

Arbeitspapier

OUTSOURCING

- **Zulässigkeit der Auslagerung von Aufgaben**
- **Anforderungen bei zulässigem Outsourcing**

Stand: 23.06.2008

INHALTSVERZEICHNIS	Seite
1. Einführung	3
2. Zulässigkeit der Auslagerung von Aufgaben	3
2.1 Rechtliche Grundlagen	3
2.2 Fiskalische Hilfsgeschäfte	7
2.3 Hoheitliches Verwaltungshandeln	8
2.3.1 Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln	8
2.3.1.1 Outsourcing auf private Dritte	8
2.3.1.2 Beauftragung eines anderen Verwaltungsträgers nach § 88 SGB X	9
2.3.1.3 Beauftragung eines Verbandes nach § 88 SGB X	9
2.3.1.4 Aufgabenwahrnehmung durch eine Arbeitsgemeinschaft nach § 94 Abs. 1a SGB X	10
2.3.2 Obrigkeitliches Verwaltungshandeln	10
2.3.2.1 Outsourcing auf private Dritte	10
2.3.2.4 Aufgabenwahrnehmung durch eine Arbeitsgemeinschaft gemeinschaftlich im Verbund	11
3. Anforderungen bei zulässigem Outsourcing	11
3.1 Wirtschaftlichkeit	11
3.2 Kontrollrecht / Weisungsrecht der Sozialversicherungsträger	12
3.3 Rechte der Aufsicht	14
3.4 Prüfrechte	15
3.5 Einzelheiten der Vertragsgestaltung	15
3.5.1.1 Rechte und Pflichten	15
3.5.1.2 Vertragsgegenstand	16
3.5.2.3 Haftung, Gewährleistung	17
3.5.2.4 Schaden	18
3.5.2.5 Kündigung	18
3.6 Anforderungen an den Datenschutz	18

1. Einführung

In den letzten Jahren wurden von den Sozialversicherungsträgern vermehrt Dritte mit der Erledigung von Aufgaben beauftragt, die zu ihrem Aufgabenspektrum gehören.

Genauso unterschiedlich wie die Aufgaben sind auch die Rechtsformen der Unternehmen, die die Aufgaben auftragsweise wahrnehmen. Die Auslagerung erfolgt auf Vereine oder Arbeitsgemeinschaften, die die Sozialversicherungsträger bzw. deren Verbände selbst gegründet haben, oder auf juristische Personen des Privatrechts (z.B. GmbH oder Genossenschaften).

Als Rechtsquellen sind in diesem Zusammenhang §§ 137f Abs. 5 Satz 2; 197b, 219 SGBV, §§ 78a, 80, 88, 94, 97 SGB X, § 18 Abs. 2 Satz 3 KVLG 1989, §§ 30, 69 Abs. 2 SGB IV, § 19 SVRV und § 42 SRVwV zu beachten.

Outsourcing ist mit zusätzlichen Risiken verbunden. So sind z.B. durch Übertragung kompletter Arbeitsprozesse auf private Dritte und fehlende Kontrollen die ersten Betrugsfälle in Millionenhöhe vorgekommen. Die Sozialversicherungsträger sind gehalten, das Risiko zu minimieren, durch Fehlverhalten oder Insolvenz des Auftragnehmers wirtschaftlichen Schaden zu erleiden.

Die nachstehende Darstellung enthält auch Anforderungen, die bei zulässigem Outsourcing zu beachten sind. Diese Anforderungen sollten von den Sozialversicherungsträgern nicht erst bei dem Abschluss neuer Verträge berücksichtigt werden, auch die aktuellen Verträge sollten einer kritischen Prüfung unterzogen werden.

2. Zulässigkeit der Auslagerung von Aufgaben

2.1 Rechtliche Grundlagen

Unternehmen des Privatrechts sind rechtlich hinsichtlich der Auslagerung ihrer Funktionen keinen Beschränkungen unterworfen. Es steht ihnen frei, ihre unmittelbaren und mittelbaren Aufgaben Dritten zu übertragen, wann immer es ihnen – etwa aus betriebswirtschaftlichen Gründen – sinnvoll erscheint.

Sozialversicherungsträger besitzen diese Autonomie nicht. Sie unterliegen rechtlichen Restriktionen, die für Outsourcingentscheidungen privatrechtlicher Unternehmen ohne Belang sind.

Die Sozialversicherungsträger sind verpflichtet, die Aufgaben zu erfüllen, die ihnen der Gesetzgeber übertragen hat (vgl. § 30 Abs. 1 SGB IV). Da diese gesetzlichen Aufgaben nicht zu ihrer Disposition stehen, sind sie nicht befugt, sich einer Aufgabe zu entledigen, indem sie diese ausgliedern und an Dritte delegieren, die die ihnen übertragenen Geschäfte sodann im eigenen Namen und/oder in eigener Verantwortlichkeit wahrnehmen.

Für ein **Outsourcing nach privatwirtschaftlichem Muster** ist mithin in der gesetzlichen Sozialversicherung kein Raum.

Das Gesetz eröffnet den Sozialversicherungsträgern jedoch die Möglichkeit, einem Dritten den Auftrag zu erteilen, für sie Aufgaben durchzuführen, oder Aufgaben gemeinschaftlich wahrzunehmen, wenn sie sich auf eine **einschlägige gesetzliche Ermächtigung** stützen können.

Folgende gesetzliche Bestimmungen sind hier zu erwähnen:

- **§ 88 SGB X**

Durch **§ 88 SGB X** werden alle Sozialversicherungsträger dazu ermächtigt, von einem **anderen Leistungsträger** oder **ihrem Verband** im Rahmen eines Auftragsverhältnisses und nach Maßgabe der in der Norm fixierten Modalitäten, bestimmte Aufgaben wahrnehmen zu lassen.

- **§ 137 f Abs. 5 Satz 2 SGB V**

Die Krankenkassen können ihre Aufgaben zur Durchführung von mit zugelassenen Leistungserbringern vertraglich vereinbarten strukturierten Behandlungsprogrammen auf Dritte übertragen.

- **§ 197 b SGB V**

Im Zuge des GKV-WSG wurden Krankenkassen dazu ermächtigt, die ihnen obliegenden Aufgaben unter bestimmten Voraussetzungen durch Arbeitsgemeinschaften und Dritte erledigen zu lassen. Wesentliche Aufgaben der Versorgung dürfen allerdings nicht in Auftrag gegeben werden. Außerdem hat der Gesetzgeber die entsprechende Anwendbarkeit bestimmter Vorschriften des SGB X über die Zusammenarbeit der Leistungsträger untereinander vorgesehen.

Die Erledigung von Aufgaben durch private Dritte war bisher schon grundsätzlich zulässig. § 97 SGB X setzt allerdings voraus, dass der Auftraggeber (Leistungsträger, ein Verband von Leistungsträgern oder eine Arbeitsgemeinschaft) nach anderen Vorschriften befugt ist, Aufgaben von einem Dritten wahrnehmen zu lassen.

Mit § 197 b wurde somit im SGB V – in Bezug auf die Aufgaben von gesetzlichen Krankenkassen – für die Aufgabenwahrnehmung durch Dritte eine spezielle Rechtsgrundlage geschaffen. Durch die Bezugnahme auf die Vorschriften des SGB X (und insbesondere auf § 97 SGB X) hat sich für den aufsichtsrechtlichen Grundsatz, wonach die Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf private Dritte grundsätzlich nicht zulässig ist, keine Änderung ergeben. Lediglich ein nach Effizienzkriterien erfolgtes Outsourcing unterstützender Hilfstätigkeiten auf Dritte, mit dem Ziel einer Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit einer Krankenkasse, ist grundsätzlich sinnvoll und zulässig.

- **§ 18 Abs. 2 Satz 3 KVLG 1989**

Nach § 18 Abs. 2 Satz 3 KVLG 1989 können auch Dritte zur Wahrnehmung laufender Verwaltungsaufgaben herangezogen werden, soweit dies einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung und einer sachgerechten Betreuung der Versicherten dient und diese nicht durch eine Zusammenarbeit mit den Versicherungsämtern gewährleistet werden kann. § 18 Abs. 2 Satz 3 KVLG geht als Sonderregelung dem § 97 SGB X vor und begründet für den landwirtschaftlichen Sozialversicherungsträger eine Genehmigungspflicht, wenn ein Dritter regelmäßig herangezogen wird (§ 18 Abs. 2 Satz 5 KVLG). Im Rahmen dieses Genehmigungsverfahrens kann die Aufsichtsbehörde sicherstellen, dass der heranzuziehende Dritte Verpflichtungen zu erfüllen hat, wie sie für die übrigen Träger der Sozialversicherung in § 97 Abs. 1 SGB X geregelt werden.

- **§ 19 SVRV**

§ 19 SVRV regelt die Durchführung von Aufgaben des Rechnungswesens durch Dritte (Auftragnehmer). Soweit sich der Versicherungsträger bei der Erfüllung seiner gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben zulässigerweise eines Dritten bedient, kann er mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde¹ auch die damit notwendigerweise verbundenen Aufgaben des Rechnungswesens durch diesen Dritten wahrnehmen lassen.

Der Versicherungsträger hat die Aufgabenwahrnehmung durch den Externen in regelmäßigen Abständen zu prüfen. In den Fällen des § 19 SVRV ist der Sozialversicherungsträger für die Einhaltung der SVRV/SRVwV durch den Auftragnehmer verantwortlich und hat dies mindestens einmal jährlich zu prüfen.

Die Prüfrechte der Aufsichtsbehörden und Prüfdienste nach § 274 SGB V erstrecken sich auch auf die Einhaltung dieser Vorschriften durch den Auftragnehmer (§ 19 Satz 3 SVRV).

- **§ 97 SGB X**

§ 97 SGB X befasst sich mit der Wahrnehmung von Aufgaben aus dem Bereich der Sozialversicherung durch Dritte und ergänzt damit die Regelungen zum Auftrag nach den §§ 88 bis 93 SGB X. Diese Regelung erhält vor allem Bedeutung, wo einzelne Sozialleistungsbereiche Leistungsträgern, Verbänden oder Arbeitsgemeinschaften gebieten oder erlauben, die ihnen obliegenden Aufgaben in auftragsähnlicher Weise von Dritten wahrnehmen zu lassen, ohne dass zugleich die Rechtsfolgen derartiger Aufgabenwahrnehmung im Einzelnen geregelt sind (vgl. Kommentar von Hauck/Noftz zu § 97 SGB X, Rdnr. 32).

¹Die Worte „mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde“ sind zu streichen, sobald wie vorgesehen mit der Novellierung der SVRV/SRVwV die Genehmigungspflicht nach § 19 SVRV entfällt.

§ 97 SGB X stellt keine Ermächtigungsgrundlage für eine Aufgabenauslagerung auf **private Dritte** dar. Die Vorschrift setzt eine Ermächtigungsgrundlage für „Auftragsgeschäfte“ voraus (vgl. Schellhorn in GK-SGB X 3 § 97 Rdnr. 12). Die von Dritten wahrzunehmenden Aufgaben haben in der Regel fiskalischen, bei entsprechender Ermächtigung des Dritten auch schlicht hoheitlichen Charakter.

Vor einer Aufgabenübertragung an einen Dritten hat der Sozialversicherungsträger, der Verband oder die Arbeitsgemeinschaft die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde rechtzeitig und umfassend zu unterrichten (§ 97 Abs. 1 Satz 3 SGB X).

Bei einer Aufgabenübertragung auf Dritte handelt es sich häufig um eine Übertragung auf privatrechtliche Einrichtungen (Gesellschaften), an denen der Sozialversicherungsträger, der Verband oder die Arbeitsgemeinschaft finanziell beteiligt sind. Die in § 85 Abs. 1 SGB IV vorgesehene Anzeigepflicht für Beteiligungen wird durch diese Unterrichtungspflicht nach § 97 Abs. 1 Satz 3 SGB X nicht berührt. Zur Beteiligung an Einrichtungen wird auf das Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes vom 8. April 2005 (Az. V 1 – 4060.04 – 2506/2004) verwiesen, welches eine Prüfliste zur Gründung/Beteiligung an einer Gesellschaft enthält.

- **§§ 94 Abs. 1a und 4, 88 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 SGB X**

In Betracht kommt die Bildung einer **Arbeitsgemeinschaft**, die seit 30. März 2005 in § 94 Abs. 1a SGB X grundsätzlich geregelt ist. § 219 SGB V ergänzt als Spezialvorschrift die Regelungen des § 94 SGB X für den Bereich der GKV und lässt weitere Arbeitsgemeinschaften zu.

Für die Zulässigkeit von Outsourcing im Bereich der Sozialversicherung ergibt sich danach Folgendes:

Sozialversicherungsträger sind gem. § 29 Abs. 1 SGB IV Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie sind als solche der mittelbaren Staatsverwaltung zuzurechnen und erfüllen in dieser Funktion hoheitliche Aufgaben. Inhalt und Umfang der den Sozialversicherungsträgern übertragenen Aufgaben ergeben sich im Einzelnen aus dem Gesetz. Um die ihnen vom Gesetzgeber übertragenen Aufgaben erfüllen zu können, stehen den Sozialversicherungsträgern finanzielle Mittel zu, die sie von den Versicherten und den Arbeitgebern in Form von Beiträgen erhalten (§§ 20 ff. SGB IV) und die sie nur für ihre gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben verwenden dürfen (vgl. § 30 Abs. 1 SGB IV).

Aus der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und der Beschränkung der Mittelverwendung ergibt sich, dass die Sozialversicherungsträger ihre Aufgaben grundsätzlich selbst zu erfüllen haben.

Zwar nehmen die Sozialversicherungsträger als Selbstverwaltungskörperschaften ihre Aufgaben in eigener Verantwortung wahr (§ 29 Abs. 3 SGB IV). Zu dieser eigenverant-

wortlichen Entscheidungskompetenz gehört auch die Frage, ob die ihnen obliegenden Aufgaben mit eigenem Personal erledigt werden sollen. Eine solche Entscheidung liegt grundsätzlich im Organisationsermessen des Sozialversicherungsträgers.

Die Übertragung auf Dritte darf jedoch nicht dem gesetzgeberischen Organisationsmodell der Sozialversicherung zuwiderlaufen.

Zu berücksichtigen ist, dass die Sozialversicherungsträger zur mittelbaren Staatsverwaltung des Bundes bzw. der Länder gehören. Sie sind gerade zu dem Zweck geschaffen worden, die ihnen vom Gesetzgeber zugewiesenen Aufgaben in eigener Regie auszuführen. Würde man die Übertragung auf Dritte uneingeschränkt akzeptieren, ergäbe sich ein anderes Bild von der Organisation der Sozialversicherung, als es der Gesetzgeber bei der Schaffung der Sozialversicherungsträger vor Augen hatte.

Inwieweit und in welcher Form Aufgaben ausgelagert werden können, hängt davon ab, welche Aufgaben in Rede stehen. Zu unterscheiden ist zwischen fiskalischen Hilfsgeschäften und hoheitlichem Verwaltungshandeln.

2.2 Fiskalische Hilfsgeschäfte

Die Sozialversicherungsträger benötigen Gegenstände und Dienste, die sie gar nicht selbst produzieren oder erbringen können oder jedenfalls im Sinne einer vernünftigen Arbeitsteilung anderen überlassen.

Dass solche Leistungen – von den Büroeinrichtungen über Transportmittel, Erstellung von EDV-Programmen bis zur Kfz-Reparatur – von Privaten erbracht und vom Staat lediglich beschafft werden, ist eine selbstverständliche Voraussetzung staatlicher Aufgabenerfüllung. Solche Aktivitäten, die die Voraussetzungen der nach außen gerichteten Verwaltungstätigkeit schaffen sollen, werden als fiskalische Hilfsgeschäfte bezeichnet (vgl. hierzu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rdnr. 7; Ebsen, Voraussetzungen und Grenzen der Übertragung von Aufgaben Kassen(zahn)-ärztlicher Vereinigungen auf Private, S. 8 h).

Bei fiskalischen Hilfsgeschäften tritt die Verwaltung rechtlich nicht anders auf als ein privater Unternehmer. Soweit diese fiskalischen Hilfsgeschäfte in Rede stehen, sind die Vorschriften des Privatrechts maßgebend. Diese Bereiche können daher ohne weiteres auch auf private Dritte ausgelagert werden.

Hier müsste allerdings sorgfältig geprüft werden, inwiefern die Auftragsvergabe an ein privates Unternehmen nach den einschlägigen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des GWB der förmlichen Ausschreibung (u. U. europaweit) bedarf.

2.3 Hoheitliches Verwaltungshandeln

Die Sozialversicherungsträger handeln auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, wenn ihrem Handeln Normen zugrunde liegen, die nur einen Sozialversicherungsträger bzw. einen sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen und verpflichten. Sie handeln daher hoheitlich, wenn sie ihre im Sozialgesetzbuch geregelten Aufgaben wahrnehmen, denn die in Betracht kommenden Vorschriften des SGB wenden sich ausschließlich an die Sozialversicherungsträger. Weil diese Aufgaben aber gerade den Sozialversicherungsträgern als Hoheitsträger gesetzlich zugewiesen sind, haben sie diese Funktionen grundsätzlich selbst wahrzunehmen.

Um die Zulässigkeit einer Auslagerung hoheitlicher Aufgaben feststellen zu können, ist zu prüfen, ob obrigkeitliches oder schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln in Rede steht.

Soweit Sozialversicherungsträger einseitig und verbindlich regelnd entscheiden, werden sie obrigkeitlich (in Ausübung obrigkeitlicher Gewalt) tätig, primär durch den Erlass von Verwaltungsakten (vgl. hierzu 2.3.2)

Soweit sie zwar aufgrund öffentlichen Rechts, aber nicht obrigkeitlich tätig werden, spricht man von „schlichter Hoheitsverwaltung“, z.B. durch verwaltungsrechtlichen Vertrag oder andere Rechtsgeschäfte, durch Willens- und Wissenserklärungen oder Informationen (vgl. hierzu 2.3.1).

2.3.1 Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln

2.3.1.1 Outsourcing auf private Dritte

Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Übertragung von Aufgaben aus dem Bereich des schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns auf private Dritte ist zu unterscheiden, ob Aufgaben, die zum öffentlich-rechtlichen Organisationszweck des Sozialversicherungsträgers gehören, ausgelagert werden sollen, oder ob unterstützende Hilfstätigkeiten auf private Dritte übertragen werden sollen.

2.3.1.1.1 Aufgaben, die zum öffentlich-rechtlichen Organisationszweck der Sozialversicherungsträger gehören

Outsourcing auf private Dritte kommt nicht in Betracht, wenn es um genuine Funktionen der Sozialversicherungsträger geht, wenn also Versicherungsaufgaben ausgelagert werden sollen, zu deren Wahrnehmung die Sozialversicherungsträger gerade errichtet sind.

Solche spezifischen Kernaufgaben der Sozialversicherung dürften in der Regel dann in Rede stehen, wenn Ansprüche oder Pflichten der Versicherten berührt werden.

2.3.1.1.2 Unterstützende Hilfstätigkeiten

Anders ist die Auslagerung unterstützender Hilfstätigkeiten auf private Dritte zu beurteilen. Die unterstützenden Hilfstätigkeiten haben lediglich eine dienende Funktion, denn sie dienen der Erfüllung der Aufgaben des Sozialversicherungsträgers. Diese Tätigkeiten können grundsätzlich auf private Dritte ausgelagert werden.

Von einer Auslagerung der unterstützenden Hilfstätigkeiten auf private Dritte ist jedoch im Allgemeinen abzuraten, da durch die Aufgabenübertragung erhebliche organisatorische Abhängigkeiten des Sozialversicherungsträgers von dem beauftragten Drittunternehmen entstehen können. Derartige Beziehungsgeflechte sollten möglichst im öffentlich-rechtlichen Rahmen gehalten werden. Entscheidet sich der Sozialversicherungsträger gleichwohl für eine Aufgabenübertragung auf private Dritte, ist bei der Vertragsgestaltung sicherzustellen, dass der Träger die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Aufgabenwahrnehmung durch den Dritten jährlich überprüft (vgl. hierzu 3.5.2.2).

2.3.1.2 Beauftragung eines anderen Leistungsträgers nach § 88 SGB X

Schlicht-hoheitliche Tätigkeiten können innerhalb des öffentlich-rechtlichen Rahmens jedoch auf einen anderen Leistungsträger übertragen werden.

Hier kommt § 88 SGB X zur Anwendung mit der Einschränkung des § 88 Abs. 2 Satz 2, wonach ein wesentlicher Teil des gesamten Aufgabenbereichs beim Auftraggeber verbleiben muss. Bei der Bestimmung des „wesentlichen Teils“ ist nicht lediglich quantitativ auf den verbleibenden Rest von Aufgaben abzustellen, die nach der Erteilung des Auftrags noch beim Auftraggeber verbleiben, sondern qualitativ darauf, welche Wertigkeit die zu vergebende Aufgabe hat.

2.3.1.3 Beauftragung eines Verbandes nach § 88 SGB X

Darüber hinaus kann auch ein Verband nach § 88 SGB X mit der Wahrnehmung schlicht-hoheitlicher Tätigkeiten beauftragt werden. Auch hier ist jedoch die Einschränkung des § 88 Abs. 2 Satz 2 zu beachten, d.h. ein wesentlicher Teil des gesamten Aufgabenbereichs muss beim Auftraggeber verbleiben.

Bei einer Aufgabenübertragung auf einen Verband könnte unter Umständen von der Anwendung des § 88 SGB X und damit auch von der Einschränkung des § 88 Abs. 2 Satz 2 abgesehen werden, wenn Sozialversicherungsträger und Verband zusammen eine Arbeitsgemeinschaft bilden und dem Verband lediglich im Rahmen dieser Arbeitsgemeinschaft Managementaufgaben obliegen, weil dann wieder das Rechtsinstitut der Gemeinschaft und nicht des Auftrags vorliegt (vgl. 2.3.1.4).

2.3.1.4 Aufgabenwahrnehmung durch eine Arbeitsgemeinschaft nach § 94

Abs. 1a SGB X

Schlicht-hoheitliche Aufgaben können auch gemeinschaftlich im Verbund wahrgenommen werden. In Betracht kommt hier vor allem die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft nach § 94 Abs. 1a SGB X, die in unterschiedlichen Rechtsformen betrieben werden kann. Hierauf sollte der Sozialversicherungsträger vorrangig zurückgreifen.

Werden Aufgaben von einer Arbeitsgemeinschaft wahrgenommen, kommt § 88 Abs. 2 SGB X nicht zur Anwendung, da dann nicht das Rechtsinstitut des Auftrages, sondern der öffentlich-rechtlichen Gemeinschaft (Arbeitsgemeinschaft) Rechtsgrundlage der Aufgabenübertragung ist. Es bestehen auch dann keine Bedenken, wenn ein gesamter Verwaltungsbereich der Krankenkasse einer Arbeitsgemeinschaft zur gemeinschaftlichen Wahrnehmung übertragen wird, da die gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung zugleich auch immer eigene Aufgabenwahrnehmung bedeutet, denn die Krankenkasse ist an der Gestaltung der Verbundlösung unmittelbar und verantwortlich als Mitglied selbst beteiligt. Grenzen dürfen nur insoweit bestehen, als es nicht mehr zulässig sein kann, wenn sich eine Krankenkasse über eine „Verbundlösung“ ihrer Eigenschaft als eigenständiger Krankenversicherungsträger überhaupt entledigen würde.

2.3.2 Obrigkeitliches Verwaltungshandeln

2.3.2.1 Outsourcing auf private Dritte

Privatrechtliche Organisationen können gegenüber Dritten nur dann obrigkeitlich tätig werden, wenn sie durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes hierzu ermächtigt sind.

Ein Outsourcing obrigkeitlichen Verwaltungshandelns auf private Dritte kommt somit nicht in Betracht.

2.3.2.2 Beauftragung eines anderen Leistungsträgers nach § 88 SGB X

Wird ein anderer Leistungsträger mit der Wahrnehmung von Aufgaben beauftragt, kann er obrigkeitlich handeln. Unter den Voraussetzungen des § 89 SGB X kann er im Namen des Auftraggebers Verwaltungsakte erlassen, denn er ist auch Leistungsträger nach dem SGB und als solcher zum Erlass von Verwaltungsakten befugt.

Wie sich aus § 89 SGB X ergibt, wird das zwischen Auftraggeber und Leistungsempfänger bestehende Sozialrechtsverhältnis durch die Beauftragung eines Anderen nicht berührt und auch kein neues Sozialrechtsverhältnis zwischen Beauftragtem und betroffenem Dritten begründet.

2.3.2.3 Beauftragung eines Verbandes nach § 88 SGB X

Nach § 88 Abs. 3 SGB X dürfen Verbände Verwaltungsakte nur erlassen, soweit sie hierzu durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes berechtigt sind.

2.3.2.4 Aufgabenwahrnehmung durch eine Arbeitsgemeinschaft gemeinschaftlich im Verbund

Der Gesetzgeber hat die Befugnis, Verwaltungsakte zu erlassen, ausdrücklich nur den in § 94 Abs. 1 SGB X aufgeführten Arbeitsgemeinschaften eingeräumt. Hieraus ist zu folgern, dass die übrigen Arbeitsgemeinschaften – und damit auch die Arbeitsgemeinschaften nach § 94 Abs. 1a SGB X und § 219 SGB V – zum Erlass von Verwaltungsakten nicht berechtigt sind.

3. Anforderungen bei zulässigem Outsourcing

3.1 Wirtschaftlichkeit

Die in § 69 Abs. 2 SGB IV enthaltenen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit besagen, dass die Sozialversicherungsträger ihre Aufgaben unter Einsatz möglichst geringer Mittel zu erfüllen haben. Ferner sind nach § 69 Abs. 3 SGB IV für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen.

Bevor der Sozialversicherungsträger unterstützende Hilfstätigkeiten auf Dritte überträgt oder Aufgaben mit anderen Sozialversicherungsträgern gemeinschaftlich durchführt, muss er daher prüfen, welche Aufwendungen an Sach- und Personalkosten er einspart. Diese Einsparungen sind in Relation zu setzen zu den Kosten, die durch die Auslagerung oder gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung entstehen.

Neben der Zahlung eines Entgelts an den Dritten sind u. a. folgende Positionen zu berücksichtigen:

- Kosten, die erforderlich sind, um eigenes Personal vorzuhalten und so weiterzuschulen, dass dieses in der Lage ist, die ausgelagerten Aufgaben beim Dritten hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Sachbearbeitung (z.B. Einhaltung der SVRV, SRVwV) zu prüfen,
- Kosten, die dadurch entstehen, dass fachkundiges Personal vorgehalten wird, das in der Lage ist, die Datenverarbeitung beim Dritten (einschließlich der Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen) zu beurteilen und in seiner Konzeption mitzugestalten,
- Kosten, die durch die Prüfungen beim Dritten entstehen,
- Kosten, die dadurch entstehen, dass der Vertrag vorzeitig gekündigt wird,

- Kosten, die u. U. durch die Bereitstellung eines Notfallkonzepts entstehen. Dies bedeutet, der Sozialversicherungsträger muss bereits alle Entscheidungen getroffen haben, durch die sichergestellt wird, dass für den Fall, dass der Dritte seine Aufgaben überraschend nicht wahrnehmen kann (z.B. wegen Insolvenz, Gesetzesänderung etc.), die betroffenen Aufgaben kurzfristig weiter durchgeführt werden.

Zu klären ist vor einer Auslagerung von Aufgaben auch die Frage, ob die durch die Auslagerung im Personalbereich angestrebten Einsparungen überhaupt realistisch sind. Dazu muss geprüft werden, ob ein Personalabbau rechtlich (z.B. Kündigungsschutz) und tatsächlich möglich ist. Soll der Personalkörper nicht verkleinert werden, fragt sich, welchen Aufgabenbereich das bisher eingesetzte Personal wahrnehmen wird.

Zur Wirtschaftlichkeitsprüfung zählt auch, dass der Sozialversicherungsträger Angebote anderer Anbieter einholen und diese vergleichen muss, um so den für ihn günstigsten Anbieter ermitteln zu können. Ebenfalls selbstverständlich ist, dass eine Beobachtung des Marktes bzw. eine Prüfung der Angebote anderer Leistungsanbieter auch nach erfolgter Auslagerung regelmäßig wiederholt werden muss. Nur so ist sicherzustellen, dass ein Outsourcing auch wirtschaftlich bleibt.

3.2 Kontrollrecht / Weisungsrecht der Sozialversicherungsträger

Die Rechte der Selbstverwaltung sind zu wahren.

Hinsichtlich des Kontroll- und Weisungsrechts ist wieder nach den verschiedenen Outsourcing-Typen zu unterscheiden:

3.2.1 Wahrnehmung der Aufgaben durch eine Arbeitsgemeinschaft

Werden Aufgaben einer Arbeitsgemeinschaft zur gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung übertragen, ist die Krankenkasse an der Arbeitsgemeinschaft als Mitglied verantwortlich beteiligt. Sie hat also kein Weisungsrecht, sondern vielmehr ein Mitgestaltungsrecht, dieses muss allerdings auch in angemessener Weise in den Regelungsinstrumenten der Arbeitsgemeinschaft zur Geltung gebracht werden.

3.2.2 Beauftragung eines anderen Leistungsträgers bzw. eines Verbandes

Nach § 89 Abs. 3 bis 5 SGB X hat der Beauftragte dem Auftraggeber die erforderlichen Mitteilungen zu machen, auf Verlangen über die Ausführung des Auftrags Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Darüber

hinaus ist der Auftraggeber berechtigt, die Ausführung des Auftrags jederzeit zu prüfen und den Beauftragten an seine Auffassung zu binden.

3.2.3 Outsourcing auf private Dritte

Da der Sozialversicherungsträger die Verantwortung dafür trägt, dass die an den Auftragnehmer ausgelagerten unterstützenden Hilfstätigkeiten von diesem ordnungsgemäß ausgeführt werden, ist es notwendig, dass sich der Sozialversicherungsträger vertraglich von dem Auftragnehmer Rechte einräumen lässt, die sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, die jedoch erforderlich sind, um die Aufgabenerfüllung zu kontrollieren.

So muss der Sozialversicherungsträger das Recht haben,

- die Geschäftsräume, in denen der Auftragnehmer für den Sozialversicherungsträger Aufgaben oder Hilfsgeschäfte wahrnimmt, jederzeit zu betreten,
- von dem Auftragnehmer bzw. seinem Personal Auskünfte und Unterlagen zu fordern, die er für eine Kontrolle benötigt – insofern muss sich der Auftragnehmer zu einer Mitwirkung verpflichten,
- u. U. auf die elektronische Datenverarbeitung des Auftragnehmers zurückgreifen zu können, sofern dies für seine Prüfungen erforderlich ist.

Darüber hinaus muss sich der Auftragnehmer dem Sozialversicherungsträger gegenüber verpflichten, im Bereich der Datenverarbeitung keine Änderungen vorzunehmen, ohne diese vorher mit dem Sozialversicherungsträger abgesprochen zu haben.

Der Auftragnehmer muss dem Sozialversicherungsträger auch ein Weisungsrecht einräumen.

Würde dem Sozialversicherungsträger im Vertrag ein Weisungsrecht nicht eingeräumt, bliebe ihm, da es sich um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, bei Meinungsverschiedenheiten mit dem Dritten nur die zeitaufwändige gerichtliche Auseinandersetzung. Die Einräumung eines Weisungsrechts ist zwar keine Garantie dafür, dass es nicht zu gerichtlichen Auseinandersetzungen kommt, doch trägt sie dazu bei, dass diese vermieden und die infrage stehenden Anforderungen vom Dritten ohne größeren Zeitverzug beachtet werden.

Hinweis:

Zu einer effektiveren Ahndung bestimmter Formen von Fehlverhalten besteht auch die Möglichkeit, dass sich private Dritte im Rahmen des Verpflichtungsgesetzes (Gesetz über die förmliche Verpflichtung nicht beamteter Personen) den strafrechtlichen Konsequenzen für Beamte unterwerfen.

3.3 Rechte der Aufsicht

Durch den Abschluss der Verträge mit Dritten bzw. die gemeinschaftliche Aufgabewahrnehmung dürfen nicht die Rechte der Aufsicht beschränkt werden. Dies bedeutet, dass die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit haben muss, die Durchführung der Aufgaben zu prüfen.

Hier ist wieder von folgenden Unterscheidungen auszugehen:

3.3.1 Wahrnehmung der Aufgaben durch eine Arbeitsgemeinschaft

Werden die Aufgaben gemeinschaftlich wahrgenommen, bleiben die Rechte der Aufsicht gewahrt, denn die Arbeitsgemeinschaften unterliegen nach § 94 Abs. 2 Satz 1 SGB X staatlicher Aufsicht.

3.3.2 Beauftragung eines anderen Leistungsträgers oder eines Verbandes / Outsourcing auf private Dritte

Lässt sich die Berechtigung zur Prüfung nicht dem Gesetz entnehmen, (weil beispielsweise bei einer Beauftragung nach § 88 SGB X der Auftragnehmer von einer anderen Behörde beaufsichtigt bzw. die Wahrnehmung der unterstützenden Hilfstätigkeit an einen privaten Dritten übertragen wird), müssen zur Wahrung der Rechte der Aufsicht entsprechende Regelungen in den zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem Dritten zu schließenden Vertrag aufgenommen werden.

Soweit Aufgaben aus dem Bereich der Sozialversicherung von einem Dritten, an dem ein Leistungsträger, ein Verband oder eine Arbeitsgemeinschaft mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist, wahrgenommen werden sollen, legt § 97 Abs. 1 SGB X den Auftraggebern die Verpflichtung auf, sicherzustellen, dass der Dritte gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber – nicht gegenüber der für den Auftraggeber zuständigen Aufsichtsbehörde – eine umfassende Vorlage- und Auskunftspflicht hat. Der Auftraggeber hat daher den Dritten vertraglich zu verpflichten, ihm auf Verlangen alle Unterlagen vorzulegen und alle Auskünfte zu erteilen, die die Aufsichtsbehörde zur pflichtgemäßen Ausübung ihres Aufsichtsrechts über den Auftraggeber benötigt.

Die dem Auftraggeber gegenüber seiner Aufsichtsbehörde obliegenden Pflichten werden somit kraft Vertrages auf die Rechtsbeziehung zu dem beauftragten Dritten übertragen (vgl. Kommentar von Hauck/Noftz zu § 97 SGB X, Rdnr. 18).

3.4 Prüfrechte

Eine Auslagerung von unterstützenden Hilfstätigkeiten im Bereich der Krankenversicherung darf nicht dazu führen, dass der Prüfdienst nach § 274 SGB V behindert wird. Insofern ist vertraglich sicherzustellen, dass der Prüfdienst jederzeit die Möglichkeit hat, die Tätigkeiten, die der Auftragnehmer für die Krankenkasse wahrnimmt, bei diesem zu prüfen. Dies bedeutet,

- dem Prüfdienst muss vom Auftragnehmer das Recht zum Betreten der Geschäftsräume, in denen der Auftrag ausgeführt wird, eingeräumt werden,
- dem Prüfdienst muss das Recht eingeräumt werden, u. U. auf die elektronische Datenverarbeitung des Auftragnehmers zurückgreifen zu können, sofern dies erforderlich ist, um seine gesetzlich zugewiesenen Aufgaben wahrnehmen zu können,
- der Auftragnehmer hat die Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass der Prüfdienst alle notwendigen Auskünfte und Unterlagen erhält.

Das Prüfrecht wirkt auch über eine mögliche Auflösung des Vertrages hinaus fort, sofern Unterlagen weiterhin aufbewahrt werden.

Die obigen Ausführungen gelten für Prüfungen des Bundesrechnungshofes entsprechend.

3.5 Einzelheiten der Vertragsgestaltung

Darüber hinaus sind bei der Vertragsgestaltung folgende Punkte zu berücksichtigen:

3.5.1 Beauftragung eines anderen Leistungsträgers bzw. eines Verbandes

3.5.1.1 Rechte und Pflichten

- Aus dem Vertrag sollte sich zweifelsfrei ergeben, welche **Rechte und Pflichten** die einzelnen Vertragspartner haben (Pflichtenheft). Nur so können Missverständnisse bzw. Auslegungsprobleme von vorneherein vermieden werden.
- Die Schriftform sollte hinsichtlich der Änderung oder Ergänzung des Vertrags als verbindlich vereinbart werden, um im Ernstfall keine Beweisprobleme zu haben.
- Es sollte darauf geachtet werden, dass die richtigen Bezeichnungen verwandt werden (z.B. „persönliche Daten“ stellt kein Synonym für „Sozialdaten“ dar etc.).
- Vor Abschluss eines Vertrags sollte sehr genau geprüft werden, welche Leistungen, zu denen auch ein Dulden zählen kann, Vertragsgegenstand werden sollen. Dies ist umso wichtiger, als sich aus der Auftragsvergabe oft Pflichten für den Sozialversi-

cherungsträger ergeben. So führt beispielsweise das Übertragen des Rechnungswesens dazu, dass der Sozialversicherungsträger einmal jährlich die Einhaltung der Vorschriften der SVRV bzw. SRVwV durch den Dritten bei diesem überprüfen muss (§§ 19 SVRV, 42 SRVwV).

3.5.1.2 Vertragsgegenstand

Der Inhalt der geschuldeten Leistung sollte im Vertrag so exakt wie möglich bezeichnet werden (Leistungsgegenstand, -umfang, -ort, -zeit). Statt der allgemeinen Beschreibung der Pflichten sollte eine Aufzählung der geschuldeten Leistungen erfolgen. Auslegungsbedürftige oder -fähige Begriffe sollten dabei vermieden oder im Vertrag zweifelsfrei erklärt werden.

Der Vorteil einer Konkretisierung der Leistungsverpflichtung besteht darin, dass für beide Vertragspartner die Kontrolle der erbrachten bzw. vertraglich geschuldeten Leistung vereinfacht wird. Dadurch werden schließlich auch Fehler vermieden, die auf Missverständnissen hinsichtlich des Umfangs der bestehenden Leistungsverpflichtungen beruhen.

Der Sozialversicherungsträger sollte anhand der **ausgelagerten Tätigkeiten** dezidiert beschreiben, wer welche Aufgaben wahrzunehmen hat.

Zu bestimmen ist auch, wer die Verantwortung dafür trägt, dass die benötigten Informationen beim Auftragnehmer immer auf dem aktuellsten Stand sind und welche Maßnahmen der Auftragnehmer durchführt, um sicherzustellen, dass Daten des Sozialversicherungsträgers nicht dadurch verloren gehen, dass die Datenverarbeitung im Auftrag bei dem Auftragnehmer tatsächlich (z.B. durch Großbrand etc.) unmöglich wird.

3.5.2 Zusätzliche Anforderungen bei Outsourcing auf private Dritte

Wird ein privater Dritter mit der Wahrnehmung der unterstützenden Hilfstätigkeiten beauftragt, ist darüber hinaus Folgendes zu beachten:

3.5.2.1 Vertragsgegenstand

Zu vereinbaren ist, ob und wenn ja, welche Fristen zu beachten sind.

Gegenstand des Vertrags sollten auch Regelungen sein

- über das Verfahren nach Beendigung des Vertragsverhältnisses.
Sichergestellt sein sollte beispielsweise, dass dem Auftragnehmer an den Daten des Sozialversicherungsträgers kein schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht zusteht.
In diesem Zusammenhang könnte auch bestimmt werden, dass der Auftragnehmer

auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Geheimhaltung der im Rahmen der Auftragsdurchführung erlangten Sozialdaten verpflichtet ist.

- über die Eigentumsrechte an den Daten, Unterlagen, die sich beim Auftragnehmer befinden und den Sozialversicherungsträgern bzw. ihren Leistungserbringern zuzuordnen sind.
- über die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten entsprechend § 80 Abs. 4 SGB X.

Vorschlag für Musterformulierung:

„Der Auftragnehmer verarbeitet und nutzt personenbezogene Daten ausschließlich im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen und nach den Weisungen des Auftraggebers. Er verwendet die zur Datenverarbeitung überlassenen Daten für keine anderen Zwecke. Kopien oder Duplikate werden ohne Wissen des Auftraggebers nicht erstellt.“

- Im Übrigen ist gem. § 80 Abs. 4 SGB X eine schriftliche Festlegung durch den Auftraggeber notwendig, wie lange der Auftragnehmer die Sozialdaten speichert bzw. wann er sie löschen muss. Der Auftraggeber sollte sich vertraglich zusichern lassen, dass die verarbeiteten Daten von sonstigen Datenträgern streng getrennt werden.

Darüber hinaus sollte der Vertrag Regelungen enthalten, die es ausschließen, dass der Auftragnehmer mit der Erfüllung seiner vertraglich geschuldeten Leistungen Subunternehmer beauftragt.

3.5.2.2 Überprüfung von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Aufgabenwahrnehmung

In analoger Anwendung von § 19 SVRV ist vertraglich sicherzustellen, dass der Sozialversicherungsträger die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Aufgabenwahrnehmung durch den Dritten jährlich überprüft. Dies setzt allerdings voraus, dass der Sozialversicherungsträger bzw. sein Verband Personal beschäftigt, welches Qualitätsprüfungen durchführen kann.

3.5.2.3 Haftung, Gewährleistung

Da die Sozialversicherungsträger wirtschaftlich handeln müssen, sind vertragliche Regelungen unzulässig, die zu einem Ausschluss der Haftung oder Gewährleistung des Auftragnehmers führen. Sicherheitsleistungen durch Bankbürgschaften und/oder entsprechende Versicherungen sind zu empfehlen.

Verjährungsfristen sollten im Interesse der Sozialversicherungsträger vertraglich nicht verkürzt werden.

3.5.2.4 Schaden

Werden z.B. Daten beim Auftragnehmer ohne dessen Verschulden vernichtet (z.B. aufgrund höherer Gewalt), so haftet, sofern der Vertrag keine andere Regelung vorsieht, der Sozialversicherungsträger für den Schaden (z.B. Verzugsschaden, da Rechnungen nicht fristgerecht beglichen werden können).

Zu empfehlen ist es daher, dass sich der Sozialversicherungsträger **vor Vertragsabschluss** über alle denkbaren Schadensereignisse Gedanken macht und möglicherweise entsprechende Regelungen, welche die Haftung des Auftragnehmers erweitern, in den Vertrag mit aufnimmt bzw. Vorkehrungen trifft, die ausschließen, dass der Sozialversicherungsträger mit dem Schaden belastet bleibt (z.B. durch den Abschluss einer Versicherung).

3.5.2.5 Kündigung

Im Vertrag müssen Regelungen zur Vertragslaufzeit und zur Kündigung enthalten sein. Sicherzustellen ist, dass der Sozialversicherungsträger zum Einen nicht unangemessen lange durch den Vertrag gebunden wird und dass er zum Anderen beim Eintritt besonderer Umstände, z.B. bei einer Änderung

- der Gesetzes- oder Rechtslage,
- des Standortes, an dem der Auftragnehmer die Aufgaben durchführt,

die Möglichkeit zu einer außerordentlichen Kündigung hat.

3.6 Anforderungen an den Datenschutz

Aus den jeweiligen Datenschutzgesetzen ergibt sich, dass die Ausführung der Regelungen über den Datenschutz durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen ist.

Werden Sozialdaten verarbeitet, folgt aus § 35 SGB I i.V.m. § 78 a SGB X, dass die Sozialversicherungsträger, die Sozialdaten verarbeiten, zum Schutz dieser Daten bestimmte erforderliche technische und organisatorische Maßnahmen treffen müssen.

Von dieser Verpflichtung wird der Sozialversicherungsträger dadurch, dass er Aufgaben auslagert, nicht befreit, d.h. beinhaltet die Auslagerung, dass der Auftragnehmer nunmehr Sozialdaten für den Sozialversicherungsträger bearbeitet, hat der Sozialversicherungsträger dafür Sorge zu tragen, dass von dem Auftragnehmer die in § 78 a SGB X geforderten Maßnahmen durchgeführt werden.

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Anforderungen:

Zugangskontrolle

Von der Stelle, die Sozialdaten verarbeitet, muss alles Notwendige getan werden, um sicherzustellen, dass Unbefugten der Zugang zu den ADV-Anlagen, mit denen diese Sozialdaten verarbeitet werden, unmöglich ist (z.B. Besucherregelungen, Außensicherung des Gebäudes, Spezialverglasung der Fenster etc.).

Datenträgerkontrolle

Es ist sicherzustellen, dass Datenträger nicht von Unbefugten gelesen, kopiert, entfernt oder verändert werden können (z.B. durch Festlegung zur Aufbewahrung von Datenträgern).

Speicherkontrolle

Auszuschließen ist die unbefugte Eingabe in den Speicher sowie die unbefugte Kenntnisnahme, Veränderung oder Löschung gespeicherter Sozialdaten (z.B. durch das Festlegen der Befugnisse für die Eingaben, Kenntnisnahme, Veränderung und Löschung der Daten).

Benutzerkontrolle

Zu verhindern ist, dass Datenverarbeitungssysteme mit Hilfe von Einrichtungen zur Datenübertragung von Unbefugten genutzt werden können (z.B. durch die Vergabe von Benutzerpasswörtern).

Zugriffskontrolle

Zu gewährleisten ist, dass die zur Benutzung eines Datenverarbeitungssystems Berechtigten ausschließlich auf die ihrer Zugriffsberechtigung unterliegenden Daten zugreifen können.

Übermittlungskontrolle

Zu gewährleisten ist, dass überprüft und festgestellt werden kann, an welcher Stelle Sozialdaten durch Einrichtungen zur Datenübertragung übermittelt werden können (z.B. durch Festlegung der zugelassenen Übermittlungsberechtigten).

Eingabekontrolle

Sicherzustellen ist, dass nachträglich überprüft und festgestellt werden kann, welche Sozialdaten zu welcher Zeit von wem in Datenverarbeitungssysteme eingegeben worden sind (z.B. durch das Festlegen, wer Daten eingeben darf, das Protokollieren der Netzverwaltung).

Auftragskontrolle

Zu gewährleisten ist, dass Sozialdaten, die verarbeitet werden, nur entsprechend den Weisungen des Sozialversicherungsträgers verarbeitet werden können (z.B. durch das Festlegen der Kompetenzen von Sozialversicherungsträger und Auftragnehmer).

Transportkontrolle

Zu verhindern ist, dass bei der Übertragung von Sozialdaten sowie beim Transport von Datenträgern die Daten unbefugt gelesen, kopiert, verändert oder gelöscht werden können (z.B. durch das Festlegen der Übertragungswege).

Organisationskontrolle

Sicherzustellen ist, dass die innerbetriebliche Organisation so gestaltet ist, dass sie den besonderen Anforderungen des Datenschutzes gerecht wird (z.B. durch die schriftliche Verpflichtung auf das Datengeheimnis, das Festlegen von Datensicherungsmaßnahmen etc.).

§ 78 a SGB X nennt die dargestellten Anforderungen zwar nur im Zusammenhang mit automatisierter Datenverarbeitung, doch gelten diese Vorgaben im übrigen, d. h. bei nicht automatisierter Datenverarbeitung, entsprechend (vgl. u. a. Kasseler-Kommentar, § 78 a SGB X, Rdnr. 20).