

Dornheim • RAe und StB • Brahmsallee 9 • 20144 Hamburg

Datum

Unser Zeichen

RECHTSANWÄLTE

Ove Dornheim ^{1,4,5,7}

Heinrich Geising ^{1,3}

Dr. Markus Plantholz ^{1,2}

Dr. Sylvia Hacke ^{1,7}

Prof. Dr. Andreas Borsutzky ^{1,3}

Larissa Wocken ^{1,3}

Dr. Kathrin Nahmmacher ^{1,2}

Rüdiger Meier ¹

Dr. Tobias Beckmann ¹

Hedwig Seiffert ⁶

STEUERBERATER

Heinrich Leinemann ^{1,8}

Brahmsallee 9
20144 Hamburg
Tel.: 040 / 41 46 14 – 0
Fax: 040 / 44 30 72

www.dornheim-partner.de

¹ Partner

² Fachanwalt Medizinrecht

³ Fachanwalt Arbeitsrecht

⁴ Fachanwalt Handels- und Gesellschaftsrecht

⁵ Fachanwalt Familienrecht

⁶ Fachanwalt Sozialrecht

⁷ Wirtschaftsmediator (DAA)

⁸ Fachberater für Unternehmensnachfolge

Externe Hilfsmittelberater / Gutachter

Dr. Markus Plantholz, Hamburg

BVMed-Sozialrechtstag am 13. Juni 2013 in Berlin

Zusammenfassung:

1. Solange die HM-Richtlinien oder die Verträge nach § 127 SGB V keine abweichenden Regelungen vorsehen, unterliegen Hilfsmittelversorgungen in der GKV gem. § 19 SGB IV und § 30 Abs. 8 BMV-Ä dem Bewilligungsvorbehalt der Krankenkassen.
2. Gem. § 12 Abs. 1 SGB V müssen die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Dieser Maßstab hat eine rechtliche und eine medizinische bzw. technische Dimension.
3. § 275 Abs. 1 Satz 1 SGB V bestimmt zwingend, dass die medizinische bzw. technische Dimension im Rahmen eines Antragsverfahrens auf Leistungen der HM-Versorgung im Auftrag der Krankenkasse durch den Medizinischen Dienst zu prüfen ist. Auch § 275 Abs. 3 SGB V eröffnet kein Ermessen, jemand anderen als den MDK mit dieser Prüfung zu beauftragen. Die Krankenkasse selbst hat eine eigene Prüfungskompetenz nur in Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen.
4. § 12 SGB V gibt keine Ermächtigungsgrundlage dafür, von diesem gesetzlich vorgesehenen Verfahrensweg abzuweichen. Auch die allgemeine Beratungs- und Auskunftspflicht von Sozialleistungsträgern nach §§ 14, 15 SGB I bildet keine Ermäch-

tigungsgrundlage, im Bewilligungsverfahren auf Sachleistungen der GKV einen externen Gutachter oder Berater einzuschalten.

5. Ein Leistungserbringer ist auf der Grundlage von § 100 Abs. 1 Satz 3 SGB X verpflichtet, der Krankenkasse im Einzelfall auf Verlangen Auskunft zu erteilen, soweit es für die Durchführung von dessen Aufgaben nach diesem Gesetzbuch erforderlich ist *und* entweder der Betroffene eingewilligt hat (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. SGB X) oder dies gesetzlich zugelassen ist (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB X).
6. Die Datenerhebung durch einen von der Krankenkasse beauftragten externen Gutachter ist einer Datenerhebung unmittelbar durch die Krankenkasse gleichgestellt. Gesetzlich zugelassen ist die Datenerhebung, soweit sie für die Aufgaben der Krankenkasse erforderlich ist. Die zulässige Datenerhebung im Rahmen Aufgaben der Krankenkasse wird einerseits durch § 302 SGB V bestimmt. Die dort genannten Daten dürfen durch die Krankenkasse ohne Einwilligung des Versicherten erhoben werden. Darüber hinausgehende Sozialdaten zur Prüfung medizinischer oder technischer Sachverhalte im Rahmen von Bewilligungsverfahren dürfen durch die Krankenkasse nicht erhoben werden, weil dies Aufgabe des MDK und nicht der Krankenkasse ist (vgl. § 275 i.V.m. § 276 SGB V).
7. Die unmittelbare Datenerhebung durch die Krankenkasse kann auch nicht auf eine (schriftlich erteilte) Einwilligung des Versicherten gestützt werden; § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB X ist insoweit nicht anwendbar, wenn mit der Einwilligung der gesetzliche Aufgabenbereich erweitert werden soll. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz hat dies bereits im Jahr 2001 zutreffend festgestellt.
8. Die tägliche Praxis weicht stark von der Rechtslage ab. Die Abweichung von § 275 SGB V bleibt weitgehend folgenlos. Eine mögliche Alternative könnte darin bestehen, die aktuelle Praxis zu legalisieren und zu kanalisieren. Vorbild könnte bis zu einem gewissen Grad die Neuregelung des § 18 SGB XI sein. Die Beauftragung anderer Gutachter als des MDK in der Pflegeversicherung unterliegt Voraussetzungen an die Qualifizierung, die Qualitätssicherung des Verfahrens, die Neutralität und die Dienstleistungsorientierung, die in bundesweit geltenden vom BMG zu genehmigenden Richtlinien geregelt werden. Allerdings besteht eine weitere Variante auch darin, die Medizinischen Dienste mit besseren personellen Ressourcen auszustatten und die gesetzlich nicht vorgesehene Abweichung vom Verfahrensweg des § 275 SGB V zu sanktionieren.

Nach wie vor häufigste Gründe für die Ablehnung der Kostenübernahme eines vertragsärztlich verordneten Hilfsmittels sind die – vermeintlich oder tatsächlich - fehlende medizinische Notwendigkeit oder die fehlende Zweckmäßigkeit der verordneten Versorgung. Das Kernproblem liegt dabei einerseits in der Frage, welche Entscheidungen und Überprüfungen die Krankenkasse selbst vollziehen darf, und hinsichtlich welcher Sachverhalte sie externen Sachverstand hinzuziehen muss, andererseits darin, dass mitunter zur Überprüfung andere Wege beschritten werden als die Beauftragung der Medizinischen Dienste (nachfolgend: „MDK“).

1. Ausgangssituation: Bewilligungsvorbehalt gem. § 19 SGB IV

Der 1. Senat des BSG hat in einigen Entscheidungen 1997 (*Urt. v. 16.9.1997, u.a. 1 RK 28/95*) entschieden, dass die gesetzlichen Grundlagen des SGB V für die Versicherten nur ausfüllungsbedürftige Rahmenrechte hergäben. Diese würden zunächst durch die Richtlinien des Bundesausschusses und dann durch die Entscheidung des Vertragsarztes über die Therapie abschließend konkretisiert. Danach sei die Krankenkasse an eine Entscheidung des Vertragsarztes, die sich innerhalb des rechtlichen Rahmens des SGB V und der Richtlinien aufhalte, gebunden sei und sie sich als eigene zurechnen lassen müsse. Sie sei gehindert, in das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient einzugreifen. Diese Konstruktion wird Rechtskonkretisierungskonzept genannt.

Insbesondere der 3. Senat des BSG geht wiederum davon aus, dass das Rechtskonkretisierungskonzept in dieser Form für Verordnungen von Arzneimitteln, nicht jedoch von Hilfsmitteln und z.B. auch häuslicher Krankenpflege gelte (*zu Heilmitteln hingegen BSG, Urt. v. 15.11.2007 – B 3 KR 4/07 R*), also die Krankenkassen durchaus nicht gehindert seien, die therapeutischen Entscheidungen des Vertragsarztes und dessen Verordnungen nach Maßgabe des § 12 SGB V zu überprüfen (*BSG, Urt. v. 24.9.2002 – B 3 KR 2/02 R*). Daran ist festzuhalten. Der generelle Genehmigungsvorbehalt für Leistungen der GKV ergibt sich aus § 19 SGB IV; von ihm kann durch spezialgesetzliche Regelung oder aber durch untergesetzliche konkretisierende Rechtsnormen abgewichen werden. Beispiele für solche partiellen Abweichungen sind etwa die Regelungen des § 6 Abs. 6 der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung häuslicher Krankenpflege oder die entsprechende Regelung der SAPV-Richtlinie, wonach die Krankenkasse die aufgrund vertragsärztlicher Verordnung erbrachten Leistungen vorbehaltlich des Zugangs der Verordnung bei der Krankenkasse binnen drei Tagen ab Ausstellung bis zum Zugang des die Kostenübernahme verkürzenden oder ablehnenden Bescheides auch dann zu tragen hat, wenn sich ergibt, dass die verordneten Leistungen dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V nicht entsprechen. Derartige Rege-

lungen fehlen für den Bereich der HM-Versorgung. § 30 Abs. 8 Satz 1 Bundesmantelvertrag – Ärzte (BMV-Ä) bzw. die entsprechende Vorschrift des Arzt-Ersatzkassenvertrages (AEV) sehen im Gegenteil das Bewilligungsverfahren vor, soweit die Krankenkassen in den Verträgen nach § 127 SGB V nicht abweichend zu Gunsten der Versicherten disponieren.

2. Prüfung der Verordnung nach § 275 SGB V als Ausdruck des Wirtschaftlichkeitsgebotes

Gem. § 12 Abs. 1 SGB V müssen die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Das Wirtschaftlichkeitsgebot enthält medizinische und rechtliche Komponenten. Zwischen beiden ist sauber zu trennen. Aus diesem Grunde ist § 275 SGB V geschaffen worden.

- a) Aus § 275 Abs. 1 Satz 1 SGB V ergibt sich, dass die Krankenkasse eine gutachtliche Stellungnahme des MDK zur Prüfung von Voraussetzungen, Art und Umfang der verordneten Leistung einholen *muss*, wenn es nach Art, Schwere, Dauer oder Häufigkeit der Erkrankung oder nach dem Krankheitsverlauf erforderlich ist.

Der Hintergrund dieser Regelung ist eindeutig: Es sollen keine Entscheidungen über therapeutische Sachverhalte durch unkundige Personen getroffen werden; dem ärztlichen Sachverstand des verordnenden Arztes muss zur Beurteilung vielmehr entsprechender ärztlicher und neutraler Sachverstand entgegengehalten werden; deshalb gibt es die Bestimmung des § 275 Abs. 1 Satz 1 SGB V in ihrer Ausgestaltung als Muss-Vorschrift. Die medizinische Komponente des Wirtschaftlichkeitsgebotes zu prüfen ist also Aufgabe des MDK bei einem entsprechenden Auftrag der Krankenkasse; die Krankenkasse ihrerseits ist auf die Prüfung des rechtlichen Rahmens, also insbesondere die Frage des Bestehens eines Versicherungsverhältnisses und die Fragen beschränkt, ob es sich um eine Verordnung handelt, die an den formalen Rahmen der Hilfsmittel-Richtlinien hält und ob es sich um Hilfsmittel handelt, die kraft Rechtsverordnung oder als Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens von der Versorgung ausgeschlossen sind. Mithin steht den Krankenkassen selbst keine eigenständige Prüfungskompetenz für Sachverhalte zu, in denen es nicht nur um die Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen, sondern um medizinische Sachverhalte geht.

- b) Daneben bestimmt § 275 Abs. 3 Nr. 2 SGB V, dass die Krankenkassen durch den MDK vor Bewilligung eines Hilfsmittels in geeigneten Fällen prüfen lassen *können*, ob das Hilfsmittel erforderlich ist; dem MDK ist in diesem Zusammenhang ausdrücklich eine Beratungskompetenz

gegenüber den Versicherten eingeräumt. „Können“ eröffnet den Krankenkassen in diesem Zusammenhang lediglich Ermessen darüber, ob sie den MDK mit der Prüfung dieser medizinischen Aspekte des Wirtschaftlichkeitsgebotes beauftragen wollen. Der Begriff ist hingegen nicht als Ermessen darüber zu verstehen, vom Verfahren des § 275 SGB V abzuweichen, wenn eine solche Überprüfung erfolgen soll.

- c) Bestätigt wird dieser Befund durch § 275 Abs. 4 Satz 1 SGB V: Die Krankenkassen und ihre Verbände sollen bei der Erfüllung anderer als der in Absatz 1 bis 3 genannten Aufgaben im notwendigen Umfang „den Medizinischen Dienst oder andere Gutachterdienste“ zu Rate ziehen, insbesondere für allgemeine medizinische Fragen der gesundheitlichen Versorgung und Beratung der Versicherten, für Fragen der Qualitätssicherung, für Vertragsverhandlungen mit den Leistungserbringern und für Beratungen der gemeinsamen Ausschüsse von Ärzten und Krankenkassen, insbesondere der Prüfungsausschüsse. Die ausdrückliche Nennung anderer, externer Gutachterdienste nur in Abs. 4 für allgemeine Fragen als Gegenstück zu Bewilligungsverfahren lässt nur den Umkehrschluss zu, dass für die in Abs. 1 – 3 genannten Aufgaben die Beauftragung externer Gutachterdienste gerade nicht gewollt ist.
- d) Erforderlich ist außerdem eine gutachtliche Stellungnahme, die sich auf den Einzelfall bezieht; eine abstrakte vorformulierte Äußerung des MDK genügt § 275 Abs. 1 Satz 1 SGB V nicht. Beispiele für solche nicht mehr einzelfallbezogenen Stellungnahmen gab es durchaus. Zu erinnern ist z.B. daran, dass eine Krankenkasse nach der Entscheidung des BSG, die Versorgung von pflegebedürftigen Bewohnern in stationären Pflegeeinrichtungen mit Systemen zur enteralen Ernährung § 33 SGB V zuzuordnen (*BSG, Urt. v. 6.6.2002 – B 3 KR 67/01 R und B 3 KR 5/02 R*), zunächst beständig auf ein Gutachten des MDK verwiesen hat, wonach Schwerkraftsysteme grundsätzlich ausreichend und Pumpensysteme grundsätzlich eine Übermaßversorgung darstellten.

3. *Beauftragung externer Gutachter durch die Krankenkasse*

Krankenkassen beauftragen oftmals externe Gutachter mit der Prüfung der medizinischen Aspekte der Verordnung. Man mag dies wegen der teilweise langen Bearbeitungszeiten des MDK und wegen dessen enger personeller Ressourcen für nachvollziehbar halten. Das entbindet nicht von der Beantwortung der Kernfragen, ob für die Beauftragung externer Gutachter durch die Krankenkasse erstens eine Ermächtigungsgrundlage besteht.

- a) Wie bereits dargestellt, spricht schon viel dafür, dass § 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 SGB V ein in sich abgeschlossenes System zur differenzierten Klärung der Aspekte des Wirtschaftlichkeitsgebotes regelt, von dem nicht abgewichen werden kann. Dennoch werden häufig §§ 12, 197 b, 206 SGB V oder auch §§ 14, 15 SGB I als Ermächtigungsgrundlage bemüht.
- b) § 12 Abs. 1 SGB V jedenfalls gibt für eine solche Grundlage eindeutig nichts her. Die Norm legt abstrakt mit mehreren unbestimmten konkretisierungsbedürftigen Rechtsbegriffen den Prüfstoff für die Leistungsgewährung durch die Krankenkassen, nicht aber die Zuständigkeiten im Verfahren fest.
- c) Gem. § 197 b Satz 1 SGB V können Krankenkassen die ihnen obliegende Aufgaben durch Dritte wahrnehmen lassen, soweit die Aufgabenwahrnehmung auf diese Weise wirtschaftlicher als durch die Krankenkasse selbst ist, die Übertragung im wohlverstandenen Interesse der Betroffenen liegt und Rechte der Versicherten nicht beeinträchtigt werden. Zielrichtung des § 197 b SGB V ist es vor allem, die Aufgabenbündelung bei den Verbänden oder bei Dritten zu ermöglichen, um wirtschaftliche Synergieeffekte bei den Krankenkassen zu ermöglichen. Daraus eine Ermächtigungsgrundlage für eine Abweichung von § 275 SGB V herzuleiten, ist schon deshalb falsch, weil der MDK als Institution bereits zur Bündelung bestimmter Aufgaben geschaffen worden ist. Die Prüfung der Kostenübernahme unter medizinischen Gesichtspunkten stellt auch keine originär durch die Krankenkasse wahrzunehmende Aufgabe dar. Außerdem stellt § 197 b Satz 2 SGB V klar, dass wesentliche Aufgaben zur Versorgung der Versicherten nicht in Auftrag gegeben werden dürfen.
- d) § 206 Abs. 1 SGB V regelt eine Auskunftspflicht des Versicherten gegenüber der Krankenkasse. Sie betrifft in erster Linie für die Beitragsbemessung relevante Informationen, jedenfalls aber nicht die Auskunft über medizinische Sozialdaten. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Krankenkassen freiwillig übermittelte Daten dazu nutzen dürfen, ihren Aufgabenkreis zu erweitern.
- e) Besonders häufig wird als Rechtsgrundlage für die Beauftragung externer Gutachter die Beratungspflicht der Krankenkassen angeführt, weshalb sie häufig auch nicht als Gutachter, sondern als Hilfsmittelberater bezeichnet werden. Tatsächlich bestimmt § 14 SGB I, dass jeder Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch hat, wobei die Leistungsträger beratungsverpflichtet sind, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen sind. § 15 SGB I flankiert dies durch eine Auskunftspflicht des Leistungsträgers. §§ 14, 15 SGB I sind als grundlegende Rechte der Versicherten ausgestaltet, nicht aber als Verpflichtung.

tung zur Inanspruchnahme. Damit steht zunächst fest, dass Versicherte nicht „zwangsberaten“ werden können. Man wird allerdings nicht so weit gehen dürfen, dass Versicherten kein Beratungsangebot unterbreitet werden darf, sondern sie von sich aus mit dem Verlangen nach Beratung und Auskunft auf den Leistungsträger zugehen müssen.

Maßgeblich ist jedoch, Beratung nach § 14 SGB I sauber von der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens im Sinne des § 8 SGB X zu trennen. Verwaltungsverfahren ist die nach außen wirkende Tätigkeit des Sozialleistungsträgers, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet ist. Das Bewilligungsverfahren über eine vertragsärztlich verordnete Leistung ist ein Verwaltungsverfahren. In diesem hat der Versicherte als Adressat des Leistungsbescheides Beteiligtenstatus (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X). Er tritt dem Sozialleistungsträger also nicht als Ratsuchender, sondern als Antragsteller gegenüber. Deshalb bildet § 14 SGB I keine Ermächtigungsgrundlage für die Übernahme von Prüfaufgaben durch externe Gutachter im Verwaltungsverfahren, auch wenn sie Berater heißen. Im Rahmen von Hausbesuchen oder Telefonkontakten sind Versicherte in einem laufenden Antragsverfahren darüber aufzuklären. Die gelegentlich vorzufindende Praxis, im Rahmen von Beratungsbesuchen etwa bei laufenden Widerspruchsverfahren vorbereitete Rücknahmeerklärungen o.ä. vorzulegen, ist damit jedenfalls nicht von § 14 SGB I gedeckt.

Im Ergebnis stellt der in § 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 SGB V beschriebene Verfahrensweg ein abgeschlossenes System dar; eine Ermächtigungsgrundlage, die der Krankenkasse von ihm abzuweichen gestattet, ist nicht in Sicht.

4. Datenerhebung und –speicherung durch die Krankenkassen

Eine Ermächtigungsgrundlage ist überdies auch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten erforderlich, weil durch von der Krankenkasse beauftragte externe Beratungsunternehmen und Honorarkräfte gewöhnlich Sozialdaten erhoben werden. Sowohl die Erhebung von Sozialdaten beim Versicherten als auch beim Leistungserbringer bedarf ebenso wie die Verarbeitung und Speicherung der Daten einer Ermächtigungsgrundlage. Dies folgt aus dem Recht der Versicherten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

- a) Es besteht weder eine Verpflichtung noch ein Recht des Leistungserbringers, ohne Einwilligung des Versicherten gegenüber den Krankenkassen oder solchen Dritten Sozialdaten zu offenbaren, soweit dies nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben bzw. zugelassen ist. Das

BSG hat schon sehr früh entschieden, dass den gesetzlichen Krankenkassen kein eigenständiges Recht zustehe, zum Zwecke der Prüfung der Abrechnung einer Krankenhausbehandlung Patientenunterlagen einzusehen. Vielmehr sei auch hier die Einschaltung des MDK zwingend erforderlich (*BSG v. 23.7.2002 - B 3 KR 64/01 R*). Im Falle der Prüfung einer Krankenhausrechnung hielt das BSG die Krankenkasse noch unter der Ägide des § 275 Abs. 1 SGB V alter Fassung nicht für berechtigt, selbst (oder - das ist der eigenen Einsichtnahme gleichzustellen - durch externe Dritte) Einsicht in die Behandlungsunterlagen zu nehmen. Vielmehr obliege dies dem MDK, wenn er von den Krankenkassen mit einer entsprechenden Begutachtung beauftragt worden sei. Nach Auffassung des BSG war auch die Rechnungsprüfung vom Regelungsgehalt des § 275 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V umfasst, was die Norm mittlerweile auch ausdrücklich klarstellt. Zwar dürfe die Krankenkasse gemäß § 284 Abs. 1 Nr. 8 SGB V Sozialdaten der Versicherten erheben und speichern, soweit diese für die Abrechnung mit den Leistungserbringern erforderlich sind. Nach § 67 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 a) SGB X dürften solche Sozialdaten ohne Zustimmung des Versicherten bei Leistungserbringern aber nur erhoben werden, wenn eine gesetzliche Vorschrift dies zulässt.

- b) Mittlerweile sind gerade mit Blick auf die Prüfung der Erforderlichkeit einer stationären Krankenhausbehandlung und der Abrechnung der Krankenhausleistungen viele Urteile ergangen und hatte sich auch das BSG weiter mit den Fragestellungen zu befassen (*u.a. BSG, Urt. v. 16.5.2012 - B 3 KR 14/11 R*):

Das Krankenhaus ist auf der Grundlage von § 100 Abs. 1 Satz 3 SGB X verpflichtet, der Krankenkasse im Einzelfall auf Verlangen Auskunft zu erteilen, soweit es für die Durchführung von dessen Aufgaben nach diesem Gesetzbuch erforderlich ist *und* entweder der Betroffene eingewilligt hat (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB X) oder dies gesetzlich zugelassen ist (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB X). Danach ist die Erhebung von Sozialdaten bei den Krankenhäusern für die Zwecke der GKV zugelassen, soweit sie nach Maßgabe der Prüfaufträge von Krankenkasse und MDK ua für die "Prüfung der Leistungspflicht und die Erbringung von Leistungen an Versicherte" und für die "Beteiligung des Medizinischen Dienstes" (vgl. § 284 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und 7 SGB V) erforderlich sind. Demgemäß hat das BSG die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im Rahmen eines bis dreistufigen Prüfverfahrens konkretisiert:

Zwingend sind auf der ersten Stufe der Sachverhaltserhebung die Angaben für die Abrechnung nach § 301 Abs. 1 SGB V. Danach besteht die Pflicht des Krankenhauses, der Krankenkasse bei Krankenhausbehandlung die wesentlichen Aufnahme- und Behandlungsdaten zu

übermitteln. Aus datenschutzrechtlichen Gründen ist abschließend und enumerativ aufgelistet, welche Angaben der Krankenkasse bei einer Krankenhausbehandlung ihrer Versicherten auf jeden Fall zu übermitteln sind (vgl. *BT-Drucks. 12/3608 S. 124*). Das lässt sich mit der Maßgabe übertragen, dass die von § 302 SGB V im Rahmen der Abrechnung vorgesehenen Sozialdaten durch die Krankenkasse zu erheben und die Leistungserbringer von HM-Versorgungen zu übermitteln sind, ohne dass es einer Einwilligung des Versicherten bedarf.

Erschließen sich die Notwendigkeit der Behandlung den Mitarbeitern der Krankenkasse aufgrund der Angaben nach § 301 SGB V nicht selbst, sei auf der zweiten Stufe der Sachverhaltserhebung ein Prüfverfahren nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V einzuleiten. Danach ist beim MDK eine gutachtliche Stellungnahme einzuholen, wenn die vom Krankenhaus erteilten und ansonsten zur Verfügung stehenden Informationen zur Prüfung insbesondere von Voraussetzung, Art und Umfang der Krankenhausbehandlung nicht ausreichen. Dazu hat die Krankenkasse dem MDK nach § 276 Abs. 1 Satz 1 SGB V jedenfalls diejenigen zur Begutachtung erforderlichen Unterlagen vorzulegen, die ihr vom Krankenhaus zur Verfügung gestellt worden sind, also insbesondere die Angaben nach § 301 SGB V; vom Versicherten überlassene Unterlagen sind bei dessen Zustimmung ebenfalls zur Verfügung zu stellen (§ 276 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Das BSG hat daraus zunächst abgeleitet, dass den Krankenkassen kein Recht zusteht, selbst in die ärztlichen Behandlungsunterlagen Einsicht zu nehmen (*BSGE 90, 1 = SozR 3-2500 § 112 Nr. 3, bestätigt durch Urt. v. 16.5.2012 – B 3 KR 14/11 R ; vgl. weiter BSG, Urteil vom 13. 11. 2012 – B 1 KR 24/11 R*). Ebenso dürfen die Krankenkassen keine medizinischen Unterlagen "zur Vorprüfung des Vergütungsanspruchs" anfordern. Auch das lässt sich auf HM-Versorgungen ohne Weiteres übertragen. Während der MDK unabhängig von der Krankenkasse tätig wird und das Ergebnis seiner Überprüfung, nicht aber die nur durch ihn zu verarbeitenden Sozialdaten selbst an die Krankenkasse übermitteln darf, wird ein von der Krankenkasse beauftragter eigener Gutachter als Erfüllungsgehilfe der Krankenkasse tätig; dies kollidiert mit den datenschutzrechtlichen Bestimmungen.

- c) In dieser Situation führen Krankenkassen in der Regel an, dass der Versicherte in die Erhebung von Sozialdaten durch die Krankenkasse über die Daten nach § 302 SGB V hinaus eingewilligt habe. In der Tat ist nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 SGB X ein Arzt oder Angehöriger eines anderen Heilberufs verpflichtet, dem Leistungsträger (Krankenkasse) im Einzelfall auf Verlangen Auskunft zu erteilen, soweit es für die Durchführung von dessen Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch erforderlich ist. Das ist jedoch nicht der Fall. Gesetzliche Aufgabe der Krankenkasse ist es gerade nicht, mit eigenem Personal oder beauftragen externen Beratern die medizini-

schen Fragen der verordneten Leistung zu prüfen, wie sich aus § 275 SGB V ergibt. Zweitens regeln §§ 301, 302 SGB V in sich abschließend, welche Daten die Krankenkasse selbst erheben darf (vgl. nur Gebauer NJW 2003, S. 777, 778).

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz hat dies zunächst 2001 (*Schreiben des Bundesdatenschutzbeauftragten vom 13.3.2001, abgedruckt als Bundestags-Drucksache 14/5555, Nummer 21.3*) und dann in seinem Tätigkeitsbericht 2005 – 2006 (*Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) 2005-2006, S. 131*) umfassend dargelegt:

„Auf Grund der spezialgesetzlichen Regelungen im SGB V besteht für die Anwendung des § 100 SGB X – soweit es die Übermittlung von Krankenhausentlassungsberichten angeht – kein Raum; dies gilt auch für die zweite Alternative in § 100 Abs. 1 Satz 1 SGB X, nach der eine Übermittlung durch den Arzt dann zulässig ist, wenn der Betroffene im Einzelfall eingewilligt hat. Die Einholung einer Einwilligungserklärung des Versicherten zur Übermittlung der vorgenannten Unterlagen an die Krankenkasse wäre eine Umgehung der gesetzlichen Regelung zur Prüfung der medizinischen Sachverhalte durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK). Aus diesem Grunde halte ich die Forderungen der Krankenkassen an Krankenhäuser und Ärzte, bei Vorliegen einer Einwilligungserklärung des Versicherten die vorgenannten Unterlagen an die Krankenkassen zu übermitteln, für rechtlich nicht zulässig.“

Im Jahr 2011 hat das Bundesministerium für Bildung und Forschung diese Einschätzung noch einmal bestätigt:

„Zu berücksichtigen ist, dass im öffentlichen Bereich für eine Einwilligung dort kein Raum ist, wo eine spezielle gesetzliche Vorschrift eine konkrete Datenverarbeitung regelt und die Voraussetzungen für die Datenverarbeitung im Einzelfall nicht gegeben sind. Zu prüfen ist daher, ob der Gesetzgeber explizit geregelt hat, für welche Aufgaben die ausführende Stelle welche personenbezogenen Daten erheben darf – und damit implizit auch, welche Daten zur Erfüllung der Aufgaben nicht erforderlich sind. Versuchen öffentliche Stellen durch das Abfordern von Einwilligungen der Betroffenen die gesetzliche Regelung zu umgehen, so stellt dies einen Rechtsmissbrauch dar, der die Unwirksamkeit der Einwilligung zur Folge hat. Gleichermaßen ist eine Einwilligung, die den gesetzlichen Aufgabenbereich erweitert, unwirksam (Simitis, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 6. Auflage, 2006, § 4a, 79 Rn. 15). Krankenkassen und Pflegeversicherungen dürfen daher personenbezogene Daten nur im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse erheben. Darüber hinaus dürfen sie weder direkt auf freiwilliger Basis noch indirekt bei den Ärzten über

entsprechende Schweigepflichtentbindungserklärungen zusätzliche Daten erheben. Eine Einwilligung in eine über die gesetzlichen Befugnisse hinausgehende Datenverarbeitung ist nach dem Willen des Gesetzgebers unzulässig.“ (BMBF, Juristische Fragen im Bereich altersgerechter Assistenzsysteme, <https://www.datenschutzzentrum.de/aal/2011-ULD-JuristischeFragenAltersgerechteAssistenzsysteme.pdf>).

- d) In eine andere Richtung könnte eine jüngere Entscheidung des BSG weisen (BSG, Urt. v. 13.11.2012 - B 1 KR 14/12 R): Danach besteht kein Verwertungsverbot für vom Versicherten freiwillig gegenüber der Krankenkasse übermittelten Krankenunterlagen. Ein solches Verwertungsverbot ergibt aus datenschutzrechtlichen Vorschriften nicht. Der Krankenkasse sei erlaubt, sich bei ihrem Versicherten nach seinem Gesundheitszustand zu erkundigen und von ihm Sozialdaten zu erheben. § 276 Abs. 1 Satz 2 SGB V setze mittelbar voraus, dass ein Versicherter seiner Krankenkasse freiwillig medizinische Unterlagen überlassen dürfe. Die Befugnis zur Erhebung und Speicherung als solche sei durch § 67b Abs. 1 Satz 1 SGB X iVm § 284 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 SGB V gedeckt. Hiernach dürfen die Krankenkassen Sozialdaten erheben und speichern, soweit diese für die Abrechnung mit den Leistungserbringern einschließlich der Prüfung der Rechtmäßigkeit und Plausibilität der Abrechnung erforderlich sind.

Zu beachten ist auch hier, dass es sich um eine Entscheidung zur Frage der Krankenhausabrechnung und nicht um ein Verfahren über die Leistungsbewilligung handelt. Wollte man dennoch daraus schließen, dass die Erhebung und Speicherung von über den Katalog des § 302 SGB V hinausgehenden mit Einwilligung gelieferten Daten nach § 67 b Abs. 1 Satz 1 SGB X iVm § 284 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB V auch bei der Prüfung der Leistungspflicht gedeckt sei, ändert dies allerdings nichts daran, dass diese Prüfung der medizinischen Komponente des Wirtschaftlichkeitsbegriffs beim MDK liegt.

5. *Abweichende Praxis der Krankenkassen*

- a) Wie man insbesondere an den Stellungnahmen des Bundesbeauftragten für den Datenschutz sieht, ist die Problematik nicht neu. Geändert hat sich wenig; im Gegenteil hat die Beauftragung externer Gutachter durch die Krankenkasse nach meiner Einschätzung eher zusätzlich Konjunktur.

So bietet z.B. otop als „technischer Beraterdienst“ eine „Ergänzung der sozialmedizinischen Kompetenz des MDK“ an und prüft geplante Hilfsmittelversorgungen „unter den Prämissen der technischen Umsetzbarkeit, Sinnhaftigkeit und Wirtschaftlichkeit im Auftrag des Kostenträgers“. Die sozialmedizinische Prüfung der Notwendigkeit einer Hilfsmittelversorgung soll dabei originäre Aufgabe des MDK bleiben. „Ein „Schutzmanneffekt“ durch den Einsatz der otop Fachberater bei den Leistungserbringern“ führe „darüber hinaus zu indirekten Einsparungen, die ohne Berechnung bleiben.“ Dabei wird eine Dienstleistung letztlich als Beratungsleistung i.S.d. § 14 SGB I verklausuliert, die aber keine solche darstellt; angeboten wird vielmehr bei richtiger rechtlicher Würdigung die Zuarbeit im Bewilligungsverfahren bezüglich derjenigen Aspekte, für die nach § 275 SGB V der MDK zu beauftragen ist.

b) Verstöße haben kaum spürbare Konsequenzen. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz kann Stellungnahmen abgeben, aber keine Sanktionen aussprechen. Konsequenz aus einer unwirksamen Einwilligung des Versicherten in die Erhebung von Sozialdaten unmittelbar durch Krankenkassen und ihre Beauftragten im Bewilligungsverfahren ist erst einmal nur, dass die Ablehnung oder Verkürzung einer verordneten Leistung nicht auf dem verfahrensrechtlich vorgesehenen Weg zustande gekommen und deshalb angreifbar ist. Im Ergebnis müsste in einem etwaigen gerichtlichen Verfahren – sei es auf Erbringung der Sachleistung, sei es auf Kostenerstattung nach § 13 Abs. 3 SGB V gerichtet – ein zusätzliches Sachverständigengutachten zu medizinischen Fragen eingeholt werden.

c) Theoretisch hat der Gesetzgeber zwei Möglichkeiten, darauf zu reagieren:

Erstens: Die Verletzung der verfahrens- und datenschutzrechtlich vorgesehenen Wege des Bewilligungsverfahrens wird sanktioniert.

Zweitens: Die Beauftragung externer Gutachter anstelle des MDK wird legalisiert und geregelten Rahmenbedingungen unterstellt.

So geschehen ist dies im SGB XI. § 18 Abs. 1 SGB XI verpflichtet die Pflegekassen zur Beauftragung des MDK oder alternativ eines anderen Gutachters und beschreibt deren Prüfungsaufgaben als besonderen Abschnitt im Verwaltungsverfahren zur Entscheidung über die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung. Im Rahmen des von der Pflegekasse auf Antrag durchzuführenden Verwaltungsverfahrens hat der MDK zum einen Aufgabe, die medizinischen Voraussetzungen der Pflegebedürftigkeit (§ 14) zu prüfen und die Stufe der Pflegebedürftigkeit

(§ 15) festzustellen), zum anderen auch die Einschränkungen der Alltagskompetenz nach § 45 a SGB XI zu ermitteln, die insbesondere zu Leistungsansprüchen nach §§ 45 b, 123 SGB XI führen können. Vor Inkrafttreten des Pflege-Neuausrichtungsgesetzes (PNG) vom 23.10.2012 (*BGBI. I S. 2246*) war für diesen Bereich der sozialen Pflegeversicherung ausnahmslos der MDK mit dieser Prüfung zu beauftragen. Nur der MDK selbst konnte seinerseits auch freiberuflich tätige Gutachter beauftragen. In einzelnen Regionen machte er davon umfassend Gebrauch. Der Gesetzgeber hat dies, wie die Gesetzesbegründung (*BT-Drucks. 17/9369 S. 66*) zeigt, erkannt und nunmehr die Beauftragung unabhängiger Gutachter unmittelbar durch die Pflegekasse zugelassen, um von den personellen Ressourcen der Medizinischen Dienste unabhängiger und den Interessen der Versicherten an einer zügigen Durchführung des Verfahrens besser gerecht zu werden. Dieser Ansatz ist nicht ohne Kritik geblieben: Nach Ansicht des Bundesrates bestehe keine Notwendigkeit für diese Ergänzung, weil die Verfahrensdauer schon zuvor kontinuierlich kürzer geworden sei. Eine einheitliche Begutachtung, Qualitätssicherung und statistische Erfassung der Gutachten sei nicht sichergestellt (*BT-Drucks. 17/9669 S. 10*). In ihrer Gegenäußerung hat die Bundesregierung mit Verweis darauf, dass die gesetzlich vorgesehenen Fristen für das Verfahren bisher oftmals nicht eingehalten würden, an der Möglichkeit der unmittelbaren Beauftragung anderer Gutachter durch die Pflegekasse festgehalten (*BT-Drucks. 17/9669 S. 65*). Dem Einwand fehlender Qualitätssicherung wird dadurch begegnet, dass mit dem PNG § 53 b Abs. 2 SGB XI eingefügt wurde. In bundesweit geltenden und vom BMG zu genehmigenden Richtlinien des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen sollen die Anforderungen an die Qualifikation und die Unabhängigkeit der Gutachter festgelegt werden. Außerdem regeln die Richtlinien ein Verfahren, mit dem sichergestellt wird, dass die unabhängigen Gutachter dieselben Maßstäbe wie der MDK anzuwenden haben. Schließlich regeln sie die Einbeziehung der Gutachten der unabhängigen Gutachter in das Qualitätssicherungsverfahren des MDK. Im SGB XI besteht außerdem die Besonderheit, dass die Pflegekasse verpflichtet ist, einem Antragsteller mindestens drei unabhängige Gutachter zur Auswahl zu benennen, wenn die Begutachtung nicht durch den MDK erfolgen soll (§ 18 Abs. 3a Satz 1 Nr. 1 SGB XI).

Wenigstens in Teilen könnte diese Regelung Vorbild für die Regelung einer sonst kaum beherrschbaren Praxis bilden.