

Gutachten

erstattet dem

Verein Ethik und Medizin in der Schweiz

zu Fragen der Datenhoheit in der schweizerischen
Krankenversicherung bei der
Wirtschaftlichkeitsprüfung

von

Ueli Kieser, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich/St.
Gallen

Inhalt

1	Auftrag	3
2	Fragestellung.....	3
3	Vorbemerkung.....	3
4	Zu den verwendeten Begriffen und zur rechtlichen Grundlage.....	3
4.1	Vorbemerkung	3
4.2	Art. 84 KVG: Bearbeiten von Personendaten.....	4
4.3	Art. 84a KVG: Bekanntgabe von Personendaten.....	4
4.4	Art. 23 KVG.....	5
4.5	Art. 59a KVG.....	6
4.6	Art. 35 KVAG: Aufsicht	6
4.6.1	Ausgangspunkt	6
4.6.2	Auslegung von Art. 35 Abs. 1 KVAG	7
4.6.3	Auslegung von Art. 35 Abs. 2 KVAG	8
4.6.4	Ergebnis für das Verständnis von Art. 35 Abs. 1 KVAG.....	9
4.6.5	Ergebnis für das Verständnis von Art. 35 Abs. 2 KVAG.....	9
4.7	Einordnung von Art. 28 KVV.....	10
4.8	Art. 76 KVV	10
5	Zwischenergebnis	11
6	Rechtsentwicklung ab 1. August 2016.....	12
6.1	Änderungen der Krankenversicherungsverordnung.....	12
6.1.1	Einordnung	12
6.1.2	Art. 28 Abs. 5 KVV.....	12
6.1.3	Art. 30 KVV Daten der Leistungserbringer	12
6.1.4	Art. 30a KVV Erhebung und Bearbeitung der Daten der Leistungserbringer	13
6.1.5	Art. 30b KVV Weitergabe der Daten der Leistungserbringer	13
6.1.6	Art. 30c KVV Bearbeitungsreglement.....	14
6.1.7	Art. 31 KVV Veröffentlichung der Daten der Leistungserbringer.....	14
6.1.8	Art. 31a KVV Sicherheit und Aufbewahrung der Daten.....	15
6.2	Einordnung der Änderungen	15
7	Festlegung der Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit.....	16
8	Zusammenfassende Beantwortung der Fragen.....	17
9	Literatur	18

1 Auftrag

Am 10. April 2016 wurde der Unterzeichnende angefragt, ob er in der Lage sei, zu Fragen der Datenhoheit in der schweizerischen Krankenversicherung ein Gutachten zu verfassen, wobei sich Fragen im Zusammenhang mit der Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Behandlung stellen. Die prinzipielle Bereitschaft zur Erstattung des Gutachtens wurde in der Folge erklärt, worauf am 4. Mai 2016 der entsprechende Auftrag erteilt wurde.

2 Fragestellung

Im Gutachten sind folgende Fragen zu beantworten:

1. Wer hat die Datenhoheit über die Informationen aus der Rechnungsstellung OKP?
2. Kann das Bundesamt für Statistik die OKP Datenbanken der Versicherer ohne weitere Begründung auf der Individualebene einfordern?
3. Kann das Bundesamt für Statistik subsidiär für die Versicherer die Methode der WZW-Prüfung festlegen und selber durchführen, wenn der Bundesrat den entsprechenden Auftrag erteilen würde?
4. Insbesondere: "Leistungserbringer und Versicherer legen vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit fest." Bedeutet dies, dass sozusagen exklusiv nur Leistungserbringer und Versicherer gemeinsam die Methode festlegen dürfen? Ist überhaupt gesetzlich festgelegt, dass die Versicherer die Prüfungen selber durchführen sollen, oder wurde nur festgelegt, dass diese die Methode festlegen sollen? Wäre also denkbar, dass mit der festgelegten Methode nicht Versicherer, sondern das BFS die Resultate der Prüfungen generieren könnten, z.B. anhand der Daten der einzelnen Krankenversicherer?

3 Vorbemerkung

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

4 Zu den verwendeten Begriffen und zur rechtlichen Grundlage

4.1 Vorbemerkung

Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich auf diejenigen Aspekte, welche im Zusammenhang mit der im vorliegenden Gutachten zu bearbeitenden Problematik von Bedeutung sind bzw. sein können. Es wird also insbesondere nicht eine umfassende datenschutzrechtliche Analyse vorgenommen werden können. Es wird im vorliegenden Rahmen auch nicht thematisiert, ob eine bestimmte Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Behandlung überzeugend ist oder nicht.

Soweit nachfolgend Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen wörtlich wiedergegeben werden, erfolgt dies in *kursiver Schrift*.

4.2 Art. 84 KVG: Bearbeiten von Personendaten

Art. 84 KVG legt bezogen auf das Bearbeiten von Personendaten folgendes fest:

Die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes oder des KVAG betrauten Organe sind befugt, die Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Daten und Persönlichkeitsprofile, zu bearbeiten oder bearbeiten zu lassen, die sie benötigen, um die ihnen nach diesem Gesetz oder nach dem KVAG übertragenen Aufgaben zu erfüllen (...).

4.3 Art. 84a KVG: Bekanntgabe von Personendaten

Art. 84a KVG bezieht sich auf die Datenbekanntgabe. Die Bestimmung regelt, unter welchen Voraussetzungen Daten bekannt gegeben werden dürfen und legt folgendes fest:

1 Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, dürfen Organe, die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes oder des KVAG betraut sind, Daten in Abweichung von Artikel 33 ATSG bekannt geben:

a. anderen mit der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes oder des KVAG betrauten Organen, wenn die Daten für die Erfüllung der ihnen nach diesem Gesetz oder dem KVAG übertragenen Aufgaben erforderlich sind;

b. Organen einer anderen Sozialversicherung, wenn sich in Abweichung von Artikel 32 Absatz 2 ATSG eine Pflicht zur Bekanntgabe aus einem Bundesgesetz ergibt;

b^{bis}. Organen einer anderen Sozialversicherung für die Zuweisung oder Verifizierung der Versichertennummer der AHV;

c. den für die Quellensteuer zuständigen Behörden, nach den Artikeln 88 und 100 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer sowie den entsprechenden kantonalen Bestimmungen;

d. den Organen der Bundesstatistik, nach dem Bundesstatistikgesetz vom 9. Oktober 1992;

e. Stellen, die mit der Führung von Statistiken zur Durchführung dieses Gesetzes betraut sind, wenn die Daten für die Erfüllung dieser Aufgabe erforderlich sind und die Anonymität der Versicherten gewahrt bleibt;

f. den zuständigen kantonalen Behörden, wenn es sich um Daten nach Artikel 22a handelt und diese für die Planung der Spitäler und Pflegeheime sowie für die Beurteilung der Tarife erforderlich sind;

g. den Strafuntersuchungsbehörden, wenn die Anzeige oder die Abwendung eines Verbrechens die Datenbekanntgabe erfordert;

g^{bis}. dem Nachrichtendienst des Bundes (NDB) oder den Sicherheitsorganen der Kantone zuhanden des NDB, wenn die Voraussetzungen von Artikel 13a des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) erfüllt sind;

h. im Einzelfall und auf schriftlich begründetes Gesuch hin:

1. Sozialhilfebehörden, wenn die Daten für die Festsetzung, Änderung oder Rückforderung von Leistungen beziehungsweise für die Verhinderung ungerechtfertigter Bezüge erforderlich sind,

2. Zivilgerichten, wenn die Daten für die Beurteilung eines familien- oder erbrechtlichen Streitfalles erforderlich sind,

3. Strafgerichten und Strafuntersuchungsbehörden, wenn die Daten für die Abklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens erforderlich sind,

4. Betreuungsamtern, nach den Artikeln 91, 163 und 222 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreuung und Konkurs,

5. den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nach Artikel 448 Absatz 4 ZGB,

6. dem NDB oder den Sicherheitsorganen der Kantone zuhanden des NDB, wenn die Voraussetzungen von Artikel 13a BWIS erfüllt sind.

3 Daten, die von allgemeinem Interesse sind und sich auf die Anwendung dieses Gesetzes beziehen, dürfen in Abweichung von Artikel 33 ATSG veröffentlicht werden. Die Anonymität der Versicherten muss gewahrt bleiben.

4 Die Versicherer sind in Abweichung von Artikel 33 ATSG befugt, den Sozialhilfebehörden oder anderen für Zahlungsausstände der Versicherten zuständigen kantonalen Stellen die erforderlichen Daten bekannt zu geben, wenn Versicherte fällige Prämien oder Kostenbeteiligungen nach erfolgloser Mahnung nicht bezahlen.

5 In den übrigen Fällen dürfen Daten in Abweichung von Artikel 33 ATSG an Dritte wie folgt bekannt gegeben werden:

a. nicht personenbezogene Daten, sofern die Bekanntgabe einem überwiegenden Interesse entspricht;

b. Personendaten, sofern die betroffene Person im Einzelfall schriftlich eingewilligt hat oder, wenn das Einholen der Einwilligung nicht möglich ist, diese nach den Umständen als im Interesse der versicherten Person vorausgesetzt werden darf.

6 Es dürfen nur die Daten bekannt gegeben werden, welche für den in Frage stehenden Zweck erforderlich sind.

7 Der Bundesrat regelt die Modalitäten der Bekanntgabe und die Information der betroffenen Person.

8 Die Daten werden in der Regel schriftlich und kostenlos bekannt gegeben. Der Bundesrat kann die Erhebung einer Gebühr vorsehen, wenn besonders aufwendige Arbeiten erforderlich sind.

Was die in Art. 84a Abs. 7 KVG festgelegte Informationspflicht betrifft, legt die Krankenversicherungsverordnung (KVV) folgendes fest:

4. Abschnitt: Informationspflicht der Versicherer

Art. 120 VV

Die Versicherten sind über die Bekanntgabe von Daten (Art. 84a KVG) und über geleistete Verwaltungshilfe (Art. 32 Abs. 2 ATSG und Art. 82 KVG) zu informieren.

4.4 Art. 23 KVG

Art. 23 KVG bezieht sich auf Aufgaben des Bundesamtes für Statistik. Nach Abs. 1 der Bestimmung erarbeitet das Bundesamt für Statistik „die notwendigen statistischen Grundlagen zur Beurteilung von Funktions- und Wirkungsweise dieses Gesetzes. Es erhebt zu diesem Zweck bei den Versicherten, den Leistungserbringern und der Bevölkerung die notwendigen Daten.“ Diese Bestimmung erlaubt dem Bundesamt für Statistik mit Blick auf einen spezifischen Zweck – Beurteilung der Funktions- und Wirkungsweise des Gesetzes – Daten zu erheben. Die kontinuierliche Kontrolle der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung dürfte nicht unter diese Bestimmung fallen. Denn die Wirtschaftlichkeitskontrolle dient der Sicherung der gesetzmässigen Versicherungsdurchführung

und zielt insoweit nicht darauf ab, die Funktions- und Wirkungsweise des Gesetzes zu ermitteln.

4.5 Art. 59a KVG

Art. 59a KVG (in Kraft seit 1. Januar 2016) trägt den Randtitel „Daten der Leistungserbringer“ und hat folgenden Wortlaut:

1 Die Leistungserbringer sind verpflichtet, den zuständigen Bundesbehörden die Daten bekannt zu geben, die benötigt werden, um die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes über die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen zu überwachen. Namentlich sind folgende Angaben zu machen:

- a. Art der ausgeübten Tätigkeit, Einrichtung und Ausstattung sowie Rechtsform;*
- b. Anzahl und Struktur der Beschäftigten und der Ausbildungsplätze;*
- c. Anzahl und Struktur der Patientinnen und Patienten in anonymisierter Form;*
- d. Art, Umfang und Kosten der erbrachten Leistungen;*
- e. Aufwand, Ertrag und finanzielles Betriebsergebnis;*
- f. medizinische Qualitätsindikatoren.*

2 Die befragten natürlichen und juristischen Personen sind zur Auskunft verpflichtet. Die Angaben sind kostenlos zur Verfügung zu stellen.

3 Die Angaben werden vom Bundesamt für Statistik erhoben. Es stellt die Angaben nach Absatz 1 zur Durchführung dieses Gesetzes dem Bundesamt für Gesundheit, dem Preisüberwacher, dem Bundesamt für Justiz, den Kantonen und Versicherern sowie den in Artikel 84a aufgeführten Organen je Leistungserbringer zur Verfügung. Die Daten werden veröffentlicht.

4 Der Bundesrat erlässt nähere Vorschriften zur Erhebung, Bearbeitung, Weitergabe und Veröffentlichung der Daten unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

4.6 Art. 35 KVAG: Aufsicht

4.6.1 Ausgangspunkt

Art. 35 KVAG trägt den Randtitel „Auskunfts- und Meldepflicht“. Hier wird festgelegt, in welchem Umfang die beaufsichtigten Unternehmen verpflichtet sind, Auskünfte zu geben und Meldungen vorzunehmen.

In der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft zum KVAG wird festgehalten, dass sich Art. 35 KVAG weitgehend an Art. 21 Abs. 3 und Abs. 4 KVG orientiert; es geht nach den bundesrätlichen Erläuterungen um „den Informationsfluss von den beaufsichtigten Unternehmen zur Aufsichtsbehörde“.¹ Wird Art. 35 KVAG analysiert, wird offenbar, dass diese Bestimmung sich einerseits auf die Aufsicht bezieht (nämlich in Art. 35 Abs. 1 KVAG); andererseits wird in Abs. 2 ein anders gefasster Bereich geregelt.

Zu Abs. 1 wird vom Bundesrat festgehalten, dass die „Auskunftspflicht (...) der eigentliche Dreh- und Angelpunkt einer Aufsichtstätigkeit“ ist; die beaufsichtigten Unternehmen müssen „die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung (...) stellen, die zur Aufsicht über die soziale Krankenversicherung notwendig sind“. Ferner wird in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft festgehalten, dass im Rahmen der Aufsichtstätigkeit – neben dem

¹ So BBl 2012 1978.

Geschäftsbericht – insbesondere „ergänzende Informationen zugunsten der Aufsichtsbehörde (z.B. zusätzliche Informationen zu den Jahresrechnungen)“ zu übermitteln sind.²

Von besonderem Interesse sind die bundesrätlichen Erläuterungen zu Art. 35 Abs. 2 KVAG. Hier wird Folgendes ausgeführt:

„Die Bestimmung beinhaltet die Pflicht der beaufsichtigten Unternehmen, gegenüber der Aufsichtsbehörde alle Angaben zu machen, die im Rahmen der Versicherungstätigkeit anfallen. Es geht dabei nicht um Angaben im Rahmen der Überwachung der Tätigkeit der Aufsichtsbehörde im Sinn des Auftrags wie in Absatz 1. Absatz 2 verpflichtet die beaufsichtigten Unternehmen vielmehr dazu, der Aufsichtsbehörde die notwendigen Daten zukommen zu lassen, um die Umsetzung der Vorgaben des KVG und dieses Gesetzes zu gewährleisten. Die Krankenkassen müssen der Aufsichtsbehörde jährlich automatisch und unaufgefordert die notwendigen Informationen zustellen. Die Aufsichtsbehörde ihrerseits ist befugt, mehrmals jährlich Angaben einzufordern.“³

4.6.2 Auslegung von Art. 35 Abs. 1 KVAG

Zunächst ist auf die eigentliche Aufsichtstätigkeit nach Art. 35 Abs. 1 KVAG einzugehen. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

1 Die beaufsichtigten Unternehmen sind verpflichtet, der Aufsichtsbehörde, der externen Revisionsstelle oder der von der Aufsichtsbehörde beauftragten Person alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Belege einzureichen, die für die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung erforderlich sind.

Hier ist daran zu erinnern, dass das Ziel der Aufsicht insbesondere ist, sicherzustellen, dass Versicherungsträger ihre Aufgabe fachgerecht, korrekt und in Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen erfüllen; zudem strebt die Aufsicht an, die Umsetzung des Rechts im Einzelfall zu fördern. Bei der Durchführung der Aufsicht gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip; danach ist gegebenenfalls zunächst eine Weisung mit präventivem Charakter zu erlassen, und es ist – wenn dies befolgt wird – vom Erlass von repressiven Aufsichtsmitteln abzusehen. Die Aufsicht des Bundes über die Krankenversicherer bezweckt primär die Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Verantwortung und der Unabhängigkeit der Versicherer.⁴ Im Auge zu behalten ist, dass die „Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (...) ein Balanceakt zwischen staatlicher Kontrolle einerseits sowie der Handels- und Gewerbefreiheit andererseits“ ist. „Darüber hinaus soll sie die Interessen der Versicherten schützen und der organisatorischen Autonomie der Krankenversicherer Rechnung tragen. Sie muss allgemein auf eine gesunde Konkurrenz zwischen den Versicherern achten und bei Missbräuchen einschreiten. Das oberste Ziel der Aufsichtsbehörde bei der Kontrolle der finanziellen Sicherheit oder der Solvabilität (Zahlungsfähigkeit) ist es, Risiken zu vermindern, welche über die voraussehbaren Schwierigkeiten hinaus gehen, mit denen die Versicherer konfrontiert werden können.“⁵

Die Aufsicht über die Krankenversicherung kann – nach dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 KVAG – nicht eine systematische Datenlieferung in sich schliessen. Das Gesetz spricht nur von der Erteilung von Auskünften und vom Einreichen von Belegen. Die Bestimmung mag „eher unelegant“ formuliert sein, aber zugleich steht klar fest,

² So BBI 2012 1978.

³ So BBI 2012 1978.

⁴ So WIEDMER, Aufsicht über die KVG-Versicherer, 248.

⁵ So WIEDMER, Aufsicht im Rahmen der Solvabilitätskontrolle, 45.

dass damit das Verhältnismässigkeitsprinzip angesprochen ist.⁶ Es ist denn auch ganz untypisch und in anderen Bereichen des Sozialversicherungsrechts nicht anzutreffen, dass einer Aufsichtsbehörde systematisch Daten von allen Versicherten zu liefern sind. Damit wird die Aufsichtstätigkeit weit überspitzt und es wird das gerade im Datenschutzrecht zentrale Verhältnismässigkeitsprinzip missachtet.

4.6.3 Auslegung von Art. 35 Abs. 2 KVAG

Art. 35 Abs. 2 KVAG bezieht sich auf „Angaben über die Daten (...), die im Rahmen (der) Tätigkeit im Bereich der sozialen Krankenversicherung anfallen“.⁷

Nach den bundesrätlichen Erläuterungen in der Gesetzesbotschaft geht es hier nicht um Angaben „im Rahmen der Überwachung der Tätigkeit der Aufsichtsbehörde“.⁸ Zu vermerken ist die sprachliche Unsorgfalt; offensichtlich meint der Bundesrat nicht die Überwachung der Tätigkeit der Aufsichtsbehörde, sondern die Überwachung der Tätigkeit *durch* die Aufsichtsbehörde. Offensichtlich bezieht sich damit Art. 35 Abs. 2 KVAG auf Bereiche ausserhalb der eigentlichen Aufsichtstätigkeit. Die Bestimmung ist insoweit bezogen auf diese Aspekte näher auszulegen.

Nach dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 2 KVAG (welche Bestimmung den bisherigen Art. 21 Abs. 4 KVG ersetzt) sind die beaufsichtigten Unternehmen verpflichtet, jährlich Angaben über die Daten zu machen, die im Rahmen ihrer Tätigkeit im Bereich der sozialen Krankenversicherung anfallen; auf Verlangen der Aufsichtsbehörde sind die Angaben auch häufiger zu liefern. Art. 35 Abs. 2 KVAG entspricht in materieller Hinsicht – von der Kadenz der festgelegten Datenlieferung abgesehen – der bisherigen Bestimmung von Art. 21 Abs. 4 KVG.

Bei der Auslegung der Bestimmung fällt vorab – und entscheidend – ins Gewicht, dass die Bestimmung sich – anders als Art. 35 Abs. 1 KVAG – nicht auf Auskünfte und Belege bzw. auf Daten selber bezieht, sondern nach dem klaren Wortlaut darauf, dass „Angaben über die Daten zu machen“ sind. Diese Abgrenzung im Gesetzeswortlaut ist ausschlaggebend. Leider übergeht der Bundesrat die klare Differenzierung zwischen Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 35 KVAG bereits in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft; in dieser wird nämlich festgehalten, dass die beaufsichtigten Unternehmen „alle Angaben zu machen (haben), die im Rahmen der Versicherungstätigkeit anfallen“.⁹ Diese Erläuterung der Gesetzesbestimmung durch den Bundesrat ist offensichtlich falsch. Zum einen übergeht der Bundesrat, dass nicht „alle“ Angaben zu machen sind. Zum anderen lässt der Bundesrat unbeachtet, dass nur Angaben über Daten zu machen sind, die anfallen. Es ist bedauerlich, dass der Bundesrat in seiner Gesetzesbotschaft auf die im Gesetzestext klar festgelegte Differenzierung nicht aufmerksam geworden ist.

Die Unsorgfalt in der Auslegung von Art. 35 Abs. 2 KVAG lässt sich auch in den Erläuterungen der Bestimmungen der E-KVAV durch das Bundesamt für Gesundheit erkennen. Hier wird ausgeführt, dass die beaufsichtigten Unternehmen verpflichtet sind, „der Aufsichtsbehörde die notwendigen Daten zukommen zu lassen, um die Umsetzung der Vorgaben des KVG und des KVAG zu gewährleisten“.¹⁰

⁶ Dazu POLEDNA, KVAG, N 215 Fn. 113.

⁷ So Art. 35 Abs. 2 KVAG.

⁸ So BBl 2012 1978.

⁹ So BBl 2012 1978.

¹⁰ So BAG, Kommentar und Inhalt der Bestimmungen der KVAV, 41.

4.6.4 Ergebnis für das Verständnis von Art. 35 Abs. 1 KVAG

Art. 35 Abs. 1 KVAG lässt (nur) die Erteilung von Auskünften und die Einreichung von Belegen zu. Darunter kann eine systematische Datenlieferung nicht fallen. Die verordnungsmässige Regelung wird also darauf hin zu überprüfen sein:

- ob sie eine systematische Datenlieferung vorsieht (was vom Gesetz nicht erfasst wäre)
- ob das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet ist
- ob die Erteilung von Auskünften und die Einreichung von Belegen, wie sie in der Verordnung zu konkretisieren ist, sachbezogen ist
- ob die Regelung der Verordnung die Interessen der Versicherten (wie dies als Ziel der Aufsicht in Art. 1 KVAG umschrieben wird) wahrt.

4.6.5 Ergebnis für das Verständnis von Art. 35 Abs. 2 KVAG

Wenn die gesetzliche Auslegung sorgfältig und zutreffend vorgenommen wird, ist unschwer erkennbar, dass Abs. 2 den Bereich ausserhalb der Aufsichtstätigkeit betrifft und dass gegenüber einer Datenübermittlung im Rahmen der Aufsicht zusätzliche Einschränkungen in doppelter Hinsicht gelten.

Es ist zum einen von Bedeutung, dass die Unternehmen nur verpflichtet sind, „Angaben über die Daten zu machen“. Es wird vom Gesetzgeber also klar festgehalten, dass nicht die Daten selber zu übermitteln sind, sondern lediglich „Angaben über die Daten“. Offensichtlich ist damit, dass der Informationsfluss gegenüber einer Datenübermittlung in materieller und in formeller Hinsicht eingeschränkt ist. Erfasst sind nur „Angaben“. Es muss (in der Verordnung) näher definiert werden, welches diese „Angaben“ sind.

Zum anderen ist von Bedeutung, dass sich die Angaben einzig auf Daten beziehen dürfen, die im Rahmen der Tätigkeit der sozialen Krankenversicherung „anfallen“. Es ist also ausgeschlossen, dass der Informationsfluss sich auf Angaben zu Daten bezieht, die nicht ohnehin bestehen.

Über diese im Gesetzeswortlaut selber bereits erkennbar Einschränkung hinaus muss bei der Auslegung der Bestimmung beachtet werden, dass die Konkretisierung sachbezogen sein muss und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden muss. Die Sachbezogenheit schliesst in sich, dass im Rahmen des auf Art. 35 Abs. 2 KVAG gestützten Informationsflusses nur solche Angaben gemacht werden können, welche direkt mit der Tätigkeit der Unternehmen zusammenhängen. Das Verhältnismässigkeitsgebot seinerseits verlangt,

- dass die zu übermittelnden Informationen erforderlich sein müssen, um ein im Gesetz festgehaltenes Ziel zu erreichen,
- dass es sich beim Informationsfluss um das am geringsten wirkende Mittel handelt (dass also keine Mittel zur Verfügung stehen, um auf sonstigem Weg zu den Informationen zu gelangen) und
- dass zwischen Informationsfluss und dem zu erreichenden Ziel eine hinreichende Relation besteht.

4.7 Einordnung von Art. 28 KVV

Art. 28 KVV trägt den Randtitel „Daten der Versicherer“ und hält unter anderem folgendes fest:

1 Die Daten, die von den Versicherern nach Artikel 35 Absatz 2 des Krankenversicherungsaufsichtsgesetzes vom 26. September 2014 (KVAG) weitergegeben werden müssen, dienen dazu:

(...)

die Wirtschaftlichkeit der erbrachten Leistungen zu kontrollieren (statistische Kontrolle der Kosten nach Geschlecht, Alter, Wohnort, Leistungserbringer);

(...).

Damit hat der Bundesrat bestimmt, dass die Krankenversicherer mit Blick auf die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit der Leistungen Angaben über Daten zu liefern hat. Die genannte Verordnungsbestimmung stützt sich auf Art. 35 Abs. 2 KVAG, wie dies Art. 28 Abs. 1 KVV direkt zu entnehmen ist. Damit steht fest, dass – nach bundesrätlicher Auffassung – eine hinreichende gesetzliche Bestimmung besteht, um eine statistische Kontrolle der Wirtschaftlichkeit vorzunehmen.

4.8 Art. 76 KVV

Art. 76 KVV bezieht sich nach seinem Randtitel auf „Angaben über die erbrachten Leistungen“. Die Verordnungsbestimmung hält fest, dass die Versicherer *„gemeinsam Angaben über Art und Umfang der von den verschiedenen Leistungserbringern erbrachten Leistungen und die dafür in Rechnung gestellten Vergütungen bearbeiten (können), dies ausschliesslich zu folgenden Zwecken:*

(...)

b. Kontrolle und Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen im Sinne von Artikel 56 des Gesetzes;

(...).“

Damit wird den Versicherern die Möglichkeit eröffnet, eine auf die Wirtschaftlichkeitskontrolle bezogene Datenbearbeitung vornehmen zu können. Nicht erklärt ist – soweit ersichtlich –, welches das Verhältnis von Art. 76 KVV zu Art. 23 KVV ist. Es scheint sich so zu verhalten, dass auf Verordnungsebene zwei Bestimmungen je einer Instanz – einmal das Bundesamt für Gesundheit, einmal die Krankenversicherer gemeinsam – erlauben, Daten mit Blick auf die statistische Wirtschaftlichkeitskontrolle zu bearbeiten.

5 Zwischenergebnis

Im Krankenversicherungsrecht finden sich – bunt gestreut – Bestimmungen zur Datenlieferung und Datenbearbeitung. Teilweise ordnen diese Bestimmungen den Datenschutz (insbesondere in Art. 84 und Art. 84a KVG); teilweise geht es um die Ordnung der Datenlieferung mit Blick auf die Kontrolle der Versicherungsdurchführung.

Die Wirtschaftlichkeitskontrolle wird ausdrücklich in Art. 28 Abs. 1 KVV angesprochen; danach sind die Krankenversicherer verpflichtet, dem Bundesamt für Gesundheit mit Blick auf die statistische Wirtschaftlichkeitskontrolle die erforderlichen Daten zu liefern.¹¹ Ob eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die entsprechende Verordnungsbestimmung besteht, mag strittig sein. Jedenfalls erscheint Art. 35 KVAG kaum als genügende formell-gesetzliche Grundlage.

Daneben sieht Art. 76 KVV vor, dass die Krankenversicherer gemeinsam Daten mit Blick auf die Wirtschaftlichkeitskontrolle bearbeiten können.

Was die Lieferung von Daten an das Bundesamt für Statistik betrifft, wird diese in Art. 23 KVG vorgesehen, wobei eine vergleichsweise enge Zweckumschreibung vorgenommen wird. Daneben ist Art. 59a KVG zentral. Die letztgenannte Bestimmung verpflichtet die Leistungserbringenden, dem Bundesamt für Statistik weitgehende Daten zu liefern, welche mit Blick auf unterschiedliche Zielsetzungen verwendet werden. Das Bundesamt für Statistik ist berechtigt, dem Bundesamt für Gesundheit Daten zu liefern (Art. 59a Abs. 3 KVG). Das Bundesamt für Gesundheit seinerseits verwendet die übermittelten Daten zur Erfüllung verschiedener von ihm übernommenen Aufgaben. Diese Umschreibung umfasst die statistische Wirtschaftlichkeitskontrolle, wie sie mit Blick auf eine gesetzmässige Versicherungsdurchführung vorgenommen wird (dazu Art. 30b Abs. 1 lit. a KVV, in der ab 1. August 2016 gültigen Fassung¹²).

Insoweit ergibt die hier vorgenommene überblicksmässige Darstellung der rechtlichen Grundlagen, dass die (statistische) Wirtschaftlichkeitskontrolle einen hohen Stellenwert hat und dass dabei unterschiedliche Instanzen – insbesondere das Bundesamt für Statistik – eine Datenerhebung bzw. -bearbeitung vornehmen dürfen.

Bei der entsprechenden Datenlieferung und -bearbeitung muss jeweils das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden.¹³

¹¹ Dazu Abschnitt 4.7.

¹² Vgl. dazu Abschnitt 6.1.

¹³ Dazu insbesondere COPUR, 92; danach erfordern die „gängigen Prinzipien des Datenschutzes (...) in jedem Fall eine Verhältnismässigkeitsprüfung, die nach den Vorgaben des Datenschutzgesetzes zu erfolgen hat. Konkret bedeutet dies, dass nur die Daten an die Versicherungen weiterzugeben sind, die für die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der konkreten Behandlung erforderlich sind und nach der hier vertretenen Auffassung hierbei auch nur, falls der ‚begründete Verdacht‘ besteht, dass diesen Kriterien nicht entsprochen wird. In jedem Fall sollte nach der hier vertretenen Auffassung die Beweislast hier den Versicherern obliegen. Das wirtschaftliche Interesse von Versicherern allein vermag einen derartigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Patienten/der Patientin nicht zu rechtfertigen. Zumindest müssen die allgemeinen Regeln des Datenschutzgesetzes eingehalten werden.“ – Vgl. zur Problematik auch FAVRE/BIENLEIN, passim.

6 Rechtsentwicklung ab 1. August 2016

6.1 Änderungen der Krankenversicherungsverordnung

6.1.1 Einordnung

Der Bundesrat hat am 29. Juni 2016 eine für die vorliegende Frage relevante Änderung der Verordnungsbestimmungen festgelegt. Mit Wirkung ab 1. August 2016 werden die neu gefassten Verordnungsbestimmungen in Kraft treten. Nachstehend findet sich zunächst der Text der neuen Verordnungsbestimmungen, soweit er für die vorliegende Fragestellung von Bedeutung ist.

6.1.2 Art. 28 Abs. 5 KVV

5 Die Versicherer haben die Daten nach Absatz 3 korrekt, vollständig, fristgerecht und auf eigene Kosten zu liefern. Das BAG ist dafür verantwortlich, dass im Rahmen der Datenverwendung und der Datenverknüpfung die Anonymität der Versicherten gewahrt ist.

6.1.3 Art. 30 KVV Daten der Leistungserbringer

Die Leistungserbringer geben dem Bundesamt für Statistik (BFS) folgende Daten nach Artikel 59a Absatz 1 KVG, soweit diese für die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit und der Qualität ihrer Leistungen nach dem KVG erforderlich sind, bekannt:

a. Betriebsdaten (Art. 59a Abs. 1 Bst. a KVG), namentlich:

- 1. Betriebstyp und Leistungsangebot,*
- 2. Standorte,*
- 3. medizinisch-technische Infrastruktur,*
- 4. Rechtsform und Art des öffentlichen Beitrags;*

b. Personaldaten (Art. 59a Abs. 1 Bst. b KVG), namentlich:

- 1. Personalbestand,*
- 2. Aus- und Weiterbildungsangebot,*
- 3. Angaben zu Beschäftigungsvolumen und Funktion sowie soziodemografische Merkmale,*
- 4. Angaben zum Personal in Aus- und Weiterbildung;*

c. Patientendaten (Art. 59a Abs. 1 Bst. c KVG), namentlich:

- 1. ambulanter Patientenkontakt, Ein- und Austritte, Pflergetage und Bettenbelegung,*
- 2. Diagnosen, Morbiditätsgrad, Art des Ein- und Austritts, Pflegebedarf*
und soziodemografische Merkmale;

d. Leistungsdaten (Art. 59a Abs. 1 Bst. d KVG), namentlich:

- 1. Leistungstyp, Untersuchungen und Behandlungen,*
- 2. Leistungsvolumen;*

e. Kostendaten für stationäre Leistungen (Art. 59a Abs. 1 Bst. d KVG), namentlich Gestehungskosten und Erlöse pro Fall;

f. Finanzdaten (Art. 59a Abs. 1 Bst. e KVG), namentlich:

1. Betriebsaufwand aus Finanz-, Lohn- und Anlagebuchhaltung,
2. Betriebsertrag aus Finanzbuchhaltung,
3. Betriebsergebnis aus Finanzbuchhaltung;

g. medizinische Qualitätsindikatoren (Art. 59a Abs. 1 Bst. f KVG), namentlich Angaben, deren Analyse Rückschlüsse erlauben, inwieweit medizinische Leistungen wirksam, effizient, angemessen, sicher, patientenzentriert, rechtzeitig und chancengleich erbracht werden.

6.1.4 Art. 30a KVV Erhebung und Bearbeitung der Daten der Leistungserbringer

1 Die Leistungserbringer haben die Daten gemäss den entsprechenden Variablen nach dem Anhang der Statistikerhebungsverordnung vom 30. Juni 1993 korrekt, vollständig, fristgerecht, auf eigene Kosten und unter Wahrung der Anonymität der Patientinnen und Patienten zu liefern.

2 Sie müssen dem BFS die Daten in verschlüsselter Form elektronisch übermitteln.

3 Die Leistungserbringer und das BFS können die Daten einer formellen Vorkontrolle unterziehen, namentlich bezüglich Lesbarkeit, Vollständigkeit und Plausibilität.

4 Stellt das BFS Mängel in der Datenlieferung fest, so setzt es dem Leistungserbringer eine Nachfrist zur Lieferung korrekter und vollständiger Daten. Nach Ablauf der Frist bereitet das BFS die Daten ohne weitere Überprüfung und mit einem entsprechenden Vermerk für die Weitergabe an die Datenempfänger nach Artikel 30b vor.

5 Es bestimmt die Periodizitäten und die Fristen der Datenweitergabe im Einvernehmen mit dem BAG.

6 Es kann die erhobenen Daten im Rahmen der Gesetzgebung über die Bundesstatistik zu statistischen Zwecken in anonymisierter oder pseudonymisierter Form weiterverwenden.

7 Es kann zur Gewinnung von Qualitätsindikatoren Daten nach Artikel 30 mit anderen Datenquellen verknüpfen. Die Artikel 13h–13n der Statistikerhebungsverordnung vom 30. Juni 1993 mit Ausnahme der Bestimmungen über die Verknüpfung von Daten im Auftrag Dritter sind sinngemäss anwendbar.

6.1.5 Art. 30b KVV Weitergabe der Daten der Leistungserbringer

1 Das BFS gibt folgenden Datenempfängern folgende Daten weiter:

a. dem BAG: die Daten nach Artikel 30, sofern diese zur Beurteilung der Tarife (Art. 43, 46 Abs. 4 und 47 KVG), für die Betriebsvergleiche zwischen Spitälern (Art. 49 Abs. 8 KVG), zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen (Art. 32, 58 und 59 KVG) und für die Veröffentlichung der Daten (Art. 59a Abs. 3 KVG) erforderlich sind;

b. den zuständigen Behörden der Kantone:

1. die Daten nach Artikel 30, sofern diese für die Planung der Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime (Art. 39 KVG) erforderlich sind,

2. die Daten nach Artikel 30 Buchstaben a, d und e, sofern diese für die Beurteilung der Tarife (Art. 43, 46 Abs. 4 und 47 KVG) erforderlich sind;

c. den Versicherern: die Daten nach Artikel 30 Buchstaben a, c, d und e, sofern diese für den Vollzug der Bestimmungen zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit der Leistungen, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen werden, erforderlich sind;

d. dem Preisüberwacher: die Daten nach Artikel 30, sofern diese zur Prüfung von Preisen und Tarifen im Gesundheitswesen im Rahmen von Artikel 14 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 19854 erforderlich sind.

2 Es stellt die Anonymität des Personals nach Artikel 30 Buchstabe b und der Patientinnen und Patienten nach Artikel 30 Buchstabe c bei der Weitergabe der personenbezogenen Daten sicher.

3 Die Daten nach Artikel 30 werden grundsätzlich auf Betriebsebene aggregiert weitergegeben. Daten nach Artikel 30 Buchstaben b–e und g werden folgenden Empfängern als Einzeldaten weitergegeben:

a. dem BAG;

b. den zuständigen Behörden der Kantone für die Planung der Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime.

6.1.6 Art. 30c KVV Bearbeitungsreglement

Das BFS erstellt in Zusammenarbeit mit dem BAG für die Erhebung, Bearbeitung und Weitergabe von Daten nach Artikel 59a KVG ein Bearbeitungsreglement im Sinne von Artikel 21 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz. Im Bearbeitungsreglement werden nach Anhörung der betroffenen Kreise die Variablen im Sinne von Artikel 30a Absatz 1, welche die Leistungserbringer zu liefern haben, festgehalten.

6.1.7 Art. 31 KVV Veröffentlichung der Daten der Leistungserbringer

1 Das BAG veröffentlicht die Ergebnisse der vom BFS gestützt auf Artikel 59a KVG und vom BAG nach Artikel 51 des Medizinalberufegesetzes vom 23. Juni 2006 erhobenen Daten so, dass namentlich folgende Angaben oder Kennzahlen der sozialen Krankenversicherung nach Leistungserbringer oder nach Kategorien von Leistungserbringern ersichtlich sind:

a. Leistungsangebot der Leistungserbringer;

b. Diplome und Weiterbildungstitel der Leistungserbringer;

c. medizinische Qualitätsindikatoren;

d. Umfang und Art der erbrachten Leistungen;

e. Kostenentwicklung.

2 Das BAG veröffentlicht die Ergebnisse der weitergegebenen Daten zu den Spitälern und anderen Einrichtungen nach Artikel 39 KVG sowie zu den Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause nach Artikel 51 dieser Verordnung auf Stufe der einzelnen Einrichtung mit deren Namen und Standort. Bei den übrigen Leistungserbringern werden die Daten nach Gruppen von Leistungserbringern veröffentlicht. Personenbezogene Daten der Patientinnen und Patienten und des Personals werden nicht veröffentlicht.

6.1.8 Art. 31a KVV Sicherheit und Aufbewahrung der Daten

Soweit die Aufbewahrung, die Löschung und die Vernichtung der Daten nicht anderweitig geregelt sind, müssen die Behörden, an die Daten nach Artikel 59a KVG weitergegeben wurden, folgende Grundsätze einhalten:

a. Sie müssen die Daten durch die erforderlichen organisatorischen und technischen Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten schützen.

b. Sie müssen die Daten löschen, sobald diese zur Erreichung des Zwecks, zu dem sie weitergegeben wurden, nicht mehr benötigt werden.

c. Sie müssen die Daten spätestens fünf Jahre nach deren Erhalt vernichten, sofern die Daten nicht archiviert werden müssen.

6.2 Einordnung der Änderungen

Zentral für die vorliegend zu klärende Frage wird – mit Wirkung ab 1. August 2016 – Art. 30b KVV sein,¹⁴ welche Bestimmung den Randtitel „Weitergabe der Daten der Leistungserbringer“ trägt. Dazu führt das Bundesamt für Gesundheit folgendes aus:

„In Absatz 1 ist die Aufgabe des BFS umschrieben, Daten an die berechtigten Empfänger nach Artikel 59a Absatz 3 KVG weiterzugeben. Da die erhobenen Angaben mehrere unterschiedliche Zwecke dieser Empfänger zur Erfüllung von Gesetzesaufgaben abdecken müssen, übersteigen Umfang und Detailtiefe der Erhebungsinhalte die Bedürfnisse von einzelnen Empfänger. Aus diesem Grund müssen die weiterzugebenden Daten vom BFS jeweils zweckkonform nach den unterschiedlichen Anforderungen gemäss der gesetzlichen Aufgabe der Empfänger aufbereitet werden. Diesem Zweck folgt die notwendige Auflistung sowohl der Datenempfänger wie auch des jeweiligen Zwecks der Datenweitergabe pro Datenkategorie in Absatz 1, das BFS leitet Daten für administrative Zwecke nur denjenigen Nutzern weiter, welche in den gesetzlichen Bestimmungen hierfür vorgesehen sind. Die Präzisierungen über den jeweiligen Zweck leiten sich aus dem Gesetz ab, es werden Daten nur für gesetzliche Aufgaben weitergeleitet, welche in direktem Zusammenhang mit der Überwachung der Bestimmungen des Gesetzes über die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen stehen. Eine detaillierte Auflistung der Aufgaben mit Verweis auf Gesetzesartikel ist im Sinne der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der Anforderungen an die Datenweitergabe sinnvoll.“¹⁵

Die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung und die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit gehören offensichtlich zu den zentralen Aufgaben, welche bei der Durchführung des Krankenversicherungsrechts vorzunehmen und zu beaufsichtigen sind.¹⁶ Dies gilt sowohl für den stationären wie auch für den ambulanten Bereich.¹⁷

In den Materialien zu den ab 1. August 2016 in Kraft stehenden Änderungen der Krankenversicherungsverordnung wird – wie vorstehend aufgezeigt – denn auch explizit auf die Überwachung

¹⁴ Zum Text der Verordnungsbestimmung vgl. Abschnitt 6.1.5.

¹⁵ Bundesamt für Gesundheit, Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV): Umsetzung und Anwendung der erweiterten Datenweitergabe durch die Leistungserbringer, vom Juni 2016 (greifbar unter www.bag.admin.ch).

¹⁶ Dazu etwa EUGSTER, passim.

¹⁷ Eingehend zu den insbesondere im DRG-System bestehenden datenschutzrechtlichen Problemen FÜNFKIRCHEN, passim; LEU/GÄCHTER/ELGER, passim; WINKLER, passim.

der Wirtschaftlichkeit Bezug genommen. Insoweit werden dem Bundesamt für Statistik und – nach entsprechender Weiterleitung der Daten durch das genannte Bundesamt – dem Bundesamt für Gesundheit die Daten der Leistungserbringenden zur Verfügung stehen, um die Wirtschaftlichkeit zu überprüfen.

Damit tritt bezogen auf die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung eine im Grundsatz geänderte Lage ein. Die Daten werden durch die Leistungserbringenden dem Bundesamt für Statistik geliefert; dieses Bundesamt bereitet die Daten zweckkonform und unter Berücksichtigung der Anforderungen gemäss der Aufgabe, die Wirtschaftlichkeit zu überprüfen, auf und leitet schliesslich die entsprechend aufbereiteten Daten dem Bundesamt für Gesundheit weiter.

7 Festlegung der Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit

Zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit stehen unterschiedliche statistische Methoden zur Verfügung. Diesbezüglich hält Art. 56 Abs. 6 KVG fest, dass sich Versicherer und Leistungserbringer auf eine Methode vertraglich einigen. Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung diese Bestimmung unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen im Zusammenhang mit der Datenlieferung und Datenbearbeitung, wie sie vorstehend dargestellt wurden, hat.

Werden die Materialien zur Einfügung von Art. 56 Abs. 6 KVG analysiert, zeigt sich, dass diese gesetzgeberische Entwicklung auf verschiedene parlamentarische Initiativen zurückging. Es wurde mit diesen Initiativen eine „Optimierung des Verfahrens zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit“ gefordert.¹⁸ Der Bundesgesetzgeber ging dabei davon aus, dass die bisherige Methode, welche zur Wirtschaftlichkeitskontrolle verwendet wurde, „durch eine partnerschaftlich vereinbarte und transparente Methode ersetzt werden“ soll, wobei die entsprechende neue Methode „gemeinsam“ durch Leistungserbringer und Versicherer zu erarbeiten wäre. Besonders wurde darauf hingewiesen, dass es sich um „eine qualitative Wirtschaftlichkeitskontrolle (handeln solle), bei der die Morbidität des jeweils massgebenden Patientenkollektivs“ berücksichtigt wird.¹⁹

Der Bundesrat unterstützte diesen Vorschlag, wonach Versicherer und Leistungserbringer „gemeinsam eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit zu erarbeiten haben“.²⁰ Um diese Erarbeitung einer neuen Methode zu sichern, war nach den Festlegungen des Bundesrats vorausgesetzt, „dass die Versicherer ihr Berechnungsmodell zur Diskussion stellen und das Vorgehen offen darlegen (und) dass die Leistungserbringer die für eine Verfeinerung der Überprüfungsmethode erforderlichen Angaben bereitstellen“.²¹ Der Bundesrat beantragte nur insoweit eine Abweichung vom vorliegenden Vorschlag des Parlaments, als die Übergangsfrist auf 24 Monate erhöht werden soll.²²

Damit steht auf Grund der Gesetzesmaterialien gut fassbar fest, dass im Rahmen von Art. 56 Abs. 6 KVG von den

¹⁸ Dazu BBl 2011 2530.

¹⁹ So BBl 2011 2530.

²⁰ BBl 2011 2531.

²¹ So BBl 2011 2531.

²² Dazu BBl 2011 2531.

Vertragsparteien eine neue Methode der Wirtschaftlichkeitsprüfung entwickelt werden soll.

Im heutigen Zeitpunkt fehlt es indessen nach wie vor an der vertraglichen Vereinbarung einer neuen Methode zur Wirtschaftlichkeitsprüfung. Diesbezüglich muss berücksichtigt werden, dass eine Übergangsfrist lief, bei deren Ablauf in der Folge der Bundesrat die entsprechende Prüfmethode festzulegen gehabt hätte. Die Übergangsbestimmung zur Änderung vom 23. Dezember 2011 lautet folgendermassen:

Für die Leistungserbringer nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe a legt der Bundesrat die Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit nach Artikel 56 Absatz 6 fest, wenn Versicherer und Leistungserbringer sich nicht innert 12 Monaten nach Inkrafttreten der vorliegenden Änderung vertraglich auf eine Methode geeinigt haben.

Weil nach wie vor eine vertragliche Einigung einer *neuen* Methode fehlt,²³ muss davon ausgegangen werden, dass der Bundesrat die (neue) Methode festzulegen hat. Ob bei einer allfälligen späteren Einigung der Parteien die vom Bundesrat festgelegte Methode zu weichen hätte, kann vorderhand offenbleiben. Jedenfalls ist offensichtlich, dass im heutigen Zeitpunkt eine (neue) Methode vertraglich nicht vereinbart wurde. Damit obliegt es dem Bundesrat, eine neue Methode zu bestimmen. Dabei wird der Bundesrat zweckmässigerweise auf Vorschläge des Bundesamtes für Statistik abstellen; denn die neue Methode muss zweifellos so ausgestaltet sein, dass sie wissenschaftlich korrekt ist und so ausgestaltet ist, dass sie die Überprüfung der vom Gesetz vorgesehenen wirtschaftlichen Handlungsweise der Leistungserbringenden ermöglicht.

8 Zusammenfassende Beantwortung der Fragen

Frage 1: Wer hat die Datenhoheit über die Informationen aus der Rechnungsstellung OKP?

Antwort: Mit Wirkung ab 1. August 2016 wird eine Entwicklung der rechtlichen Grundlagen eintreten. Zukünftig müssen die Leistungserbringenden dem Bundesamt für Statistik Daten liefern, wobei diese Datenlieferung auch gerade mit Blick auf die Prüfung der Wirtschaftlichkeit erfolgt (dazu Art. 30a KVV).

Frage 2: Kann das Bundesamt für Statistik die OKP-Datenbanken der Versicherer ohne weitere Begründung auf der Individualebene einfordern?

Antwort: Ab 1. August 2016 wird die Datenlieferung der Leistungserbringenden an das Bundesamt für Statistik im Vordergrund stehen. Daneben haben die Versicherer nach Art. 28 KVV dem Bundesamt für Gesundheit ebenfalls Daten bezogen auf die Wirtschaftlichkeitsprüfung zu liefern.

Frage 3: Kann das Bundesamt für Statistik subsidiär für die Versicherer die Methode der WZW-Prüfung festlegen und selber durchführen, wenn der Bundesrat den entsprechenden Auftrag erteilen würde?

Antwort: Im Vordergrund steht die vertragliche Festlegung einer Überprüfungsmethode, wobei die Versicherer und die Leistungserbringenden Parteien eines solchen Vertrages sind. Wenn keine vertragliche Festlegung einer Methode erfolgt, hat subsidiär der Bundesrat die Methode festzulegen. Angesichts der Sachkenntnis des Bundesamtes für Statistik liegt nahe, dass der Bundesrat sich auf Vorschläge dieses Bundesamtes stützt, um eine Methode festzulegen. Nicht möglich ist indessen, dass das Bundesamt selber direkt eine Methode festlegt.

²³ Es wird im vorliegenden Zusammenhang nicht verkannt, dass eine vertragliche Einigung vorgenommen wurde. Diese beinhaltet aber nicht die Vereinbarung einer neuen Methode, sondern beschränkt sich darauf, die bisherige Methode weiterzuführen. Dies ist offensichtlich nicht der Zweck der interessierenden Bestimmungen.

Frage 4: Insbesondere: "Leistungserbringer und Versicherer legen vertraglich eine Methode zur Kontrolle der Wirtschaftlichkeit fest." Bedeutet dies, dass sozusagen exklusiv nur Leistungserbringer und Versicherer gemeinsam die Methode festlegen dürfen? Ist überhaupt gesetzlich festgelegt, dass die Versicherer die Prüfungen selber durchführen sollen, oder wurde nur festgelegt, dass diese die Methode festlegen sollen? Wäre also denkbar, dass mit der festgelegten Methode nicht Versicherer, sondern das BFS die Resultate der Prüfungen generieren könnten, z.B. anhand der Daten der einzelnen Krankenversicherer?

Antwort: Die vertragliche Vereinbarung der Überprüfungsmethode steht im Vordergrund, wobei – bei Fehlen einer vertraglichen Einigung – subsidiär der Bundesrat die Aufgabe hat, die Methode festzulegen. Mit der Festlegung der Methode wird keineswegs bestimmt, wer in der Folge die Wirtschaftlichkeitsprüfung vornehmen soll.

Zürich/St. Gallen, 5. Juli 2016

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser

9 Literatur

COPUR EYLEM, Der Auskunftsanspruch der Versicherungen gegenüber den Leistungserbringenden versus datenschutzrechtliche Aspekte, *Pflegerecht* 2015 S. 84 ff.

EUGSTER GERHARD, Das Wirtschaftlichkeitsgebot nach Art. 56 Abs. 1 KVG, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), *Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung*, IRP-HSG, Bd. 2, St.Gallen 2001

FAVRE CHARLES/BIENLEIN MARTIN, Transmission proportionnée des données en vue du contrôle des factures, in: Guilloid Olivier (éd.), *Protection des données médicales et transparence ... du patient?*, 19e Journée de droit de la santé, Berne 2012, 175 ff.

FÜNFKIRCHEN SONJA ANDREA, Datenschutz im KVG und die fragwürdige „WZW – Überprüfung im Swiss DRG-System“, in: *Jusletter* vom 30. Januar 2012

LEU AGNES/GÄCHTER THOMAS/ELGER BERNICE, Swiss DRG: Missbrauchsgefahr bei der Datenweitergabe an Krankenversicherer, in: *Jusletter* vom 3. März 2014

POLEDNA TOMAS, *KVAG Krankenversicherungsaufsichtsgesetz*, Darstellung mit kritischen Betrachtungen, Zürich/Basel/Genf 2015

WIEDMER DANIEL, *Aufsicht im Rahmen der Solvabilitätskontrolle* des Krankenversicherers, CHSS 2004 45 ff.

WIEDMER DANIEL, *Die Aufsicht über die KVG-Versicherer*, CHSS 2000 248 ff.

WINKLER SARAH, Datenschutzrechtliche Anforderungen an die Datenbearbeitungen der Datenannahmestelle nach Art. 59a KVV, *Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht*, Bern 2016, 175 ff.