

PD Dr. Patricia M. Schiess Rütimann

## Weitergabe von Patientendaten zur Rechnungstellung

Kritische Bemerkungen zum aktuellen Stand der Gesetzgebung betreffend SwissDRG

---

Die «Vereinbarung über ergänzende Anwendungsmodalitäten bei der Einführung der Tarifstruktur SwissDRG» scheiterte im Sommer 2011. Der Verband der Schweizer Spitäler H+ und die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH kritisierten die vorgesehene Übermittlung aller Diagnosen und Prozeduren. Sie wäre weder anonymisiert noch pseudonymisiert erfolgt. Nach Interventionen des Bundesrates verabschiedete das Parlament am 23. Dezember 2011 eine Ergänzung von Art. 42 KVG um einen Abs. 3<sup>bis</sup>. Die Autorin erläutert den Konflikt um die Daten der Spitalpatientinnen und -patienten und würdigt das Vorgehen der beteiligten Akteure kritisch.

---

Rechtsgebiet(e): Gesundheitsrecht; Datenschutz; Beiträge

Zitiervorschlag: Patricia M. Schiess Rütimann, Weitergabe von Patientendaten zur Rechnungstellung, in: Jusletter 30. Januar 2012

## Inhaltsübersicht

- I. Ziel dieses Beitrages
  - II. Die Fallpauschalen
    1. Einführung per 1. Januar 2012
    2. Gesetzliche Grundlage
  - III. Streitpunkt: Umfang der Datenübermittlung
    1. Die Argumente für und gegen eine umfassende Übermittlung der Patientendaten
    2. Die Regelung gemäss der gescheiterten Vereinbarung der Tarifpartner
    3. Kritik an der gescheiterten Vereinbarung der Tarifpartner
      - 3.1 Fragwürdige Bezugnahme auf BVGE 2009/24
      - 3.2 Missachtung des ausdrücklichen Willens des Parlaments
      - 3.3 Weitere Kritik
    4. Eingreifen von Bundesrat und BAG
  - IV. Frage nach der Zuständigkeit des Bundes
    1. Die Frage
    2. Der nicht Gesetz gewordene Art. 49 Abs. 1 Satz 4 Entwurf-KVG
    3. Unterscheidung zwischen der Festsetzung der Tarife und den Modalitäten der Rechnungstellung
      - 3.1 Festsetzung der Tarife: subsidiäre Kompetenz der Kantone
      - 3.2 Modalitäten der Rechnungstellung: subsidiäre Kompetenz des Bundes
  - V. Revision von KVV und KVG
  - VI. Kritische Bemerkungen zum Gesetzgebungsprozess
    1. Fragwürdige Legitimation von santésuisse und H+
    2. Fehlende Beachtung des Gesetzmässigkeitsprinzips
    3. Hastiges Vorgehen des Bundesrates
      - 3.1 Einheit der Materie zu wenig beachtet
      - 3.2 Bezugnahme auf die gescheiterte Vorlage über die Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung
      - 3.3 Hängige Motionen nicht abgearbeitet
  - VII. Rückblick und Ausblick
- Bibliografie

## I. Ziel dieses Beitrages

[Rz 1] Am 23. Dezember 2011 passierte die Parlamentarische Initiative «Tarmed. Subsidiäre Kompetenz des Bundesrates» die Schlussabstimmung.<sup>1</sup> Sie beinhaltet eine Ergänzung von Art. 42 KVG<sup>2</sup> um einen Abs. 3<sup>bis</sup>. Den Antrag auf Ergänzung um Abs. 3<sup>bis</sup> und Neufassung von Abs. 4 hatte der Bundesrat unmittelbar nach dem Scheitern der «Vereinbarung über ergänzende Anwendungsmodalitäten bei der Einführung der Tarifstruktur SwissDRG» (im Folgenden «Ergänzungsvereinbarung» genannt) gestellt. Die beiden neuen Bestimmungen regeln die Rechnungstellung der Leistungserbringer an die Versicherer. Sie verlangen, dass auf jeder Rechnung die «Diagnosen und Prozeduren» codiert aufgeführt werden und der Bundesrat nähere Vorschriften erlässt.

[Rz 2] Dieser Beitrag erläutert, wie es dazu kam, dass sich das Parlament zu den auf den Rechnungen aufzuführenden Patientendaten äussern musste. Das Schwergewicht liegt dabei auf der Darstellung der unterschiedlichen Interessen, wegen derer die Mitglieder von H+<sup>3</sup> im Sommer 2011 der von

den Tarifpartnern santésuisse<sup>4</sup> und H+ ausgearbeiteten Ergänzungsvereinbarung nicht zustimmten. Die Vereinbarung hätte der Umsetzung der mit der KVG-Revision vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung)<sup>5</sup> beschlossenen Abrechnung mittels leistungsbezogenen Fallkostenpauschalen gedient.

[Rz 3] Im Folgenden stehen nicht datenschutzrechtliche Ausführungen über den Umgang mit Gesundheitsdaten im Vordergrund.<sup>6</sup> Erwähnt sei jedoch, dass es sich bei Daten über die Gesundheit gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG<sup>7</sup> um besonders schützenswerte Personendaten handelt. Keine besondere Beachtung finden in diesem Beitrag die finanziellen Interessen der Patientinnen und Patienten, die als Versicherte und Steuerzahlende hoffen, dass die von der Einführung der Fallpauschalen erwarteten positiven Effekte eintreten und die Abrechnung im System des SwissDRG nicht unnötige Kosten bei Leistungserbringern, Versicherern und den Kantonen verursachen.<sup>8</sup> Vielmehr zeigen eine Chronologie der Ereignisse und eine Zusammenstellung der Stellungnahmen der Akteure, warum die Krankenversicherer ein Interesse an der Übermittlung möglichst umfangreicher Angaben zur Behandlung der Patientinnen und Patienten und an den Diagnosen haben, während Spitäler, Ärzteschaft und Datenschutzbeauftragte fürchten, dass die systematische Übermittlung detaillierter Daten das Arztgeheimnis verletzt und die Interessen der Patientinnen und Patienten missachtet.

[Rz 4] Kritische Bemerkungen zum Normsetzungsprozess, der unter grossem Zeitdruck stattfand und in den das Parlament erst spät einbezogen wurde, runden die Ausführungen ab.

## II. Die Fallpauschalen

### 1. Einführung per 1. Januar 2012

[Rz 5] Per 1. Januar 2012<sup>9</sup> gilt für die stationär in einem Spital oder Geburtshaus<sup>10</sup> erbrachten Behandlungen das neue Tarifsystem «SwissDRG»<sup>11</sup>. Es wurde gestützt auf das deutsche G-DRG-System entwickelt.<sup>12</sup> Seine Grundlage findet

<sup>1</sup> Siehe den Wortlaut der revidierten Bestimmungen in BBI 2012, S. 55.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG), SR 832.10.

<sup>3</sup> H+: Verband der Schweizer Spitäler, www.hplus.ch.

<sup>4</sup> Santésuisse: Die Schweizer Krankenversicherer (Branchenorganisation der Schweizer Krankenversicherer), www.santesuisse.ch.

<sup>5</sup> Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung), AS 2008, S. 2049 ff.

<sup>6</sup> Siehe dazu in neuerer Zeit insbesondere FÜNFKIRCHEN, RECHTSGUTACHTEN MIOTTI, S. 26 ff. und S. 34 ff. sowie PRIEUR.

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.

<sup>8</sup> Zum finanziellen Interesse der Versicherten: HÄNER, S. 146.

<sup>9</sup> Siehe Abs. 1 ÜBBest zur KVG-Änderung vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung).

<sup>10</sup> Im Folgenden werden die Geburtshäuser nicht mehr erwähnt.

<sup>11</sup> DRG steht für «Diagnosis Related Groups». Zur technischen Umsetzung des SwissDRG-Systems: FÜNFKIRCHEN, Anhang III.

<sup>12</sup> Zu Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie Anpassung und Pflege des

das System mit den leistungsbezogenen Fallpauschalen in der mit der KVG-Revision vom 21. Dezember 2007 neu geregelten Spitalfinanzierung.<sup>13</sup>

[Rz 6] Die Abrechnung der stationären Spitalleistungen mittels leistungsbezogener Fallkostenpauschalen bedeutet vereinfacht gesagt: Jede Behandlung wird «anhand von bestimmten Kriterien wie Hauptdiagnose, Nebendiagnosen, Behandlungen, Schweregrad und Alter des Patienten»<sup>14</sup> einer bestimmten Fallgruppe zugewiesen.<sup>15</sup> Die Leistungen des Spitals werden von der betroffenen Krankenkasse mit einem Pauschalbetrag pro Fall vergütet. Es erfolgt demnach «keine kostengerechte Einzelbehandlungsentschädigung», sondern es wird eine angemessene Gesamtentschädigung des Spitals angestrebt.<sup>16</sup>

[Rz 7] Mit der Einführung der Fallpauschalen werden verschiedene Ziele verfolgt.<sup>17</sup> Die Fallpauschalen sollen insbesondere für mehr Transparenz sorgen, rechnen doch in Zukunft erstmals alle Spitäler in der Schweiz nach dem gleichen System ab. Überdies soll die Versorgungsqualität verbessert und das Kostenbewusstsein der Spitäler gestärkt werden. Letztlich sollen die Gesundheitskosten sinken.<sup>18</sup>

[Rz 8] Als mögliche negative Folge wird die Gefahr genannt, dass Patientinnen und Patienten nicht die optimale Pflege erhalten oder zu rasch entlassen werden,<sup>19</sup> weil nicht die tatsächlich im Spital verbrachten Tage vergütet werden, sondern eine pauschalierte Abrechnung erfolgt.<sup>20</sup> Überdies bestehen nicht zuletzt bei Universitätsspitalern Befürchtungen,

kleinere Spitäler könnten kompliziertere, finanziell nicht attraktive Fälle an sie überweisen und die Ausbildungsleistungen der Spitäler könnten zurückgehen, weil sie nicht genügend abgegolten werden.

## 2. Gesetzliche Grundlage

[Rz 9] Die gesetzliche Grundlage für die Verrechnung der Leistungen mittels Fallpauschalen findet sich in Art. 49 KVG. Art. 49 Abs. 1 KVG lautet seit der KVG-Revision vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung):

«Für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital (...) oder einem Geburtshaus (...) vereinbaren die Vertragsparteien Pauschalen. In der Regel sind Fallpauschalen festzulegen. Die Pauschalen sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in der Pauschale enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden. Die Spitaltarife orientieren sich an der Entschädigung jener Spitäler, welche die tarifizierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen.»

[Rz 10] Mit der Revision vom 21. Dezember 2007 hat der Gesetzgeber für die stationäre Behandlung im Spital ein neues Vergütungssystem eingeführt. Hingegen hat er nichts am System der Rechnungstellung geändert. Für die Rechnungen, welche die Spitäler für die stationären Behandlungen stellen, gilt die allgemeine Bestimmung von Art. 42 KVG.<sup>21</sup> Der massgebende Art. 42 Abs. 3 KVG wurde anlässlich der Revision ergänzt. Dabei blieben jedoch die für die Weitergabe der Patientendaten entscheidenden ersten beiden Sätze unverändert.<sup>22</sup>

[Rz 11] Art. 42 Abs. 3 KVG lautet seit der Revision vom 21. Dezember 2007:

«Der Leistungserbringer muss 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. Im System

SwissDRG-Systems: [http://www.swissdrg.org/de/07\\_casemix\\_office/InformationenZuSwissDRG.asp?navid=6](http://www.swissdrg.org/de/07_casemix_office/InformationenZuSwissDRG.asp?navid=6).

<sup>13</sup> Übersicht, wie sich die Revision vom 21. Dezember 2007 auf die Spitäler des Kantons ZH auswirkt: RETO SCHERRER, *Veränderte Spitallandschaft*, NZZ, 28. Dezember 2011, Nr. 303, S. 15.

<sup>14</sup> BAG, Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV). Vorgesehene Änderungen per 1. November 2011. Änderungen und Kommentar im Wortlaut. Entwurf vom 14. September 2011, S. 2: (abrufbar unter: [http://www.hplus.ch/fileadmin/user\\_upload/H\\_\\_Politik/Vernehmlassungen/deutsch/2011/Teilrevision\\_KVV/D\\_Kommentar\\_und\\_Bestimmung\\_KVV-Revision.pdf](http://www.hplus.ch/fileadmin/user_upload/H__Politik/Vernehmlassungen/deutsch/2011/Teilrevision_KVV/D_Kommentar_und_Bestimmung_KVV-Revision.pdf)). Nicht berücksichtigt werden hingegen z.B. das Gewicht, chronische Krankheiten, Behinderungen oder Komorbiditäten: PETERS, S. 20.

<sup>15</sup> Ausführlich hierzu FÜNFKIRCHEN, Anhang II S. 2 ff. Siehe auch EUGSTER, Art. 43 KVG N 4 und GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 808.

<sup>16</sup> PETERS, S. 20.

<sup>17</sup> Auswertung der Literatur zu den Wirkungen von DRG in verschiedenen Staaten: BRÜGGER, insbesondere S. 72 ff.

<sup>18</sup> Zusammenstellung der erhofften Verbesserungen: [http://www.swissdrg.org/de/07\\_casemix\\_office/Ziele.asp?navid=7](http://www.swissdrg.org/de/07_casemix_office/Ziele.asp?navid=7).

<sup>19</sup> Zürich und Winterthur ergreifen Massnahmen, um aus dem Spital entlassene Patientinnen und Patienten betreuen zu können: SUSANNE ANDEREGG, *Aus dem Spital direkt ins Heim – aber nur vorübergehend*, Tages-Anzeiger, 21. Dezember 2011, S. 15.

<sup>20</sup> Ausführlich NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, *Stellungnahme Nr. 15/2008 vom August 2008 «Zur Einführung von diagnosebezogenen Fallpauschalen in Schweizer Spitalern»*, abrufbar unter: <http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de>.

<sup>21</sup> Zu den datenschutzrechtlichen Aspekten der Bekanntgabe der Diagnose vor der DSG-Revision vom 24. März 2006: HÄNER, S. 147 ff.

<sup>22</sup> Bis zur Revision vom 21. Dezember 2007 lautete Art. 42 KVG (AS 1995, S. 1328 ff.): «Abs. 3 Der Leistungserbringer muss 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. Im System des Tiers payant erhält die versicherte Person eine Kopie der Rechnung, die an den Versicherer gegangen ist. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten. Abs. 4 Der Versicherer kann eine genaue Diagnose oder zusätzliche Auskünfte medizinischer Natur verlangen.»

des Tiers payant erhält die versicherte Person eine Kopie der Rechnung, die an den Versicherer gegangen ist. Bei stationärer Behandlung weist das Spital die auf Kanton und Versicherer entfallenden Anteile je gesondert aus. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.»

[Rz 12] Art. 59 Abs. 1 bis Abs. 2 KVV<sup>23</sup> zur Rechnungstellung lauten:

«**Abs. 1** Die Leistungserbringer haben in ihren Rechnungen folgende Angaben zu machen:

lit. a. Kalendarium der Behandlungen;

lit. b. erbrachte Leistungen im Detaillierungsgrad, den der massgebliche Tarif vorsieht;

lit. c. Diagnosen im Rahmen von Abs. 2;

lit. d. Kennnummer der Versichertenkarte nach Art. 3 Abs. 1 Bst. f der VO vom 14. Februar 2007 über die Versichertenkarte für die obligatorische Krankenpflegeversicherung;

lit. e. Versichertennummer nach dem AHVG.

**Abs. 1bis** Für die Bearbeitung der diagnosebezogenen Daten treffen die Versicherer die nach Art. 20 VDSG erforderlichen technischen und organisatorischen datensichernden Massnahmen.

**Abs. 1ter** Zur Aufbewahrung der diagnosebezogenen Daten werden die Personalien der Versicherten pseudonymisiert. Die Aufhebung der Pseudonymisierung kann nur durch den Vertrauensarzt oder die Vertrauensärztin des Versicherers erfolgen.

**Abs. 2** Versicherer und Leistungserbringer können in den Tarifverträgen vereinbaren, welche Angaben und Diagnosen in der Regel nur dem Vertrauensarzt oder der Vertrauensärztin des Versicherers nach Art. 57 des Gesetzes bekannt zu geben sind. Im Übrigen richtet sich die Bekanntgabe der Diagnose nach Art. 42 Abs. 4 und 5 des Gesetzes. Das Departement kann auf gemeinsamen Antrag der Versicherer und der Leistungserbringer einen gesamtschweizerisch gültigen, einheitlichen Diagnose-Code festlegen.»

[Rz 13] Dieses Nebeneinander von einer Spezialbestimmung über die Vergütung von stationären Behandlungen mit der allgemeinen Bestimmung über die Rechnungstellung hat zur Folge, dass für die Vergütung der stationären Leistungen – wie in Art. 49 Abs. 1 KVG vorgesehen – eine Vereinbarung der Tarifparteien getroffen werden muss,<sup>24</sup> die den Besonderheiten der Abrechnung mittels Fallpauschalen gerecht wird, und für die Rechnungstellung gleichzeitig den allgemein formulierten Art. 42 Abs. 3 KVG respektiert. Weil

Art. 42 Abs. 3 KVG auch nach Einführung der Fallpauschalen eine «detaillierte und verständliche Rechnung» verlangt, welche die Überprüfung der Berechnung der Vergütung und der Wirtschaftlichkeit der Leistung ermöglicht, könnten sich die Krankenversicherer auf den Standpunkt stellen, die Rechnungen der Spitäler hätten im System des SwissDRG gleich auszusehen wie die Rechnungen von Leistungserbringern, deren Leistungen nicht mittels Pauschalen vergütet werden.

[Rz 14] Dies kann nicht Sinn und Zweck der Neuregelung der Spitalfinanzierung sein. Vielmehr ist davon auszugehen – explizite Aussagen zur Rechnungstellung für stationäre Behandlungen finden sich weder in der bundesrätlichen Botschaft noch in der parlamentarischen Beratung<sup>25</sup> –, dass das Parlament anlässlich der Revision vom 21. Dezember 2007 für die Vergütung mittels Fallpauschalen keine Änderung an den ersten beiden Sätzen von Art. 42 Abs. 3 KVG vornahm, weil es davon ausging, dass die Tarifpartner alle für die Vergütung wesentlichen Punkte einvernehmlich regeln.<sup>26</sup> Für die Antwort auf die Frage, welche Kontrolle die Krankenversicherer den Spitalrechnungen angedeihen lassen müssen und welche Abklärungen sie vornehmen dürfen, kann deshalb nicht allein auf den Wortlaut von Art. 42 Abs. 3 KVG und die bisherige Praxis abgestellt werden.<sup>27</sup> Vielmehr wäre mit Blick auf Art. 49 Abs. 1 und Abs. 2 KVG zuerst einmal zu klären, welche Kontrollen in einem Vergütungssystem mit Fallpauschalen möglich<sup>28</sup>, sinnvoll und notwendig sind<sup>29</sup> und wer die Kontrollen mit welchen Mitteln ausüben kann und darf.<sup>30</sup> Immerhin sehen Art. 49 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 KVG vor, dass die Tarifpartner gemeinsam mit den Kantonen eine Organisation einsetzen, «die für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege der Strukturen zuständig ist» und die Spitäler dieser die Kosten- und Leistungsdaten abliefern.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Siehe Kapitel IV.2.

<sup>26</sup> HÄNER, S. 148, konstatierte «ein weitgehendes Ermessen der Tarifpartner zu vereinbaren, wie weit die Bekanntgabe der Diagnose erfolgen darf.»

<sup>27</sup> So aber der Bundesrat. Er weist in seiner Antwort vom 16. September 2011 auf die Motion von Nationalrat Ignazio Cassis (Geschäft 11.3393, siehe Fn 124) explizit darauf hin, dass Art. 42 Abs. 3 KVG unabhängig von der Vergütungsart gilt und die Versicherer die Rechnungen systematisch ex ante überprüfen müssen.

<sup>28</sup> PETERS, S. 20: Das System erlaubt z.B. «keine angemessene Abbildung des Kostenbeitrags der Pflege oder der Ärzte».

<sup>29</sup> Dazu ausführlich FÜNFKIRCHEN, S. 23 ff. und RECHTSGUTACHTEN MIOTTI, S. 24 f. Siehe auch Kapitel III.1.

<sup>30</sup> FÜNFKIRCHEN, S. 24 und S. 28 f. GUILLOD, S. 15: Unterschied zwischen der Wirtschaftlichkeitskontrolle und der Kontrolle, ob richtig codiert worden ist. Es ist in einem System von Fallpauschalen, das auf statistische Kontrollen zugeschnitten ist, kaum notwendig, die Vergütung in jedem einzelnen Fall mit nicht anonymisierten Daten nachzuprüfen.

<sup>31</sup> Nach Ansicht des Bundesrates (Antwort auf die Motion von Nationalrat Ignazio Cassis [Geschäft 11.3393, siehe Fn 27 und Fn 124] und Antwort auf die Motion von Bea Heim [Geschäft 11.3785, siehe Fn 128]) sind die Überprüfung der Berechnung der Vergütung und die der Wirtschaftlichkeit der Leistung streng zu trennen von der Codierrevision. Für eine Stärkung der letzteren sieht er keinen Anlass.

<sup>23</sup> Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV), SR 832.102.

<sup>24</sup> SAXER, S. 13: Die Anforderungen an die Tarifverträge sind im stationären Bereich «viel spezifischer» als die im ambulanten Bereich.

[Rz 15] Diese Kritik an der fehlenden Abstimmung zwischen der allgemeinen Bestimmung über die Rechnungstellung und der Spezialbestimmung über die Vergütung stationärer Behandlungen trifft auch den vom Parlament am 23. Dezember 2011 verabschiedeten Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG. Die vorberatende Kommission, der Bundesrat und die National- und Ständerätinnen und -räte haben es verpasst, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob für die Rechnungen über Leistungen, die mittels einer Pauschale vergütet werden, dieselben Modalitäten gelten können und sollen wie für andere Leistungen.<sup>32</sup> Da der Bundesrat in Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> Satz 2 KVG die Kompetenz erhält, «ausführende Bestimmungen zur Erhebung, Bearbeitung und Weitergabe der Daten» zu erlassen, verbleibt ihm ein gewisser Spielraum für auf die Abrechnung mittels Fallpauschalen zugeschnittene Lösungen. Allerdings ist dieser Spielraum eng, sieht doch Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> Satz 1 KVG die codierte Übermittlung der «Diagnosen und Prozeduren» vor. Wird der revidierte Art. 59 KVV so aussehen wie vom BAG am 14. September 2011 in Vernehmlassung geschickt<sup>33</sup> – die Ausführungen von Bundesrat Burkhalter<sup>34</sup> gehen in diese Richtung –, müssten systematisch alle Daten übermittelt werden.

### III. Streitpunkt: Umfang der Datenübermittlung

#### 1. Die Argumente für und gegen eine umfassende Übermittlung der Patientendaten

[Rz 16] Ein wesentlicher Streitpunkt zwischen den Spitälern und der FMH<sup>35</sup> auf der einen und den Krankenversicherern auf der anderen Seite ist der Umfang der Daten, die auf der Rechnung übermittelt werden müssen.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Bundesrat Burkhalter erwähnt SwissDRG (Amtl. Bull. NR 2011, S. 1675 f.) und Kommissionssprecherin Nationalrätin Humbel Spitalrechnungen (Amtl. Bull. NR 2011, S. 1676), ohne aber auf die Spezifika der Fallpauschalen einzugehen. Siehe auch Kapitel V.

<sup>33</sup> Siehe dazu Kapitel V.

<sup>34</sup> Amtl. Bull. NR 2011, S. 1675.

<sup>35</sup> FMH: Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte, <http://www.fmh.ch>.

<sup>36</sup> Die Diskussion kann beim elektronischen Patientendossier weitergeführt werden. Das Vernehmlassungsverfahren für den «Vorentwurf für das Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier» lief bis zum 20. Dezember 2011 (Die Unterlagen sind abrufbar unter: <http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/10357/10360/index.html?lang=de>). Die FMH warnt vor der Entwicklung in Richtung gläserner Patient: [http://www.fmh.ch/files/pdf6/FMH-Stellungnahme\\_ePatientendossiersgesetz-EPDG.pdf](http://www.fmh.ch/files/pdf6/FMH-Stellungnahme_ePatientendossiersgesetz-EPDG.pdf) (S. 2 und S. 5). H+ spricht sich dagegen aus, dass Case Manager und Vertrauensärzte Zugriff auf das Patientendossier erhalten: [http://www.hplus.ch/fileadmin/user\\_upload/H\\_Politik/Vernehmlassungen/deutsch/2011/Vernehmlassungsantwort\\_H\\_ePatientendossier\\_inkl\\_Beilage.pdf](http://www.hplus.ch/fileadmin/user_upload/H_Politik/Vernehmlassungen/deutsch/2011/Vernehmlassungsantwort_H_ePatientendossier_inkl_Beilage.pdf) (S. 4), ebenso SPO PATIENTENSCHUTZ: [http://www.spo.ch/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=53&Itemid=84](http://www.spo.ch/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=53&Itemid=84) (S. 1). SANTÉSUISSE fordert genau dies: <http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/201112201624150.pdf> (S. 2).

[Rz 17] Santésuisse verweist dabei regelmässig auf die Pflicht der Krankenversicherer, die Rechnungen zu prüfen.<sup>37</sup> Diese Prüfung erfolge nicht zuletzt daraufhin, ob die Spitäler ihre Leistungen richtig codiert haben sowie ob ein Spital eine bestimmte Leistung überhaupt zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbringen darf.<sup>38</sup> Ebenfalls zu erfolgen habe die Wirtschaftlichkeitsprüfung. Es sei nicht nur aus medizinischer Sicht zu prüfen, ob die Leistungen nach den Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit in angemessener Weise erbracht wurden.<sup>39</sup> Bloss in Klammern sei angemerkt, dass im System der Fallpauschalen die Kosten, die beim einzelnen Patienten oder der einzelnen Patientin anfallen, eben gerade nicht relevant sein können,<sup>40</sup> weil für die Abgeltung auf die durchschnittlichen Kosten der entsprechenden Fallgruppe abgestellt wird.<sup>41</sup> Inwiefern deshalb nach der Umstellung vom 1. Januar 2012 für jede Patientin und jeden Patienten eine Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen werden kann und muss,<sup>42</sup> müssten die Krankenkassen eingehender nachweisen.<sup>43</sup> Die Krankenversicherer behaupten auch gar nicht, jede Rechnung im Detail nachzuprüfen.<sup>44</sup> Sie führen vielmehr aus, sie bräuchten

<sup>37</sup> Ausführlich z.B. SANTÉSUISSE, Stellungnahme «SwissDRG: Teilrevision der Verordnung über die Krankenversicherung» vom 28. September 2011: <http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/201109291302411.pdf> (S. 9 und S. 12 f.).

<sup>38</sup> Auf die Ende 2007 allen anerkannten sozialen Krankenversicherern gestellte Frage «Welche Daten werden in welcher Phase der Wirtschaftlichkeitskontrolle bearbeitet?» kamen keine präzisen Antworten: BAG/EIDGENÖSSISCHER DATENSCHUTZ- UND ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER, Erhebung der datenschutzrechtlichen Situation bei den Krankenversicherern, Juli 2009, S. 14 ([http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/01154/01236/01237/index.html?download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6In1acy4Zn4Z2qZp n02Yuq2Z6gpJCDdYB7fGym162epYbg2c\\_jjKbNoKSn6A--&lang=de](http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/01154/01236/01237/index.html?download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6In1acy4Zn4Z2qZp n02Yuq2Z6gpJCDdYB7fGym162epYbg2c_jjKbNoKSn6A--&lang=de)).

<sup>39</sup> Siehe z.B. SANTÉSUISSE, Positionspapier «Einführung der neuen Spitalfinanzierung per 1.1.2012» vom 25. August 2010: <http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/201009200728280.pdf> (S. 2). Kritik an der Vermischung von Rechnungskontrolle und Wirtschaftlichkeitsprüfung: RECHTSGUTACHTEN MIOTTI, S. 48 f.

<sup>40</sup> Siehe Kapitel II.2. EUGSTER, Art. 43 KVG N 3: Bei der Versichertenpauschale ist es «unbeachtlich, ob die Versicherten der Versichertengruppe überhaupt behandelt werden und worin die Behandlung allenfalls besteht (...).»

<sup>41</sup> So auch FMH, Meinung vom 20. April 2011 zu «eHealth, Patientengeheimnis und aktuellen Fragen der Datenübermittlung»: [http://www.fmh.ch/files/pdf5/FMH\\_Positionspapier\\_eHealth\\_Patientengeheimnis\\_Datenbermittlung\\_D1.pdf](http://www.fmh.ch/files/pdf5/FMH_Positionspapier_eHealth_Patientengeheimnis_Datenbermittlung_D1.pdf) (S. 4). Zu den aus Sicht der FMH zulässigen und nützlichen Kontrollen: LANG ET ALII, S. 1267 f.

<sup>42</sup> Gemäss FÜNFKIRCHEN, S. 28 ff. geben die codierten Diagnosen und Prozeduren nur bedingt Auskunft über die Wirtschaftlichkeit.

<sup>43</sup> Ausführlich Sonja Andrea Fünfkirchen, Der «Datenschutz» im KVG und die fragwürdige «WZW-Überprüfung» im SwissDRG-System, in: Jusletter 30. Januar 2012, Kap. III.2

<sup>44</sup> ROLAZ, S. 18: «Die korrekte Zuteilung auf die preisrelevante DRG ist de facto nur möglich, indem die Versicherer die Codierung aufgrund medizinischer Angaben kontrollieren und die korrekte Gruppierung nachvollziehen. Es wird schnell klar, dass eine derart komplexe Rechnungskontrolle nicht in jedem Fall durchgeführt werden kann. Stattdessen werden die Versicherer mittels Rechnungstriage Einzelfälle überprüfen.»

die systematische Datenlieferung auf elektronischem Weg, weil nur so «Rechnungen effizient geprüft werden [können] und ein Grossteil der auffälligen Rechnungen ohne weitere Nachfragen im Spital anhand der gelieferten Daten erklärt werden [kann].»<sup>45</sup> Ohne die systematische Datenübermittlung könnten sie nicht entscheiden, «welche Rechnungen sie eingehend prüfen müssen, um Falschabrechnungen und unnötige Kosten zu vermeiden.»<sup>46</sup>

[Rz 18] Von der Ärzteschaft, Spitalern und Datenschützerinnen und -schützern wird befürchtet, die geforderten Daten würden von den Krankenversicherern auf Vorrat beschafft, zur «Einmischung in die Behandlung»<sup>47</sup> verwendet oder «für die (unzulässige) Risikoselektion der Versicherten» missbraucht, insbesondere wenn es um den Abschluss einer Zusatzversicherung geht<sup>48,49</sup>. Die Spitäler fragen: «Mit welchem Recht wollen Kassen auf nicht rechnungsrelevante medizinische Daten<sup>50</sup> der Patientinnen und Patienten zugreifen? Wozu brauchen die Kassen diese rechnungsirrelevanten Diagnosen und Prozeduren?»<sup>51</sup>

[Rz 19] Nicht zuletzt wegen der entgegenstehenden Interessen bei der Ausgestaltung der Rechnungstellung ist im Sommer 2011 die Ergänzungsvereinbarung zwischen den Tarifpartnern H+ und santésuisse nicht zustande gekommen.

## 2. Die Regelung gemäss der gescheiterten Vereinbarung der Tarifpartner

[Rz 20] **31. Mai 2011:** FMH und H+ veröffentlichen ein von ihnen in Auftrag gegebenes Gutachten bezüglich der von den Krankenkassen geforderten systematischen Lieferung aller medizinischen Datensets.<sup>52</sup>

[Rz 21] **Anfang Juli 2011:** Einigung zwischen H+ und santésuisse über die «Vereinbarung über ergänzende Anwendungsmodalitäten bei der Einführung der Tarifstruktur SwissDRG» (sog. Ergänzungsvereinbarung)<sup>53</sup>. Die Kompetenz zum Abschluss der Ergänzungsvereinbarung findet sich in Art. 49 Abs. 1 Satz 1 KVG. Die Ergänzungsvereinbarung regelt unter anderem:

- die Übermittlung von medizinischen Daten bei der Rechnungstellung
- die Übermittlung der medizinischen Daten an den Vertrauensarzt oder die Vertrauensärztin
- das Einführungsmonitoring

[Rz 22] Bezüglich der Übermittlung von medizinischen Daten steht in der Ergänzungsvereinbarung:

**Ziff. 1.1. Grundsätze** Abs. 1: «Die Durchführung der Rechnungs- und Wirtschaftlichkeitskontrolle basierend auf Art. 42 Abs. 3 KVG bedingt, dass dem Krankenversicherer jene Informationen zur Verfügung gestellt werden, welche der Rechnungsstellung zu Grunde liegen. Darunter fallen bei einem DRG-basierten Abrechnungssystem unter anderem auch die personenbezogenen Diagnose- und Prozedurendaten, welche für den jeweils abgerechneten stationären Fall kodiert worden sind. Auf Basis des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) C-6570/2007 vom 29. Mai 2009<sup>54</sup> anerkennen die Vertragspartner daher den Grundsatz der Übermittlung dieser Daten unter Einhaltung der Prinzipien der Verhältnismässigkeit und des Datenschutzes, die mit nachfolgender Regelung konkretisiert werden.»

**Ziff. 1.3. Übermittlung der abrechnungsrelevanten Daten bei der Rechnungsstellung** «Abs. 1 Das Spital übermittelt dem Krankenversicherer bei der Rechnungsstellung die Angaben über alle in der fakturierten Behandlungsperiode kodierten Diagnosen und Prozedurendaten sowie alle weiteren abrechnungsrelevanten Elemente gemäss Ziffer 1.5. Die Angabe der Codes erfolgt in vollständiger Länge gemäss den anwendbaren

<sup>45</sup> ROLAZ, S. 18.

<sup>46</sup> SANTÉSUISSE, Positionspapier «Einführung der neuen Spitalfinanzierung per 1.1.2012» (siehe Fn 39), S. 2.

<sup>47</sup> FMH, Meinung vom 20. April 2011 zu «eHealth, Patientengeheimnis und aktuellen Fragen der Datenübermittlung» (siehe Fn 41), S. 1 und SPO PATIENTENSCHUTZ, Schreiben vom 5. Dezember 2011 an die Ständerätinnen und Ständeräte betreffend Parlamentarische Initiative Tar-med: [http://www.spo.ch/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=53&Itemid=84](http://www.spo.ch/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=53&Itemid=84) (S. 2).

<sup>48</sup> FMH, Medienmitteilung vom 22. Juli 2011 «Arztgeheimnis und Datenschutz müssen gewahrt bleiben»: [http://www.fmh.ch/files/pdf6/FMH\\_SwissDRG\\_Argumente\\_gegen\\_Vereinbarung\\_von\\_H\\_und\\_santesuisse\\_D3.pdf](http://www.fmh.ch/files/pdf6/FMH_SwissDRG_Argumente_gegen_Vereinbarung_von_H_und_santesuisse_D3.pdf) (S. 2 und S. 5). Siehe auch FÜNFKIRCHEN, S. 25. Die Krankenkassen nehmen als Durchführungsorgane im Bereich der sozialen Krankenversicherung und als private Krankenzusatzversicherer «eine doppelte Aufgabe» wahr: PRIEUR, Rz. 4–6. Zur Grundfrage in der Zusatzversicherung, ob die Versicherten in Unkenntnis sind «über ihren aktuellen und zukünftigen gesundheitlichen Status»: OGGIER, S. 73.

<sup>49</sup> Nicht ausgeschlossen ist auch, dass die Daten in falsche Hände geraten, z.B. in die von Lebensversicherern, Finanzinstituten oder (künftigen) Arbeitgebern. Zusammenstellung der Befürchtungen: NIKLAUS NUSPLIGER, Kampf um Patientendaten, NZZ, 28. Juli 2011, Nr. 174, S. 9.

<sup>50</sup> Problematische Daten, die für die DRG-Zuordnung nicht relevant sind, aber bekannt werden würden, nennt FMH, Medienmitteilung vom 22. Juli 2011 (siehe Fn 47), S. 6.

<sup>51</sup> H+, «Teilrevision der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV): Anhörungsantwort von H+»: [http://www.hplus.ch/fileadmin/user\\_upload/H\\_Politik/Vernehmlassungen/deutsch/2011/Anh%C3%B6rungsantwort\\_H\\_KVV\\_inkl\\_Beilage.pdf](http://www.hplus.ch/fileadmin/user_upload/H_Politik/Vernehmlassungen/deutsch/2011/Anh%C3%B6rungsantwort_H_KVV_inkl_Beilage.pdf) (S. 2).

<sup>52</sup> Es handelt sich dabei um das RECHTSGUTACHTEN MIOTTI.

<sup>53</sup> Wortlaut der Vereinbarung: [http://www.hplus.ch/fileadmin/user\\_upload/Tarife\\_\\_\\_Preise/Swiss\\_DRG/deutsch/Aktuell/D\\_Vereinbarung\\_Rahmenbedingungen\\_Sitzungsversion\\_20110705\\_Definitiv.pdf](http://www.hplus.ch/fileadmin/user_upload/Tarife___Preise/Swiss_DRG/deutsch/Aktuell/D_Vereinbarung_Rahmenbedingungen_Sitzungsversion_20110705_Definitiv.pdf). Übersicht über die Ergänzungsvereinbarung: PETER, Rz. 2–15.

<sup>54</sup> Es handelt sich dabei um BVGE 2009/24.

Klassifizierungen (jeweils gültige Versionen des ICD-10 und CHOP). Die Übermittlung dieser Angaben erfolgt unaufgefordert bei jeder Rechnungsstellung.

Abs. 2 Die Datenübermittlung erfolgt in elektronischer, verschlüsselter Form, weder anonymisiert noch pseudonymisiert.»

**Ziff. 1.6. Persönlichkeits- und Datenschutz** «Abs. 2 Die Krankenversicherer stellen sicher, dass die gestützt auf diese Vereinbarung erhaltenen medizinischen Angaben ausschliesslich für die Zwecke der Rechnungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung gemäss KVG verwendet werden.

Abs. 3 Die Krankenversicherer legen in Datenbearbeitungsreglementen insbesondere auch die Zugriffsrechte auf die diagnose- und prozedurenbezogenen Daten und die Aufbewahrungsdauer dar. Die Zugriffsrechte sind auf Mitarbeitende zu beschränken, die im Rahmen der Rechnungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung Einsicht in die nicht anonymisierten und nicht pseudonymisierten medizinischen Daten benötigen. In Übereinstimmung mit Art. 59 KVV wird bei der Aufbewahrung der diagnosebezogenen Daten der Zugriff des Krankenversicherers auf die Diagnosedaten aufgehoben. Die Aufhebung der Pseudonymisierung kann nur durch den Vertrauensarzt des Krankenversicherers erfolgen.»

[Rz 23] **15. August 2011:** Die Ergänzungsvereinbarung wird von den Mitgliedern von H+ nicht genehmigt.<sup>55</sup> Als Gründe hierfür werden insbesondere die Regelung der Weitergabe der Patientendaten und der zu geringe Zuschlag für Investitionskosten genannt.

### 3. Kritik an der gescheiterten Vereinbarung der Tarifpartner

#### 3.1 Fragwürdige Bezugnahme auf BVGE 2009/24

[Rz 24] Die Ergänzungsvereinbarung nimmt in der Einleitung auf BVGE 2009/24 Bezug. Dieses Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bezog sich auf einen am 15. September 2006 im Kanton BE geschlossenen und am 29. August 2007 vom Regierungsrat des Kantons BE nur teilweise genehmigten Tarifvertrag. In die Beurteilung dieses Tarifvertrags konnten die mit der KVG-Änderung vom 21. Dezember 2007 beschlossenen Bestimmungen über die Spitalfinanzierung nicht Eingang finden. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte

die vom Regierungsrat nicht genehmigten Regelungen über die Eintrittsmeldung und Rechnungsstellung gestützt auf das am 29. August 2007 geltende Recht (E. 2.1). Es musste sich also nicht mit den Besonderheiten der Rechnungsstellung im System des SwissDRG befassen. Es finden sich im Urteil denn auch keine Ausführungen zur Vergütung der Leistungen mittels Fallpauschalen.<sup>56</sup> Die Ausführungen über die Rechnungsstellung und Überprüfung der Rechnungen (siehe insbesondere E. 3.1.1, E. 3.3.2, 3.3.3 und 3.3.4) vermögen deshalb den Tarifpartnern keine präzisen Anhaltspunkte zu geben.<sup>57</sup> Genügend präzise und auch auf die Besonderheiten der Vergütung mittels Fallpauschalen anwendbar sind die Ausführungen in E. 5.3, in denen das Bundesverwaltungsgericht die Tarifpartner daran erinnert, dass nur Diagnosen weitergegeben werden dürfen, «die im Rahmen der erbrachten Leistungen relevant sind» (E. 5.3.1),<sup>58</sup> und wenn es zur Vorsicht bei der Verwendung sehr präziser Diagnosen mahnt (E. 5.3.3 und 5.3.5). Diesen Punkten von BVGE 2009/24 trägt Ziff. 1.3 der Ergänzungsvereinbarung mit der Formulierung «alle in der fakturierten Behandlungsperiode kodierten Diagnosen und Prozedurendaten» nicht Rechnung.<sup>59</sup>

[Rz 25] In E. 4.2.5 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 (...) vorgegangen werden muss». In den folgenden Ausführungen präzisiert es diese Einzelfallprüfung und erklärt (E. 4.3), dass sich eine Anonymisierung oder Pseudonymisierung in der Regel nicht als praktikabel erweisen dürfte. Ob das Bundesverwaltungsgericht diese Aussage für das System des SwissDRG, das ja gerade auf Transparenz und die Vergleichbarkeit der Leistungen ausgerichtet ist, so wiederholen würde, muss offen bleiben.<sup>60</sup> Die Tarifpartner konnten deshalb daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Die FMH lehnte die in der Ergänzungsvereinbarung vorgesehene Datenübermittlung ab: FMH, Medienmitteilung vom 22. Juli 2011 (siehe Fn 47).

<sup>56</sup> Fallkostenpauschalen werden einzig in E. 4.3 genannt: Der Versicherer ist «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.»

<sup>57</sup> Gl.M. FÜNFKIRCHEN, S. 27, KUHN, S. 605 und LANG ET ALII, S. 1267.

<sup>58</sup> BGE 133 V 359 E. 6.5 führte aus, dass sich die Auskunftspflicht nur auf Angaben erstreckt, «die objektiv erforderlich und geeignet sind, um die Wirtschaftlichkeit der Leistungen überprüfen zu können».

<sup>59</sup> GUILLON, S. 12-15, weist ebenfalls auf die von BVGE 2009/24 angemahnte Vorsicht in der Übermittlung von Diagnosen hin.

<sup>60</sup> Gl.M. RECHTSGUTACHTEN MIOTTI, S. 20 und S. 24 f.

<sup>61</sup> Zu pauschal wohl auch EUGSTER, Art. 56 KVG N 5: «Im stationären Sektor ist eine effiziente Wirtschaftlichkeitskontrolle mit anonymisierten oder pseudonymisierten Daten nicht realisierbar, wenn es darum geht, die Wirtschaftlichkeit im Einzelfall zu prüfen (BVGE C-6570/2007 E. 4.3)».

### 3.2 Missachtung des ausdrücklichen Willens des Parlaments

[Rz 26] In der Nationalratsdebatte vom 21. März 2007 lehnte die Mehrheit einen Antrag von Nationalrat Stahl (der den Antrag der Minderheit Humbel Näf et alii ergänzte) zu Art. 42 Abs. 4<sup>bis</sup> KVG ab. Er lautete: «Bei leistungsbezogenen Fallpauschalen muss der Leistungserbringer auf der Rechnung alle Angaben machen, welche für die Ermittlung der korrekten Fallpauschalen notwendig sind, insbesondere auch die relevanten Diagnosen und Prozeduren. Der Bundesrat erlässt die Bestimmungen zur Sicherstellung des Datenschutzes.»<sup>62</sup> Die Nationalrätinnen und -räte sprachen sich nach einer längeren Diskussion über die Interessen und Bedürfnisse der Krankenversicherer mit Argumenten des Datenschutzes gegen die Übermittlung aller Diagnosen und Prozeduren aus.<sup>63</sup> Auch Bundesrat Couchepin plädierte gegen das systematische Aufführen von sehr vielen Daten auf jeder Rechnung.<sup>64</sup>

[Rz 27] Darum stellt sich die Frage, ob die Tarifpartner berechtigt waren, eine ausdrücklich abgelehnte und aus diesem Grund nicht in das Gesetz aufgenommene Regelung in ihre Vereinbarung aufzunehmen.<sup>65</sup> Es kann vermutet werden, dass sich die Tarifpartner durch BVGE 2009/24 dazu legitimiert sahen, hält doch das Bundesverwaltungsgericht in E. 3.3.4.6 fest, dass «Art. 42 Abs. 3 und 4 KVG, in Verbindung mit Art. 84 KVG und 84a KVG (...) an sich als genügende formell-gesetzliche Grundlage für die tarifvertragliche Vereinbarung der systematischen Weitergabe der Diagnose und des Eingriffscodes mit der Rechnungsstellung zu erachten [ist].» Diese Aussage bezog sich jedoch auf die Gesetzeslage vor der Revision vom 21. Dezember 2007.<sup>66</sup> Nimmt der Gesetzgeber in der Zwischenzeit eine Gesetzesrevision vor, so ist diese verbindlich. Im vorliegenden Fall hat der Gesetzgeber nicht den Wortlaut von Art. 42 Abs. 3 KVG geändert, wohl aber mit der Ablehnung des Antrags Stahl klar gemacht, welchen Umfang die Datenübermittlung unter dem neuen Regime der Spitalfinanzierung nicht annehmen darf. Der Wille des Gesetzgebers, der sich im ausdrücklichen Verzicht auf eine Bestimmung niederschlug, ist zu respektieren. Die Ergänzungsvereinbarung widerspricht demnach geltendem Recht.

### 3.3 Weitere Kritik

[Rz 28] Peter kommt in seiner Beurteilung der Ergänzungsvereinbarung zum Schluss, dass die Übermittlung aller Diagnosen und Prozeduren in voller Länge nicht verhältnismässig

sei.<sup>67</sup> Des weiteren bemängelt er die Unterscheidung zwischen administrativen und medizinischen Daten.<sup>68</sup> Es stellt sich die Frage nach einer anderen Unterscheidung, nämlich nach den Daten, welche die soziale Krankenversicherung gemäss KVG betreffen, und nach den Daten, welche die Zusatzversicherungen betreffen. Die Ergänzungsvereinbarung äussert sich nicht explizit zu ihrem Geltungsbereich<sup>69</sup> und nimmt in Ziff. 1.3 keine Unterscheidung vor, obwohl Art. 59 Abs. 3 KVV verlangt, dass der Leistungserbringer «für die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistungen und die anderen Leistungen zwei getrennte Rechnungen» erstellt.<sup>70</sup>

## 4. Eingreifen von Bundesrat und BAG

[Rz 29] Wegen der Ablehnung der Ergänzungsvereinbarung durch H+ schalten sich der Bundesrat und das Bundesamt für Gesundheit BAG ein, und zwar wie folgt:

[Rz 30] **25. August 2011:** Der Bundesrat und die kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren sprechen sich für eine nationale Lösung nach dem Modell der Ergänzungsvereinbarung aus.<sup>71</sup>

[Rz 31] **25. August 2011:** Das BAG erlässt das Kreisschreiben Nr. 7.1 «Datenschutzkonforme Organisation und Prozesse der Krankenversicherer».<sup>72</sup> Bezogen auf die Rechnungsstellung führt Ziff. 7 aus (S. 7):

«Diese Bestimmungen, welche die Leistungserbringer verpflichten, alle leistungsrechtlich relevanten Daten bekannt zu geben, haben bereits jetzt eine grosse Tragweite. Eine umso grössere Bedeutung erhalten sie im Hinblick auf die Rechnungs- und Wirtschaftlichkeitskontrolle<sup>73</sup> für die diagnosebezogenen Fallpauschalen

<sup>62</sup> Amtl. Bull. NR 2007, S. 442.

<sup>63</sup> Amtl. Bull. NR 2007, S. 445.

<sup>64</sup> Amtl. Bull. NR 2007, S. 444 f.

<sup>65</sup> KUHN, S. 605 weist auf die begrenzte Aussagekraft von BVGE 2009/24 hin und streicht stattdessen die Bedeutung der parlamentarischen Beratungen hervor.

<sup>66</sup> BVGE 2009/24 E. 2.1.

<sup>67</sup> PETER, Rz. 21-26. Siehe auch die Kritik von PRIVATIM vom 18. Juli 2011: [http://www.privatim.ch/MM\\_privatim\\_SwissDRG\\_%2820110718%29\\_d.pdf](http://www.privatim.ch/MM_privatim_SwissDRG_%2820110718%29_d.pdf).

<sup>68</sup> PETER, Rz. 38.

<sup>69</sup> Der in BVGE 2009/24 analysierte Tarifvertrag betraf nur die Behandlung in der allgemeinen Abteilung in öffentlichen Spitälern (Sacherhalt Punkt A.), ebenso der Tarifvertrag in BGE 127 III 421 E. 3.b.

<sup>70</sup> EUGSTER, Art. 42 KVG N 12: Für die aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und die aus den Zusatzversicherungen erbrachten Leistungen braucht es zwei getrennte Rechnungen. Siehe auch Bericht zur KVV-Änderung vom 22. Oktober 2010: BAG, Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV). Vorgesehene Änderungen per 1. November 2011. Änderungen und Kommentar im Wortlaut: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1577/BerichtzuKVV.pdf> (S. 10): Zwei getrennte Rechnungen und vollständige Trennung der administrativen Abläufe.

<sup>71</sup> Medienmitteilung «Spitalfinanzierung nach dem Nein von H+: Bund und Kantone für nationale Lösung»: <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=de&msg-id=40757>.

<sup>72</sup> Abrufbar unter: <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/02874/02877/06501/index.html?lang=de>.

<sup>73</sup> Im Bericht zur KVV-Änderung vom 22. Oktober 2010 (siehe Fn 69), S. 5 sprach das BAG nur davon, dass die Versicherer «zur Rechnungskontrolle



im Rahmen der neuen Spitalfinanzierung. Die Krankenversicherer sind deshalb berechtigt, eine substantiierte Rechnungsstellung im Sinne dieser Ausführungen zu verlangen und bis zu deren Erhalt keine Zahlung zu leisten.»

[Rz 32] Santésuisse führt diese Ausführungen des Kreisschreibens in der Stellungnahme vom 28. September 2011<sup>74</sup> zur Untermauerung seiner Forderungen an. Wegen der systematischen Übermittlung<sup>75</sup> von medizinischen Daten und der fehlenden gesetzlichen Grundlage stösst das Kreisschreiben jedoch auch auf Kritik, insbesondere von privatim, der Vereinigung der Schweizer Datenschutzbeauftragten.<sup>76</sup>

## IV. Frage nach der Zuständigkeit des Bundes

### 1. Die Frage

[Rz 33] Weil sich am 25. August 2011 der Bundesrat und das BAG einschalten, stellt sich die Frage, ob die Kompetenz, die Rechnungstellung zu regeln, überhaupt beim Bund liegt. Falls nicht, ist zu prüfen, ob die Kantone dem Bund die ihm fehlende Kompetenz durch die Zustimmung ihrer Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren informell übertragen dürfen. Die vom BAG und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren GDK verfasste Medienmitteilung vom 25. August 2011 lässt nämlich vermuten, dass die Kantone (oder zumindest einzelne Kantonsregierungen oder Regierungsmitglieder) – das Ziel einer schweizweit einheitlichen Regelung vor Augen – dem Bund die Befugnis zur Regelung der Weitergabe der Patientendaten und der übrigen strittigen Punkte für die Einführung der Fallpauschalen erteilen möchten.<sup>77</sup>

personenbezogene Daten benötigen».

<sup>74</sup> SANTÉSUISSE, Stellungnahme vom 28. September 2011 «SwissDRG: Teilrevision der Verordnung über die Krankenversicherung»: <http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/201109291302411.pdf> (S. 3 Fn 1).

<sup>75</sup> Der Bundesrat führt in seiner Antwort vom 26. September 2011 auf die Frage von Nationalrat Ignazio Cassis «Wird der Datenschutz mit einem Kreisschreiben ausgehöhlt?» (Geschäft 11.5422) aus, das Kreisschreiben verlange keine systematische Übermittlung von Patientendaten.

<sup>76</sup> Schreiben von PRIVATIM vom 9. September 2011: [http://www.privatim.ch/Brief\\_privatim\\_an\\_BR\\_Burkhalter\\_20110909.pdf](http://www.privatim.ch/Brief_privatim_an_BR_Burkhalter_20110909.pdf).

<sup>77</sup> In der Medienmitteilung vom 25. August 2011 (siehe Fn 70) heisst es: «Die Kantone und der Bund sind sich einig, dass nur eine einheitliche, nationale Lösung in Frage kommt.» Der Regierungsrat des Kantons ZH (RRB-Nr. 1493/2011 vom 7. Dezember 2011 «Krankenversicherung [stationäre Spitaltarife für Akutsomatik und Rehabilitation 2012; vorsorgliche Massnahmen]: [http://data.rrb.zh.ch/app/rrbzhch.nsf/0/C12574C2002FAA1FC125795A002B18BB/\\$file/1493.pdf?OpenElement](http://data.rrb.zh.ch/app/rrbzhch.nsf/0/C12574C2002FAA1FC125795A002B18BB/$file/1493.pdf?OpenElement), S. 3) sieht sich nicht veranlasst, die Rechnungstellung selber zu regeln: «Aufgrund der vom Bundesrat am 2. November 2011 verabschiedeten sowie der weiteren in Aussicht gestellten Verordnungsbestimmungen im Hinblick auf eine geordnete Einführung der leistungsbezogenen Finanzierung im stationären Bereich auf 1. Januar 2012 (DRG-Fallpauschalen) erscheint eine Festsetzung weiterer

[Rz 34] Gemäss Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV<sup>78</sup> gilt in der Schweiz das System der Einzelermächtigung des Bundes. Soll eine bisher in der Kompetenz der Kantone liegende Aufgabe oder eine neu anfallende Staatsaufgabe dem Bund übertragen werden, erfordert dies eine entsprechende Änderung der BV. Durch Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse können keine neuen Bundeskompetenzen begründet werden,<sup>79</sup> ebenso wenig können die Kantone ihre Kompetenzen freiwillig auf den Bund übertragen.<sup>80</sup> Das heisst, dass das BAG (mit dem Kreisschreiben), der Bundesrat (mit dem Entwurf zur Teilrevision der KVV) und die Bundesversammlung (mit der KVG-Revision vom 23. Dezember 2011) nur aktiv werden durften, sofern der Bund über die Kompetenz verfügt, die Modalitäten der Rechnungstellung zu regeln.

### 2. Der nicht Gesetz gewordene Art. 49 Abs. 1 Satz 4 Entwurf-KVG

[Rz 35] Im bundesrätlichen Entwurf vom 15. September 2004, welcher der KVG-Revision vom 21. Dezember 2007 zugrunde liegt, lautete Art. 49 Abs. 1: «Für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt in einem Spital (...) vereinbaren die Vertragsparteien Pauschalen. Die Pauschalen sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. Sie werden von den Tarifpartnern vereinbart. Können sich diese nicht einigen, so legt der Bundesrat die Strukturen fest.»<sup>81</sup> Welche Daten die Spitäler den Krankenkassen bekanntgeben müssen, wurde weder im Entwurf noch in der Botschaft thematisiert. Sie sahen nämlich keine Revision von Art. 42 KVG vor und gingen nicht auf die Rechnungstellung ein. Die Botschaft vom 15. September 2004 setzte sich auch nicht mit der Frage auseinander, welche Strukturen der Bundesrat beim Scheitern einer Vereinbarung der Tarifpartner festsetzen kann, ob es sich bei den «Strukturen» um die Regelung der Modalitäten der Rechnungstellung handeln könnte. Die Botschaft führte lediglich aus, es sei «in erster Linie Sache der Tarifpartner, die entsprechenden Strukturen zu erarbeiten. Erst wenn dies in einer vom Bundesrat festgelegten Frist (...) nicht erfolgt ist, wird der Bundesrat tätig.»<sup>82</sup> Bezüglich der Tarife war die Botschaft deutlicher: «Die Tarife werden von den Versicherern und den Leistungserbringern vereinbart (Art. 46 Abs. 1 KVG); die Kantone sind daher nicht Tarifpartner im eigentlichen Sinne. Kommt keine Vereinbarung zu Stande, werden die Tarife hingegen von der jeweiligen Kantonsregierung festgesetzt.»<sup>83</sup> Damit machte die Botschaft klar, dass in dem

Modalitäten nicht erforderlich.»

<sup>78</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

<sup>79</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1054.

<sup>80</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1062.

<sup>81</sup> BBI 2004, S. 5596.

<sup>82</sup> BBI 2004, S. 5578.

<sup>83</sup> BBI 2004, S. 5569.

Fall, dass sich die Tarifpartner nicht einigen, nicht allein der Bund zum Einschreiten berechtigt gewesen wäre.

[Rz 36] Bereits im Antrag der Kommission zu Art. 49 KVG, den der Ständerat am 8. März 2006 annahm,<sup>84</sup> fehlte der Passus, dass der Bundesrat die Strukturen festlegt, wenn keine Einigung erfolgt. Ständerätin Brunner ging als Kommissionssprecherin nicht auf die Rolle der Tarifpartner und die Möglichkeit, dass sie keine Einigung erzielen, ein.<sup>85</sup> In den folgenden Beratungen wurde die Frage, was beim Scheitern eines Tarifvertrages geschehen soll, nicht aufgeworfen.<sup>86</sup> Daraus, dass die Formulierung «Können sich diese nicht einigen, so legt der Bundesrat die Strukturen fest.» nicht in den revidierten Gesetzestext übernommen wurde, muss geschlossen werden, dass das Parlament dem Bundesrat keine Kompetenzen beim Scheitern der Tarifverhandlungen übertragen wollte.

### 3. Unterscheidung zwischen der Festsetzung der Tarife und den Modalitäten der Rechnungstellung

#### 3.1 Festsetzung der Tarife: subsidiäre Kompetenz der Kantone

[Rz 37] Art. 49 Abs. 1 Satz 1 KVG überträgt den Vertragsparteien die Kompetenz, Pauschalen für die Vergütung der stationären Behandlung zu vereinbaren. Was gelten soll, wenn sich die Tarifpartner nicht einigen, regelt Art. 49 KVG nicht. Folglich gelangt die allgemeine Regelung von Art. 47 KVG zur Anwendung. Gemäss Art. 47 Abs. 1 KVG fällt das Festsetzen von Tarifen in den Fällen, in denen zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande kommt, in die Kompetenz der Kantone. Diese subsidiäre Zuständigkeit der Kantone gilt umso mehr, als Art. 46 Abs. 4 KVG den Bundesrat für Tarifverträge, die in der ganzen Schweiz gelten sollen, nur als «Genehmigungsbehörde» bezeichnet. Aus seiner Prüfungspflicht kann keine Kompetenz des Bundes abgeleitet werden einzuschreiten, wenn sich Versicherer und Leistungserbringer nicht auf einen Tarifvertrag einigen.<sup>87</sup> Kommt für die stationäre Behandlung im Spital kein Tarifvertrag mit Geltung für die gesamte Schweiz zustande, gelangt demnach Art. 47 Abs. 1 KVG zur Anwendung, der explizit nur von den Kantonsregierungen spricht.

[Rz 38] Dass das KVG die Kantone zum Einschreiten ermächtigt, stimmt mit den bloss «begrenzten, gebietsweise

festgelegten Kompetenzen» des Bundes im Bereich Gesundheit<sup>88</sup> überein. Das Tarifrecht regelt die Höhe der Kostenübernahme durch die Krankenversicherer<sup>89</sup> und damit automatisch auch, wer neben den Krankenkassen Kosten übernimmt. Deshalb darf das Tarifrecht nicht – oder zumindest nicht allein – dem Bereich Krankenversicherung zugeordnet werden. Der Bund kann sich deshalb nicht auf seine in Art. 117 Abs. 1 BV verankerte umfassende Zuständigkeit im Bereich der Krankenversicherung berufen.<sup>90</sup>

#### 3.2 Modalitäten der Rechnungstellung: subsidiäre Kompetenz des Bundes

[Rz 39] Eine andere Frage ist, ob der Bund die Kompetenz hat, Vorgaben an die Rechnungstellung zu machen.<sup>91</sup> Dass die Vergütung erst erfolgen kann, wenn die Rechnungstellung dergestalt erfolgt ist, dass der Versicherer über alle notwendigen Angaben verfügt, spricht dafür, dass die Zuständigkeit für die Regelung dieser Modalitäten bei derjenigen Instanz liegt, die den Tarifvertrag ausarbeitet.<sup>92</sup> Davon gingen alle Beteiligten aus, solange santésuisse und H+ über die Ergänzungsvereinbarung verhandelten.

[Rz 40] Dass der Bundesrat keine Kompetenz hat, die Rechnungstellung zu regeln, lässt auch Abs. 2 ÜBBest zur Änderung vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung) erkennen. Abs. 2 ÜBBest weist dem Bundesrat zwei Kompetenzen zu, ohne ihm in einer allgemeiner formulierten Umschreibung weitere Befugnisse zu erteilen. Dass der Bundesrat gemäss Abs. 2 lit. a ÜBBest «die Einführungsmodalitäten» bestimmt, begründet keine Kompetenz des Bundes für die Regelung

<sup>88</sup> POLEDNA, Art. 118 BV N 5.

<sup>89</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 797.

<sup>90</sup> A.M. die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats in ihrem Bericht «Parlamentarische Initiative Tarmed: subsidiäre Kompetenz des Bundesrates», BBl 2011, S. 7390. Der Bundesrat hält in seiner Stellungnahme lediglich fest, dass er gemäss geltendem Recht noch nicht über die Kompetenzen verfügt: BBl 2011, S. 7394. Zur umfassenden Bundeskompetenz im Bereich der Krankenversicherung siehe Fn 93.

<sup>91</sup> Diese Frage wirft der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur «Parlamentarischen Initiative Tarmed: subsidiäre Kompetenz des Bundesrates» (BBl 2011, S. 7393 ff.) nicht auf. Im Ständerat begründet Bundesrat Burkhalter die Zuständigkeit des Bundesrates damit, in beiden Fällen (Aushandlung des Tarifs, Regelung der Rechnungstellung) müsse der Bundesrat aktiv werden, wenn die Tarifpartner keine Einigung erzielen: Amtl. Bull. SR 2011, S. 1104 f.

<sup>92</sup> Gl.M. EUGSTER, Art. 46 KVG N 4: «Neben dem Tarif als solchem kann der Vertrag alle gegenseitigen Rechtsbeziehungen regeln, die für die Vertragsanwendung notwendig sind (...).» EUGSTER stützt sich dabei auf BGE 110 V 187 E. 3. a): «Nach Art. 22 Abs. 1 KUVG werden die Taxen für die Leistungen der Ärzte in Verträgen zwischen diesen und den Krankenkassen festgelegt. Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung können überdies die mit den Taxen zusammenhängenden Fragen wie auch die anderweitigen Beziehungen zwischen Ärzten und Kassen sein (...).» BVGE 2009/24 E. 3.3.4 hält (für die Rechtslage vor der Revision vom 21. Dezember 2007) fest, dass die Tarifpartner die systematische Weitergabe der Diagnose auf der Rechnung vereinbaren durften.

<sup>84</sup> Amtl. Bull. SR 2006, S. 57 f.

<sup>85</sup> Amtl. Bull. SR 2006, S. 58.

<sup>86</sup> Amtl. Bull. NR 2007, S. 448-452.

<sup>87</sup> Die Kantone sind denn in den letzten Wochen auch aktiv geworden, siehe z.B. für den Kanton ZH die Zusammenstellung der von der Gesundheitsdirektion getroffenen Massnahmen: RRB-Nr. 1493/2011 vom 7. Dezember 2011 (siehe Fn 76), S. 2.

von Modalitäten, die nicht nur in der ersten Zeit nach der Einführung der Fallpauschalen gelten sollen, sondern die Abrechnung unter dem System des SwissDRG grundsätzlich regeln. Ebenso wenig kann der Bundesrat aus der in Art. 96 KVG verankerten Vollzugszuständigkeit<sup>93</sup> etwas zu seinen Gunsten ableiten. Erzielen die Tarifpartner keine Einigung und ergreift er deswegen Massnahmen, geht dies über den blossen Vollzug hinaus.

[Rz 41] Für die Zuständigkeit des Bundes, Vorschriften zu machen über die Daten, die den Versicherern mit der Rechnung zu übergeben sind, spricht hingegen die Tatsache, dass davon unmittelbar die Patientinnen und Patienten im Verhältnis zu ihrer Krankenkasse betroffen sind. Art. 117 Abs. 1 BV weist dem Bund die umfassende Gesetzgebungskompetenz für den Bereich Krankenversicherung zu.<sup>94</sup> Aus diesem Grund ist es korrekt, wenn der Bundesgesetzgeber im KVG die Modalitäten der Rechnungstellung auch für diejenigen Vergütungen regelt, deren Tarif er nicht selber festsetzen darf. Überdies wäre es – selbst wenn die Kompetenz des Bundes verneint werden müsste – zweckmässig, Art. 42 Abs. 3 KVG, der schon seit Jahren allgemeine Vorschriften über die Rechnungstellung enthält, zu präzisieren und damit Klarheit zu schaffen für alle vom KVG erfassten Behandlungen.<sup>95</sup>

## V. Revision von KVV und KVG

[Rz 42] **14. September 2011:** Der Bundesrat verabschiedet den Entwurf zur Teilrevision der KVV und ordnet eine Anhörung an.<sup>96</sup> Anlässlich der Anhörung wird massive Kritik am Entwurf geübt. Der Entwurf sieht in einem neuen Art. 59 Abs. 2<sup>bis</sup> KVV vor, dass im Modell des SwissDRG das Spital dem Versicherer die medizinischen und administrativen Daten übermittelt. «Dabei verschlüsselt und pseudonymisiert der Leistungserbringer die medizinischen Daten.» Gemeint sind mit den «medizinischen Daten» die in Art. 59 Abs. 2 Satz 1 KVV genannten «Diagnosen und Prozeduren». Nur der vertrauensärztliche Dienst kann die Verschlüsselung aufheben.

- Kritik von H+:<sup>97</sup>
  - Die systematische Übermittlung aller Daten zu Diagnosen und Prozeduren ist nicht notwendig.

- Die Weitergabe medizinischer Daten soll allein an die vertrauensärztlichen Dienste erfolgen.
- Die vorgesehene Pseudonymisierung und Verschlüsselung ist für die Spitäler zu aufwendig.
- Kritik von privatim (Vereinigung der schweizerischen Datenschutzbeauftragten):<sup>98</sup>
  - Das Mitliefern der medizinischen Daten (alle Diagnosen, Nebendiagnosen, Prozeduren) verletzt das Verhältnismässigkeitsprinzip.
  - Effektiv vertieft überprüft werden nur 10–20% der Rechnungen.
  - Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist verletzt, obwohl die Daten verschlüsselt und pseudonymisiert an den vertrauensärztlichen Dienst übermittelt werden.
- Fundamentale Kritik von santésuisse<sup>99</sup>, ergänzt um einen Gegenvorschlag. Kritisiert wird insbesondere:
  - Der Versicherer hat keine Einsicht in Diagnose-daten oder andere medizinische Angaben, was in klarem Widerspruch zu Art. 42 Abs. 3 KVG steht.
  - Der Vertrauensarzt wird – entgegen seinen gesetzlich vorgesehenen Aufgaben – zur rechnungsprüfenden Instanz gemacht.

[Rz 43] Der Bundesrat gelangt zum Schluss, dass die Revision der KVV eine Revision des KVG voraussetzt und verzichtet vorderhand auf die Revision von Art. 59 KVV. Für die Revision der KVG führt er keine Vernehmlassung durch, sondern bringt seinen Antrag in seiner Stellungnahme zur «Parlamentarischen Initiative Tarmed. Subsidiäre Kompetenz des Bundesrates» unter.<sup>100</sup>

[Rz 44] **27. September 2011:** Der Nationalrat nimmt die «Parlamentarische Initiative Tarmed. Subsidiäre Kompetenz des Bundesrates» an, welche vom Bundesrat dergestalt um einen Vorschlag für Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> und Abs. 4 KVG ergänzt worden ist, dass die Diagnosen in codierter Form mitzuteilen sind. Im Parlament wird das hastige Vorgehen des Bundesrates kritisiert. Ebenso werden Bedenken geäussert, ob die neue Regelung den Anforderungen des Datenschutzes genügt.<sup>101</sup> Die Frage von Nationalrätin Gilli, «warum anonymisierte Daten mit ausführlicher Diagnose für die Wirtschaftlichkeitsprüfung nicht ausreichen», wird weder von Bundesrat Burkhalter noch von Kommissionssprecherin Nationalrätin

<sup>93</sup> Zu Art. 96 KVG: SAXER, S. 36.

<sup>94</sup> Siehe z.B. POLEDNA, Art. 117 BV N 3 und MAHON, Art. 117 BV N 4.

<sup>95</sup> Der Bundesrat begründet seinen Antrag in der Stellungnahme zur «Parlamentarischen Initiative Tarmed. Subsidiäre Kompetenz des Bundesrates» vom 16. September 2011 (BBI 2011, S. 7397) wie folgt: «Um die Verpflichtung zur Übermittlung von Diagnosen und Prozeduren klar zu spezifizieren und gleichzeitig in Bezug auf die Vorgaben für die Einhaltung des Datenschutzes Klarheit zu schaffen, schlägt der Bundesrat daher eine eindeutige Regelung auf Gesetzesebene vor.»

<sup>96</sup> Siehe Fn 14.

<sup>97</sup> H+, «Teilrevision der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV): Anhörungsantwort von H+» (siehe Fn 50).

<sup>98</sup> Schreiben von PRIVATIM vom 28. September 2011: [http://www.privatim.ch/Stellungnahme\\_privatim\\_zu\\_KVV-Revision\\_20110928.pdf](http://www.privatim.ch/Stellungnahme_privatim_zu_KVV-Revision_20110928.pdf).

<sup>99</sup> SANTÉSUISSE, Stellungnahme «SwissDRG: Teilrevision der Verordnung über die Krankenversicherung» (siehe Fn 37).

<sup>100</sup> BBI 2011, S. 7397.

<sup>101</sup> Amtl. Bull. NR 2011, S. 1674 Nationalrätinnen Schenker und Gilli. Letztere weist darauf hin, dass Rechnungen nicht zahlungsfähiger Patientinnen und Patienten auch an Behörden weitergeleitet werden.

Humbel beantwortet.<sup>102</sup> Die Mehrheit stimmt jedoch dem Antrag des Bundesrates zu.<sup>103</sup> Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG lautet in der verabschiedeten Fassung:

«Die Leistungserbringer haben auf der Rechnung nach Absatz 3 die Diagnosen und Prozeduren nach den Klassifikationen in der jeweiligen vom zuständigen Departement herausgegebenen schweizerischen Fassungen codiert aufzuführen. Der Bundesrat erlässt nähere Vorschriften zur Erhebung, Bearbeitung und Weitergabe der Daten unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips.»

[Rz 45] Die FMH äussert Kritik an dieser Bestimmung: Die Formulierung von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG («die Leistungserbringer») beschränke sich nicht auf stationäre Behandlungen in Spitälern,<sup>104</sup> für die wegen der Einführung der Fallpauschalen eine rasche Lösung gefunden werden müsse.<sup>105</sup> Sie könnte z.B. auch gegenüber ambulant tätigen Ärztinnen und Ärzten zur Anwendung gelangen und sie zur Offenlegung von weitergehenden Patientendaten wie Diagnosen verpflichten. Die Feststellung der FMH, dass sich Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG nicht allein auf Spitalrechnungen erstreckt, ist korrekt. Der Wortlaut würde eine solche einschränkende Auslegung nicht zulassen. Eine Beschränkung auf Rechnungen für stationäre Behandlungen in einem Spital war im Nationalrat kein Thema, so dass auch die historische Auslegung gegen eine Beschränkung auf stationäre Spitalbehandlungen spricht.

[Rz 46] **2. November 2001:** Der Bundesrat kündigt in seiner Medienmitteilung «Spitalfinanzierung: Bundesrat erlässt die nötigen Bestimmungen für die Einführung»<sup>106</sup> an, das EDI werde «voraussichtlich noch in diesem Jahr» dem Bundesrat einen Regelungsvorschlag unterbreiten für die Übermittlung von abrechnungsrelevanten Daten, gestützt auf die «präzisierte Rechtsgrundlage, welche der Nationalrat am 27. September 2011 beschlossen hat».

[Rz 47] **8. Dezember 2011:** Der Ständerat stimmt der vom Nationalrat beschlossenen Änderung von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> und Abs. 4 KVG zu.<sup>107</sup> Ständerätin Maury Pasquier setzt sich vergeblich für anonymisierte oder pseudonymisierte Daten ein. Bundesrat Burkhalter behauptet, Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> und Abs. 4 KVG würden sich nur auf die neue Spitalfinanzierung, also auf die Abrechnung gemäss SwissDRG beziehen, der Bundesrat habe bereits beschlossen, eine entsprechende Regelung in einer Verordnung zu erlassen. Diese Einschränkung

von Bundesrat Burkhalter findet keinen Anhaltspunkt im Wortlaut von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG, geschweige denn im Titel der Vorlage «Tarmed. Subsidiäre Kompetenz des Bundesrates».

[Rz 48] Es ist dem Bundesrat nicht verboten, die angekündigte Revision der KVV auf die Rechnungstellung für stationäre Behandlungen im Spital zu beschränken. Gemäss dem vom National- und Ständerat verabschiedeten Text von Art. 42 KVG erstreckt sich dessen Anwendung jedoch auf sämtliche Rechnungen von Leistungserbringern an Versicherer.

[Rz 49] Da der Ständerat am 8. Dezember 2011 die vom Bundesrat vorgeschlagene und vom Nationalrat akzeptierte Formulierung von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> und Abs. 4 KVG gutgeheissen hat, ist die Rechnungstellung in der Differenzvereinbarung kein Thema mehr. Die Vorlage passiert die Schlussabstimmung in beiden Räten am 23. Dezember 2011. Die Dachorganisation der indikationsbezogenen Patienten- und Selbsthilfeorganisationen «patienten.ch» hat am 10. Dezember 2011 das Referendum angekündigt.<sup>108</sup>

## VI. Kritische Bemerkungen zum Gesetzgebungsprozess

### 1. Fragwürdige Legitimation von santé-suisse und H+

[Rz 50] Wäre die Ergänzungsvereinbarung im Sommer 2011 von den Mitgliedern von H+ genehmigt worden, hätte sich die Frage nach der genügenden demokratischen Legitimation der Tarifpartner trotz ihrer Ermächtigung in Art. 49 Abs. 1 Satz 1 KVG gestellt. Sie hätte insbesondere deshalb einer überzeugenden Antwort bedurft, weil die Patientinnen und Patienten als in ihrer Persönlichkeit Betroffene nicht in die Aushandlung der Ergänzungsvereinbarung einbezogen waren<sup>109</sup> und das Gesetz den Tarifpartnern die Leitplanken der Datenübermittlung nicht klar vorzeichnete. Immerhin hätte die von den Krankenversicherern und den Spitälern ausgearbeitete Vereinbarung Gewähr dafür geboten, dass unterschiedliche Sichtweisen und einander widerstrebende Anliegen in die Verhandlungen eingebracht worden wären. An den Verhandlungen war aus Sicht der Patientinnen und Patienten problematisch, dass H+ hätte versucht sein können, im Tausch gegen eine bessere Abgeltung der Anlage-nutzungskosten die Übermittlung umfangreicher Daten zu akzeptieren.<sup>110</sup>

<sup>102</sup> Amtl. Bull. NR 2011, S. 1676.

<sup>103</sup> Amtl. Bull. NR 2011, S. 1676.

<sup>104</sup> So aber Bundesrat Burkhalter, Amtl. Bull. SR 2011, S. 1105.

<sup>105</sup> NIKLAUS NUSPLIGER, Ärzteschaft warnt vor dem Ende des Patientengeheimnisses, NZZ, 1. Dezember 2011, Nr. 281, S. 11. So auch die Befürchtung von H+, «Teilrevision der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV): Anhörungsantwort von H+» (siehe Fn 50), S. 2.

<sup>106</sup> <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=42041>.

<sup>107</sup> Amtl. Bull. SR 2011, S. 1105.

<sup>108</sup> Medienmitteilung von «patienten.ch» vom 10. Dezember 2011: <http://www.patienten.ch/mm101211.html>.

<sup>109</sup> PETER, Rz. 43: «Die Interessen des Patienten an einem korrekten Umgang mit seinen Patientendaten stand sicherlich nicht im Zentrum bei den Vertragsverhandlungen (...).» «PRIEUR, Rz. 3: Es geht «weniger um Persönlichkeitsschutz» als «um einen Machtkampf um Informationen».

<sup>110</sup> Zur Problematik von Mehrfachrollen am Beispiel der Kantonsregierungen:

[Rz 51] Dass sich die Tarifpartner nicht einigen konnten, zeigt, dass zumindest für die Mitglieder von H+ die in der Ergänzungsvereinbarung vorgesehene Regelung über die Weitergabe der Patientendaten nicht akzeptabel war. Das sprach eindeutig gegen eine Übernahme der in der Ergänzungsvereinbarung formulierten Regelung in eine vom BAG erlassene Norm. Es sei denn, es hätte nachweisen können, dass die Regelung im Einklang mit dem Gesetz steht, im öffentlichen Interesse liegt und nicht nur den Interessen der Spitäler und Krankenversicherer Rechnung trägt, sondern auch den Interessen der Patientinnen und Patienten, um deren Daten es geht. Der Bundesrat darf aber natürlich die Ergänzungsvereinbarung als Ausgangspunkt für seine Regelung nehmen. Er hat dann aber in einem zweiten Schritt eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen.

[Rz 52] Das Vorgehen von BAG und Bundesrat wäre dann unproblematisch gewesen, wenn es bei der Regelung der Weitergabe von Patientendaten lediglich um Fragen technischer Art ginge, die dem Grundsatz nach bereits im Gesetz geregelt sind. Dass sich die Tarifpartner nicht einig wurden und die Vereinigung der schweizerischen Datenschutzbeauftragten mehrmals versuchte, sich mit Stellungnahmen Gehör zu verschaffen, zeigt, dass dem nicht so ist. Eine Interessenabwägung, welche die Wahrung der Persönlichkeitsrechte von nicht direkt Beteiligten, aber unmittelbar Betroffenen, verlangt, muss durch die demokratisch legitimierten Instanzen erfolgen. Dies umso mehr, als es sich bei den Daten, die anlässlich eines medizinischen Eingriffs anfallen, um besonders schützenswerte Daten handelt.

[Rz 53] Die Regelung der Weitergabe der anlässlich einer stationären Spitalbehandlung anfallenden Daten betrifft jede Person, die sich in einem Schweizer Spital behandeln lässt. Wegen des Versicherungsobligatoriums von Art. 3 Abs. 1 KVG kann sich keine in der Schweiz wohnhafte Person im Falle einer Spitaleinweisung der Weitergabe ihrer Daten entziehen. Die hohen Kosten verunmöglichen es denjenigen Patientinnen und Patienten, die vermeiden wollen, dass die Daten an ihre Krankenkasse gelangen, die Rechnung selber zu bezahlen.<sup>111</sup> Auch dies spricht für eine umfassende Interessenabwägung durch den ordentlichen Gesetzgeber.

## 2. Fehlende Beachtung des Gesetzmässigkeitsprinzips

[Rz 54] Das BAG erliess das Kreisschreiben Nr. 7.1 «Datenschutzkonforme Organisation und Prozesse der Krankenversicherer», und der Bundesrat strebte mit dem Entwurf vom 14. September 2011 eine Revision der KVV an, bevor geklärt war, ob eine Bundeskompetenz vorliegt und sich die beiden

Organe auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen können. Die vom BAG erlassenen und vom Bundesrat vorgeschlagenen Normen regeln die Datenübermittlung von den Leistungserbringern an die Versicherer, verpflichten also nicht unmittelbar die Patientinnen und Patienten. Sie betreffen diese dennoch unmittelbar, indem sie klarstellen, welche Daten in welcher Form an die Krankenkassen gelangen. Es ist deshalb zu begrüssen, dass der Bundesrat unterdessen zur Einsicht gelangt ist, dass der KVV-Revision eine Gesetzesrevision vorausgehen soll.<sup>112</sup>

[Rz 55] Eine andere Frage ist, ob die vom Bundesrat am 14. September 2011 vorgeschlagene Revision von Art. 59 KVV in Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG eine genügende Grundlage findet, ob sich also der Bundesrat mit seinem Entwurf – falls er ihn nochmals hervorholt – im Bereich des Gesetzesvollzugs bewegt. Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG spricht von «die» Diagnosen und Prozeduren, nicht von «alle» Diagnosen und Prozeduren. Es wäre deshalb zulässig, wenn der Bundesrat in Art. 59 KVV vorsehen würde, dass nicht alle Nebendiagnosen übermittelt werden müssen. Dem Text von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG ist nicht zu entnehmen, dass die Daten verschlüsselt und pseudonymisiert zu übermitteln sind, wie dies der Entwurf von Art. 59 Abs. 2<sup>bis</sup> KVV vom 14. September 2011 vorsah. Weil der Bundesrat gemäss Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> Satz 2 KVG für die Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu sorgen hat, wäre eine solche Lösung vom Gesetzestext gedeckt. Aus demselben Grund wäre es auch zulässig, wenn der Bundesrat bei der Revision von Art. 59 KVV eine Möglichkeit finden würde, dass nicht alle Daten systematisch übermittelt werden müssen. Der Wortlaut von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG ermächtigt ihn jedoch dazu, die Leistungserbringer zu verpflichten, sämtliche Daten systematisch zu übermitteln. An der systematischen Übermittlung wurde von Parlamentarierinnen und Parlamentariern Kritik geübt, es geht aus den Ratsprotokollen jedoch nicht hervor, dass die Mehrheit eine systematische Übermittlung ausschliessen wollte.<sup>113</sup>

[Rz 56] Beschliesst der Bundesrat – nunmehr gestützt auf Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG – eine Änderung von Art. 59 KVV wie in der Version, die am 14. September 2011 in die Vernehmlassung ging, so stützt sie sich – das Inkrafttreten der KVG-Revision vom 23. Dezember 2011 vorausgesetzt – auf eine genügende gesetzliche Grundlage.

SAXER/OGGIER, S. 4.

<sup>111</sup> Gemäss Art. 42 Abs. 5 KVG darf der Leistungserbringer auf Wunsch der oder des Versicherten medizinische Angaben nur dem vertrauensärztlichen Dienst des Versicherers bekanntgeben.

<sup>112</sup> So Bundesrat Burkhalter, Amtl. Bull. SR 2011, S. 1105: «Le Conseil fédéral a d'ores et déjà décidé de régler le problème au niveau national, (...), par voie d'ordonnance. Mais il estime qu'il est préférable d'attendre le renforcement de la base légale par le troisième point. C'est précisément l'article 42 alinéas 3<sup>bis</sup> et 4.»

<sup>113</sup> Beide Räte folgten dem Antrag der Kommission. Kommissionssprecherin Nationalrätin Humbel verteidigte die auf Daten angewiesene Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitskontrolle der Krankenversicherer: Amtl. Bull. NR 2011, S. 1676.

### 3. Hastiges Vorgehen des Bundesrates

#### 3.1 Einheit der Materie zu wenig beachtet

[Rz 57] Die Diskussionen im National- und Ständerat zeigen, dass die Parlamentarierinnen und Parlamentarier nichts einzuwenden haben gegen die subsidiäre Kompetenz des Bundesrates, Tarife festzusetzen. Hingegen erwächst der Ergänzung von Art. 42 KVG Kritik mit Blick auf den Datenschutz. Die Parlamentsmitglieder und diejenigen Stimmberechtigten, die sich in diesen Tagen überlegen, ob sie gegen die KVG-Revision vom 23. Dezember 2011 das Referendum ergreifen sollen, befanden respektive befinden sich in einem Dilemma:<sup>114</sup> Ergreifen sie das Referendum, weil sie mit den Modalitäten der Weitergabe der Patientendaten nicht einverstanden sind, verzögern sie das Inkrafttreten von Art. 43 Abs. 5<sup>bis</sup> KVG über die Anpassungen an der Tarifstruktur. Ohne im Detail darauf einzugehen, wann die Einheit der Materie zu bejahen ist und wann nicht,<sup>115</sup> kann die vom Bundesrat vorgenommene Verknüpfung als unschön bezeichnet werden. Allen Beteiligten musste bewusst sein, dass eine Anpassung des Tarifmodells Tarmed unumgänglich und eine rasche Festsetzung der Tarife für die stationären Behandlungen im Spital erwünscht ist, während die Regelung der Weitergabe der Patientendaten höchst umstritten ist.

#### 3.2 Bezugnahme auf die gescheiterte Vorlage über die Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung

[Rz 58] Bei der Beratung von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG wurde mehrmals darauf hingewiesen, das Parlament habe diese Bestimmung bereits bei den Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung (Geschäft 09.053) «eingehend» beraten.<sup>116</sup>

[Rz 59] Im bundesrätlichen Entwurf vom 29. Mai 2009 zu den Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung<sup>117</sup> war keine Änderung von Art. 42 KVG vorgesehen. Dennoch stimmte der Ständerat am 26. November 2009 einem Antrag seiner Kommission zu.<sup>118</sup> Dieser lautete: «Art. 42 Abs. 4 KVG: Die Diagnosen sind in der Rechnung nach der Internationalen Klassifikation der Krankheiten in der jeweiligen

vom zuständigen Departement herausgegebenen schweizerischen Fassung zu verschlüsseln. Der Versicherer kann zusätzliche Auskünfte medizinischer Natur verlangen.» Im Nationalrat wollte die Mehrheit am 2. Dezember 2009 nichts von einem solchen Art. 42 Abs. 4 KVG wissen. Nur ein Votant hatte sich für die Version des Ständerates ausgesprochen, während sich fünf Ratsmitglieder gegen eine entsprechende Übermittlung der Diagnosen verwarnten.<sup>119</sup> Bundesrat Burkhalter votierte am 3. März 2010 im Ständerat für die Streichung von Art. 42 Abs. 4 KVG (und damit für die Version des Nationalrates), weil diese Meinungsverschiedenheit mit dem Nationalrat das ganze Geschäft gefährden könnte. Angesichts des Widerstandes, der aus den Kreisen der Betroffenen gekommen sei, sei es besser, diese Neuerung nicht in das dringende Massnahmepaket aufzunehmen.<sup>120</sup> Dennoch stimmten die Ständeratsmitglieder ohne Diskussion für das Beibehalten ihrer Version.<sup>121</sup> Im Nationalrat stand am 16. Juni 2010 eine neue Formulierung von Art. 42 KVG zur Diskussion. Nationalrätin Gilli zog ihren Minderheitsantrag, auf eine Regelung zu verzichten, trotz Bedenken zurück, zur Mehrheitsmeinung äusserte sich niemand.<sup>122</sup> Der vom Nationalrat angenommene Text lautete: «Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> Die Leistungserbringer haben auf der Rechnung nach Abs. 3 die Diagnosen nach der internationalen Klassifikation der Krankheiten in der jeweiligen vom zuständigen Departement herausgegebenen schweizerischen Fassung codiert aufzuführen. Der Bundesrat erlässt nähere Vorschriften zur Erhebung, Bearbeitung und Weitergabe der Daten unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Abs. 4 Der Versicherer kann zusätzliche Auskünfte medizinischer Natur erlangen.» Dieser Formulierung stimmte der Ständerat am 20. September 2010 ohne Diskussion zu.<sup>123</sup>

[Rz 60] Angesichts dessen, dass die definitive Formulierung der neuen Fassung von Art. 42 KVG erst sehr spät in die Beratung eingebracht wurde und keine Diskussion über die Zulässigkeit und Wünschbarkeit einer systematischen Übermittlung der Daten stattfand, war es übertrieben, wenn die Befürworterinnen und Befürworter von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG behaupteten, das Parlament habe diese Frage bereits einlässlich diskutiert. Dazu kommt, dass der Sprecher der sozialdemokratischen Fraktion in der Begründung der Ablehnung der Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung in der Schlussabstimmung ausdrücklich darauf hinwies, seine Partei lehne die Vorlage wegen der Übermittlung der Patientendaten an die Krankenversicherer ab.<sup>124</sup> Dies verbot es

<sup>114</sup> Kommissionssprecher Nationalrat Rossini wies darauf hin, dass die beiden Themen nicht direkt miteinander verbunden sind: Amtl. Bull. NR 2011, S. 1671. Bundesrat Burkhalter begründete die Einheit der Materie damit, es gehe in beiden Fällen darum, dass der Bundesrat einschreiten kann, wenn die Tarifpartner keine Einigung erzielen: Amtl. Bull. SR 2011, S. 1104 f.

<sup>115</sup> Dass beide Themen schon einmal in derselben gescheiterten Vorlage vereinigt waren, begründet keine Einheit der Materie. So aber der Bundesrat: BBI 2011, S. 7396 und Amtl. Bull. NR 2011, S. 1673.

<sup>116</sup> So z.B. Kommissionssprecherin Nationalrätin Humbel: Amtl. Bull. NR 2011, S. 1676.

<sup>117</sup> BBI 2009, S. 5817 ff.

<sup>118</sup> Amtl. Bull. SR 2009, S. 1091 f.

<sup>119</sup> Amtl. Bull. NR 2009, S. 2081 ff. Im Ständerat gab es keine Diskussion: Amtl. Bull. SR 2009, S. 1092.

<sup>120</sup> Amtl. Bull. SR 2010, S. 67.

<sup>121</sup> Amtl. Bull. SR 2010, S. 68.

<sup>122</sup> Amtl. Bull. NR 2010, S. 1052 f.

<sup>123</sup> Amtl. Bull. SR 2010, S. 830.

<sup>124</sup> Amtl. Bull. NR 2010, S. 1673.

dem Bundesrat aber natürlich nicht, auf die Norm zurückzugreifen und sie erneut in eine Vorlage einzubringen.

### 3.3 Hängige Motionen nicht abgearbeitet

[Rz 61] Der Bundesrat hat seinen Antrag auf Revision von Art. 42 KVG am 16. September 2011 in eine Vorlage zum Tarmed eingebracht, ohne zu erwähnen, dass zur Frage der Abrechnungsmodalitäten im System des SwissDRG zwei Vorstösse hängig sind und dass er für die Motion von Nationalrat Ignazio Cassis «Überprüfung der Swiss-DRG-Abrechnung und Vergütung der Spitäler durch eine gemeinsame neutrale Stelle» (Geschäft 11.3393)<sup>125</sup> und für die Motion der Grünen Fraktion «Qualitätssicherung mit der Einführung der neuen Spitalfinanzierung» (Geschäft 11.3674)<sup>126</sup> am gleichen Tag die Ablehnung empfiehlt.<sup>127</sup> Nationalrätin Gilli weist am 27. September 2011 darauf hin,<sup>128</sup> dass zum Themenkomplex Wirtschaftlichkeitsprüfung und Datenschutz eine Motion hängig ist. Weder die Kommissionssprecherinnen und -sprecher noch Bundesrat Burkhalter gehen darauf ein.

[Rz 62] Das Parlament muss bei der Behandlung der Motionen von Nationalrat Ignazio Cassis, der Grünen Fraktion und von Nationalrätin Bea Heim<sup>129</sup> noch einmal auf das Thema Rechnungstellung eingehen. Dabei könnten die Gegnerinnen und Gegner der Motionen versucht sein zu behaupten, das Thema sei bereits behandelt worden. Dem ist aber nicht so.<sup>130</sup> Würden die Motionen angenommen, müssten die Regeln über die Übermittlung der Patientendaten bereits wieder geändert werden. Dies wäre für die Spitäler und die Versicherer mit Aufwand verbunden. Für die Krankenkassen würde es nicht zuletzt bedeuten, neue Abläufe zu implementieren und Zugangsberechtigungen zu ändern. Geregelt werden müsste auch, was mit den bereits an die Krankenversicherer weitergegebenen Patientendaten geschehen soll.

<sup>125</sup> Die Motion verlangt, es seien die Voraussetzungen zu schaffen, «dass die gesetzlich vorgesehene Überprüfung der Berechnung der Vergütung sowie der Wirtschaftlichkeit der Leistung (Art. 42 Abs. 3 KVG) für die diagnosebezogenen Fallpauschalen (DRG) für akut-stationäre Behandlungen von einer schuldnerunabhängigen, externen Revisionsstelle übernommen wird.»

<sup>126</sup> Die Motion verlangt u.a. verschiedene Übergangsregelungen, insbesondere dass die systematische Datenübermittlung nur gemäss den Empfehlungen des Schweizerischen Datenschutzbeauftragten erfolgen.

<sup>127</sup> Am 16. September 2011 beantwortet der Bundesrat auch die Interpellation von Nationalrat Ignazio Cassis «Daten- und Persönlichkeitsschutz im Fallpauschalen-System Swiss DRG» (Geschäft 11.3622).

<sup>128</sup> Amtl. Bull. NR 2011, S. 1674 f.

<sup>129</sup> Motion von Nationalrätin Bea Heim «Zum Schutz des Patienten- und Arztgeheimnisses» (Geschäft 11.3785). Sie verlangt ein Trust- oder Clearing-system für die Codierrevision.

<sup>130</sup> Die Überprüfung durch eine externe Revisionsstelle hat das Parlament bei der Beratung der KVG-Revision vom 23. Dezember 2011 nicht gestreift, ebenso wenig die von der Grünen Fraktion geforderten flankierenden Bedingungen.

## VII. Rückblick und Ausblick

[Rz 63] Dass die Stimmberechtigten die Gelegenheit haben zu entscheiden, ob sie das angekündigte Referendum gegen die Revision von Art. 42 KVG unterstützen wollen, ist zu begrüssen.<sup>131</sup> Viel zu lange wurde über die Köpfe der Betroffenen hinweg über die Modalitäten der Weitergabe der Patientendaten verhandelt. Und zwar von Akteuren, die ein unmittelbares, nicht zuletzt auch wirtschaftliches Interesse am Ergebnis der Regelung haben. Dass santésuisse und H+ bei den Verhandlungen (nicht nur, aber auch) ihre eigenen finanziellen Interessen berücksichtigen, ist legitim. Umso mehr wäre es aber die Aufgabe von BAG und Bundesrat sowie der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren gewesen – spätestens in dem Moment, in dem sich zeigte, dass die Tarifpartner keine Einigung erzielen –, die Interessen der Patientinnen und Patienten in den Vordergrund zu rücken und für eine genügende demokratische Legitimation der sensible Daten betreffenden Regelungen zu sorgen.

[Rz 64] Das Parlament wurde erst spät eingeschaltet, handelte dann aber rasch, wenn nicht sogar überstürzt. Anders kann es jedenfalls kaum erklärt werden, dass es – ohne dass dies allen Beteiligten klar war – mit Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG eine Norm verabschiedete, die für alle Rechnungen der Leistungserbringer gilt, nicht nur für stationäre Behandlungen im Spital. Einmal mehr hat es das Parlament verpasst auszudiskutieren, welche spezifischen Fragen das neue System der Vergütung mittels Fallpauschalen an die Ausgestaltung der Rechnungstellung stellt. Gelegenheit dazu hätte das Parlament gehabt, waren doch einschlägige Motionen bereits hängig, als der National- und der Ständerat die Diskussion von Art. 42 Abs. 3<sup>bis</sup> KVG in Angriff nahmen.

[Rz 65] Es ist zu hoffen, dass sich die Öffentlichkeit anlässlich der Diskussion über das Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG)<sup>132</sup> aktiver in die Diskussion einbringen kann und wird. Weil das elektronische Patientendossier die Einzelne und den Einzelnen unmittelbar betrifft und gemäss Art. 3 Vorentwurf-EPDG nur mit Einwilligung der Patientin oder des Patienten erstellt werden darf, stehen die Chancen hierfür besser als bei den Modalitäten der Spitalrechnungen.

## Bibliografie

Brügger Urs, Impact of DRGs. Introducing a DRG reimbursement system: A literature review, Schriftenreihe der SGGP Nr. 98, Bern 2010

Eugster Gebhard, Bundesgesetz über die

<sup>131</sup> Es ist zu befürchten, dass sich die finanzkräftigen Akteure nach dem Referendum gegen die KVG-Revision vom 30. September 2011 (Managed Care, veröffentlicht in BBI 2011, S. 7411 ff.) nicht gleich wieder auf ein Referendum einlassen.

<sup>132</sup> Siehe Fn 36.

Krankenversicherung (KVG), in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 2010

Fünfkirchen Sonja Andrea, Der «Datenschutz» im KVG und die fragwürdige «WZW-Überprüfung» im SwissDRG-System, Jusletter 30. Januar 2012

Fünfkirchen Sonja Andrea, SwissDRGs und Datenschutz, Masterarbeit Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich, 31. August 2011, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2011

Gächter Thomas/Vollenweider Irene, Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2010

Guillod Olivier, Les développements récents en droit de la santé, in: Guillod Olivier/Sprumont Dominique (Hrsg.), Rapports entre médecins et autorités: indépendance ou collaboration? 18ème Journée de droit de la santé 30 septembre 2011, Editions Weblaw, Bern 2011, S. 5 ff.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008

Häner Isabelle, Datenschutz in der Krankenversicherung, digma 2003, S. 146 ff.

Kuhn Hanspeter, Urteil vom 29. Mai 2009: kein Leitentscheid für die Einführung von SwissDRG, Schweizerische Ärztezeitung 92 (2011), Nr. 16/17, S. 605

Lang Gabriela et alii, Gewährleistung des Datenschutzes – externe und professionelle Kodierrevision macht es möglich, Schweizerische Ärztezeitung 91 (2010), Nr. 34, S. 1265 ff.

Mahon Pascal, Art. 117, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, S. 917 ff.

Oggier Willy, Artikel 59c KVV im Lichte ausgewählter gesundheitsökonomischer Aspekte, in: Saxer Urs/Oggier Willy (Hrsg.), Recht und Ökonomie der KVG-Tarifgestaltung. Eine kritische Würdigung, unter besonderer Berücksichtigung von Art. 59c KVV, Forum Gesundheitsrecht 17, Zürich 2010, S. 49 ff.

Peter Christian, Kritische Bemerkungen zur Vereinbarung von santésuisse und H+, in: Jusletter 29. August 2011

Peters Oliver, DRG-Systeme haben Grenzen, Competence (H+ Hospital Forum) 1–2/2011, S. 20 f.

Poledna Tomas, Kommentar zu Art. 117 BV und zu Art. 118 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich/St. Gallen und Zürich, 2. Aufl. 2008, S. 1814 ff. und S. 1820 ff.

Prieur Yvonne, Unzureichender Schutz der Gesundheitsdaten bei den Krankenversicherern. Am Beispiel von fünf bekannten Problembereichen, in: Jusletter 18. Februar 2008

Rechtsgutachten Miotti: Kersten Gunhilt/Humbel Luc/Miotti Roland/Brunner Sarah/Hänggeli Urs, Rechtsgutachten vom 30. Mai 2011 zuhanden von H+ und FMH zur systematischen Weiterleitung des Datensets 2 mit der Rechnungsstellung an die Krankenversicherer, Brugg 2011 ([http://www.fmh.ch/files/pdf5/R\\_Gutachten\\_FM\\_H.pdf](http://www.fmh.ch/files/pdf5/R_Gutachten_FM_H.pdf) und [http://www.grundrechte.ch/2011/Fazit\\_R\\_Gutachten\\_H\\_\\_und\\_FM\\_H\\_30\\_5\\_2011\\_01.pdf](http://www.grundrechte.ch/2011/Fazit_R_Gutachten_H__und_FM_H_30_5_2011_01.pdf))

Rolaz Michel, Stolperstein Datenlieferung, infosantésuisse (Das Magazin der Schweizer Krankenversicherer), 7/2010, S. 18

Saxer Urs, Die Tarifgestaltungsgrundsätze des KVG und ihre Umsetzung, unter besonderer Berücksichtigung von Art. 59c KVV. Rechtsgutachten, in: Saxer Urs/Oggier Willy (Hrsg.), Recht und Ökonomie der KVG-Tarifgestaltung. Eine kritische Würdigung, unter besonderer Berücksichtigung von Art. 59c KVV, Forum Gesundheitsrecht 17, Zürich 2010, S. 7 ff.

Saxer Urs/Oggier Willy, Einführung, in: Saxer Urs/Oggier Willy (Hrsg.), Recht und Ökonomie der KVG-Tarifgestaltung. Eine kritische Würdigung, unter besonderer Berücksichtigung von Art. 59c KVV, Forum Gesundheitsrecht 17, Zürich 2010, S. 1 ff.

---

PD Dr. iur. Patricia M. Schiess Rütimann ist Privatdozentin an der Universität Zürich. Sie arbeitet als Studienleiterin des Doktoratsstudiums Dr. iur. an der Privaten Universität im Fürstentum Liechtenstein UFL.

---

\* \* \*