24

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i. S. santésuisse gegen Regierungsrat des Kantons Bern und A.
C-6570/2007 vom 29. Mai 2009

Soziale Krankenversicherung. Tarifgenehmigung; vertraglich vereinbarte Weitergabe der Diagnose und des Eingriffscodes. Grundsatzurteil.

Art. 42 und Art. 84 f. KVG.

1. **Aufgrund der hohen Anforderungen an die hinreichende Vergleichbarkeit ist bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit stationärer Leistungen grundsätzlich nach der analytischen Methode (Einzelfallprüfung), allenfalls durch eine genügend grosse Anzahl von (gezielten) Stichproben, vorzugehen; die Diagnose und der Eingriffscode erweisen sich als geeigneter und adäquater Ausgangspunkt zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit (E. 4.2.7).**
2. **Das KVG enthält mit Art. 42 Abs. 3 und 4 KVG, in Verbindung mit Art. 84 und Art. 84*a* KVG, eine genügende rechtliche Grundlage für eine tarifvertraglich vereinbarte systematische Weitergabe der Diagnose und des Eingriffscodes in (in der Regel) nicht anonymisierter Form (E. 3 f.).**
3. **Die Weitergabe der Diagnose und des Eingriffscodes mit der Eintrittsmeldung respektive der Rechnungsstellung ist im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips und der übrigen datenschutzrelevanten Bestimmungen zulässig, wenn deren genaue Ausgestaltung gemäss dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs von den Parteien tarifvertraglich geregelt wird (E. 5 f.).**
4. **Dieser Entscheid ist letztinstanzlich (E. 10).**

Assurance-maladie sociale. Approbation des tarifs; transmission de diagnostics et de codes d'intervention, prévue contractuellement. Arrêt de principe.

Art. 42 et art. 84 s. LAMal.

1. **Vu les exigences élevées en matière de comparabilité, l'examen du caractère économique des prestations hospitalières doit, en principe, être effectué selon la méthode analytique (examen au cas par cas) ou, à tout le moins, au moyen de sondages suffi-**

samment nombreux et ciblés; le diagnostic et le code d'intervention sont des bases appropriées et adéquates pour l'examen du caractère économique (consid. 4.2.7).

2. L'art. 42 al. 3 et 4 en relation avec l'art. 84 et l'art. 84*a* LAMal constitue une base juridique suffisante permettant la transmission systématique, prévue dans les conventions tarifaires, de diagnostics et de codes d'intervention, en règle générale sous forme non anonymisée (consid. 3 s.).

3. La transmission du diagnostic et du code d'intervention avec la déclaration d'entrée ou avec la facturation est admissible eu égard au principe de la proportionnalité et aux autres normes en matière de protection des données, si les parties déterminent avec précision ses modalités dans la convention tarifaire conformément au principe de l'atteinte minimale (consid. 5 s.).

4. Cet arrêt est définitif (consid. 10).

Assicurazione sociale malattie. Approvazione delle tariffe; trasmissione stipulata contrattualmente di diagnosi e di codici di intervento. Sentenza di principio.

Art. 42 e art. 84 seg. LAMal.

1. Sulla scorta dei severi requisiti in materia di comparabilità, nell'ambito della valutazione dell'economicità delle prestazioni ospedaliere è di principio necessario procedere secondo il metodo analitico (valutazione caso per caso) o eventualmente per mezzo di un numero sufficientemente elevato di controlli a campione (mirati); la diagnosi ed il codice di intervento risultano essere un punto di partenza idoneo e adeguato per la valutazione dell'economicità (consid. 4.2.7).

2. L'art. 42 cpv. 3 e 4 LAMal, in combinato disposto con l'art. 84 e l'art. 84*a* LAMal, costituisce una base legale sufficiente per una trasmissione sistematica della diagnosi e del codice di intervento, stipulata contrattualmente, di regola, in forma non anonimizzata (consid. 3 seg.).

3. La trasmissione della diagnosi e del codice di intervento con la dichiarazione d'entrata, ed in particolare con la fatturazione, è ammissibile dal punto di vista del principio della proporzionalità e delle altre norme rilevanti in materia di protezione dei dati, se la sua esatta modalità è regolata dalle parti nella

convenzione tariffale conformemente al principio della minor ingerenza possibile (consid. 5 seg.).

4. La presente decisione è definitiva (consid. 10).

Mit Beschluss Nr. 1445 vom 29. August 2007 genehmigte der Regierungsrat des Kantons Bern (nachfolgend: Regierungsrat) gestützt auf Art. 46 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) den zwischen santésuisse, Die Schweizer Krankenversicherer, handelnd durch santésuisse, Geschäftsstelle Bern (nachfolgend: Beschwerdeführerin) und A. abgeschlossenen Tarifvertrag vom 15. September 2006 betreffend die Behandlung von stationären Akutpatienten der allgemeinen Abteilung in öffentlichen Spitälern des Kantons Bern, mit Ausnahme der in Ziff. 1.1 und Ziff. 1.2 des Dispositivs erwähnten Vertragsteile. Mit Ziff. 1.1 wurde im Musterformular von Anhang 2 des Tarifvertrags in der Rubrik « Eintrittsindikation oder -diagnose » der Teil « oder -diagnose » nicht genehmigt. Mit Ziff. 1.2 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 diese 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.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 28. September 2007 Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung von Ziff. 1.1 und Ziff. 1.2 des Dispositivs des Regierungsratsbeschlusses und die Genehmigung der umstrittenen Tarifvertragsteile.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin 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 Eingriffscodes überwiesen würden. Es sei widersinnig, den Krankenversicherern mit der Weigerung der systematischen Bekanntgabe der Diagnose und des Eingriffscodes 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.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

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 [vgl. 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–Art. 31 KVG nach Massgabe der in den Art. 32–Art. 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 gesundheit-

liche 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 (BR). 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 (Kranken- und Unfallversicherung: Rechtsprechung und Verwaltungspraxis [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 Konsultationspflicht nachgekommen.

2.4 Nach Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) richtet sich das Verfahren vor dem BVGer nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), 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 BVGer 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) i.V.m. 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 insbes. YVONNE JÖHRI/MARCEL STUDER, Art. 17, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Datenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2006, Rz. 47 ff.).

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–Art. 34 KVG festgelegten Voraussetzungen die Kosten für Leistungen gemäss Art. 25–Art. 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 [BGer] K 39/95 vom 11. Juli 1996, teilweise veröffentlicht in: Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer [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 Rechnungsstellung 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 BGer K 124/03 vom 16. Juni 2004 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–Art. 31 KVG erbrachten Leistungen neben der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit auch deren Wirtschaftlichkeit voraus (siehe hierzu EUGSTER, a. a. O., S. 35 ff.; siehe auch GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel u. a. 2007, insbes. Rz. 297 ff. [nachfolgend: Krankenversicherung]).

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 [BBl 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. 84*a* 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 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des

Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1) 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 Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB; ab 1. Juli 2006 Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter [EDÖB]) (siehe insbes. EDSB, TARMED und Datenschutz, Bericht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vom 22. Juni 2004, S. 7 f. [im Folgenden: Bericht EDSB]; vgl. auch die Vernehmlassung des EDÖB 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 EDSB, 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 Eingriffscodes 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 Eingriffscodes 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 Bericht EDSB, 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 des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBl 1991 I 171]; EUGSTER/LUGINBÜHL, a. a. O., 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 (EUGSTER/LUGINBÜHL, a. a. O., S. 101).

3.3.4.2 In Art. 59 KVV regelt der BR, 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; EUGSTER/LUGINBÜHL, a. a. O., S. 109; UELI KIESER, Leistungserbringer in der Krankenversicherung, Schweizerische Juristen-Zeitung 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 BGer in BGE 133 V 359 (zu diesem Urteil kurz URSULA UTTINGER, Empfehlungen des EDÖB vom 17. April 2007 und Urteil des BGer K 12/06 vom 21. März 2007, Haftung und Versicherung 2007, S. 256 f.) und daran anschliessenden Praktikabilitätsüberlegungen: Das BGer 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 Vitalzeichen-

kontrollen 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 (bzw. 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 des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 (BBl 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 vom 5. Juni 2002 vor, welcher vom BR 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 i.V.m. Art. 84 und Art. 84*a* 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 Eingriffscodes 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 EUGSTER/LUGINBÜHL, a. a. O., 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. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 581 ff. mit Hinweisen).

Die Auskunftspflicht der Leistungserbringer gegenüber den Versicherern 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 BGer K 90/01 vom 27. November 2001 E. 2c; EUGSTER/LUGINBÜHL, a. a. O., S. 81; BAERISWYL, a. a. O., 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 [Hrsg.], Etudes de droit social, Genf 2001, S. 64; THOMAS EICHENBERGER, Löcher im Datenschutz der Krankenversicherer, Schweizerische Ärztezeitung 2006, S. 505; HÄNER, a. a. O., 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 notwen-

digenfalls 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 (HÄNER, a. a. O., S. 146).

4.2

4.2.1 Die Vorinstanz bringt mit Verweis auf den EDÖB vor, dass im Rahmen der Eintrittsmeldung die Diagnose beziehungsweise im Rahmen 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 dem Vertrauensarzt 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.; EUGSTER, a. a. O., insbes. S. 74 ff.). Nach der (anlässlich der Beurteilung ambulanter Leistungen) etablierten Rechtsprechung des BGer 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 BGer K 150/03 vom 18. Mai 2004 E. 6.1).

Die Methodenwahl ist jedoch letztlich eine Frage der Zweckmässigkeit und steht im Ermessen der Prüfinstanzen (siehe nur EUGSTER, a. a. O., 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 EUGSTER, a. a. O., S. 138 ff.; siehe auch kurz EUGSTER, Krankenversicherung, 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 BGer, 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 (EUGSTER, a. a. O., S. 169 ff. mit zahlreichen Hinweisen, auch zur Praxis des BGer).

4.2.4 Im stationären Bereich setzt die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit mittels statistischer Methode nach Ansicht des BVGer 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 blosse Gegenüberstellung der Tarife gewinnen lassen (vgl. hinsichtlich des [diesbezüglich vergleichbaren] Benchmarkings gestützt auf Art. 43 Abs. 4 und 6 KVG in: RKUV 3/2005 159).

4.2.5 Aufgrund der wie aufgezeigt hohen Anforderungen insbesondere an die hinreichende Vergleichbarkeit geht das BVGer 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 Stichprobenkon-

trolle 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 BVGer 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 BGer nicht auf eine blosse 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 BGer K 39/95 vom 11. Juli 1996, teilweise veröffentlicht in: KSK 1996 S. 146; vgl. auch Schürer, a. a. O., S. 78).

Sie setzt nach der Rechtsprechung des BGer 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 BGer K 108/01 vom 15. Juli 2003 E. 6.2, Urteil des BGer K 107/01 vom 13. Mai 2003 E. 6.2.1 mit Hinweisen). In BGE 133 V 359 schliesslich erachtete das BGer (hinsichtlich der Pflegebedarfseinstufung in Pflegeheimen) Pflegeberichte und Vitalzeichenkontrollen als adäquate Grundlage zur Wirtschaftlichkeitskontrolle.

Nach Ansicht des BVGer erweisen sich die Diagnose und der Eingriffscode somit als geeigneter und adäquater Ausgangspunkt zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit (siehe auch die Ausführungen von Eugster, a. a. O., 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 Versicherer 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 (Bericht EDSB, 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 (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 Baeriswyl, a. a. O., 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 Eingriffscodes 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 haben, 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 con-

creto 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 Krankheiten. So drängt sich die Weitergabe an den Vertrauensarzt beispielsweise auf 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 MEIER, a. a. O., S. 1160).

5.1.2 Der Versicherte muss – bspw. 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 EUGSTER/LUGINBÜHL, a. a. O., 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 (bspw. 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 BVGer erscheint es jedoch unverhältnismässig, die personenbezogenen medizinischen Daten unbeschränkt und in der ursprünglichen Form aufzubewahren, so dass die Vertragsparteien ent-

sprechende Regelungen vorzusehen haben (vgl. auch Art. 59 Abs. 1ter 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 des EDSB im Bericht EDSB, 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 EUGSTER/LUGINBÜHL, a. a. O., S. 106). Ferner könnten nicht mit den Dossiers betraute 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 EUGSTER/LUGINBÜHL, a. a. O., S. 106 f.; HÄNER, a. a. O., S. 149).

5.3.4 Es obliegt deshalb den Tarifpartnern, im Vertrag die Art und den Detaillierungsgrad der Diagnosen – bspw. 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 Eingriffscodes 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 Eingriffscodes 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 Eingriffscodes 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 BR vom 1. Juli 1998 i. S. Festsetzung eines Pflegeheimtarifs im Kanton Thurgau, 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 Eingriffscodes an die Versicherer nicht genehmigt worden sind, im Ergebnis (nicht aber in der Begründung) als richtig. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

9. – 9.2 (...)

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 BGer 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. 90*a* KVG abgelöst [beide eingefügt gemäss Ziff. I des BG vom 21. Dezember 2007]).