

**Dr. iur. Urs Heinrich Schlegel**

# **Ökonomische Grenzen staatlicher Leistungen**

**Eine systematische und praktische Analyse,  
dargestellt am Beispiel des Gesundheitsrechts**



# Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>Einleitende Worte</b>	<b>1</b>
1.	Die Auslöser	1
2.	Ein alternativer Ansatz	6
3.	Die Annahme von Begrenzungen bei Leistungen	11
4.	Die Budget-Restriktion und die Rechtsgleichheit	14
5.	Die Zielsetzung	15
<b>B.</b>	<b>Recht und Wirtschaft im systemischen Zusammenwirken</b>	<b>19</b>
1.	Kritik an der wirtschaftlichen Optimierung des Rechts	19
a)	Übersicht	19
b)	Der Vorwurf einer Reduktion auf eine utilitaristische Sicht	19
c)	Der Einwand fehlender Gerechtigkeit	22
d)	Der Widerspruch zur wirtschaftlichen Verfügungsfreiheit	24
2.	Recht und Wirtschaft als soziale Systeme	25
a)	Der Systembegriff nach N. Luhmann	25
b)	Ein Vergleich mit dem Systembegriff von H. Ulrich	29
c)	Die Komplexität als gemeinsames Charakteristikum	30
d)	Die Zweck- und Zielorientierung als Systemcharakteristikum	32
e)	Die Dynamik als Charakteristikum	33
3.	Faktische Ausrichtung des Rechtssystems	34
a)	Einordnungen der Umwelt in das eigene System	34
b)	Die normativen Grenzen faktischer Ausrichtung	37
c)	Die Spielräume normativer Prinzipien	40
4.	Strukturelle Probleme bei der Anknüpfung an die Fakten	42
a)	Die Verzerrung der Wahrnehmung	42
b)	Kommunikationsprobleme	44
c)	Der Bezug des Rechts auf reale Gesetzmässigkeiten	46
d)	Unbestimmte kausale Zusammenhänge	47
e)	Faktische Grenzen der Verhaltenssteuerung	50

5.	Beschreibung eines idealen Zusammenwirkens der Systeme Recht und Wirtschaft	53
a)	Die Auswirkungen der Differenzen in den Operationen	53
b)	Die Erwartungssicherheit bei Ereignissen des anderen Systems	55
c)	Der Umgang mit externen Operationen	58
d)	Zwei unterschiedliche Geschwindigkeiten	60
e)	Zwischenergebnis zum Zusammenwirken der Systeme	62
<b>C.</b>	<b>Die Systemische Analyse der Optimierung</b>	<b>64</b>
1.	Die realen Spielräume von Wirtschaftlichkeitskriterien	64
2.	Strukturelle Probleme der Optimierung von Leistungen	68
3.	Die zusätzliche Komplexität bei Leistungen im Gesundheitsrecht	73
4.	Der Umgang mit Rückkopplungen des anderen Systems	76
5.	Folgerungen für die Ausgestaltung einer Optimierung in der Leistungsverwaltung	78
6.	Zwischenergebnis zur Einbindung der Wirtschaftlichkeit in den Systemaustausch	79
<b>D.</b>	<b>Die Wirtschaftlichkeit bei Leistungsnormen</b>	<b>81</b>
1.	Die Wirtschaftlichkeit beim Schutz von Leben und Gesundheit	81
a)	Einführung	81
b)	Die Pflicht zum Schutz gegenüber spezifischen Risiken	86
c)	Der Schutz von Leben und Gesundheit als wirtschaftliche Unterstützungspflicht	90
d)	Das Verbot einer Abwägung mit den absolut geschützten Gütern	92
e)	Der unvollkommene Schutz vor Eingriffen im Schadensfall	94
f)	Die Relativierung aufgrund begrenzter staatlicher Leistungsfähigkeit	96
2.	Normierungen zur Wirtschaftlichkeit	99
a)	Auf der Suche nach einem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsprinzip	99
b)	Die Wirtschaftlichkeit im KVG	103
	I. Die Suche nach einem Wirtschaftlichkeitsbegriff im KVG	103
	II. Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit	107
	III. Das wirtschaftliche Handeln von Leistungserbringern	110
	IV. Rationierungen	112
	V. Globalbudgets	113

VI.	Beschränkungen des Angebots durch Spitalplanung und Ärztestopp	115
VII.	Listenpreise nach APV und TQV	117
VIII.	Standardisierung von Dienstleistungen	121
IX.	Fazit	124
3.	Die Verhältnismässigkeit als allgemeines Wirtschaftlichkeitskriterium	125
a)	Die Ursprünge des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes	125
b)	Die Verhältnismässigkeit als Ansatz zur Lösung von Zielkonflikten	127
c)	Die Einordnung in der Leistungsverwaltung	128
d)	Die Begrenzung von Leistungen nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz	133
e)	Die rechtsgleiche Verteilung als Massstab einer Begrenzung von Leistungen	136
4.	Rechtsanwendungsermessen	138
a)	Das Anwendungsermessen und die Verhältnismässigkeit	138
b)	Die real angepasste Kognition	140
c)	Die einzelfallbezogene Anwendung von ökonomischen Gesichtspunkten	142
5.	Fazit	142
<b>E.</b>	<b>Parallele Optimierungen beider Systeme</b>	<b>145</b>
1.	Struktur	145
2.	Die Statuierung dezentraler, transferierbarer Verfügungsrechte	147
a)	Die ökonomische Begründung	147
b)	Der normative Schutz von Verfügungsrechten	148
c)	Der Nutzen minimaler Ausstattung	150
3.	Rationale Entscheidungsträger	152
4.	Die Adaption von Entscheidungen im anderen System	154
5.	Einbezug des anderen Systems	156
6.	Vier Arten der Optimierung eines Regulierungsmasses	159
<b>F.</b>	<b>Leitlinien der Optimierung</b>	<b>162</b>
1.	Eine Optimierung nach gesamtgesellschaftlichen Zielen	162
2.	Lokale und globale Optimierungen	162
3.	Die möglichen Kriterien einer dezentralen Optimierung	165
a)	Das Pareto-Kriterium	165
b)	Das Kaldor-Hicks-Kriterium und die Gesamtvermögensmaximierung	168
c)	Die Grenzen der dezentralen Optimierung	170

4.	Die administrativen Kosten bzw. Transaktionskosten	172
a)	Einführung	172
b)	Die Vermeidung von administrativen Kosten	173
5.	Die Berücksichtigung externer Effekte	175
a)	Systemtheoretische Einordnung externer Effekte	175
b)	Die inhaltliche Gliederung von externen Effekten	178
c)	Wo positive externe Effekte wirtschaftlich sinnvoll sein können	180
d)	Wo positive externe Effekte einen wirtschaftlichen Schaden bewirken können	182
e)	Ansätze zur Minimierung externer Effekte	184
	I.    Autoritative versus private Massnahmen: Coase vs. Pigou	184
	II.   Coase, Buchanan und Popper	187
	III.  Ein pragmatischer Standpunkt	188
6.	Optimierungsleitlinien aus systemtheoretischer Sicht	192
a)	Eine Gesamtausrichtung auf Ziele bzw. Werte	192
b)	Optimierung durch eine auf Nutzen und Kosten bezogene Anknüpfung	196
c)	Der Einbezug der Kostenstruktur	197
d)	Der Einbezug der Probleme von Nutzenbewertungen	199
	I.    Die Dimensionen der Unbestimmtheit bei Bewertungen	199
	II.   Die Grenzen der Abwägung von Geld mit Gesundheit und Leben	202
	III.  Der Wert der Freiheit	203
7.	Zur Struktur der Optimierungen	205
a)	Eine Übersicht über die involvierten Kausalzusammenhänge	205
b)	Modellierung	208
	I.    Die Annahmen	208
	II.   Die Regel von L. Hand zur Optimierung von Regeln bei administrativen Kosten	210
	III.  Die Abwägung des Nutzens mit den Transaktionskosten bei positiven und negativen externen Effekten	214
	IV.   Der Einbezug des Versicherungsnutzens und der sekundären Kosten	216
	V.    Probleme der Umsetzung: Asymmetrische Informationen und moral hazard	217
	VI.   Die Einbettung von moral hazard in die Analyse	218
	VII.  Der Einbezug von Sanktionen an dezentrale Entscheidungsträger	220
	VIII. Der Vorbehalt zu Gunsten von globalen Optima	222
c)	Eine Übersicht der Optimierungssituationen	222
d)	Das Zusammenwirken mit der normativen Ebene	224

8.	Vorschlag einer systemübergreifenden Gliederung der Kriterien der Verhältnismässigkeit	226
a)	Der Ansatz	226
b)	Die Eignung als kausale Relevanz im Hinblick auf einen Zweck	228
c)	Die Erforderlichkeit als Effizienz einer Massnahme	232
d)	Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne als Vergleich der Wirkungen von kausalen Einflüssen	235
e)	Fazit	238
<b>G.</b>	<b>Die Optimierung der Anknüpfung an Kausalzusammenhänge</b>	<b>239</b>
1.	Normative Möglichkeiten gegenüber Komplexität	239
2.	Die Struktur der Anknüpfung an dezentrale Verursachungsketten	242
a)	Die optimale Anknüpfung an innere und/oder äussere Tatsachen	242
b)	Die Anknüpfung an die Ursachen (die inneren Fakten)	245
	I. Die Problematik dieser Anknüpfung	245
	II. Die Steuerbarkeit von zweckwidriger Aktivität	247
	III. Der optimale Umgang mit positiven bzw. negativen externen Effekten	249
	IV. Fälle optimaler Anknüpfung an inneren Tatsachen trotz positiven externen Effekten	249
c)	Die Anknüpfung an Wirkungen	251
	I. Die Problematik der Wirkungsanknüpfung	251
	II. Die Steuerbarkeit der Anknüpfung an Wirkungen	254
	aa) Das Problem	254
	bb) Lösungsvorschläge in der Lehre	258
	cc) Fazit	260
3.	Die Optimierung von administrativen Kosten durch eine kombinierte Anknüpfung im Einzelnen	262
a)	Einführung	262
b)	Die Kombination ursächlich nicht auflösbarer Wirkungen mit einem objektivierten Verschulden	265
c)	Die optimale Höhe der objektivierten Anknüpfung an innere Tatsachen	267
4.	Die Grenzen einer Optimierung nach Wahrscheinlichkeiten	271
5.	Normative Ansätze der Anpassung an die faktische Komplexität	273
a)	Die Senkung des Beweismasses	273
	I. Das reduzierte Regelbeweismass im Allgemeinen	273
	II. Reduzierte Beweisforderungen im Privatversicherungsrecht	274

	III. Reduzierte Beweisanforderungen bei bestimmten nicht objektiv nachweisbaren Beschwerdebildern	276
b)	Die Umkehr der Beweislast	277
	I. Die Anpassung an asymmetrische Information	277
	II. Die Rechte- und Informationsverteilung als bestimmende Tatsachen für ein Optimum	278
<b>H.</b>	<b>Die Integration zweckwidriger Handlungen</b>	<b>280</b>
1.	Der Entstehungsgrund zweckwidriger Handlungen	280
a)	Die fachliche Komplexität	280
b)	Nicht falsifizierbare Regeln	281
c)	Informationsasymmetrien und principal-agent-Beziehungen	281
2.	Eine Charakterisierung des zweckwidrigen Kreislaufs	285
3.	Die erste Konsequenz für die Optimierung: Eine faktenbezogene Anknüpfung	287
4.	Die Beschwerden ohne objektiv nachweisbare Ursache und Wirkung als Beispiel	290
a)	Die historische Entwicklung	290
b)	Die Änderung der Rechtsprechung mit BGE 141 V 281	292
c)	Die Fokussierung auf die Alternativursache in BGE 141 V 281	295
d)	Leitlinien der bundesgerichtlichen Ursachenanalyse	297
e)	Das Ausdehnen der Grenzen faktischer Erkenntnis zum Ausschluss von moral hazard	298
f)	Kritik und Empfehlungen	299
5.	Gesetzliche Bestimmungen zur Abwehr von moral hazard	303
a)	Steuerungen durch bessere Untersuchungen	303
	I. Die Charakterisierung der üblichen Abklärung	303
	II. Abklärungen durch Observationen	305
	III. Die nochmalige Überprüfung von medizinischen Fakten	306
b)	Die Steuerung durch spezifische Sanktionen	307
	I. Durch Sanktionen des Strafrechts	307
	II. Gegenüber Leistungsbezügern	309
	III. Gegenüber Leistungserbringern	312
6.	Zwischenergebnis zum Ausschluss von moral hazard im Gesundheitsrecht	313

7.	Optima bei moral hazard	316
a)	Die Modellierung	316
	I. Die Struktur des subjektiven Nutzens und der Kosten	316
	II. Die Abbildung der unberechtigten Vorteile des Leistungsempfängers	317
	III. Die Optimierung der Leistungshöhe bei einem Anteil von moral hazard	318
b)	Die Optimierung nach der Sanktionshöhe (Busse)	319
	I. Die Relation von Aufklärungswahrscheinlichkeit und Busse	319
	II. Bei drohendem Entzug der Grundleistung	321
	III. Hohe Bussen zur Neutralisierung von geringen Wahrscheinlichkeiten	321
	IV. Die Relation von Bussen und Aufklärungsquote unter Einbezug des zweckwidrigen Handelns	323
c)	Die Optimierung durch Aufklärung	325
	I. Die Optimierung der Eingriffshöhe	325
	II. Kombinationen von Anknüpfungen zur Verminderung von Transaktionskosten	326
d)	Unvermeidbare Werturteile bei geringer Nachvollziehbarkeit	328
e)	Fazit	329
8.	Der Einfluss von moral hazard auf Sozialversicherungen	330
a)	Einführung	330
b)	Die teilweise fehlende Anknüpfung an die Ursachen bei Sozialversicherungen	331
c)	Die ökonomische Begründung durch geringere Transaktionskosten	332
9.	Fazit	333
<b>I.</b>	<b>Die globale Optimierung bei unabhängigen Wirkungszusammenhängen</b>	<b>337</b>
1.	Die systematische Einordnung	337
a)	Die Schadensvermeidungspflicht als Beispiel einer globalen Optimierung	337
b)	Der Einbezug von Vermeidungszusammenhängen	339
c)	Die Relativierung der Wertbasis des Hauptzusammenhanges	341
d)	Verschiedene Arten von Abwägungen als Folge	343
2.	Die Schadensvermeidungspflicht im Systemaustausch	344
a)	Spielräume regulativer Ansätze	344
b)	Die Struktur einer Optimierung	346
c)	Die Schadensminderungspflicht bei Schäden mit unsicherer Kausalität	348



<b>J.</b>	<b>Geduldetes strategisches Verhalten</b>	<b>349</b>
1.	Die grundsätzliche Zulassung von privaten Entscheidungsspielräumen trotz teilweise eventuell nicht nichtkooperativen Strategien	349
2.	Wenn gegensätzliche Strategien zu einem Gesamtoptimum führen	351
3.	Nash-Gleichgewichte mit Preisdifferenzierung	354
4.	Nash-Gleichgewichte ohne Anreiz zu Verhandlungen	356
5.	Der «hard case» in Sachen Myozyme	358
a)	Systematische Fallanalyse	358
b)	Vorschlag der Anwendung der vierstufigen Wirtschaftlichkeitsbestimmung	362
6.	Fazit	369
<b>K.</b>	<b>Schlussbetrachtung</b>	<b>372</b>
1.	Resultate der systemorientierten Analyse	372
2.	Die Auswirkung auf eine parallele Struktur von Optimierungskriterien	373
3.	Das Resultat der bewussteren Wertungen bei Optimierungen	375
4.	Der Vorschlag eines Rasters zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit	376
	<b>Mathematischer Anhang</b>	<b>378</b>
1.	Die Definitionen der Variablen	378
2.	Die Darstellung der Optimierungen	379
a)	Makroökonomischer Zusammenhang	379
b)	Mikroökonomische Betrachtung	380