



Abteilung III
C-6570/2007
{T 0/2}

Urteil vom 29. Mai 2009

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),
Richter Johannes Frölicher,
Richter Francesco Parrino,
Richter Alberto Meuli,
Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiberin Dominique Gross.

Parteien

santésuisse, Die Schweizer Krankenversicherer,
handelnd durch santésuisse Bern, Waisenhausplatz 25,
Postfach 605, 3000 Bern 7,
und diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Andreas
Gafner, Neuengasse 19, Postfach 653, 2501 Biel,
Beschwerdeführerin,

gegen

Regierungsrat des Kantons Bern,
Postgasse 68, 3011 Bern,
vertreten durch die Gesundheits- und Fürsorgedirektion
(GEF) des Kantons Bern,
Rathausgasse 1, 3011 Bern,
Vorinstanz,

A._____,
vertreten durch Fürsprecher Daniel Kurt, Bernstrasse 70,
Postfach 297, 3072 Ostermundigen,
Beschwerdegegner,

Gegenstand

Krankenversicherung – Tarifvertragsgenehmigung -
stationäre Behandlung.

Sachverhalt:**A.**

Santésuisse, Die Schweizer Krankenversicherer, handelnd durch santésuisse, Geschäftsstelle Bern (nachfolgend: santésuisse) hat am 15. September 2006 mit A._____ (beziehungsweise mit B._____ als deren Rechtsvorgängerin) einen Tarifvertrag gemäss Art. 46 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) abgeschlossen betreffend die Behandlung von stationären Akutpatienten der allgemeinen Abteilung in öffentlichen Spitälern des Kantons Bern. Dieser Tarifvertrag enthält in Anhang 2 ein Musterformular für die Eintrittsmeldung, Gesuch um Kostengutsprache und Verlängerungsgesuch, wonach der Leistungserbringer insbesondere die Rubrik "Eintrittsindikation oder -diagnose" auszufüllen und dem Versicherer weiterzugeben hat. Anhang 3 des Vertrages gibt ein Muster für ein gemeinsames Rechnungsformular wieder. Demgemäss muss in der Rechnung des Leistungserbringers an den Versicherer insbesondere die Diagnose gemäss Art. 42 Abs. 4 KVG sowie der Eingriffscode gemäss ICD-9 (chop-2) angegeben werden.

B.

Mit Beschluss Nr. 1445 vom 29. August 2007 genehmigte der Regierungsrat des Kantons Bern (nachfolgend: Regierungsrat) gemäss Art. 46 Abs. 4 KVG den zwischen santésuisse und A._____ abgeschlossenen Vertrag (Ziffer 1 des Dispositivs), mit Ausnahme der in Ziff. 1.1 und 1.2 des Dispositivs erwähnten Vertragsteile. Mit Ziff. 1.1 des Dispositivs wurde im Musterformular von Anhang 2 des Vertrags in der Rubrik "Eintrittsindikation oder -diagnose" der Teil "oder -diagnose" nicht genehmigt. Mit Ziff. 1.2 des Dispositivs wurden die in Anhang 3 zum Vertrag auf dem Ergänzungsblatt zur Rechnung enthaltenen Felder "Diagnose gemäss Art. 42 Abs. 4 KVG" und "Eingriffscode gemäss ICD-9-Code (chop-2)" nicht genehmigt.

Zur Begründung führte der Regierungsrat betreffend Ziff. 1.1 des Dispositivs insbesondere aus, dass die von den Spitälern vorzunehmende Eintrittsmeldung dem Versicherer ermöglichen müsse zu prüfen, ob die versicherte Person für die gemeldete Behandlung tatsächlich bei ihm obligatorisch versichert sei. Dazu sei mit Blick auf Art. 84a Abs. 6 KVG keine Kenntnis der Diagnose erforderlich. Insbesondere reiche es aus, dass der Versicherer den Behandlungsgrund kenne, wie dies auf der Eintrittsmeldung vorgesehen sei (Krankheit, Unfall oder Mutterschaft),

und dass er aufgrund der Angaben des Spitals beurteilen könne, ob es sich um eine Pflichtleistung nach KVG handle, für die er grundsätzlich leistungspflichtig sei. Dazu genüge die Angabe der Eintrittsindikation, d.h. eine allgemein gehaltene Angabe. Sofern der Versicherer zur Beurteilung seiner Leistungspflicht auf die Diagnose angewiesen sei, könne die Diagnose dem Vertrauensarzt des Versicherers bekannt gegeben werden.

Betreffend Ziff. 1.2 des Dispositivs führte der Regierungsrat im Wesentlichen aus, Art. 42 Abs. 4 KVG sehe eine Bekanntgabe der Diagnose erst auf einer der Rechnungsstellung nachfolgenden zweiten Stufe vor. Gleiches gelte für den Eingriffscode, den die Spitäler nicht systematisch, das heisst bereits auf der ersten Stufe der Rechnungsstellung, bekannt geben dürften. Mit einem solchen stufenmässigen Vorgehen werde sichergestellt, dass keine Daten fliessen, welche die Versicherung nicht auch tatsächlich für die Beurteilung der Leistungspflicht im Einzelfall, in dem die Kosten aufgrund der Informationen auf der Rechnung ungewöhnlich hoch erschienen, benötige.

C.

Gegen diese Verfügung erhob *santésuisse* (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 28. September 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte in der Hauptsache insbesondere, den Regierungsratsbeschluss insoweit aufzuheben, als die Tarifvertragsteile gemäss Dispositiv Ziff. 1.1 und 1.2 des Beschlusses nicht genehmigt worden seien. Die entsprechenden im Regierungsratsbeschluss nicht genehmigten Teile des Vertrages seien zu genehmigen. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei überdies zu verfügen, dass die im angefochtenen Regierungsratsbeschluss nicht genehmigten Vertragsteile bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides Anwendung fänden.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht im Wesentlichen aus, die Krankenversicherer seien zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit und der Zweckmässigkeit der medizinischen Leistungen darauf angewiesen, dass ihnen die hierzu erforderlichen Informationen und mithin insbesondere die Diagnosen und Eingriffs-codes überwiesen würden. Es sei widersinnig, den Krankenversicherern mit der Weigerung der systematischen Bekanntgabe der Diagnose und des Eingriffs-codes die Triage derjenigen Fälle, welche überhaupt einer Wirtschaftlichkeitskontrolle unterzogen werden sollten, zu

verunmöglichen. Ferner sei auch nicht einzusehen, inwiefern diese Angaben seitens der Versicherer zu Missbräuchen führen könnten oder sonstwie nachteilig für die Patienten wären. Vielmehr liege es sowohl im Interesse des Patienten als auch der Allgemeinheit, dass die Krankenversicherer ihren gesetzlichen Auftrag effizient und erfolgreich erfüllen könnten. Entsprechend seien die umstrittenen Stellen des Vertrages zu genehmigen.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 1. November 2007 lehnte das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Erlass der vorsorglichen Massnahme ab.

E.

Mit Vernehmlassung vom 19. Dezember 2007 beantragte der Regierungsrat in der Hauptsache die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte er in Ergänzung zu seiner Verfügung insbesondere aus, dass der Persönlichkeitsschutz der Patienten – wobei vorliegend die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten zu beurteilen sei – nicht aus Gründen der Effizienzsteigerung und Aufwandminimierung herabgesetzt werden könne. Art. 42 KVG, welcher ein stufenweises Vorgehen erfordere, sei auch hinsichtlich der Eintrittsmeldung anzuwenden. Die Wirtschaftlichkeitskontrolle könne sodann in pseudonymisierter Form vorgenommen werden.

F.

Am 14. Februar 2008 beantragte A. _____ formal die Abweisung der Beschwerde, nahm jedoch (als Tarifvertragspartner der Beschwerdeführerin) in der Begründung eine neutrale Stellung ein.

G.

Mit Vernehmlassung vom 14. April 2008 legte das Bundesamt für Gesundheit (BAG) dar, dass die Beschwerde gutzuheissen sei und auch die nicht genehmigten Vertragsteile – allenfalls unter Auflage einer datenschutzkonformen Anwendung – zu genehmigen seien.

Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, dass Art. 42 KVG so auszulegen sei, dass sich die datenschutzrechtlichen Anforderungen und die Wirtschaftlichkeitskontrolle nach KVG gegenseitig nicht ausschliessen würden. Art. 42 Abs. 3 KVG stehe einer tarifvertraglichen Vereinbarung, wonach Diagnosen systematisch auf den Rechnungen figurieren müssten, nicht entgegen. Entscheidend sei, dass die Grund-

sätze des Datenschutzes, insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip, gewahrt bleibe. Hierbei seien insbesondere der Detaillierungsgrad der angegebenen Diagnose, die tatsächliche Verwendung der Daten durch den Empfänger und der Zweck der Datenbekanntgabe wichtige Faktoren.

H.

Mit Eingabe vom 15. Mai 2008 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

I.

A._____ verzichtete mit Eingabe vom 19. Mai 2008 auf eine weitere Stellungnahme.

J.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2008 hielt die Vorinstanz ihre Anträge aufrecht. Zugleich beantragte sie die Einholung einer Stellungnahme des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB).

K.

Am 19. Juni 2008 legte der EDÖB dar, dass eine Gutheissung der Beschwerde nur unter Vorbehalt von Datenschutzauflagen erfolgen dürfe. In casu seien insbesondere eine pseudonymisierte Wirtschaftlichkeitskontrolle und die vertragliche Regelung des Umfangs der bekannt zu gebenden Daten zu regeln.

L.

Mit Eingabe vom 13. August 2008 verzichtete A._____ wiederum auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme.

M.

Die Vorinstanz beantragte mit Eingabe vom 28. August 2008 erneut die Abweisung der Beschwerde. Am 24. September 2008 reichte sie ein zu Händen von "H+ Die Spitäler der Schweiz" erstelltes Rechtsgutachten vom 28. März 2008 zur Weitergabe von Patientendaten an die Krankenversicherer nach.

N.

Mit Eingabe vom 25. September 2008 hielt die Beschwerdeführerin ihre Anträge aufrecht.

O.

Auf die weiteren Parteivorbringen und die eingereichten Unterlagen wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Verfahrensbestimmungen sind grundsätzlich mit ihrem Inkrafttreten anzuwenden (siehe ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich u.a. 2006, Rz. 327a). Entsprechend beurteilt sich die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts vorliegend nach den Bestimmungen des KVG in der durch Ziff. I des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung; AS 2008 2049 2057; BBl 2004 5551; in Kraft seit 1. Januar 2009) geltenden Fassung.

1.2 Gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG in Verbindung mit Art. 90a Abs. 2 KVG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 46 KVG. Der Regierungsrat hat am 29. August 2007 einen Beschluss im Sinne der aufgeführten Bestimmung erlassen.

1.3 Die Beschwerdeführerin ist gemäss ihren Statuten zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder berufen. Die Mehrheit der Mitglieder ist in ihren Interessen betroffen, so dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Sie hat ferner am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen (siehe BGE 127 V 80 E. 3).

Die Beschwerdeführerin ist somit gemäss Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) beschwerdelegitimiert (im Sinne einer egoistischen Verbandsbeschwerde).

1.4 Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 50 ff. VwVG) eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

2.

2.1 Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt nach Art. 24 KVG (nachfolgend wird das KVG in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung zitiert, da betreffend das materielle Recht auf den Zeitpunkt der Verfügung abzustellen ist [ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich u.a. 2006, Rz. 326 f.]) die Kosten für die Leistungen gemäss Art. 25-31 KVG nach Massgabe der in den Art. 32-34 KVG festgelegten Voraussetzungen. Nach Art. 43 Abs. 4 KVG sind die entsprechenden Tarife und Preise in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifverträgen) zu vereinbaren oder werden in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt. Dabei ist auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten. Die Vertragspartner und die zuständigen Behörden achten darauf, dass eine qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird (Art. 43 Abs. 6 KVG).

2.2 Parteien eines Tarifvertrags sind nach Art. 46 Abs. 1 KVG einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits, sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände andererseits. Der Tarifvertrag bedarf gemäss Art. 46 Abs. 4 KVG der Genehmigung der zuständigen Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, des Bundesrats. Die zuständige Genehmigungsbehörde – vorliegend, da der streitige Tarifvertrag für im Kanton Bern durchgeführte stationäre Behandlungen gelten soll, der Regierungsrat des Kantons Bern – prüft, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht.

2.3 Bevor die Legislative oder Exekutive des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde einen Preis festsetzt oder genehmigt, der von den Beteiligten an einer Wettbewerbsabrede oder von einem marktmächtigen Unternehmen beantragt wird, hört sie nach Art. 14 Abs. 1 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) die Preisüberwachung an. Diese kann empfehlen, auf eine Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken. Dies gilt namentlich auch für die Genehmigung von Tarifverträgen und die hoheitliche Festsetzung von Tarifen gemäss den Bestimmungen des KVG (RKUV 6/1997

348). Die Preisüberwachung ist nicht verpflichtet, zu jedem ihr unterbreiteten Tarif eine Stellungnahme abzugeben.

Der Regierungsrat hat vor der Tariffestsetzung die Preisüberwachung konsultiert. Diese hat mit Schreiben vom 5. Dezember 2006 auf die Abgabe einer Empfehlung verzichtet. Die Kantonsregierung ist damit ihrer Konsultationsspflicht nachgekommen.

2.4 Nach Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes bestimmt. Die Beschwerdeführerin kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG).

2.5 Streitig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen ist, ob der bernische Regierungsrat mit seinem Beschluss vom 29. August 2007 dem Tarifvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und A. _____ zu Recht die Genehmigung versagt hat hinsichtlich der von den Leistungserbringern zu Handen der Versicherung bekannt zu gebenden Diagnose in der Eintrittsmeldung gemäss Musterformular in Anhang 2 einerseits, der Diagnose und des Eingriffcodes gemäss Musterformular in Anhang 3 andererseits.

3.

Die Krankenversicherer gelten im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung als Bundesorgane im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) in Verbindung mit Art. 3 Bst. h DSG (vgl. BGE 133 V 359 E. 6.4 mit Hinweisen). Diese dürfen nach Art. 17 Abs. 2 DSG besonders schützenswerte Personendaten wie insbesondere Daten über die Gesundheit (Art. 3 Bst. c Ziff. 2 DSG) grundsätzlich nur dann bearbeiten, wenn ein Gesetz im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht (vgl. zu den Ausnahmen, in denen [lediglich im Einzelfall] von einer formell-gesetzlichen Grundlage abgesehen werden kann, Art. 17 Abs. 2 Bst. a-c DSG und hierzu insbesondere YVONNE JÖHRI/MARCEL STUDER, Art. 17, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Datenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2006, Rz. 47 ff. zu Art. 17).

In einem ersten Schritt ist deshalb nachfolgend zu prüfen, ob vorliegend eine rechtsgenügli­che formell-gesetzliche Grundlage besteht, damit tarifvertraglich die systematische Weitergabe durch den Leistungserbringer an den Versicherer, der Diagnose im Rahmen der Eintrittsmeldung, der Diagnose und des Eingriffs­codes im Rahmen der Rechnungsstellung, vorgesehen werden kann.

3.1

3.1.1 Wie bereits erwähnt übernimmt nach Art. 24 KVG die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach Massgabe der in den Art. 32-34 KVG festgelegten Voraussetzungen die Kosten für Leistungen gemäss Art. 25-31 KVG. Nach Art. 25 KVG trägt demnach der Versicherer namentlich die Kosten für Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen. Ferner übernimmt er unter jeweils bestimmten Voraussetzungen die Kosten für die medizinische Prävention (Art. 26 KVG), für Geburtsgebrechen (Art. 27 KVG), Unfälle (Art. 28 KVG), Mutterschaft (Art. 29 KVG), straflosen Abbruch der Schwangerschaft (Art. 30 KVG) und für bestimmte zahnärztliche Behandlungen (Art. 31 KVG).

Daraus ergibt sich, dass der Versicherer jeweils im Einzelfall prüfen muss, ob er nach Art. 25 ff. KVG leistungspflichtig ist, und die entsprechenden Rechnungen zu kontrollieren hat. Bei dieser Rechnungskontrolle geht es vor allem darum, die Übereinstimmung der einzelnen Positionen der Honorarrechnungen mit den tarifvertraglichen Vereinbarungen sowie den für bestimmte Therapien gesetzlich umschriebenen Vorgaben zu prüfen (Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 1996, K 39/95, teilweise veröffentlicht in KSK 1996 S. 146). Darüber hinaus kann sich die Frage stellen, ob in Rechnung gestellte Leistungen überhaupt erbracht worden sind, und ob allenfalls eine betrügerische Rechnungstellung und damit ein strafbares Verhalten vorliegt (zum Ganzen: GEBHARD EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Bern 2003, S. 86 f.; siehe auch Urteil des Bundesgerichts vom 16. Juni 2004, K 124/03, E. 6.1.2).

3.1.2 Nach Art. 56 Abs. 1 KVG muss sich der Leistungserbringer in seinen Leistungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist. Für Leistungen, die über dieses Mass hinausgehen, kann die Vergütung verweigert werden, respektive kann eine zu Unrecht bezahlte Vergütung zurückgefordert werden (Art. 56 Abs. 2 KVG).

Entsprechend setzt auch Art. 32 Abs. 1 KVG für die Übernahme der Kosten der im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach Art. 25-31 KVG erbrachten Leistungen neben der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit auch deren Wirtschaftlichkeit voraus (siehe hierzu GEBHARD EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Bern 2003, S. 35 ff.; siehe auch GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel u.a. 2007, insbesondere Rz. 297 ff.).

Der Versicherer hat demnach die erbrachten Leistungen jeweils namentlich auf deren Wirtschaftlichkeit hin zu überprüfen.

3.2 Art. 84 Bst. c KVG befugt die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes betrauten Organe, wozu auch die Krankenversicherer gehören (siehe auch Botschaft des Bundesrates über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen vom 24. November 1999 [BBI 2000 263]), die Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofile, zu bearbeiten oder bearbeiten zu lassen, die sie benötigen, um die ihnen nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben zu erfüllen, namentlich um Leistungsansprüche zu beurteilen sowie Leistungen zu berechnen und zu gewähren. Gemäss Art. 84a Abs. 1 Bst. a KVG dürfen ferner Organe, die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung des KVG betraut sind, Daten (in Abweichung von Art. 33 ATSG) namentlich anderen entsprechend mit den Belangen des KVG betrauten Organen bekannt geben.

Hinsichtlich der Weitergabe der Diagnose im Rahmen der Eintrittsmeldung (soweit vorhanden) erscheint damit – unter der vorliegend erst im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu prüfenden Voraussetzung, dass die Diagnose im Sinne des Gesetzes benötigt wird, um die Leistungspflicht und die Wirtschaftlichkeit zu beurteilen – eine formell-gesetzliche Grundlage gegeben.

3.3 Aufgrund von Art. 42 Abs. 3 KVG muss – spezialgesetzlich zu den oben erwähnten Bestimmungen – der Leistungserbringer "dem Schuldner eine detaillierte und verständliche Rechnung zustellen. Er muss ihm auch alle Angaben machen, die er benötigt, um die Berechnung der Vergütung und die Wirtschaftlichkeit der Leistung überprüfen

zu können." Der Versicherer kann, so sieht es Art 42 Abs. 4 KVG vor, eine genaue Diagnose oder zusätzliche Auskünfte medizinischer Natur verlangen. Nach Art. 42 Abs. 5 KVG schliesslich ist der Leistungserbringer in begründeten Fällen berechtigt und auf Verlangen der versicherten Person in jedem Fall verpflichtet, medizinische Angaben nur dem Vertrauensarzt des Versicherers nach Art. 57 KVG bekannt zu geben.

3.3.1 Die Vorinstanz – gestützt auf die Position des EDBÖ (siehe insbesondere EDBÖ, TARMED und Datenschutz, Bericht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vom 22. Juni 2004, S. 7 f.; vgl. auch die Vernehmlassung des EDBÖ vom 19. Juni 2008) – hatte dargelegt, dass der Gesetzgeber mit Art. 42 Abs. 3 und 4 KVG eine stufenweise Bekanntgabe der Behandlungsdaten durch den Leistungserbringer vorgesehen habe. Mit Art. 42 Abs. 4 KVG mache er deutlich, dass der Versicherer im Einzelfall, nach Eingang der Rechnung, über den Vertrauensarzt zusätzliche Angaben einverlangen könne (siehe auch EDBÖ, 10. Tätigkeitsbericht 2002/2003, S. 50 f.; BRUNO BAERISWYL, Entwicklungen und Perspektiven des Datenschutzes in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern – Erfahrungen aus dem Kanton Zürich, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 62; vgl. auch die entsprechenden Hinweise bei GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 102 f., sowie bei PETER MEIER, Wieviel muss oder darf die Krankenkasse wissen?, Schweizerische Ärztezeitung 2004, S. 1164 f.).

Dies schliesse folglich die systematische Weitergabe von Behandlungsdaten und Diagnosen in detaillierter Form an die Verwaltung des Versicherers aus.

3.3.2 Hinsichtlich der Weitergabe der Diagnose und des Eingriffs-codes im Rahmen der Rechnungsstellung ist deshalb fraglich, ob der spezialgesetzliche Art. 42 Abs. 4 KVG, wonach der Versicherer eine genaue Diagnose oder zusätzliche Auskünfte medizinischer Natur verlangen kann, als Präzisierung zu Art. 42 Abs. 3 KVG zu verstehen ist, wonach der Leistungserbringer dem Versicherer eine detaillierte und verständliche Rechnung zustellen muss, und ihm alle Angaben machen muss, die dieser benötigt, um die Berechnung der Vergütung und

die Wirtschaftlichkeit der Leistung überprüfen zu können – und somit eine formell-gesetzliche Grundlage für die systematische Weitergabe der Diagnose und des Eingriffs-codes mit der Rechnungsstellung an die Verwaltung des Versicherers besteht – oder ob vielmehr entsprechende (medizinische) Auskünfte, soweit erforderlich, lediglich in einem der Rechnungsstellung nachfolgenden zweiten Schritt, über den Vertrauensarzt des Versicherers, einverlangt werden können.

3.3.3 Nach Art. 42 Abs. 5 KVG ist der Leistungserbringer in begründeten Fällen berechtigt und auf Verlangen der versicherten Person in jedem Fall verpflichtet, medizinische Angaben nur dem Vertrauensarzt des Versicherers bekannt zu geben. Versicherer und Leistungserbringer können in den Tarifverträgen laut Art. 59 Abs. 2 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102) vereinbaren, welche Angaben und Diagnosen in der Regel nur dem Vertrauensarzt des Versicherers bekannt zu geben sind (vgl. auch EDBÖ, TARMED und Datenschutz, Bericht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vom 22. Juni 2004, S. 8, wonach es sich empfehle, die Umsetzung gewisser gesetzlicher Vorgaben des KVG in einem Tarifvertrag zu konkretisieren). Die Bekanntgabe der Diagnose richtet sich – wie dies Art. 59 Abs. 2 KVV explizit festhält – im Übrigen nach Art. 42 Abs. 4 (und 5) KVG, wonach der Versicherer eine Diagnose oder zusätzliche Auskünfte medizinischer Natur verlangen kann.

Nach dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes stellt somit die Bekanntgabe medizinischer Daten an den Vertrauensarzt den Ausnahmefall dar, die Weitergabe an die Verwaltung des Versicherers die Regel (vgl. auch die Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBI 1991 I 171]; GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 100 f.). Entsprechend ist es zulässig, dass die medizinischen Auskünfte – wie im hier zu beurteilenden Tarifvertrag – grundsätzlich der Verwaltung des Versicherers bekannt zu geben sind, und nicht systematisch dem Vertrauensarzt.

3.3.4

3.3.4.1 Wie die Vorinstanz richtig darlegte, müssen die medizinischen Angaben, die der Versicherer zur Prüfung des Leistungsanspruchs und der Wirtschaftlichkeit benötigt, von Gesetzes wegen nicht zwingend

auf der Rechnung figurieren; vielmehr genügt den Anforderungen des Gesetzes, wenn die Daten nur auf Antrag, im Rahmen von Art. 42 Abs. 4 KVG, bekannt zu geben sind.

Umgekehrt schliesst allerdings der Wortlaut von Art. 42 Abs. 3 und 4 KVG ein solches automatisiertes Vorgehen (soweit es tarifvertraglich vereinbart wurde) auch nicht aus (GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 101).

3.3.4.2 In Art. 59 KVV regelt der Bundesrat, entsprechend dem Auftrag von Art. 42 Abs. 3 KVG, die Einzelheiten der Rechnungstellung. Nach Art. 59 Abs. 1 KVV haben die Leistungserbringer in ihren Rechnungen folgende Angaben zu machen: a) Kalendarium der Behandlungen; b) erbrachte Leistungen im Detaillierungsgrad, den der massgebliche Tarif vorsieht; c) Diagnosen im Rahmen von Abs. 2; dieser bestimmt seinerseits, dass tarifvertraglich vereinbart werden kann, welche Angaben und Diagnosen in der Regel nur dem Vertrauensarzt bekannt zu geben sind, und dass sich die Weitergabe der Diagnose ferner nach Art. 42 Abs. 4 und 5 KVG richtet.

Somit geht die bundesrätliche Verordnung zu Art. 42 KVG – in Einklang mit dem gesetzlichen Wortlaut – davon aus, dass die systematische Weitergabe bestimmter medizinischer Auskünfte, insbesondere der Diagnose und der erbrachten Leistungen, tarifvertraglich vereinbart werden kann (siehe auch ISABELLE HÄNER, Datenschutz in der Krankenversicherung, DIGMA 2003, S. 148; GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 109; UELI KIESER, Leistungserbringer in der Krankenversicherung, SJZ 2003, S. 581). Die Zulässigkeit einer entsprechenden tarifvertraglichen Vereinbarung ergibt sich folglich auch aus einer systematischen Zusammenschau des Gesetzes mit der Verordnung.

3.3.4.3 Die Zulässigkeit einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung erschliesst sich im Übrigen auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 133 V 359 (zu diesem Urteil kurz URSULA UTTINGER, Empfehlungen des EDÖB vom 17. April 2007 und Urteil des Bundesgerichts vom 21. März 2007, K 12/06, HAVE 2007, S. 256 f.) und daran anschliessenden Praktikabilitätsüberlegungen: Das Bundes-

gericht hielt in diesem Urteil fest, dass ein Krankenversicherer zwecks Durchführung der Wirtschaftlichkeitskontrolle (in casu betreffend Pflegeheime) vom Leistungserbringer die nicht bereits mit der Rechnung eingereichten medizinischen Auskünfte, die sich für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit einer Leistung als notwendig erweisen, namentlich Pflegeberichte und Vitalzeichenkontrollen zur Überprüfung der Einreihung in eine bestimmte Pflegebedarfsstufe, einverlangen könne, ohne dass es hierzu einer Begründung bedürfte.

Erwiese sich – wie nachfolgend im Rahmen der Ausführungen über das Verhältnismässigkeitsprinzip noch zu prüfen sein wird – die Diagnose und der Eingriffscode zur Prüfung der Leistungspflicht oder der Wirtschaftlichkeit regelmässig als notwendig, so stellte es vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung für die Versicherer einen grossen und kaum zu begründenden administrativen Mehraufwand dar, wenn diese Angaben zur Wahrnehmung der ihnen gesetzlich übertragenen Aufgaben in jedem Einzelfall (beziehungsweise in jedem Fall, in dem sie eine Wirtschaftlichkeitsprüfung vornehmen möchten, vgl. hierzu nachfolgend) nachverlangt werden müssten, zumal diese Gesuche keiner Begründung bedürften.

Für die Zulässigkeit einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung sprechen somit auch Praktikabilitätsgründe.

3.3.4.4 Schliesslich spricht auch die Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 (BBI 1991 I 118) zumindest nicht gegen die tarifvertragliche Vereinbarung der systematischen Weitergabe bestimmter medizinischer Auskünfte. Vielmehr wird darin lediglich festgehalten, dass die Versicherungsträger das Recht (zu ergänzen wäre: und auch die Pflicht) haben, die Einhaltung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit zu kontrollieren, namentlich indem sie die Bekanntgabe der ärztlichen Diagnose verlangen können.

3.3.4.5 Eine entsprechende systematische Weitergabe der Diagnosen und von Tarifpositionen sieht überdies auch der (auf denselben Rechtsgrundlagen beruhende) Rahmenvertrag TARMED zwischen santésuisse und der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) vom 5. Juni 2002 vor, welcher vom Bundesrat am 30. September 2002 genehmigt worden ist. Gemäss dieser Vereinbarung müssen die Rechnungen (unter anderem) ein Kalendarium der Leistungen, der äusserst detaillierten Tarifpositionen mit Nummer und Bezeichnung, sowie die Diagnosen nach dem vereinbarten Diagnosecode (zur Zeit:

Diagnosecode für ambulante Behandlungen gemäss Anhang 4 zum Rahmenvertrag) enthalten.

3.3.4.6 Insgesamt ist somit Art. 42 Abs. 3 und 4 KVG, in Verbindung mit Art. 84 KVG und 84a KVG – welche (gemeinsam mit den weiteren einschlägigen unten zitierten Bestimmungen), wie nachfolgend dargestellt wird, insbesondere auch die Verhältnismässigkeit der entsprechenden Massnahme erfordern – an sich als genügende formell-gesetzliche Grundlage für die tarifvertragliche Vereinbarung der systematischen Weitergabe der Diagnose und des Eingriffs-codes mit der Rechnungsstellung zu erachten.

4.

Der Gesetzgeber räumt den Vertragsparteien somit einen erheblichen Spielraum bei der Ausgestaltung des Tarifvertrages ein und belässt ihnen namentlich die Möglichkeit, die systematische Weitergabe bestimmter medizinischer Auskünfte mit der Eintrittsmeldung oder der Rechnungsstellung zu vereinbaren. Dabei haben die Vertragsparteien jedoch – zusätzlich zu den zwingenden Bestimmungen des KVG – insbesondere auch die allgemeinen verfassungs-, verwaltungs- und sozialversicherungsrechtlichen Prinzipien zu respektieren, wozu (als Ausfluss des durch Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] grundrechtlich geschützten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Versicherten) auch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen gehören (siehe GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 101).

Insbesondere ist demnach bei der Bearbeitung von Personendaten der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, wie dies auch in Art. 4 Abs. 2 DSG explizit festgehalten ist (vgl. auch Art. 5 Abs. 2 BV und, hinsichtlich der Einschränkung von Grundrechten, Art. 36 Abs. 3 BV). Gemäss diesem Grundsatz muss eine Massnahme geeignet und notwendig sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und der angestrebte Zweck muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich u.a. 2006, Rz. 581 ff., mit Hinweisen).

Die Auskunftspflicht der Leistungserbringer gegenüber den Versicherten kann sich somit nur auf Angaben erstrecken, die objektiv erforderlich und geeignet sind, um die Leistungspflicht und die Wirtschaftlichkeit der erbrachten Leistungen überprüfen zu können, und sie muss ferner zu diesem Zweck in einer vernünftigen Relation stehen (siehe BGE 131 II 413 E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts vom 27. November 2001, K 90/01, E. 2c; GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 81; BRUNO BAERISWYL, Entwicklungen und Perspektiven des Datenschutzes in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern – Erfahrungen aus dem Kanton Zürich, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 62 f.; JEAN-LOUIS DUC, Quelques considérations sur le secret médical, la collecte des données relatives à la santé ainsi qu'à l'incapacité de travail et les médecins-conseils dans les assurances sociales, in: Jean-Louis Duc, Etudes de droit social, Genf 2001, S. 64; THOMAS EICHENBERGER, Löcher im Datenschutz der Krankenversicherer, Schweizerische Ärztezeitung 2006, S. 505; ISABELLE HÄNER, Datenschutz in der Krankenversicherung, DIGMA 2003, S. 147).

4.1 Vorliegend kollidieren die Datenschutzinteressen der Versicherten mit dem Interesse der Versicherer an der Verfügbarkeit medizinischer Daten zur Wahrnehmung der ihnen gesetzlich übertragenen Pflichten, insbesondere der Prüfung und Berechnung ihrer Leistungspflicht und der Wirtschaftlichkeitskontrolle. Überdies kann auch der einzelne Versicherte als Patient über ein Interesse daran verfügen, dass der Versicherer notwendigenfalls auf die medizinischen Leistungen Einfluss nehmen und beispielsweise bei nicht erfolgsversprechenden (Über-)behandlungen eingreifen kann. Ferner besteht auch ein öffentliches Interesse, den administrativen Aufwand der Leistungserbringer und der Versicherer in einem vernünftigen Mass zu halten, und deren Leistungen auf den gesetzlich geschuldeten Umfang zu beschränken, um so einen weiteren steten Anstieg der Krankenkassenprämien zu vermeiden (ISABELLE HÄNER, Datenschutz in der Krankenversicherung, DIGMA 2003, S. 146).

4.2

4.2.1 Die Vorinstanz bringt mit Verweis auf den EDBÖ vor, dass im Rahmen der Eintrittsmeldung die Diagnose beziehungsweise im Rah-

men der Rechnungsstellung der Eingriffscode und die Diagnose grundsätzlich nicht erforderlich seien. Wenn der Versicherer aufgrund der auf der Rechnung enthaltenen Informationen zum Schluss komme, dass der Rechnungsbetrag ungewöhnlich hoch sei, könne er ja gemäss Art. 42 Abs. 4 KVG von den Leistungserbringern die entsprechenden medizinischen Auskünfte einverlangen, wobei diese Zusatzinformationen den Vertrauensärzten bekannt zu geben seien. So werde sichergestellt, dass keine Daten fliessen, welche die Versicherung nicht auch tatsächlich für die Prüfung der Leistungspflicht und der Wirtschaftlichkeit im Einzelfall benötige. Sobald es hingegen nicht mehr um die Überprüfung der Rechnung gehe, sondern um die Abklärung der Frage, ob die Leistungserbringer wirtschaftlich arbeiteten, brauche es keine personenbezogenen medizinischen Angaben mehr. Diese Beurteilung könne auf der Basis pseudonymisierter Angaben erfolgen.

4.2.2 Die Wirtschaftlichkeitsprüfung der ärztlichen Tätigkeit nach Art. 56 KVG kann einerseits nach einer statistischen Methode erfolgen (Durchschnittskostenvergleich), andererseits aber auch nach einer analytischen Methode (Einzelfallprüfung), oder schliesslich nach einer Kombination beider Methoden (BGE 119 V 454 E. 4d; vgl. auch CHRISTIAN SCHÜRER, Honorarrückforderung wegen Überarztung bei ambulanter ärztlicher Behandlung – Materiellrechtliche Aspekte, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser [Hrsg.], Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung, St. Gallen 2001, S. 78 ff.; GEBHARD EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Bern 2003, insbesondere S. 74 ff.). Nach der (anlässlich der Beurteilung ambulanter Leistungen) etablierten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die statistische Methode der analytischen wo möglich vorzuziehen. Die analytische Methode gelangt im allgemeinen nur dann zur Anwendung, wenn es an zuverlässigen Angaben für einen Durchschnittskostenvergleich fehlt (Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2004, K 150/03, E. 6.1).

Die Methodenwahl ist jedoch letztlich eine Frage der Zweckmässigkeit und steht im Ermessen der Prüfinstanzen (siehe nur GEBHARD EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Bern 2003, S. 87, mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre).

4.2.3 Die Wirtschaftlichkeitskontrolle nach der statistischen Methode setzt namentlich voraus, dass sich das Vergleichsmaterial hinreichend ähnlich zusammensetzt. Hinsichtlich der ambulanten Behandlungen frei praktizierender Ärzte bedeutet dies, dass die wesentlichen Merkmale der Praxen der Vergleichsgruppe untereinander und mit der Praxis des geprüften Arztes übereinstimmen müssen, die Vergleichsgruppe eine Mindestgrösse mit einer Mindestzahl von Krankheitsfällen aufweisen muss, der Vergleich sich über einen genügend langen Zeitraum erstrecken und beim geprüften Arzt eine ausreichend grosse Zahl von Behandlungsfällen einbezogen werden muss (zum Ganzen ausführlich GEBHARD EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Bern 2003, S. 138 ff.; siehe auch KURZ GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel u.a. 2007, Rz. 793, mit Hinweisen).

An die qualitative Zusammensetzung der Vergleichsgruppe sind – da sich sonst eben kein aussagekräftiger Vergleich anstellen lässt – hohe Ansprüche zu stellen. In quantitativer Hinsicht wird in der Literatur – im Gegensatz zur Praxis des Bundesgerichts, die in den Erwartungen an die Grösse einer Vergleichsgruppe bescheidener ist – gut begründet vertreten, dass die Zahl von zehn Vergleichspraxen in keinem Fall unterschritten werden sollte (GEBHARD EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Bern 2003, S. 169 ff., mit zahlreichen Hinweisen, auch zur Praxis des Bundesgerichts).

4.2.4 Im stationären Bereich setzt die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit mittels statistischer Methode nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts in qualitativer Hinsicht namentlich voraus, dass die Vergleichsgruppen insbesondere ein vergleichbares Leistungsangebot und Patientengut umfassen (vgl. RKUV 3/2002 195). So gebietet doch der Grundsatz der Rechtsgleichheit, dass die Leistungen und Kosten innerhalb der Vergleichsgruppe der Spitäler (derselben Versorgungsstufe) anhand bestimmter Kriterien fassbar und vergleichbar sind, so insbesondere hinsichtlich Diagnostik und Therapie, Zahl und Art sowie Schweregrad der Fälle. Die Erfahrung mit Vergleichen zwischen Spitälern zeigt, dass sich daraus schlüssige Vergleiche nicht durch eine blossige Gegenüberstellung der Tarife gewinnen lassen (vgl. hinsichtlich des [diesbezüglich vergleichbaren] Benchmarkings gestützt auf Art. 43 Abs. 4 und 6 KVG RKUV 3/2005 159).

4.2.5 Aufgrund der wie aufgezeigt hohen Anforderungen insbesondere an die hinreichende Vergleichbarkeit geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit stationärer Leistungen grundsätzlich nach der analytischen Methode (Einzelfallprüfung), allenfalls durch eine genügend grosse Anzahl von (gezielten) Stichproben (zur Stichprobenkontrolle vgl. BGE 133 V 359 E. 8.1), vorgegangen werden muss, und die aufwändige statistische Methode nur im Ausnahmefall anwendbar ist.

4.2.6 Entsprechend hat die vorliegend zu beurteilende Prüfung der Wirtschaftlichkeit (sowie die Prüfung der Rechnungsstellung) im Einzelfall nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts regelmässig bereits im Rahmen der Eintrittsmeldung respektive der Rechnungsstellung zu erfolgen.

Laut Art. 5 des hier zu beurteilenden Tarifvertrags melden die Leistungserbringer den Versicherern die Eintritte, Wiedereintritte und Verlängerungen der Spitalaufenthalte der Patienten auf dem durch die Vertragsparteien vereinbarten Formular gemäss Anhang 2 und verlangen eine Kostengutsprache. Die Versicherer können innerhalb von drei Arbeitstagen gegenüber dem Spital eine Kostengutsprache schriftlich begründet ablehnen. Nach dieser Frist gilt die Kostengutsprache als erteilt (unter Vorbehalt von Nichtpflichtleistungen). Ohne anders lautende Informationen des Versicherers wird Kostengutsprache für 30 Tage erteilt.

Gemäss dieser hier zu beurteilenden vertraglichen Vereinbarung soll demnach die Wirtschaftlichkeitskontrolle (nach der analytischen Methode) – in Einklang mit den oben aufgezeigten Grundlagen – wo möglich bereits im Stadium der Eintrittsmeldung durchgeführt werden.

4.2.7 Eine Einzelfallprüfung anhand der in einem bestimmten Zeitraum ergangenen Rechnungen kann sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht auf eine blosser Rechnungskontrolle beschränken, sondern hat sich auch darauf zu erstrecken, ob der Behandlungsaufwand unter Berücksichtigung des Krankheitsbildes und des angestrebten Heilerfolges notwendig und vertretbar war (Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 1996, K 39/95, teilweise veröffentlicht in KSK 1996 S. 146; vgl. auch CHRISTIAN SCHÜRER, Honorarrückforderung wegen Überarztung bei ambulanter ärztlicher Behandlung – Materiellrechtliche Aspekte, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser [Hrsg.], Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung, St. Gallen 2001, S. 78).

Sie setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts voraus, dass für jeden Einzelfall Kenntnis über die Diagnose, die durchgeführten Untersuchungen und Behandlungen sowie das angestrebte diagnostische und therapeutische Ziel besteht (so explizit Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juli 2003, K 108/01, E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts vom 13. Mai 2003, K 107/01, E. 6.2.1, mit Hinweisen). In BGE 133 V 359 schliesslich erachtete das Bundesgericht (hinsichtlich der Pflegebedarfseinstufung in Pflegeheimen) Pflegeberichte und Vitalzeichenkontrollen als adäquate Grundlage zur Wirtschaftlichkeitskontrolle.

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts erweisen sich die Diagnose und der Eingriffscode somit als geeigneter und adäquater Ausgangspunkt zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit (siehe auch die Ausführungen von GEBHARD EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Bern 2003, S. 82 f., zur "gemilderten Einzelfallprüfung").

Sollte sich anhand dieser Ausgangsinformationen zeigen, dass weitere medizinische Auskünfte erforderlich sind, so könnten diese im Rahmen von Art. 42 Abs. 4 und 5 KVG – gegebenenfalls über den Vertrauensarzt – einverlangt werden.

4.3 Bereits aufgrund der gleichzeitigen Übermittlung der Eintrittsmeldung und der Diagnose respektive der Rechnung und der Diagnose und dem Eingriffscode dürfte sich eine Anonymisierung beziehungsweise Pseudonymisierung der medizinischen Daten in der Regel als nicht praktikabel erweisen. Zudem ist der Versicherte insbesondere in einem System von Fallkostenpauschalen darauf angewiesen, über eventuelle mehrfache Hospitalisationen in ein und demselben Fall orientiert zu sein, was bedingt, dass der Versicherte identifizierbar sein muss. Eine entsprechende Notwendigkeit wiesen auch die in das Gutachten des Datenschützers eingebundenen Krankenversicherer nach (EDBÖ, TARMED und Datenschutz, Bericht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vom 22. Juni 2004, S. 10 f.).

Anders stellt sich die Lage bei der vom Bundesamt für Statistik erstellten medizinischen Statistik der Krankenhäuser nach Art. 43 Abs. 4 und 6 KVG dar, welche den Tarifpartnern und den zuständigen Behörden die Durchführung von Vergleichen zwischen den Spitälern ermöglicht, um im Rahmen von Tariffestsetzungsverfahren die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der Leistungen (global) zu überprüfen (siehe hierzu auch E. 4.2.4). Vor dem Hintergrund des "patientenübergreifenden"

Zwecks dieser Statistik erweist sich hierbei eine Anonymisierung der Personendaten aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips als angebracht und ohne weiteres möglich (vgl. hierzu kurz BRUNO BAERISWYL, Entwicklungen und Perspektiven des Datenschutzes in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern – Erfahrungen aus dem Kanton Zürich, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 64 f.). Aufgrund des unterschiedlichen Zwecks und Hintergrunds dieser Statistik kann jedoch hieraus für den vorliegend zu beurteilenden Fall, der Prüfung der Wirtschaftlichkeit und der Rechnungskontrolle im Einzelfall, gerade nicht derselbe Schluss gezogen werden.

4.4 Aus diesen Gründen erweist sich somit die tarifvertragliche Vereinbarung der systematischen Weitergabe von Diagnosen mit der Eintrittsmeldung respektive von Diagnosen und von Eingriffs-codes mit der Rechnung, in der Regel in nicht anonymisierter Form (zumindest hinsichtlich Einzelfallprüfungen), an sich nicht als unverhältnismässig.

5.

Im vorliegend zu prüfenden Vertrag haben die Tarifpartner vereinbart, dass die Leistungserbringer im Rahmen der Eintrittsmeldung die (Eintrittsindikation oder) -diagnose anzugeben und dem Versicherer weiterzugeben hat, sowie im Rahmen der Rechnungsstellung die "Diagnose gemäss Artikel 42 Absatz 4 KVG" sowie den "Eingriffs-Code gemäss ICD-9-Code (CHOP-2)". Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob hiermit eine genügend präzise vertragliche Vereinbarung besteht, welche in concreto den Ansprüchen des Verhältnismässigkeitsprinzips und insbesondere dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs genügt.

5.1

5.1.1 Nach dem Wortlaut von Art. 42 Abs. 5 KVG ist der Leistungserbringer in begründeten Fällen berechtigt und auf Verlangen der versicherten Person in jedem Fall verpflichtet, medizinische Angaben nur dem Vertrauensarzt bekannt zu geben. Entgegen dem Wortlaut der ersten Tatbestandsvariante ist aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips davon auszugehen, dass – sofern notwendig – die medizinischen Auskünfte zwingend an den Vertrauensarzt erfolgen müssen.

Als notwendig erweist sich die Weitergabe medizinischer Auskünfte an den Vertrauensarzt bei "heiklen" beziehungsweise von einem (erheblichen) Teil der Bevölkerung als stigmatisierend empfundenen Krankhei-

ten. So drängt sich die Weitergabe an den Vertrauensarzt beispielsweise bei bestimmten psychischen Erkrankungen, Geschlechtskrankheiten oder bei Folgeschäden nach Suizidversuchen. Den Leistungserbringern kommt hierbei ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. In Zweifelsfällen ist der Weg über den Vertrauensarzt einzuschlagen (siehe auch betreffend TARMED PETER MEIER, Wieviel muss oder darf die Krankenkasse wissen?, Schweizerische Ärztezeitung 2004, S. 1160).

5.1.2 Der Versicherte muss – beispielsweise im Rahmen der von ihm auszufüllenden Eintrittsdokumentation – ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass er gemäss Art. 42 Abs. 5 KVG die Weitergabe der medizinischen Angaben an den Vertrauensarzt verlangen kann (siehe auch GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 99, wonach der Leistungserbringer verpflichtet ist, den Patienten über die Anfrage des Krankenversicherers zu informieren, wenn der Patient ein mögliches Interesse an der Weitergabe der Information nur an den Vertrauensarzt haben könnte).

5.1.3 Um Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung zu vermeiden, erweist es sich als zwingend, die Modalitäten hinsichtlich der Weitergabe bestimmter Daten an den Vertrauensarzt (beispielsweise durch die Etablierung einer nicht abschliessenden Aufzählung) sowie der Information der Patienten über ihre diesbezüglichen Rechte auf tarifvertraglicher Ebene, gemäss beziehungsweise in Analogie zu Art. 59 Abs. 2 KVV, zu regeln.

5.2 Ferner regelt der hier zu beurteilende Vertrag nicht, ob, gegebenenfalls in welcher Form und wie lange die fraglichen medizinischen Daten aufbewahrt werden sollen. Dem Bundesverwaltungsgericht erscheint es jedoch unverhältnismässig, die personenbezogenen medizinischen Daten unbeschränkt und in der ursprünglichen Form aufzubewahren, so dass die Vertragsparteien entsprechende Regelungen vorzusehen haben (vgl. auch Art. 59 Abs. 1^{ter} KVV in der ab dem 1. Januar 2009 geltenden Fassung).

5.3 Das Verhältnismässigkeitsprinzip erfordert ferner, dass die Diagnosen nur in der Art und dem Detaillierungsgrad weitergegeben werden, wie dies der Zweck, das heisst namentlich die Prüfung der Leistungspflicht und der Wirtschaftlichkeit durch die Versicherer im Hinblick auf ein wirtschaftliches Gesundheitssystem, erfordert.

5.3.1 Weitergegeben dürfen deshalb insbesondere nur Diagnosen, die im Rahmen der erbrachten Leistung relevant sind, die also im Zusammenhang mit der Behandlung stehen (vgl. auch die entsprechende Stellungnahme der in EDBÖ, TARMED und Datenschutz, Bericht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vom 22. Juni 2004, S. 10).

5.3.2 Die Codierung von Diagnosen hat – im Gegensatz zu Klartextdiagnosen – den Vorteil, dass damit eine Standardisierung erreicht werden kann, und somit insbesondere auch Vergleiche ermöglicht werden (siehe GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 106). Ferner könnten nicht mit den Dossiers behaftete Personen aus den Codes weniger leicht auf die entsprechende Diagnose schliessen. Aus datenschützerischer Sicht ist deshalb eine Codierung vorzusehen.

5.3.3 Durch die Weitergabe sehr unbestimmter, allgemeiner Diagnosen (beispielsweise: "orthopädische Erkrankung") können die Versicherer die ihnen gesetzlich übertragenen Aufgaben, die Prüfung ihrer Leistungspflicht und der Wirtschaftlichkeit, nicht erfüllen. Hingegen könnte durch die Weitergabe sehr präziser Diagnosen, insbesondere soweit sie Rückschlüsse auf die soziale Situation erlauben, bestimmte Verhaltensweisen kennzeichnen oder von einem Teil der Bevölkerung als stigmatisierend empfunden werden, das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt werden. Namentlich enthalten auch diverse Diagnosen der ICD-Codierung Angaben über Einflüsse aus dem familiären oder beruflichen Umfeld (vgl. auch GEBHARD EUGSTER/RUDOLF LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann/Reto Jacobs/Tomas Poledna [Hrsg.], Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 106 f.; ISABELLE HÄNER, Datenschutz in der Krankenversicherung, DIGMA 2003, S. 149).

5.3.4 Es obliegt deshalb den Tarifpartnern, im Vertrag die Art und den Detaillierungsgrad der Diagnosen – beispielsweise entsprechend dem Diagnosecode, wie er für die ambulanten Behandlungen in Anhang 4 zum TARMED Rahmenvertrag vereinbart und aktuell verwendet wird – umfassend zu regeln. Generell lässt sich diesbezüglich sagen, dass, je höher der Detaillierungsgrad einer Diagnose ist, desto höhere Anforderungen auch an die "flankierenden Massnahmen" wie

beispielsweise die Weitergabe der Daten an den Vertrauensarzt zu stellen sind.

5.3.5 Analog ist auch die Weitergabe des Eingriffscode gemäss der Schweizerischen Operationsklassifikation ICD-9 (chop-2) vertraglich zu präzisieren, insbesondere hinsichtlich des Einbezugs des Vertrauensarztes und der Aufbewahrung der Daten.

Die Zulässigkeit der Weitergabe des Eingriffscode in der Form des ICD-9 (chop-2), welcher (wie jedoch namentlich auch die mit dem TARMED eingeführte Tarifstruktur) eine sehr detaillierte und präzise Struktur vorgibt, wird nur dann bejaht werden können, wenn sie von entsprechend gut greifenden flankierenden Massnahmen begleitet wird.

6.

Es ergibt sich somit aufgrund der vorstehenden Erwägungen, dass die Weitergabe der Diagnose und des Eingriffscode mit der Eintrittsmeldung respektive mit der Rechnungsstellung – im Rahmen insbesondere des Verhältnismässigkeitsprinzips und der übrigen datenschutzrelevanten Bestimmungen – nur dann zulässig ist, wenn deren genaue Ausgestaltung gemäss dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs von den Parteien tarifvertraglich geregelt wird.

7.

Vorliegend besteht kein Anlass, den vom Regierungsrat mit Beschluss vom 29. August 2007 genehmigten Teil des Vertrages (zur Zulässigkeit einer Teilgenehmigung, soweit dies zwischen den Parteien unbestritten ist, vgl. den [unveröffentlichten] Entscheid des Bundesrates vom 1. Juli 1998 i.S. Festsetzung eines Pflegeheimtarifs im Kanton TG, E. 2) einer fundierten gerichtlichen Prüfung zu unterziehen, so dass dieser genehmigte Teil mit dem vorliegenden Urteil in Rechtskraft erwachsen wird.

8.

Zusammengefasst erweist sich somit der angefochtene Regierungsratsbeschluss Nr. 1445 vom 29. August 2007, mit dem insbesondere die fraglichen Bestimmungen zur Weitergabe der Diagnose beziehungsweise des Eingriffscode an die Versicherer nicht genehmigt worden sind, im Ergebnis (nicht aber in der Begründung) als richtig. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

9.

Zu entscheiden ist noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

9.1 Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 1'500.-- festgelegt und sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin zu auferlegen (Art. 63 VwVG; der Beschwerdegegner hat sich vorliegend sinngemäss nicht mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt; hierzu ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 206 Rz. 4.41 mit Hinweisen). Sie werden mit dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.- verrechnet.

9.2 Es ist keine Parteientschädigung zu gewähren (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

10.

Aufgrund von Art. 83 Bst. r des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) kann gegen diesen Entscheid keine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht geführt werden (wobei sich der dortige Verweis auf Art. 34 VGG als gesetzgeberisches Versehen erweist, wurde doch diese Bestimmung per 1. Januar 2009 durch Ziff. II des BG vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung] aufgehoben und durch Art. 53 Abs. 1 KVG und Art. 90a KVG abgelöst [beide eingefügt gemäss Ziff. I des BG vom 21. Dezember 2007]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung gewährt.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdegegner (mit Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (mit Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (mit Gerichtsurkunde)
- den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (mit Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Dominique Gross

Versand: