

Genügende gesetzliche Grundlagen für das Dignitätskonzept?

Anfrage der FMH an die Wettbewerbskommission und den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten

Olivier Kappeler, Mitglied Zentralvorstand der FMH
Hanspeter Kuhn, stv. Generalsekretär

Das Dignitätskonzept in der zwischen den Vertragspartnern vereinbarten Form lässt verschiedene Fragen offen. Diejenigen bezüglich Umsetzung sind technisch lösbar, die gemeinsamen Anstrengungen der Partner in der Paritätischen Kommission Dignität (PaKoDig) werden dazu führen, dass die Dignitätsdatenbank noch im 2005 in Betrieb genommen werden kann.

Zu den Grundlagen des Dignitätskonzeptes bleiben Fragen offen. Der Zentralvorstand der FMH hat sich entschieden, diese Fragen mit dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) und der Wettbewerbskommission (WEKO) zu klären. Die Vertragspartner H+, santésuisse und MTK wurden vorgängig über die Anfragen der FMH orientiert. Santésuisse hat sich als Folge dieser Orientierung der Meldung an die WEKO [1] angeschlossen.

Zu unserer Meldung an die Wettbewerbskommission

Ausgangslage

Das Kartellgesetz (KG) will volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern und den Wettbewerb fördern (Art. 1 KG).

Das Kartellgesetz gilt grundsätzlich für alle Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts (Art. 2 KG).

Aus dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes heraus fallen aber Vorschriften, die *eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen*, oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 KG).

Unsere Überlegungen

Die TARMED-Tarifstruktur selbst ist vom KVG verlangt, zwischen den Tarifpartnern vereinbart und vom Bundesrat genehmigt worden. Sie entspricht damit einer «staatlichen Markt- und

Preisordnung». Für diesen Bereich ist das Kartellrecht nicht anwendbar.

Das Dignitätskonzept formuliert eine Vielzahl von Auflagen zur Weiterbildung und zur Anwendbarkeit von Positionen (von den rund 4500 TARMED-Positionen sind etwa 400 von allen Ärztinnen und Ärzten, ohne jegliche Einschränkung, anwendbar). Damit begründet das Dignitätskonzept eine Einschränkung des Wettbewerbs. Im Krankenversicherungsgesetz (KVG) Art. 43 ist vorgesehen, dass die Vergütung von Leistungen an Bedingungen geknüpft werden können, aber nur «ausnahmsweise» [2]. Zudem ist der Genehmigungstext des Bundesrats zum Bereich Dignität nicht klar [3].

Unsere Fragen an die Wettbewerbskommission

- Ist das Kartellrecht im Bereich Dignität anwendbar, oder gibt es eine genügende gesetzliche Grundlage für den Ausschluss des Kartellrechts für diese Thematik?
- Ersetzt die bundesrätliche Genehmigung allenfalls fehlende gesetzliche Grundlagen?

Kommentar

Wir wollen unseren Beitrag zur Umsetzung des vereinbarten Dignitätskonzeptes leisten können. Die fehlenden Antworten auf die aus unserer Sicht offenen Fragen und die drohenden hohen Bussen für den Fall, dass die WEKO hier eine Verletzung feststellt, haben den ZV bewogen, diese Fragen zu stellen. Die Feststellung, dass santésuisse sich ebenfalls zu einer Meldung veranlasst sah, bestärkt unsere Ansicht.

Zum weiteren Verlauf

Mit Schreiben vom 8. Juli 2005 teilt die WEKO mit, dass sie bezogen auf den gemeldeten Sachverhalt kein Verfahren eröffnen werde. Zur Frage der gesetzlichen Grundlage für die Dignitätsregelung hat sie keine Beurteilung geäussert. Der Brief bedeutet, dass die FMH in dieser Frage bis auf weiteres keine wettbewerbsrechtlichen Sank-

1 Das revidierte Kartellgesetz ermöglichte gemäss Übergangsbestimmungen bis 31. März 2005 die sanktionsfreie Meldung von «möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbehinderungen». FMH und santésuisse haben diese Frist eingehalten.

2 Wortlaut von Art. 43 Abs. 2 lit. d: «zur Sicherung der Qualität die Vergütung bestimmter Leistungen ausnahmsweise von Bedingungen abhängig machen, welche über die Voraussetzungen nach den Artikeln 36–40 hinausgehen, wie namentlich vom Vorliegen der notwendigen Infrastruktur und der notwendigen Aus-, Weiter- oder Fortbildung eines Leistungserbringers (Tarifausschluss).»

3 Mit Entscheid vom 30. September 2002 hat der Bundesrat die TARMED-Tarifstruktur genehmigt. Er hat dabei «festgestellt, [...] dass das Dignitätskonzept [...] auch für Ärztinnen mit einer mindestens zweijährigen Weiterbildung auszuliegen ist.»

Korrespondenz:
FMH-Rechtsdienst
Elfenstrasse 18
Postfach 170
CH-3000 Bern 15
Tel. 031 359 11 11
Fax 031 359 11 12
E-Mail:lex@fmh.ch

tionen riskiert. Bis auf weiteres heisst, dass die WEKO von sich aus auf die Thematik zurückkommen kann – der Brief der WEKO ist kein Gerichtsurteil, mit dem die Frage definitiv abgeschlossen wäre [4].

Zu unserer Anfrage beim Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB)

Ausgangslage

Die Dignitätsdatenbank umfasst für jeden Arzt, jede Ärztin die Angaben zum Facharztstitel, zu den Schwerpunkten und zu den beanspruchten Positionen im Rahmen der *Besitzstandswahrung*. Weil TARMED bei vielen Leistungen besondere Qualifikationen verlangt, ist diese Datenbank sehr umfangreich. Sie ist ein detailliertes Profil des Leistungsspektrums des einzelnen Arztes, aber auch der gesamten Ärzteschaft. Im Rahmen der Kontrolle der Rechnungsstellung sind die Versicherer vertraglich berechtigt, diese Daten zu nutzen.

In der laufenden Arbeit zeigt sich, dass die Frage, ob diese Datenbank «schützenswerte Angaben» enthält, von den Partnern völlig verschieden beantwortet wird.

Mit unserem Vorstoss an den EDSB sollte dieser über den Inhalt der vorliegenden Datenbank in Kenntnis gesetzt, über die vorgesehenen Nutzungs- und Abfragemöglichkeiten orientiert und

zur Begleitung dieser Vertragsverhandlungen eingeladen werden.

Unsere Fragen an den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten

- Sind die Dignitätsdaten des einzelnen Arztes / der Ärztin ein datenschutzrechtlich relevantes Persönlichkeitsprofil?
- Falls ja, gibt es eine genügende gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung durch die FMH (ist Art. 43, Abs. 2 KVG respektiert)?
- Zur vorgesehenen Datenweitergabe an Versicherer: Wann dürfen wir Angaben, im Rahmen der vorgesehenen Nutzung, weitergeben? Welche Massnahmen sind zu treffen, um einen allfälligen Missbrauch zu vermeiden (bzw. zu erkennen und/oder zu ahnden)

Zum weiteren Verlauf

Ein juristischer Mitarbeiter des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten hat am 8. August 2005 eine erste Stellungnahme abgegeben. Auch er nimmt nicht Stellung zur Frage, ob eine genügende gesetzliche Grundlage für das Dignitätskonzept besteht. Hingegen weist er darauf hin, dass es keine gesetzliche Grundlage gibt, um Dignitätsdaten ausserhalb der konkreten Rechnungsprüfung an den Versicherer weiterzuleiten. Das schliesst aus seiner Sicht die Weitergabe einer Gesamtdatenbank aus.

4 Der WEKO-Brief macht die Thematik nicht zur «res iudicata», also nicht zur rechtlich definitiv entschiedenen Angelegenheit.