechung betont bei der Prüfung, ob eine Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG vorgenommen werden soll, den Gesichtspunkt der Interessenabwägung. Dabei fällt auf, dass die Rechtsprechung eine Abgrenzung der Interessenabwägung beim (verfügungsweise bestätigten) Vergleich einerseits und bei Verfügungen anderseits vornimmt. Dabei ist immerhin der Mechanismus der Interessenabwägung bei der Wiedererwägung eines Vergleichs bzw. einer Verfügung der Gleiche. Unterschiede ergeben sich jedoch bei der Gewichtung des Schutzes des berechtigten Vertrauens in den Bestand, der tendenziell beim Vergleich stärker als bei der Verfügung ausfällt;¹⁰⁴ es sind im Rahmen von Art. 53 Abs. 2 ATSG höhere Anforderungen zu stellen, um dem Vergleichscharakter Rechnung zu tragen.¹⁰⁵

Das Bundesgericht betont, dass der Gesetzgeber mit der positivrechtlichen Regelung der Wiedererwägung rechtskräftiger Verfügungen in Art. 53 Abs. 2 ATSG die im Rahmen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes vorzunehmende Abwägung zwischen der Durchsetzung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Bestandeskraft der Verfügung abstrakt und für das Bundesgericht – nach Art. 190 BV verbindlich – vorgenommen hat. Die richtige

100 Urteil des Bundesgerichts B 42/03.

101 Urteil des Bundesgerichts B 59/01.

102 Urteil des Bundesgerichts B 43/05.

103 Urteil des Bundesgerichts 8C_475/2009, E. 5.2, zit. bei BSK UVG-HELMLE/MATTER, Art. 2 N 9.

104 Dazu BGE 138 V 147, E. 2.4 am Ende, zit. bei BSK ATSG-SLAVIK, Art. 50 N 29.

105 Dazu in BGE 149 V 91 (= Urteil 8C_616/2022) nicht veröffentlichte E. 3.4.

Anwendung von Art. 53 Abs. 2 ATSG ist somit von Verfassungs wegen mit dem Vertrauenschutz vereinbar.

Vorbehalten sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings jene Situationen, in welchen sämtliche Voraussetzungen für eine – gestützt auf den Vertrauenschutz – vom Gesetz abweichende Behandlung gegeben sind.¹⁰⁶ Freilich zeigt die Analyse der wiedererwägungsweise korrigierten Entscheide, dass der soeben genannte Vorbehalt der vom Gesetz abweichenden, auf den Vertrauenschutz gestützten Behandlung effektiv nicht greift. Vielmehr werden «zweifellos unrichtige» Entscheide, soweit die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist, in der Praxis allemal in Wiedererwägung gezogen.¹⁰⁷

Eine besondere Interessenabwägung – jeweils zugunsten der versicherten Personen – erfolgt bei Praxisänderungen mit besonders grosser Verbreitung:¹⁰⁸ Eine geänderte Gerichts- oder Verwaltungspraxis bildet nach der bundesgerichtlichen Festlegung «im Prinzip keinen Anlass, in eine laufende, auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhende Dauerleistung einzugreifen. Sie kann aber ausnahmsweise zur Abänderung einer rechtskräftigen Verfügung (mit Wirkung für die Zukunft) führen, wenn die neue Praxis in einem solchen Masse allgemeine Verbreitung erfährt, dass ihre Nichtbefolgung als Verstoss gegen das Gleichheitsgebot erschiene, insbesondere wenn die alte Praxis nur in Bezug auf eine einzige versicherte Person oder eine geringe Zahl von Versicherten beibehalten würde. [...] Die Rechtsprechung durchbricht den Grundsatz, wonach eine Praxisänderung keine Änderung formell rechtskräftiger Verfügungen über eine Dauerleistung rechtfertigt, kaum je in Bezug auf Anpassungen zu Ungunsten der Versicherten. Wo eine derartige Herabsetzung vorgenommen wurde, betonte das Bundesgericht, es handle sich – angesichts des der früheren Praxis zugrunde liegenden sachfremden Kriteriums – um eine Ausnahmesituation, welche eine besondere Lösung erfordere. Zu Gunsten der Versicherten liess das Gericht demgegenüber in einzelnen Fällen eine Anpassung unter weniger strengen Voraussetzungen zu. Letztlich hat eine wertende Abwägung der betroffenen Interessen zu erfolgen.»

IX. Interessenabwägung bei unrechtmässig erlangten Beweismitteln

Im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren werden die Beweismittel durch das anwendbare Recht – die Bestimmungen des ATSG bzw. des VwVG – umfassend geordnet. Dabei regeln Art. 43a f. ATSG die Observation. Die letztgenannten Bestimmungen stehen seit 1. Oktober 2019 in

106 So Urteil des Bundesgerichts 8C_458/2021, E. 3.1, mit Hinweis auf BGE 138 V 258, E. 6, BGE 116 V 298 und die seitherige Rechtsprechung.

107 Vgl. dazu auch die Voraussetzungen, die bei BSK ATSG-FLÜCKIGER, Art. 53 N 60–77, genannt werden; das Vertrauensprinzip wird hier nicht genannt. Ebenso die Nennung der Voraussetzungen bei KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 53 N 58–68.

108 Dazu BGE 147 V 234, E. 5.2 S. 237 f.

Kraft.¹⁰⁹ Zuvor fehlte es in der Schweiz an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die Vornahme einer Observation. Deshalb stellte sich – in jener Phase – die Frage, wie mit trotzdem durchgeführten Observationen und den dabei gewonnenen Ergebnissen umzugehen war.

Die vom Bundesgericht für den Bereich des Sozialversicherungsrechts erarbeitete Auffassung geht davon aus, dass unrechtmässig erlangte Beweismittel grundsätzlich nicht berücksichtigt werden dürfen. Ihre Verwertung ist aber nach der Rechtsprechung nicht in jedem Fall ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Das Interesse der Versichertengemeinschaft daran, keine nicht geschuldeten Leistungen zu erbringen, wird dem Gewicht und Ausmass der Rechtsgüterverletzung bei der Beweisbeschaffung gegenüber gestellt.¹¹⁰ Das Bundesgericht bezieht sich etwa auf die unter Berücksichtigung der aufgrund des Alters der betreffenden Person hohen im Streit liegenden finanziellen Interessen der beteiligten Versicherungen und auf die dahinter stehende Versichertengemeinschaft.¹¹¹ Wenn also «Beweismaterial auf (grund)rechtswidrige Weise erlangt wurde, besteht (teilweise anders als im Strafrecht, aber ähnlich wie im Administrativsanktions- oder Dienstrechtes) kein absolutes Beweisverwertungsverbot. Ausnahmsweise kann das rechtswidrig erlangte Observationsergebnis verwertet werden, wenn es auch auf erlaubte Weise hätte gewonnen werden können und wenn das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse am Schutz der Persönlichkeit überwiegt.»¹¹²

Freilich hatte sich die Rechtsprechung letztlich so entwickelt, dass bei der an sich betonten Interessenabwägung durchwegs das öffentliche Interesse höher gewichtet wurde als das private Interesse.¹¹³ Dass das Bundesgericht eine ergebnisoffene Abwägung der beidseitigen Interessen vorgenommen hätte, wurde nicht erkennbar.

109 Zur Entstehungsgeschichte vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 43a N 1–6. Wichtig für die Entstehung der Normen war das Urteil des EGMR Vukota-Bojic gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016 (Application 61838/10).

110 Vgl. HAP Soziale Sicherheit-FLÜCKIGER, Rz 4.138.

111 In BGE 138 V 63, Urteil des Bundesgerichts 8C_195/2011, nicht publizierte E. 3.5. Vgl. zur Bedeutung der finanziellen Interessen allerdings auch die folgende Feststellung im Urteil des Bundesgerichts 8C_774/2018, E. 3.3: «Die Wahrung der verfassungsrechtlich geschützten Mitwirkungsrechte, die [...] ja auch die Anfechtbarkeit der Anordnung eines Gutachtens rechtfertigt, ist mit dem Beschwerdeführer höher zu gewichten als das weitgehend finanzielle Interesse der IV-Stelle an einer schnellen Abklärung der gesundheitlichen Situation.»

112 So HAP Soziale Sicherheit-TRAUB, Rz 5.154.

113 Kennzeichnend dafür die folgenden Ausführungen im Urteil des Bundesgerichts 8C_244/2019, E. 4.1: «Es trifft zwar zu, dass die Observation grundsätzlich rechtswidrig erfolgte (BGE 143 I 377 E. 4 S. 384). Indessen ist nach demselben Urteil das Beweismaterial, das im Rahmen einer rechtswidrig angeordneten Observation im öffentlich frei einsehbaren Raum gewonnen wurde, im Invalidenversicherungsverfahren gestützt auf eine Interessenabwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen verwertbar (BGE 143 I 377 E. 5.1.1 S. 385 f.). Dies gilt rechtsprechungsgemäss unabhängig von der Frage, ob die Observation objektiv geboten war oder nicht.»

X. Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen

Eine erhebliche Bedeutung hat die Interessenabwägung bei der Prüfung der Frage erhalten, ob im Gerichtsverfahren der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren bzw. vorsorgliche Massnahmen anzuordnen sind.

Freilich zeigen sich Teilbereiche, in denen eine Interessenabwägung letztlich nicht vorgenommen wird.¹¹⁴ Im Übrigen ist der Entzug des Suspensiveffekts in dessen die Ausnahme. Er muss aus einer Interessenabwägung resultieren und dabei auf klaren und überzeugenden Motiven beruhen.¹¹⁵

Die aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die in Frage stehende Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt, sondern gehemmt wird. Der tatsächliche und rechtliche Zustand soll insoweit einstweilen erhalten bleiben. Bei der aufschiebenden Wirkung soll wie bei allen vorsorglichen Massnahmen der durch den Endentscheid zu regelnde Zustand weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Für den Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung gelten die gleichen Kriterien wie für den Entscheid über deren Wiederherstellung. Dabei ist zu prüfen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene für eine aufschiebende Wirkung. Dabei steht der zuständigen Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung setzt immerhin überzeugende Gründe voraus. Dabei können die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen, sofern sie eindeutig sind.¹¹⁶

Was den zu berücksichtigenden irreparablen Nachteil betrifft, geht es mit Blick auf die versicherte Person darum, dass sie durch die plötzliche Einstellung der Leistungsgewährung aus dem finanziellen Gleichgewicht gebracht und zu kostspieligen oder sonst wie unzumutbaren Massnahmen gezwungen werden kann.¹¹⁷

Für die Sozialversicherung kann die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einen irreparablen Nachteil bewirken, wenn die Wiedereinbringlichkeit der allenfalls zu Unrecht bezogenen und deswegen zurückzuerstattenden Betreffnisse gefährdet ist.¹¹⁸ Die Sozialversicherung hat ein erhebliches Interesse daran, Rückerstattungsforderungen nach Möglichkeit zu vermeiden. Dem steht insoweit lediglich entgegen, dass die versicherte Person möglicherweise

114 Dazu BSK KVAG-DONAUER/KRÖGER/STAFFELBACH, Art. 38 N 11: «In der Interessenabwägung zwischen den Rechten der Krankenkasse als Durchführungsorgan des Bundes und den Interessen der Versicherten gehen die Interessen der Versicherten denjenigen der Durchführungsorgane des Bundes immer vor. So kann die Aufsichtsbehörde auch nach einem Bewilligungsentzug oder -verzicht sichernde Massnahmen anordnen, z.B. wenn der Versicherer seinen Abwicklungsplan nicht einhält und dadurch die Interessen der Versicherten auch nach diesem Zeitpunkt gefährdet.»

115 Dazu HAP Soziale Sicherheit-TRAUB, Rz 5.63.

116 BGE 117 V 185, E. 2b; BGE 105 V 266, E. 2.

117 BGE 119 V 484, E. 2b.

118 Vgl. BGE 124 V 82, E. 4.

während der Dauer des Gerichtsverfahrens Sozialhilfe in Anspruch nehmen muss, was nicht eindeutig schwerer wiegt als das Interesse der Sozialversicherung an einem sofortigen Vollzug der Verfügung; dies gilt jedenfalls so lange, als nicht mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass die versicherte Person im Hauptverfahren obsiegen wird.¹¹⁹

In einem konkreten Fall hat die Rechtsprechung den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels keine Bedeutung zugemessen, weil im konkreten Fall die Darstellung der massgebenden Verhältnisse und die gesamte Aktenlage nicht derart eindeutig waren, dass ihnen bereits im Rahmen der Anordnung der aufschlussreichen Wirkung Rechnung getragen werden konnte.¹²⁰ Ein als Kriterium verwendbares Obsiegen im Hauptverfahren kann also nur berücksichtigt werden, wenn dieser Verfahrensausgang mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist.¹²¹ Dass ein bestimmter Verfahrensausgang mit grosser Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, setzt regelmässig voraus, dass die Sachumstände und die rechtliche Würdigung in den wesentlichen Punkten klar und unbestritten sind. Verlangt ist mithin für die Annahme einer grossen Wahrscheinlichkeit des Obsiegens, dass in den massgebenden sachverhaltlichen und rechtlichen Aspekten entweder Übereinstimmung unter den Verfahrensbeteiligten oder dann eine weitgehend zweifelsfreie Einordnung der massgebenden Fragen besteht. Damit ein solcher Verfahrensausgang angenommen werden kann, braucht es mithin eine hohe richterliche Überzeugung eines bestimmten Verfahrensausgangs.

Im hier interessierenden Bereich nimmt die Rechtsprechung eine Interessenabwägung durchaus vor, und es fällt der Entscheid nicht regelmässig zulasten oder zugunsten des Versicherungsträgers bzw. der versicherten Person aus. Immerhin lässt sich feststellen, dass die Interessenabwägung in der Regel zugunsten der die Rente beziehenden Person ausfällt, wenn die Versicherungsträgerin ergänzende Abklärungen angeordnet hat, denn damit gibt sie zu erkennen, dass sie selbst den Sachverhalt noch nicht für hinreichend geklärt hält.¹²²

119 BGE 105 V 266, E. 3. Die zitierten Urteile und die entsprechenden Ausführungen sind entnommen aus BSK ATSG-MOSIMANN, Art 54 N 16–20. Bildhaft zur Interessenabwägung Urteil des Bundesgerichts 8C_49/2019, E. 3.1.

120 BGE 117 V 185, E. 2c/aa.

121 Dazu BGE 105 V 266, E. 3.

122 So BSK UVG-FLÜCKIGER, Art. 22 N 56, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts U 238/06, E. 3.2.

E. Ergebnisse

I. Bedeutung der Durchnormierung des Sozialversicherungsrechts

Das Sozialversicherungsrecht bildet Teil des öffentlichen Rechts. Dabei hat sich die Gesetzgeberin zu einer prinzipiellen Durchnormierung dieses Rechtsbereichs entschlossen. Bei der Gesetzgebung kann auf versicherungsrechtliche Grundprinzipien abgestellt werden. Dabei bleibt freilich die Tragweite der entsprechenden Grundprinzipien oft unklar und in der Regel gering. Es muss bei der Gesetzgebung zwischen unterschiedlichen und zuweilen widerstreitenden Grundprinzipien entschieden werden. Beispiel dafür bildet das Solidaritätsprinzip einerseits und das Versicherungsprinzip anderseits. Das Austarieren der Gesetzgebung folgt weniger den interessierenden Grundprinzipien und deren Gewichtung, sondern ist von politischen Gegebenheiten und dem Blick auf die Praktikabilität der Regelung geprägt.

Kennzeichnend für die sozialversicherungsrechtliche Gesetzgebung ist der gelegentliche Verzicht auf eine Regelung, wenn deren Ausgestaltung besonders umstritten ist. Es finden sich in der Rechtsetzung verschiedene Beispiele, bei denen die Festlegung der Entscheidungsgrundlage bestimmten Privaten oder der Sozialversicherungsträgerin überlassen wird. Dabei verzichtet die Gesetzgebung regelmäßig darauf, für die entsprechende Regelung eine bestimmte Interessenabwägung vorzugeben.

II. Interessenabwägung in der Rechtsetzung

Der vorliegende Beitrag untersucht die sozialversicherungsrechtliche Gesetzgebung auf die Frage hin, ob, inwieweit und mit welchen allfälligen Vorgaben die Schaffung von Rechtsgrundlagen Dritten überlassen wird.¹²³

Die Analyse zeigt, dass die Gesetzgebung bei besonders umstrittenen Fragen – etwa bei der Regelung der Vermittlungstätigkeit in der Krankenversicherung oder bei der Bestimmung der Methode in der krankenversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprüfung – auf eine Regelung verzichtet hat. Für die von Dritten aufzustellenden Regelung – in der Regel Verträge – hat die Gesetzgebung jeweils auf die Vorgabe einer bestimmten Interessenabwägung verzichtet. Werden die in der Folge geschaffenen (vertraglichen) Regelungen bzw. die gescheiterten Versuche der Schaffung einer solchen Regelung analysiert, zeigt sich, dass die Rechtsanwendung regelmäßig Schwierigkeiten aufwirft. Es bleibt die geschaffene Regelung umstritten (z.B. Bestimmung der Methode der Wirtschaftlichkeitsprüfung), unklar (z.B. Notstandsabkommen in der Unfall-

123 Dabei ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass der in der Rechtsetzung im Vordergrund stehende Entscheid, die weitergehende berufliche Vorsorge unter Vorgabe bestimmter Einschränkungen (dazu Art. 49 BVG) der reglementarischen Regelung zu überlassen, hier nicht weiter einbezogen wird. Ausführlich dazu KIESER/SANER, S. 349 ff.

versicherung) oder wenig umfassend (z.B. Regelung der Vermittlungstätigkeit in der Krankenversicherung). Die auf die Rechtsanwendung ausgerichtete Regelung der Vergleichsmöglichkeit hat keine praktische Bedeutung erlangt.

Mit diesem unbefriedigenden Ergebnis zeigt die Analyse, dass im Sozialversicherungsrecht dem Grundsatz der durchgehenden Normierung das Pramat zu kommen soll. Zudem ist mit Blick auf die sozialversicherungsrechtlichen Grundprinzipien notwendig, die Tragweite und die Bedeutung der entsprechenden Prinzipien zu schärfen¹²⁴ und in die Ausarbeitung von Normen klar und begründet einzubeziehen. Soweit widerstrebende Interessen bestehen, soll die entsprechende Gewichtung nachvollziehbar aufgezeigt werden.

III. Interessenabwägung in der Rechtsanwendung

Die überaus vielfältige und auch quantitativ bedeutsame sozialversicherungsrechtliche Rechtsanwendung bezieht sich in verschiedenen Bereichen auf eine Interessenabwägung. Dabei zeigt sich zunächst, dass Interessenabwägungen sowohl bei der Finanzierung und Leistungsgewährung wie auch im Verfahrensrecht erfolgen. Es lassen sich allerdings in den zunächst genannten Bereichen – der Finanzierung und der Leistungsgewährung – nur wenige Beispiele finden. Das Hauptanwendungsgebiet der Interessenabwägung bildet das Verfahrensrecht.

Soweit sich die Rechtsanwendung auf eine Interessenabwägung bezieht, geschieht dies in unterschiedlicher Transparenz und mit unterschiedlicher Begründungsdichte. Zuweilen wird ohne ersichtliche Begründung auf ein bestimmtes öffentliches Interesse – im konkreten Fall auf das Interesse «an der gleichmässigen Versicherungsfinanzierung» – Bezug genommen; in anderen Fällen – bei der Frage nach aufschiebender Wirkung und vorsorglicher Massnahme – werden die einander gegenüberstehenden Interessen bezeichnet und abgewogen. In einzelnen Bereichen – zum Beispiel beim Abstellen auf unrechtmässig erlangte Beweismittel (Observation) oder bei der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts im Rahmen einer Wiedererwägung – fällt die Interessenabwägung praktisch ausnahmslos zugunsten des einen Interesses (nämlich zugunsten des öffentlichen Interesses) aus. Eine Richtlinie oder eine allgemeine Vorgehensweise, ob und in welcher Form auf eine Interessenabwägung Bezug genommen wird, ist nicht erkennbar.

Wünschbar bleibt das Herausarbeiten von allgemeinen Kriterien, wie in der Rechtsanwendung die allfällige Interessenabwägung vorzunehmen ist. Dazu trägt bisher die Rechtsanwendung eher wenig bei, und es lässt sich auch der sozialversicherungsrechtlichen Literatur wenig entnehmen.¹²⁵

124 Dabei wird nicht übersehen, dass einzelne Prinzipien bereits grundlegend beleuchtet wurden; vgl. für Beispiele etwa DUPONT, S. 336 ff. (betreffend Solidarität) oder PÄRLI/FLÜCK, S. 374 ff. (betreffend Eigenverantwortung).

125 Vgl. allerdings etwa GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, *passim*.

Zusammenfassung

Im Sozialversicherungsrecht berücksichtigt die Rechtsetzung unterschiedliche Interessen. Dies erklärt sich daraus, dass in diesem Rechtsbereich einerseits Beiträge/Prämien zu entrichten sind und andererseits Leistungsansprüche bestehen. Die allgemeinen versicherungsrechtlichen Prinzipien – wie Solidaritätsprinzip oder Gegenseitigkeitsprinzip – erlauben einen schlüssigen Interessenausgleich. Die Rechtsetzung berücksichtigt diese Prinzipien indessen nicht immer in überzeugender Weise. Sie überlässt bei besonders strittigen Fragen die Regelung Dritten, ohne eine bestimmte Interessenabwägung vorzugeben. Bei der Rechtsanwendung hat die Interessenabwägung hauptsächlich im Verfahrensbereich einen hohen Stellenwert (aufschiebende Wirkung, vorsorgliche Massnahmen, Berücksichtigung von unrechtmässig erlangten Beweismitteln etc.). In Teilbereichen sind die Abwägungskriterien ersichtlich, während in anderen Bereichen die Abwägung eher summarisch oder nicht ergebnisoffen vorgenommen wird. Wünschbar wären Kriterien, um den Vorgang der Interessenabwägung schlüssig und nachvollziehbar vorzunehmen.

Résumé

En droit des assurances sociales, la législation tient compte d'intérêts différents. Cela s'explique par le fait que dans ce domaine juridique, d'une part, des cotisations/primes doivent être versées et, d'autre part, il existe des droits aux prestations. Les principes généraux du droit des assurances – tels que le principe de solidarité ou le principe de réciprocité – permettent de concilier les intérêts de manière concluante. La législation ne tient cependant pas toujours compte de ces principes de manière convaincante. Dans le cas de questions particulièrement controversées, elle laisse à des tiers le soin de régler la question, sans imposer une certaine pesée des intérêts.

Dans l'application du droit, la pesée des intérêts revêt une grande importance, principalement dans le domaine de la procédure (effet suspensif, mesures provisoires, prise en compte de preuves obtenues illégalement, etc.) Dans certains domaines, les critères de pondération sont visibles, alors que dans d'autres, la pondération est plutôt sommaire ou n'est pas ouverte aux résultats. Il serait souhaitable de disposer de critères permettant de procéder à la pesée des intérêts de manière concluante et compréhensible.

Abstract

In social insurance law, legislation takes different interests into account. This can be explained by the fact that in this area of law contributions/premiums have to be paid on the one hand and entitlements to payments or reimbursements exist on the other. The general principles of insurance law – such as the principle of solidarity or the principle of reciprocity – allow for a conclusive balance of interests. However, legislation does not always take these principles into account in a convincing manner. In the case of particularly controversial issues, it leaves the regulation to third parties without specifying a particular balance of interests.

In the application of the law, the balancing of interests is particularly important in the area of proceedings (suspensive effect, interim measures, consideration of unlawfully obtained evidence, etc.). In some areas, the weighing criteria are evident, while in other areas the weighing is rather summarised or not open-ended. It would be desirable to have criteria for weighing up interests in a coherent and comprehensible manner.

Literatur

BAER TURTÈ, Die Streiterledigung durch Vergleich im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, Szs 2002, S. 430 ff.

BLECHTA GABOR P./COLATRELLA PHILOMENA/RÜEDI HUBERT/STAFFELBACH DANIEL (Hrsg.), Krankenversicherungsgesetz/Krankenversicherungsaufsichtsgesetz (KVG/KVAG), Basler Kommentar, Basel 2020 (zit. BSK KVAG-BEARBEITER/IN)

CAVELTI ULRICH, Gütliche Verständigung vor Instanzen der Verwaltungsrechtspflege, AJP 1995, S. 175 ff.

CUPA RAPHAEL, Sport als Wagnis, HAVE 2016, S. 196 ff.

DAPPRICH GERHARD, Der Prozessvergleich im sozialgerichtlichen Verfahren, in: Die Sozialordnung der Gegenwart 1963, S. 79 ff.

DUPONT ANNE-SYLVIE, Le rôle de la solidarité pour le droit des assurances sociales, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan/Kieser Ueli (Hrsg.), Mehrspuriger Schadenausgleich, Zürich/St.Gallen 2022, S. 336 ff.

DUPONT ANNE-SYLVIE/MOSER-SZELESS MARGIT (Hrsg.), Loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA), Commentaire Romand, Basel 2018 (zit. CR LPGA-BEARBEITER/IN)

EHRENZELLER BERNHARD et al., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Kommentar)

EUGSTER GEBHARD, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Juristische Untersuchungen zum Durchschnittskostenvergleich im Rahmen von Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994, Diss. Zürich 2002, Bern/Stuttgart/Wien 2003

FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/LEUZINGER SUSANNE/PÄRLI KURT (Hrsg.), Unfallversicherungsgesetz (UVG), Basler Kommentar, Basel 2019 (zit. BSK UVG-BEARBEITER/IN)

FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/KLETT BARBARA/LEUZINGER SUSANNE (Hrsg.), Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Basler Kommentar, Basel 2020 (zit. BSK ATSG-BEARBEITER/IN)

GÄCHTER THOMAS, Funktion und Kriterien der Adäquanz im Sozialversicherungsrecht, Grundsätzliche Fragen an ein zentrales Konzept, in: Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich 2016, S. 13 ff. (zit. Funktion und Kriterien der Adäquanz)

GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts – Ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, Zürich 2005 (zit. Rechtsmissbrauch)

GÄCHTER THOMAS, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme, SZS 2018, S. 693 ff. (zit. Selbstverantwortung)

GRATWOHL PATRIZIA, Gilt die Screening-Methode als Beweismethode, Jusletter vom 14. März 2022

GUTH MICHELE, Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht, Diss. Zürich/Basel/Genf 2017

HÜRZELER MARC/KIESER UELI (Hrsg.), UVG, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht (KOSS), Bern 2018 (zit. BEARBEITER/in, in: Hürzeler/Kieser, KOSS UVG)

HÜRZELER MARC/STAUFFER HANS-ULRICH (Hrsg.), Berufliche Vorsorge, Basler Kommentar, Basel 2021 (zit. BSK Berufliche Vorsorge-BEARBEITER/IN)

JUNGHARDT ARMIN, Wirtschaftlichkeitsverfahren und Statistik, SÄZ 2022, S. 595 ff.

JUNOD VALERIE, Wirtschaftlichkeitsverfahren: endlich eine gute Nachricht, SÄZ 2011, S. 336 f.

- KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2020 (zit. ATSG-Kommentar)
- KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2017
- KIESER UELI, Praktikabilitätsüberlegungen aus der Sicht der Praxis, SZS 2009, S. 218 ff. (zit. Praktikabilitätsüberlegungen)
- KIESER UELI, Das Taggeld im Sozialversicherungsrecht – eine Tour d'horizon, HAVE 2023, S. 228 ff.
- KIESER UELI/SANER KASPAR, Die gesetzliche Ausgestaltung der beruflichen Vorsorge, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtsjahr, Bern 2010, S. 349 ff.
- LENDFERS MIRIAM, Der Vergleich im Sozialversicherungsrecht, in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2013, Zürich/St. Gallen 2013, S. 201 ff.
- MÄCHLER AUGUST, Bereiche für den Einsatz von Schiedsgerichten in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, ZSR/RDS Band 137 (2018) I, S. 401 ff.
- MEYER ULRICH (Hrsg.), Soziale Sicherheit/Sécurité sociale, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Bd. XIV, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. SBVR Soziale Sicherheit-BEARBEITER/IN)
- MÜLLER LUCIEN, Aufgedrängte Fürsorge, Paternalistisches Staatshandeln und die Bestimmung des eigenen Wohls, Zürich 2024
- MÜLLER PATRICK, Angepasster Vertrag im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung, SÄZ 2023, S. 32 f.
- MÜLLER PATRICK/KESSLER THOMAS, Erfahrungsaustausch zur neuen Screening-Methode im Bereich Wirtschaftlichkeitsprüfungen, SÄZ 2021, S. 73 ff.
- NADIG JÜRG/GÄHLER ERNST, Guidelines taugen nicht für Wirtschaftlichkeitsverfahren, SÄZ 2011, S. 1160 ff.
- PÄRLI KURT/FLÜCK NATHALIE, Verortung und Stellenwert der Eigenverantwortung im Sozialversicherungsrecht, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan/Kieser Ueli (Hrsg.), Mehrspuriger Schadenausgleich, Zürich/St.Gallen 2022, 374 ff.
- PETROV LARISA/HACK-LEONI SARAH, Methoden der Wirtschaftlichkeitskontrolle, Ein Überblick, Pflegerecht 2021, S. 161 ff.
- PICECCHI DARIO, Das Wirtschaftlichkeitsgebot im Krankenversicherungsrecht, Diss. Luzern 2021, Zürich/St. Gallen 2022 (zit. Wirtschaftlichkeitsgebot)

PICECCHI DARIO, Weiterentwicklung der statistischen Wirtschaftlichkeitskontrolle, in: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2024, Zürich/St.Gallen 2024, S. 199 ff. (zit. Wirtschaftlichkeitskontrolle)

PLATZ ERNST, Der Vergleich im schweizerischen Recht, Diss. Zürich/St. Gallen 2014

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung: Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadenminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Freiburg 1999

ROBERTO VITO/GRECHENIG KRISTOFFEL, Zurechnungsprobleme im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht: Die Rolle der Adäquanz, Personen-Schaden-Forum 2009, Zürich 2009, S. 55 ff.

ROMANENS MICHEL, Wirtschaftlichkeitsverfahren, die keine sind: rechtliches Gutachten im Licht unabhängiger Statistiken, SÄZ 2011, S. 338 ff.

ROMANENS MICHEL/ACKERMANN/HOFMEIER BERNHARD/RAMSTEIN CHRISTOPH, Eine Moratoriumsforderung für die ANOVA-Methode, Krankenkassen, santésuisse und Wirtschaftlichkeitsverfahren, die keine sind ..., SÄZ 2009, S. 49 ff.

ROMANENS MICHEL/KURTH FLAVIAN/WARMUTH WALTER, Gefährliche Fehlernkung durch Wirtschaftlichkeitsverfahren, SÄZ 2018, S. 324 ff.

SCHÜTZ ANDREA, Strategien gegen unzulässige Methoden von Krankenversicherern, SÄZ 2021, S. 789 ff.

SCHWEIZER SAMUEL/TRÜMPFER RALPH/WERDER GREGORI, Wild West bei Wirtschaftlichkeitsverfahren?, SÄZ 2017, S. 382 ff.

STEIGER-SACKMANN SABINE/MOSIMANN HANS-JAKOB (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Handbücher für die Anwaltspraxis (HAP), Basel 2014 (zit. HAP Soziale Sicherheit-BEARBEITER/IN)

WEHRLI MONIKA, Selbsteingliederung durch medizinische Behandlungen in der Invalidenversicherung, Zumutbarkeit – Leistungskürzung – Grundrechte, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015

WERDER GREGORI, Religionsfreiheit in der Schule als Interessenkonflikt: Vorschlag einer strukturierten Methode des Interessenausgleichs, Diss. Zürich 2018