

Ulrich Weigeldt
Bleibtreustraße 24
10707 Berlin

An die
Vorsitzende des Ausschusses für Gesundheit
im Deutschen Bundestag
Frau Dr. Martina Bunge, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

vorab per email: katharina.lauer@bundestag.de

Ihre Nachricht vom

Ihr Zeichen

Unser Zeichen

Datum

UW/JS/uk


04.05.2009

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (BT-Drs. 16/12256) sowie Änderungsantrag Nr. 11 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (Ausschussdrucksache 16(14)0527)
hier: Entscheidung des BSG vom 10.12.2008, Az. B 6KA 37/07)**

Sehr geehrte Frau Dr. Bunge,

beigefügt überreiche ich im Nachgang zu meinem Schreiben vom 29.04.2009 die rechtsgutachterliche Stellungnahme von Herrn Professor Dr. Höfling, Universität zu Köln, die sowohl die verfassungsrechtliche Notwendigkeit als auch die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des von mir vorgelegten Gesetzgebungsvorschlags bestätigt.

Mit freundlichen Grüßen


Ulrich Weigeldt
Bundesvorsitzender

Anlage

**Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Einschaltung privater
Dienstleistungsunternehmen zwecks Leistungsabrechnung bei der
Durchführung von Selektivverträgen**

Rechtsgutachtliche Stellungnahme

im Auftrag des

Deutschen Hausärzteverbandes e. V. sowie der
Hausärztlichen Versorgungsgemeinschaft eG (HÄVG)

vorgelegt von

Universitätsprofessor Dr. iur. Wolfram Höfling, M.A.

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanzrecht
sowie Gesundheitsrecht
und
Direktor des Instituts für Staatsrecht
der Universität zu Köln

April 2009

Gliederung

A. Sachverhalt, Gutachtenauftrag und Gang der Untersuchung	5
I. Sachverhalt und Gutachtenauftrag	5
1. Sachverhalt und Problemstellung	5
2. Gutachtenauftrag	6
II. Gang der Untersuchung	7
B. Zu den verfassungsrechtlichen Direktiven für eine Einschaltung privater Dienstleistungsunternehmen zur Leistungsabrechnung im Kontext von Selektivverträgen	9
I. Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. Dezember 2008 - Argumentationsgang und wesentliche Begründungselemente	9
1. Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt	9
2. Bezugspunkt: Das Urteil des Landessozialgerichts vom 13. Juni 2007	10
3. Die abweichende Position des Bundessozialgerichts	12
4. Der verfassungsrechtliche Argumentationskontext des Bundessozialgerichts	17
II. Informationelle Selbstbestimmung über die Gesundheitsdaten: grundrechtliche Schutzgehalte – Wirkdimensionen – Beschränkungsmöglichkeiten	19
1. Das sog. Recht auf informationelle Selbstbestimmung	19
a) Entwicklung	19
b) Schutzgehalt	22

c)	Individualrechtsgutserweiternde Gemeinwohlbelange	23
2.	Abwehr- und Schutzdimension des Grundrechts auf Selbstbestimmung über die persönlichen (Gesundheits-)Daten	23
a)	Abwehrfunktion	23
b)	Schutzfunktion	24
3.	Eingriffsrechtfertigungsanforderungen und Schrankenregime	26
a)	Besonderheiten des Eingriffsbegriffs	26
b)	Besondere Ausgestaltung der Eingriffslegitimationsnormen	27
III.	Folgerungen für die rechtsgutachtlich zu beurteilende Konstellation	30
1.	Zur verfassungsrechtlichen Problemperspektive	30
a)	Der Schutz von Patientendaten als spezifische Herausforderung des verfassungsrechtlichen Datenschutzes	30
b)	Abwehr- oder Schutzfunktion des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung?	31
aa)	Die hausarztzentrierte Versorgung als öffentlich-rechtlich geprägtes Beziehungsgeflecht	32
bb)	Hilfsweise Erwägungen	35
c)	Das vom Bundessozialgericht konstatierte Regelungsdefizit	36

2. Überlegungen de lege ferenda	37
IV. Zum Gesetzesvorschlag der Sozietät Dr. Rehborn Rechtsanwälte Dortmund	39
1. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arzneimittel- rechtlicher und anderer Vorschriften als Reaktion auf das BSG-Urteil vom 10. Dezember 2008	39
2. Knappe Bewertung	40
C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der rechtsgutacht- lichen Überlegungen	42

A. Sachverhalt, Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung

I. Sachverhalt und Gutachtauftrag

1. Sachverhalt und Problemstellung

Durch das Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. Dezember 2008

Az.: B 6 KA 37/07 R

ist die rechtspraktische Umsetzung von Selektivverträgen grundsätzlich in Frage gestellt worden. Das Gericht ist der Auffassung, daß für die Übermittlung von Patientendaten an externe Abrechnungsstellen die aus Verfassungsgründen erforderliche gesetzliche Grundlage fehle. Deshalb seien die Kassenärztlichen Vereinigungen auf der Grundlage von § 106a Abs. 2 Satz 1 SGB V auch berechtigt, entsprechende Abrechnungen von Leistungen, die unter Weitergabe der hierfür erforderlichen Behandlungs- und Patientendaten an eine externe Abrechnungsstelle angefertigt wurden, als in ihrer Gesamtheit nicht ordnungsgemäß zu behandeln und von einer Berücksichtigung bei der Honorarverteilung auszuschließen. Solche Abrechnungen seien „rechtliche nicht ordnungsgemäß“ bzw. „formal unrichtig“ im Sinne der Vorschriften zur Abrechnungsprüfung“.

BSG, aaO, Juris Rdnr. 16

Einen Rückgriff auf das Bundesdatenschutzgesetz und die dort grundsätzlich eröffnete Möglichkeit der Einwilligung der betroffenen Patienten

siehe §§ 4 Abs. 1, 4a BDSG

sei unzulässig, da die datenschutzrechtlichen Regelungen des GKV-Rechts als abschließend zu qualifizieren seien.

BSG, aaO, Rdnr. 18 ff.

Durch diese Entscheidung des BSG wird die Implementierung des vom Gesetzgeber in den zurückliegenden 10 Jahren entwickelten Modells der selektivvertraglichen Regelung

siehe zu den Verträgen zur Integriertenversorgung §§ 41a ff. SGB V; zu den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung § 73b SGB V; zu den Verträgen zur besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung § 73c SGB V

mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert.

2. Gutachtauftrag

Vor diesem Hintergrund und im Blick auf eine denkbare Änderung des geltenden Rechts als Reaktion auf das BSG-Urteil haben mich der Deutsche Hausärzterverband e. V. sowie die Hausärztliche Vertragsgemeinschaft eG (HÄVG) um eine rechtsgutachtliche Stellungnahme gebeten.

Darin soll vor allem die vom Bundessozialgericht eingenommene Rechtsposition im Blick auf ihre verfassungsrechtlichen Prämissen und Konsequenzen einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Vor diesem Hintergrund soll sodann ein zur Kompensation des vom Bundessozialgericht konstatierten Normierungsdefizits formulierter Gesetzgebungsvorschlag einer knappen Würdigung unterzogen werden.

Die erbetene rechtsgutachtliche Stellungnahme wird hiermit vorgelegt.

II. Gang der Untersuchung

Bezugspunkt der rechtlichen Auseinandersetzung wie der rechtspolitischen Folgeerwägungen ist das bereits skizzierte Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. Dezember 2008. Dieses ist im folgenden zunächst genauer zu analysieren.

Dazu im folgenden B. I.

Sodann ist die zentrale verfassungsrechtliche Fragestellung in den Blick zu nehmen. Sie läßt sich differenzieren in zwei Problemaspekte:

(1) Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Überlegungen ist die nähere bereichsdogmatische Konturierung des für die rechtsgutachtlich aufgeworfene Fragestellung zentralen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

Dazu unten B. II.

(2) Anschließend ist zu klären, welche Anforderungen an eine legislative Beschränkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zu stellen sind und ob das geltende Recht diesen gerecht wird.

Dazu unten B. II. 3.

Hieran anknüpfend sind Folgerungen für die rechtsgutachtlich zu beurteilende Konstellation zu ziehen,

sub B. III.

bevor ein von der *Sozietät Dr. Rehborn Rechtsanwälte Dortmund* formulierter Gesetzentwurf

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften

einer knappen Bewertung unterzogen wird.

Dazu sub B. IV.

Die rechtsgutachtlichen Überlegungen schließen mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

Dazu sub C.

B. Zu den verfassungsrechtlichen Direktiven für eine Einschaltung privater Dienstleistungsunternehmen zur Leistungsabrechnung im Kontext von Selektivverträgen

I. Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. Dezember 2008 - Argumentationsgang und wesentliche Begründungselemente

1. Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt

Klägerin des Ausgangsverfahrens war die Trägerin eines im Bezirk der beklagten Kassenärztlichen Vereinigung gelegenen und zur Versorgung von Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassenen Krankenhauses. Für die Abrechnung der im Krankenhaus vorgenommenen ambulanten Notfallbehandlungen bei gesetzlich krankenversicherten Patienten und bei Berechtigten der freien Heilfürsorge bediente sich die Klägerin mehrerer privatärztlicher Verrechnungsstellen, die zu einem Dienstleistungsunternehmen in der Rechtsform der GmbH zusammengeschlossen sind (im Folgenden: PriA).

Das Krankenhaus erfasste die im Rahmen der ambulanten Notfallbehandlung anfallenden Patientendaten in einem sog. Notfallschein. Diesen unterschrieb der Patient, soweit er dazu in der Lage war. Zugleich wurde ihm ein Formular vorgelegt, durch dessen Unterzeichnung er in die Weiterleitung der Daten an die PriA einwilligte. In diesem Formular wurde auf den Zweck der Erklärung (die Erstellung der Abrechnung) hingewiesen sowie auf den möglichen Widerruf der Einwilligung.

Die Notfallscheine wurden an die PriA weitergegeben. Deren Mitarbeiter erfassten alle für die Abrechnung erforderlichen Daten auf einem computerlesbaren Datenträger und ordneten die erbrachten medizinischen Leistungen den Gebührensätzen des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs zu. Die Klägerin legte die von ihr unterzeichneten Abrechnungs-Sammelerklärungen der beklagten Kassenärztlichen Vereinigung vor. Diese wies die Abrechnung allerdings zurück, weil sie die Erstel-

lung der Abrechnung durch die PriA datenschutzrechtlich für unzulässig hielt.

2. Bezugspunkt: Das Urteil des Landessozialgerichts vom 13. Juni 2007

Das Landessozialgericht NRW hat die Einschaltung privater Abrechnungsstellen auf der Grundlage der Einwilligung des gesetzlich versicherten Patienten für datenschutzrechtlich zulässig gehalten und entschieden, dass die Kassenärztliche Vereinigung verpflichtet sind, Abrechnungen entgegenzunehmen und abzurechnen, die mit Hilfe oder unter Mitwirkung einer privaten Abrechnungsstelle erstellt worden sind.

Ohne den rechtlichen Prüfungsmaßstab der Kassenärztlichen Vereinigungen in der Abrechnungsprüfung in Bezug zu nehmen, wird als tragender Grund für die Entscheidung das Fehlen von Bestimmungen im SGB V und im Honorarverteilungsvertrag (HVV) benannt, aus denen sich eine Berechtigung zur Zurückweisung von Abrechnungen ergeben könnte, die mit Hilfe oder unter Mitwirkung privatrechtlicher Abrechnungsstellen erstellt werden. Der Entscheidung liegt damit implizit die Annahme zu Grunde, dass die Vorschriften zum Datenschutz von Patientendaten im Rahmen der Abrechnung in der gesetzlichen Krankenversicherung im SGB V nicht als abschließende bereichsspezifische Regelungen zu verstehen sind, die einen Rückgriff auf das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) verbieten. Eine explizite Bezugnahme auf das BDSG erfolgt jedoch nicht.

Das Gericht setzt sich zunächst mit den Datenschutzvorschriften des SGB V auseinander und mit der maßgeblichen Regelung des Honorarverteilungsvertrags (§ 4 Nr. 1 Abs. 2 HVV), die es im Ergebnis für unwirksam hält. Der Schwerpunkt liegt dabei nicht in einer detaillierten Analyse des Datenschutzsystems im Rahmen der Abrechnung in der gesetzlichen Krankenversicherung und in den verfassungsrechtlichen

Vorgaben für die dort erfolgende Datenverarbeitung, sondern in der Begründung der Unwirksamkeit des § 4 Nr. 1 Abs. 2 HVV.

Für die datenschutzrechtliche Legitimation der Übermittlung von Patientendaten sieht das LSG zwei mögliche und gleichberechtigt konstitutiv wirkende rechtliche Begründungswege: eine ausdrückliche gesetzliche Erlaubnis der Übermittlung von Patientendaten und die Einwilligung des Betroffenen. Nach Ansicht des LSG lässt sich aus den §§ 284 ff. SGB V nicht herleiten, dass die Weitergabe der Patientendaten an eine private Abrechnungsstelle ausschließlich auf der Grundlage einer Einwilligung unzulässig sei. Die §§ 284, 285 SGB V bestimmten nur, welche Daten die Krankenkassen bzw. die Kassenärztlichen Vereinigungen erheben und speichern dürften. § 294 SGB V normiere eine gesetzliche Verpflichtung der am System beteiligten Leistungserbringer zur Offenbarung personenbezogener Daten; § 295 SGB V konkretisiere diese Verpflichtung für die Ärzte. Aus dem Umstand, dass das SGB V spezielle gesetzliche Regelungen für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung und Nutzung unabhängig von einer Einwilligung der versicherten getroffen habe, lasse sich nicht herleiten, dass daneben eine Datenweitergabe mit Einwilligung des Betroffenen nicht zulässig wäre.

Der weitere Argumentationsgang der Entscheidung beschäftigt sich mit § 4 Nr. 1 Abs. 2 HVV in der seit dem 01.01.2006 geltenden Fassung. Diese Vorschrift schließt eine Rechnungslegung durch Dritte, insbesondere durch Verrechnungsstellen aus, sofern keine gesetzliche Grundlage für eine Einwilligung in die Datenweitergabe besteht. Das LSG hält § 4 Nr. 1 Abs. 2 HVV für unwirksam, weil für die getroffene Regelung eine Ermächtigungsgrundlage fehle. § 85 Abs. 4 Satz 1, 2 SGB V scheide als Ermächtigungsgrundlage aus, weil für die ordnungsgemäße Verteilung der Gesamtvergütung nicht von Bedeutung sei, ob die Abrechnung mit Hilfe eines Dritten erstellt worden sei. Auch aus der in § 75 Abs. 1 S. 1 SGB V normierten Sicherstellungs- und Gewährleistungspflicht ergibt sich nach Auffassung des LSG nicht die Befugnis, die Einschaltung Dritter in die Erstellung der Abrechnung auszuschließen. Zur Si-

cherstellungs- und Gewährleistungspflicht der Kassenärztlichen Vereinigungen gehöre die ordnungsgemäße Abrechnung der vertragsärztlichen Leistungen. Gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen, die der Einschaltung Dritter bei der Abrechnung entgegenstehen könnten, existierten nicht. An dieser Stelle wiederholt das LSG das bereits zuvor gefundene Ergebnis, aus den § 284 ff. SGB V, insbesondere § 295 SGB V lasse sich nicht entnehmen, dass eine mit Einwilligung des Patienten vorgenommene Datenweitergabe unzulässig sei. Eine entsprechende Schlussfolgerung lasse sich auch nicht aus § 73 Abs. 1b SGB V ableiten. Mit der Vorschrift, die für die Erhebung und den Austausch von Daten im System der hausärztlichen und fachärztlichen Versorgung das Einwilligungserfordernis normiert, sei lediglich den Bedenken des Bundesbeauftragten für den Datenschutz Rechnung getragen worden, der eine jederzeit widerrufliche schriftliche Einwilligung für erforderlich gehalten habe. Weitergehende Schlüsse könnten aus der Vorschrift aber nicht gezogen werden, insbesondere gebe die Vorschrift nichts für die Annahme her, alle Fälle einer Datenverarbeitung mit Einwilligung des Versicherten müssten ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Letztlich prüft das Gericht, ob sich aus dem Sachleistungsprinzip ergibt, dass eine Einverständniserklärung für die Weitergabe von Daten nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung für die Einwilligung eingeholt werden kann. Dies wird im Ergebnis ebenfalls abgelehnt.

3. Die abweichende Position des Bundessozialgerichts

Das Bundessozialgericht hat die Entscheidung des Landessozialgerichts aufgehoben und entschieden, dass Kassenärztliche Vereinigungen berechtigt seien, Abrechnungen zurückzuweisen, wenn die Rechnungslegung durch eine externe Abrechnungsstelle erfolgt ist. Für die Übermittlung von Patientendaten an externe Abrechnungsstellen fehle für die zu entscheidende Sachverhaltskonstellation die gesetzliche Grundlage. Der Ansatzpunkt der Entscheidung liegt in der Konturierung des Verhältnisses der Datenschutzvorschriften im SGB V zu den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes und den verfassungsrechtli-

chen Anforderungen an die Datenweitergabe in der gesetzlichen Krankenversicherung. Diese Fragen hatte die vorangegangene LSG-Entscheidung nicht (hinreichend) in den Blick genommen.

Zunächst stellt das BSG den rechtlichen Bezugsrahmen für die Prüfung der Abrechnung in der gesetzlichen Krankenversicherung durch die Kassenärztlichen Vereinigungen heraus. Der rechtliche Prüfungsmaßstab ist insoweit § 106a Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1 HS 1 SGB V. Danach sind die Kassenärztlichen Vereinigungen verpflichtet, die Rechtmäßigkeit der Abrechnungen in der vertragsärztlichen Versorgung zu prüfen sowie die sachliche und rechnerische Richtigkeit der Abrechnungen der Vertragsärzte festzustellen. Zu den von den Kassenärztlichen Vereinigungen zu prüfenden Vorschriften gehören auch die bereichsspezifischen Vorschriften zur Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung im Rahmen der vertragsärztlichen Abrechnung, weil diese die Anforderungen an eine formal richtige Abrechnung der erbrachten Leistungen bzw. an die rechtliche Ordnungsmäßigkeit der Leistungsabrechnung definieren. Abschließend zu diesem Abschnitt stellt das BSG heraus, dass für die Übermittlung von Patientendaten an externe Abrechnungsstellen – von wenigen nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen – die dafür erforderliche gesetzliche Grundlage fehle. Eine solche bereichsspezifische Grundlage ist nach Ansicht des BSG im Gegensatz zur Ansicht des LSG auch nicht entbehrlich, wenn die Betroffenen in die Datenweitergabe eingewilligt haben.

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Datenweitergabe thematisiert das Bundessozialgericht in diesem Zusammenhang nur äußerst knapp.

Siehe noch nachfolgend sub 4.

Bezug nehmend auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts führt das Gericht nur allgemein aus, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht schrankenlos gewährleistet sei

und schließt Ausführungen zur Datenerhebung in der gesetzlichen Krankenversicherung an.

Das Gericht entwickelt sodann über verschiedene Argumentationsstränge seine These, dass eine gesetzliche Grundlage für die Übermittlung der Patientendaten an private Abrechnungsstellen auf der Basis einer bereichsspezifisch normierten Möglichkeit der Einwilligung erforderlich sei, diese – abgesehen von nicht einschlägigen und nicht analogiefähigen Ausnahmevorschriften – fehle und ein Rückgriff auf das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nicht zulässig sei.

(1) Als ersten Argumentationsstrang für die Notwendigkeit einer solchen bereichsspezifischen Regelung wählt das BSG die Existenz der Datenschutzvorschriften im SGB X und im SGB V, die als Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet worden seien.

In diesem Kontext beschäftigt sich das Gericht ausführlich mit der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der bereichsspezifischen Normen im SGB V, die belege, dass der Gesetzgeber dem Sozialdatenschutz gerade in der gesetzlichen Krankenversicherung hohe Bedeutung beimesse und eine gesetzliche Regelung der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der sensiblen personenbezogenen Gesundheitsdaten unverzichtbar sei. Das Gericht zieht hierzu Materialien zu §§ 292 bis 312 SGB V heran und deutet an dieser Stelle das Regel-Ausnahme-Prinzip für die Abrechnungsstruktur in der gesetzlichen Krankenversicherung und die dazu korrespondierenden datenschutzrechtlichen Vorschriften an: in den §§ 284 ff SGBV werde die Zulässigkeit der Verwendung von Patientendaten sehr differenziert geregelt. Ein abschließender Katalog umfasse die Zwecke bzw. die Aufgaben, für die die Krankenkassen Daten über ihre Versicherten erheben, verarbeiten und nutzen dürften, sowie zu welchen Zwecken die Daten zusammengeführt werden dürften. Für besondere Sachverhaltskonstellationen, in denen Rechenzentren eingeschaltet werden, wird der Datenschutz in der jeweili-

gen Ausnahmevorschrift dem Schutzniveau der allgemeinen Anforderungen entsprechend (§§ 284 ff SGB V) geregelt.

(2) Nach der Darlegung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die Zulässigkeit einer Weitergabe von Sozialdaten an Dritte im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung prüft das Gericht die einzelnen gesetzlichen Grundlagen für die Übermittlung von Patientendaten. Die Vorschriften des SGB I (§ 35) und des SGB X (§§ 67 – 85) finden nach Auffassung des 6. Senats keine Anwendung, weil sie ausschließlich den Schutz der Sozialdaten im Verwaltungsverfahren der Sozialleistungsträger regelten. Die §§ 284 ff SGB V enthielten keine Regelung, welche die Weitergabe von Patientendaten durch Leistungserbringer zum Gegenstand hätten.

Sodann widmet sich das Gericht den Abrechnungswegen. Das Gesetz gebe ausdrücklich oder inzident bestimmte Abrechnungswege vor. Als gesetzliche Stütze für diese Argumentation nennt das BSG § 120 Abs. 1 S. 3 SGB V, § 85 Abs. 4 SGB V, § 87b Abs. 5 S. 3 SGB V, § 106a SGB V und § 295 Abs. 2 SGB V. Die vorgegebenen Abrechnungswege verlaufen danach nahezu ausschließlich von den Leistungserbringern zu den Krankenkassen und/oder zu den Kassenärztlichen Vereinigungen sowie zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen.

(3) Von diesen Abrechnungswegen darf aus Sicht des Gerichts nur abgewichen werden, wenn dies ausdrücklich gesetzlich normiert ist. Es betont, dass eine Datenübermittlung zwischen Leistungserbringern und anderen Stellen als Krankenkassen oder Kassenärztlichen Vereinigungen ebenso wie die Zwischenschaltung Dritter in den Abrechnungsweg eine seltene Ausnahme sei, wie die wenigen gesetzlichen Regelungen zeigten: § 300 Abs. 2 SGB V für Apotheken, § 302 Abs. 2 S. 2 ff SGB V für „sonstige Leistungserbringer“ sowie §§ 301a Abs. 2 i.V.m. § 302 Abs. 2 SGB V für Hebammen und Entbindungspfleger. Die detaillierte Auseinandersetzung mit diesen Regelungen führt das Gericht zu dem

Schluss, dass es sich um nicht analogiefähige Ausnahmegesetze handelt.

Der Gesetzgeber unterwerfe in den Fällen, in denen er ausnahmsweise die Einschaltung Dritter in den Datenfluss zulasse, auch diese adäquaten datenschutzrechtlichen Beschränkungen. In diesem Zusammenhang geht das BSG auch auf § 73 Abs. 1b SGB V ein. Es wertet die Vorschrift – anders als das LSG – als Beleg dafür, dass der Gesetzgeber die Übermittlung von Daten generell beschränken und bei nicht vermeidbarer Übermittlung zumindest strengen Anforderungen unterwerfen wolle. Letztlich stellt das Gericht heraus, dass kein Sachgrund dafür erkennbar sei, dass der Gesetzgeber in den gesetzlich zugelassenen Fällen einer Einbeziehung anderer Datenempfänger als Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen, insbesondere bei einer Einschaltung von Rechenzentren, detaillierte datenschutzrechtliche Vorgaben für erforderlich halte, in allen übrigen nicht normierten Fällen jedoch eine Datenübermittlung an Dritte ohne Weiteres zulassen wolle.

(4) Ein Rückgriff auf das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und die allgemeinen Regelungen für eine Datenverarbeitung in privaten Unternehmen (§§ 4 Abs. 1, 4a i.V.m. § 28 Abs. 6 BDSG) hält das BSG für unzulässig. Das BDSG finde im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuchs keine Anwendung. Der Gesetzgeber habe dort detaillierte bereichsspezifische Regelungen geschaffen. Damit sei er der Forderung des Bundesverfassungsgerichts in der Volkszählungsentscheidung nachgekommen, wonach ein Zwang zur Abgabe personenbezogener Daten voraussetze, dass der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch bestimme. Das SGB V geht dem Bundesdatenschutzgesetz vor, so dass eine Einwilligungserklärung des Patienten nach dem BDSG nicht zu einer Zulässigkeit der Datenübermittlung an Dritte führen könne.

(5) Das BSG erstreckt die dargestellten Grundsätze auf alle Personen und Institutionen, die Leistungen der ambulanten Krankenbehandlung

erbringen. Zu den Selektivverträgen führt es aus, dass es wegen des Fehlens spezifischer Datenschutzregelungen in diesen Vorschriften über besondere Versorgungsformen außerhalb des Sicherstellungsauftrags der Kassenärztlichen Vereinigung nahe liege, dass insoweit dieselben Grundsätze maßgeblich sein sollten.

Nach der am 30.06.2009 ablaufenden Übergangszeit dürfen Abrechnungen, die durch private Abrechnungsstellen erstellt oder vorbereitet worden sind, als nicht ordnungsgemäß zurückgewesen werden.

4. Der verfassungsrechtliche Argumentationskontext des Bundessozialgerichts

Trotz der ausführlichen Begründung bleiben die tragenden verfassungsrechtlichen Erwägungen des BSG aus einer dogmatischen Perspektive unklar. Nach der Feststellung, für eine Übermittlung von Patientendaten an externe Abrechnungsstellen fehle es für die einschlägige Konstellation an der hierfür erforderlichen bereichsspezifischen Rechtsgrundlage, die auch nicht durch eine formale Einwilligung in die Datenweitergabe entbehrlich werde,

BSG, aaO, Rdnr. 16

fährt der 6. Senat unmittelbar wie folgt fort: „Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ist das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht schrankenlos gewährleistet“.

BSG, aaO, Rdnr. 17

Ohne also zunächst den sachlichen Gewährleistungsbereich des Grundrechts zu konturieren, wendet er sich unmittelbar der Beschränkung des grundrechtlichen Schutzguts und ihrer Rechtfertigung zu: Der Einzelne müsse solche Beschränkungen seines Rechts hinnehmen, die durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt seien; diese

Beschränkungen bedürfen jedoch einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage.

BSG, aaO, Rdnr. 17 unter Bezugnahme auf eine ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Mit dieser Argumentation befindet sich der 6. Senat argumentativ auf der Ebene der grundrechtlichen Abwehrdimension. Ob diese aber im vorliegenden Fall einschlägig ist oder eine Schutzpflichtenkonstellation gegeben ist,

zur prinzipiellen Doppelfunktion der Grundrechte als Abwehrrechte und Schutzrechte (mit korrespondierenden Schutzpflichten des Staates) siehe nur *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Komm., 10. Aufl. 2009, Vorbem. vor Art. 1 Rdnrn. 6 f.; *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Vor Art. 1 Rdnr. 35 mit zahlr. Nachw.

bedarf allerdings näherer Klärung. Die nachfolgenden Erwägungen des Senats lassen dann auch durchaus den Schutzgedanken anklingen: „Ebenso“ sei anerkannt,

diese Formulierung schließt an die Feststellung einer erforderlichen verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage an

daß die zwangsweise Erhebung von personenbezogenen Daten, wie sie insbesondere in der gesetzlichen Krankenversicherung durchgeführt werde, nicht unbeschränkt statthaft sei.

Unter Bezug darauf BVerfGE 65, 1 (45)

„Gerade in der gesetzlichen Krankenversicherung wird der Zwang der Versicherten, ihre Gesundheitsdaten offenlegen zu müssen, noch dadurch verstärkt, daß sie dem System der gesetzlichen Krankenversicherung in der Regel aufgrund des Bestehens von Versicherungspflicht – begrifflich also aufgrund einer Zwangsversicherung, die bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen unabhängig vom Willen des Versicherten eintritt – angehören. Im übrigen ist schon angesichts der Gefahren der modernen Datenverarbeitung ein Schutz gegen Zweckentfremdung durch Weitergabe- und Verwertungsverbote erforderlich“.

BSG, aaO, Rdnr. 17

Diese Überlegungen bedürfen indes einer näheren grundrechtsdogmatischen Klärung.

Dazu im folgenden sub II. 1.-3.

II. Informationelle Selbstbestimmung über die Gesundheitsdaten: grundrechtliche Schutzgehalte – Wirkdimensionen – Beschränkungsmöglichkeiten

1. Das sog. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

a) Entwicklung

Auch wenn der Schutz persönlicher Daten des Menschen bis heute keine ausdrückliche Erwähnung in den Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes findet, ist seine verfassungsrechtliche Gewährleistung doch im Grundsatz unbestritten. Ansatzpunkt hierfür war und ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG

zur Problematik der dogmatischen Konstruktion eines Kombinationsgrundrechts siehe *Wolfram Höfling*, in:

Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rdnr. 66

in der Ausprägung als Recht der Selbstdarstellung.

Siehe dazu nur *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 230; *Udo Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 166 (Stand: 2001); *Walter Schmitt-Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 1989, § 129 Rdnr. 77

Nach wesentlichen Vorarbeiten im Schrifttum

Siehe vor allem *Gerhard Löschner/Wilhelm Steinmüller*, Datenschutz und Datensicherung, 1975; *Christoph Mallmann*, Datenschutz in Verwaltungsinformationssystemen, 1976, S. 47 ff.; *Rupert Scholz/Rainer Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984; siehe weitere Nachw. bei *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 122 f.

erfuhr die grundrechtliche Anerkennung des Schutzes persönlicher Daten den entscheidenden Durchbruch durch das sog. Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1983.

BVerfGE 65, 1 ff.; zur (dogmengeschichtlichen) Entwicklung siehe etwa *Bernd Holznagel*, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Pieroth (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, S. 30 ff.; *Friedhelm Hufen*, Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Fest-

schrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Bd., 2001, S. 105 ff.

„Freie Entfaltung der Persönlichkeit“ – so hob der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts damals nachdrücklich hervor – „setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen“.

BVerfGE 65, 1 (43); seither ständige Rspr., vgl. weiter etwa BVerfGE 78, 77 (84); 84, 192 (194); 92, 191 (197); 101, 106 (121); 117, 202 (228)

In einer abkürzenden Bezeichnung sprach das Bundesverfassungsgericht dann vom „*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*“.

So BVerfGE 65, 1 (43) – Hervorhebung hinzugefügt. – Der Begriff ist im übrigen keine Erfindung des Bundesverfassungsgerichts, sondern findet sich bereits im Schrifttum

Auch wenn die bundesverfassungsgerichtliche Terminologie teilweise kritisiert wurde, fand die Begründung des Gerichts doch weitgehende Zustimmung.

Siehe hierzu nur mit weiteren zahlr. Nachw. *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 231

b) *Schutzgehalt*

Schon in der terminologischen Erfassung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird die Entwicklungsoffenheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterstrichen

siehe dazu nur *Udo di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 173

und die Weite des sachlichen Gewährleistungsbereichs markiert. Dementsprechend verzichtet das Bundesverfassungsgericht auch auf eine nähere Konkretisierung,

siehe auch *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 233 ff.; *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 78, 80

hebt vielmehr hervor, daß es vor dem Hintergrund der technischen Möglichkeiten „kein belangloses Datum“

BVerfGE 65, 1 (45)

mehr gebe.

Dem ist hier nicht weiter nachzugehen, jedenfalls sind individuelle und individualisierbare Daten – wie etwa Gesundheitsdaten – zweifelsohne vom sachlichen Gewährleistungsbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung umfaßt.

Vgl. auch die Legaldefinition in § 3 Abs. 1 BDSG; ferner *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 175; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 234; siehe ferner auch *Christian Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar

zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 2 Abs. 1 Rdnrn. 114 ff.

c) Individualrechtsgutserweiternde Gemeinwohlbelange

Der Schutzgehalt des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung geht indes über die Gewährleistung der individuellen Datenintegrität hinaus. Das Grundrecht übernimmt eine weitergehende Steuerungsfunktion für die je erfaßten Lebensbereiche.

Zu dieser Steuerungsfunktion insbesondere im Blick auf den Sozialdatenschutz siehe etwa *Wolfgang Binne*, Sozialdatenschutz, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, S. 370 (374)

Datenübermittlungen und ihre (unterbliebene) Regulierung haben Einfluß auf den gesamten Kommunikationsprozeß. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht dem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch einen über das Individualinteresse hinausgehenden Gemeinwohlbezug zuerkannt“.

So BVerfGE 100, 313 (381) unter Bezugnahme auf BVerfGE 61, 1 (43)

2. Abwehr- und Schutzdimension des Grundrechts auf Selbstbestimmung über die persönlichen (Gesundheits-)Daten

a) Abwehrfunktion

Im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt, die durch Art. 1 Abs. 3 GG umfassend an die Grundrechte gebunden ist,

dazu näher *Wolfram Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rdnrn. 80 ff.

entfaltet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – oder anders formuliert: das Grundrecht auf Selbstbestimmung über die persönlichen Daten – seine Abwehrfunktion. Diese ist die bleibende Zentralfunktion der Grundrechte

Dazu nur *Dreier*, in: ders., aaO, Vorbem. vor Art. 1 Rdnr. 84; eingehend dazu *Michael Sachs*, Abwehrrechte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 2, 2006, § 39

und damit selbstverständlich auch des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie seiner spezifischen Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Siehe auch BVerfGE 96, 56 (64)

Im Blick auf dieses wird die subjektiv-rechtliche Abwehrdimension in einer besonderen Weise durch objektiv-rechtliche Sicherungsvorkehrungen materiell-rechtlicher, prozeduraler und organisatorischer Vorkehrungen abgesichert.

Siehe dazu näher *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 237 f.

b) Schutzfunktion

Darüber hinaus aber entfaltet das Grundrecht auf Selbstbestimmung über die persönlichen (Gesundheits-)Daten sich auch – der grundsätzlichen Doppelfunktion der Grundrechte entsprechend –

dazu bereits oben B. I. 4. m.N.

in einer Schutzdimension.

Siehe hierzu nur *Philip Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG-Komm., Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rdnr. 40; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 189; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), aaO, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 89

Diese normative Wirkung des Grundrechts in der Privatrechtsordnung

dazu ausführlich *Benedikt Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006

ist auch vom Bundesverfassungsgericht nachdrücklich hervorgehoben worden.

Siehe etwa BVerfG (K), DVBl. 2007, 111 (112 ff.) unter Bezugnahme u. a. auf BVerfGE 84, 192 (194 f.)

Entsprechende Schutzpflichtkonstellationen sind nicht zuletzt auch im medizin- und gesundheitsrechtlichen Kontext gegeben.

Siehe dazu etwa *Franziska Lang*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 28 ff., 40 ff.; ferner *Peter Mroczynski*, Zum Schutz von Sozialdaten im Recht der Leistungserbringer, NZS 1996, 545 (547 ff.)

Auch wenn man nicht generell von einem Gleichlauf der abwehrrechtlichen und der schutzrechtlichen Grundrechtsdimension sprechen kann,

siehe aber *Hans-Heinrich Trute*, Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft, JZ 1998, 822 (826): Bei den neuen Informations- und Kommunikationstechnologien sei „weder faktisch noch rechtlich ein prinzipiell unterschiedlicher Standard

zwischen öffentlichem und privatem Sektor aufrechtzuerhalten“

so kann doch für besonders sensible Daten, etwa Gesundheitsdaten,

§ 3 Abs. 9 BDSG zählt Angaben über die Gesundheit zu den besonderen Arten personenbezogener Daten

das gleiche Schutzniveau der abwehrrechtlichen und der schutzrechtlichen Wirkebene des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung erfordern.

3. Eingriffsrechtlichkeitsanforderungen und Schrankenregime

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist allerdings – wie auch das Bundessozialgericht in seiner hier zu analysierenden Entscheidung hervorgehoben hat –

BSG, Urteil vom 10.12.2008, aaO, Rdnr. 17

nicht schrankenlos gewährleistet.

Siehe auch BVerfGE 65, 1 (43); 115, 320 (345)

Diese grundrechtsdogmatische Selbstverständlichkeit bedarf allerdings einiger grundrechtsspezifischer Zusatzüberlegungen.

a) Besonderheiten des Eingriffsbegriffs

Zunächst ist hervorzuheben, daß bereits die Bestimmung des Grundrechtseingriffs im Blick auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eine besondere Ausprägung erhalten hat.

Siehe dazu etwa *Hufen*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, aaO, S. 105 (117)

Weit über den sog. klassischen Eingriffsbegriff hinaus schützt das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mit seinem weiten sachlichen Gewährleistungsbereich

dazu vorstehend B. II. 2. b)

vor jeder Form der Erhebung, Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung persönlicher Informationen.

Siehe etwa BVerfGE 65, 1 (43); 67, 100 (143); 78, 77 (84); 84, 239 (279); 92, 191 (197); ferner etwa *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 176; auch *Stern*, Staatsrecht IV/1, aaO, S. 237

b) Besondere Ausgestaltung der Eingriffslegitimationsnormen

Eine Fortsetzung findet diese besonders akzentuierte Bereichsdogmatik auf der Ebene der Grundrechtsschranken. Bereits in seinem sog. Volkszählungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht betont, der Gesetzgeber habe „mehr als früher auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr der Verletzung eines Persönlichkeitsrechts entgegenwirken“.

BVerfGE 65, 1 (44); siehe hierzu auch *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, aaO, S. 51 ff.; auch *Klaus Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 174 ff. (183 ff.)

Unter Hinweis auf das Gebot der Normenklarheit und unter Rückgriff auf Verhältnismäßigkeitserwägungen verlangt das Bundesverfassungs-

gericht darüber hinaus, daß der legitimierende Zweck in hinreichender Bestimmtheit gesetzlich fixiert sein muß.

Siehe BVerfGE 65, 1 (46); hierzu ferner etwa *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 182

Diesen Überlegungen entspricht das Postulat bereichsspezifischer Regelungskonzeptionen

siehe dazu auch mit weiteren Nachw. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, aaO, S. 96 f.; *Spiros Simitis*, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl. 2006, Einl. Rdnr. 32, 48

datenschutzrechtlicher Vorgänge. Spätestens mit dem Volkszählungsurteil ist damit die Zeit einfacher und pauschaler Datenschutzregelungen vorbei.

Siehe nachdrücklich in diesem Sinne etwa *Simitis*, aaO, Einl. Rdnr. 48

Erforderlich sind vielmehr *bereichsspezifische Regelungen*,

siehe auch BSG, Urteil vom 10.12.2008, aaO, Rdnrn. 18 ff.

die an genauer umschriebene Verarbeitungszusammenhänge anknüpfen und für einen besonderen Lebensbereich die Strukturen, Funktionen und Kompetenzen der konkret verantwortlichen Instanzen festlegen.

Siehe *Simitis*, aaO, Einl. Rdnrn. 48 und 49; ferner auch *Beatrix Beyerle*, Rechtsfragen medizinischer Qualitätskontrolle, 2004, S. 94 f.

Hier erweist sich im übrigen der individualschutztranszendierende Gemeinwohlaspekt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

Siehe oben sub B. II. 1. c)

Gerade der Sozialdatenschutz,

siehe dazu *Binne*, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, aaO, S. 370 ff.; *Knut Seidel*, in: Diering/Timme/Waschull (Hrsg.), 2. Aufl. 2007, SGB X, Vor §§ 67-85a, Rn. 2 ff.; *Dirk Bieresborn*, in: v. Wulffen (Hrsg.), SGB X, 6. Aufl. 2008, vor § 67, Rn. 1

und unter diesem insbesondere der bereichsspezifische Datenschutz der GKV,

siehe *Binne*, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, aaO, S. 370 (425 ff.) mit weit. Nachw.

unterstreicht die skizzierte Entwicklung als Folge der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

III. Folgerungen für die rechtsgutachtlich zu beurteilende Konstellation

1. Zur verfassungsrechtlichen Problemperspektive

a) Der Schutz von Patientendaten als spezifische Herausforderung des verfassungsrechtlichen Datenschutzes

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem sog. Volkszählungsurteil hervorgehoben, daß es unter den heutigen technischen Bedingungen kein „belangloses Datum“ mehr gebe,

BVerfGE 65, 1 (45)

so daß eine einfache und generalisierende Unterscheidung zwischen besonders sensiblen und weniger schutzwürdigen Informationen über eine Person kaum möglich ist.

Auch eine Abstufung des Privatsphären- und Persönlichkeitsschutzes nach Maßgabe einer Sphärentheorie, wie sie das Bundesverfassungsgericht vielfach praktiziert,

siehe etwa BVerfGE 80, 367 (373 f.); 89, 69 (82 f.); 90, 255 (260); siehe auch mit zahlr. Nachw. *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 264 ff.

wirft durchaus schwierige Abgrenzungsfragen auf.

Siehe dazu nur *Stern*, Staatsrecht IV/1, aaO, S. 264 ff. m. zahl. Nachw.

Dennoch besteht kein Zweifel daran, daß Informationen über den Gesundheitszustand von Personen wegen ihres überaus engen Integritäts-

und Identitätsbezugs von Verfassungen wegen besondere Anforderungen an den Datenschutz stellen.

Seidel, in: Diering/Timme/Waschull (Hrsg.), SGB X, aaO, vor §§ 67-85a, Rn. 2; s. a. *Michael Kloepfer*, Geben moderne Technologien und die europäische Integration Anlaß, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen?, Gutachten D für den 62. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 62 DJT, Bd. II, 1998, D 1 (D 65).

Die Weitergabe derartiger Patientendaten an private Rechnungszentren erweitert den Kreis derjenigen Personen, die auf diese Weise Kenntnis über zum Teil existentiell berührende Aspekte der Persönlichkeit der betroffenen Personen erlangt.

Zur Problematik externer Abrechnung bei Privatpatienten s. schon BGH, NJW 1991, 2955 ff.; BGH, NJW 1992, 2348 ff.; ferner etwa *Klaus Fischer/Rolf Uthoff*, Das Recht der formularmäßigen Einwilligung des Privatpatienten bei externer Abrechnung, MedR 1996, 115 ff.; *Wolfgang Bongen/Ralf Kremer*, Probleme der Abwicklung ärztlicher Privatliquidation durch externe Verrechnungsstellen, NJW 1990, 2911 ff.

Damit besteht eine grundrechtliche Regulierungspflicht.

b) Abwehr- oder Schutzfunktion des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung?

Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, welche Schutzfunktion des Grundrechts durch einen derartigen Datenverarbeitungsvorgang aktiviert wird. Das Bundessozialgericht hat in

seiner Entscheidung vom 10. Dezember 2008 diese Frage nicht näher thematisiert.

Siehe dazu bereits oben B. I.

aa) Die hausarztzentrierte Versorgung als öffentlich-rechtlich geprägtes Beziehungsgeflecht

Die damit aufgeworfene Fragestellung ist verknüpft mit der näheren Qualifikation der hausärztlichen bzw. hausarztzentrierten Versorgung. Zutreffender Auffassung nach sind die Beziehungen innerhalb des Vertragsarztrechts öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

Der Vertragsarzt ist eingebunden in ein differenziertes System öffentlich-rechtlicher (dazu auch BVerfGE 115, 25 [42 ff.]) Leistungserbringung. Maßgebende Rechtsgrundlage der stattfindenden Behandlung ist die öffentlich-rechtliche gesetzliche Regelung über die kassenärztliche Versorgung und nicht ein zwischen Arzt und Patient geschlossener Vertrag, vgl. BSGE 59, 172 (177); *Schnapp*, NZS 2001, 337 ff. Dazu m.w.N. auch *Wigge*, in: *Schnapp/Wigge* (Hrsg.), *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 2. Aufl. 2006, § 2, Rn. 86; *Wilk*, *Die Rechtsbeziehungen im Vertragsarztwesen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Belegarztes*, 2005, S. 54 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, VSSR 1998, 207 ff. A.A. etwa BGHZ 97, 273 ff.; siehe auch *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl. 2002, § 39, Rn. 10; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, S. 57 ff., jeweils m.w.N.

Allerdings könnte erwogen werden, ob diese Qualifikation im Kontext der hausarztzentrierten Versorgung einer rechtserheblichen Modifikation bedarf –

zur hausarztzentrierten Versorgung siehe neben den Kommentierungen zu § 73b SGB V: *Martin Rehborn*, Erweiterte Vertragskompetenz der Krankenkassen unter besonderer Berücksichtigung der Verträge zur hausarztzentrierten und integrierten Versorgung – Vertragsgestaltungen aus der Sicht niedergelassener Vertragsärzte –, VSSR 2004, 157 ff.; *Matthias von Schwabenflügel*, Moderne Versorgungsformen im Gesundheitswesen, NZS 2006, 285 ff.; *Schulteis*, Hausarztzentrierte Versorgung, 2007; *Ulrich Wenner*, Das Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, S. 77 ff.

mit anderen Worten: ob ein dadurch ggf. bewirkter „Systemwechsel“

Begriff in anderem Zusammenhang bei *Rehborn*, VSSR 2004, 157 (158)

die öffentlich-rechtlichen Prägewirkungen des Vertragsarztrechts soweit zurückdrängt, daß von privatrechtlichen Beziehungen der Beteiligten untereinander auszugehen wäre.

Mit der Folge, daß dann nicht die abwehrrechtliche, sondern die schutzrechtliche Dimension des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung betroffen wäre

Doch sprechen entscheidende Argumentationsaspekte gegen eine derartige „Umdeutung“ des normativen Beziehungsgeflechts:

- Der Vertragsarzt bleibt, auch wenn er am System der hausarztzentrierten Versorgung teilnimmt, weitgehend eingebunden in das GKV-System. Auch wenn er ganz überwiegend Patienten auf der Grundlage von Verträgen nach § 73b Abs. 4 SGB V und nicht mehr (allein) auf der

Basis ihres Zulassungsstatus nach § 73 Abs. 1a SGB V hausärztlich versorgt, bleibt sein eigentlicher Status als Vertragsarzt unberührt.

Siehe auch *Wenner*, Das Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, aaO, S. 80

- Der Versicherte bleibt ebenfalls im wesentlichen einbezogen in das öffentlich-rechtliche Normengefüge des GKV-Rechts.

- Die Verträge, die die Krankenkassen

(ggf. in Kooperation mit anderen Krankenkassen) mit den Vertragspartnern nach § 73b Abs. 4 Nr. 1-4 SGB V

über den Inhalt und die Durchführung der hausarztzentrierten Versorgung einschließlich der Vergütung abschließen, dürften als öffentlich-rechtliche Verträge zu qualifizieren sein.

- Schließlich ist der Rechtsschutz sowohl der Vertragspartner als auch der eingeschriebenen Versicherten der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen.

Siehe *Adolf*, in: Schlegel/Engelmann (Hrsg.), JURIS Praxiskommentar, SGB V, 2008, § 73b Rdnr. 54 ff.

Damit stößt ein Hausarzt, der im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung Daten seiner Patienten an Dritte übermittelt, auf den *abwehrrechtlichen Gehalt* des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen.

Davon scheint zumindest implizit auch das BSG in seinem Urteil vom 10. Dezember 2008 auszugehen

bb) Hilfsweise Erwägungen

Folgt man der abwehrrechtlichen Problem(lösungs)perspektive nicht, so bewegt sich der rechtsgutachtlich zu beurteilende Sachverhalt im Wirkungsbereich der Schutzdimension des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten. Insoweit gewährleistet das allgemeine Persönlichkeitsrecht, daß auch in den Privatrechtsbeziehungen „ggf. die Bedingungen geschaffen und erhalten werden, unter denen der Einzelne selbstbestimmt an Kommunikationsprozessen teilnehmen und so seine Persönlichkeit entfalten kann“.

BVerfG (K), DVBl. 2007, 111 (112)

Hierzu muß aber – wie das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben hat – dem Einzelnen ein informationeller Selbstschutz auch tatsächlich möglich und zumutbar sein. Ist dies nicht der Fall, „besteht eine staatliche Verantwortung, die Voraussetzungen selbstbestimmter Kommunikationsteilhabe zu gewährleisten. In einem solchen Fall kann dem Betroffenen staatlicher Schutz nicht unter Berufung auf eine nur scheinbare Freiwilligkeit der Preisgabe bestimmter Informationen versagt werden“.

Ebenda

Deshalb folge aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine entsprechende Schutzpflicht, die es den zuständigen staatlichen Stellen gebiete, die rechtlichen Voraussetzungen eines wirkungsvollen informationellen Selbstschutzes bereitzustellen.

BVerfG (K), DVBl. 2007, 111 (112)

Auch wenn man in der vorliegend zu beurteilenden Sachverhaltskonstellation also von einer Abwicklung innerhalb eines Privatrechtsverhältnisses ausgeht, ist der Gesetzgeber gehalten, den Datentransfer an

private Rechnungszentren grundrechtsadäquat auszugestalten. Die primär an den Gesetzgeber adressierte Schutzpflicht

Siehe nur BVerfGE 96, 56 (64) – im Kontext des Persönlichkeitsschutzes

ist zwar im Regelfall in instrumenteller und modaler Hinsicht nicht im einzelnen eindeutig fixiert,

vgl. etwa BVerfGE 96, 56 (64)

verlangt aber insgesamt ein hinreichendes Schutzniveau, das für die Einbeziehung privater Abrechnungsstellen in die hausarztzentrierte Versorgung auf eine Regelungskonzeption hinausläuft, die einem abwehrrechtlichen Lösungsmodell vergleichbar ist.

c) Das vom Bundessozialgericht konstatierte Regelungsdefizit

Unabhängig von der grundrechtsdogmatischen Zuordnung der Datenübermittlung bei der Abrechnung von Leistungen im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung bleibt aber in Übereinstimmung mit dem Bundessozialgericht festzuhalten, daß die datenschutzrechtliche Regelungssystematik des SGB V insoweit lückenhaft ist.

Vgl. im einzelnen die Argumentation des BSG, dargestellt oben B. I. 3.

Die hohe Sensibilität von Patientendaten und das – auch aus individualrechtstranzendierenden Gemeinwohlinteressen an der Integrität und Transparenz von Datenverarbeitungsprozessen abzuleitende –

siehe oben sub B. II. 1. c)

Gebot der bereichsspezifischen Regulierung im Blick auf die beteiligten Instanzen spricht nachdrücklich für das bundessozialgerichtliche Urteil.

2. Überlegungen de lege ferenda

Dem vom Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 10. Dezember 2008 in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Direktiven

vorstehend II. 1.-3.

konstatierten legislativen Regelungsdefizit kann durch eine – bereichsspezifische – Ergänzung der einschlägigen Vorschriften des SGB V zu den Selektivverträgen abgeholfen werden.

In Betracht kommt insoweit eine Vorschrift in Parallelisierung zu (bspw.) § 73 Abs. 1b SGB V. Danach darf ein Hausarzt mit schriftlicher Einwilligung des Versicherten, die widerrufen werden kann, bei Leistungserbringern, die einen seiner Patienten behandeln, die den Versicherten betreffenden Behandlungsdaten und Befunde zum Zwecke der Dokumentation und der Weiterbehandlung erheben (Satz 1). Die behandelnden Leistungserbringer sind ihrerseits berechtigt, mit schriftlicher Einwilligung des Versicherten, die widerrufen werden kann, die für die Behandlung erforderlichen Behandlungsdaten und Befunde bei dem Hausarzt und anderen Leistungserbringern zu erheben und für die Zwecke der von ihnen zu erbringenden Leistungen zu verarbeiten und zu nutzen (Satz 2, 2. HS).

§ 73 Abs. 1b SGB V enthält noch weitere datenschutzrechtliche Bestimmungen, die auf die Einwilligung bzw. das Einverständnis des Versicherten abstellen

Aus grundrechtsdogmatischer Perspektive mag eine derartige Regelung auf den ersten Blick vielleicht ambivalent anmuten, wird doch eine

Eingriffsbefugnisnorm gekoppelt mit einer Einwilligung des betroffenen Grundrechtsträgers. Grundsätzlich gilt, daß das Einverständnis mit bzw. die Einwilligung des Betroffenen in eine(r) Verkürzung grundrechtlicher Schutzgehalte bereits den Grundrechtseingriff bzw. dessen Verfassungswidrigkeit entfallen läßt.

Grundsätzlich dazu etwa *Sachs*, in: ders., aaO, Vor Art. 1 Rdnr. 52 ff.

Doch ist gerade dem bereisspezifischen Datenschutzrecht das *Modell einer ermächtigungsakzessorischen Einwilligung* keinesfalls fremd. Nicht nur der bereits erwähnte § 73 Abs. 1b SGB V folgt diesem Normierungsmuster. Auch andere Vorschriften sind ähnlich strukturiert.

Vgl. etwa § 17 Abs 3 Satz 6 KHEntgG, § 63 Abs 3a Satz 2 SGB V

Daß dies – jedenfalls – im Gesundheitsdatenschutzrecht ein geläufiges Regelungsmodell ist, zeigt auch die *EntschlieÙung der 76. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 6. und 7. November 2008 in Bonn* zu den Steuerungsprogrammen der gesetzlichen Krankenkassen. Hier wird gefordert, daß Krankenkassen Versichertendaten nur dann zur Auswahl von Personen für besondere Gesundheitsmaßnahmen verwenden dürfen, wenn dies zum einen ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist und zum anderen die Versicherten nach umfassender Information ausdrücklich in die Teilnahme eingewilligt haben.

Siehe EntschlieÙung der 76. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 6. und 7. November 2008 in Bonn, Steuerungsprogramme der gesetzlichen Krankenkassen datenschutzkonform gestalten, Abrufbar im Internet unter

[http://www.datenschutzblin.de/attachments/542/76_DS
B_Konferenz_Krankenkassen.pdf?1226328262](http://www.datenschutzblin.de/attachments/542/76_DS_B_Konferenz_Krankenkassen.pdf?1226328262)

Die bereichsspezifisch vorgenommene Kombination von Befugnisnorm und Einwilligung

vgl. auch die Überlegungen bei *Anja Westheuser*, Schutz von Patientendaten bei der bevölkerungsbezogenen Krebsregistrierung zu epidemiologischen Forschungszwecken, 1999, S. 113 f.

kann im übrigen darauf gestützt werden, daß insbesondere in für die Betroffenen existentiellen Lebensbereichen (implizite und/oder angenommene) Zwänge die für eine wirksame Einwilligung erforderliche Freiwilligkeit durchaus in Frage zu stellen vermögen.

Vgl. auch die Bemerkung des BSG, Urteil vom 10.12.2008, aaO, Rdnr. 17

IV. Zum Gesetzesvorschlag der Sozietät Dr. Rehborn Rechtsanwälte Dortmund

Vor dem skizzierten verfassungsrechtlichen Hintergrund seien abschließend einige knappe Anmerkungen zu dem Gesetzesvorschlag gemacht, die die Sozietät Dr. Rehborn Rechtsanwälte Dortmund jüngst formuliert hat.

1. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften als Reaktion auf das BSG-Urteil vom 10. Dezember 2008

Als Reaktion auf die Entscheidung des 6. Senats des Bundessozialgerichts vom 10. Dezember 2008, in der die Notwendigkeit einer bereichsspezifischen Regelung des Datenschutzes für die Datenübermitt-

lung im Rahmen der Abrechnung bei der Durchführung von Selektivverträgen nachdrücklich unterstrichen worden ist, hat die Sozietät Dr. Rehborn Rechtsanwälte Dortmund den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vorgelegt. Der Gesetzentwurf bezweckt die bereichsspezifische Klarstellung des Abrechnungsweges im Bereich von Selektivverträgen. Regelungstechnisch geschieht das in der Weise, daß in den hier einschlägigen Normen – das sind: §§ 73b, 73c und 140b SGB V – jeweils Regelungen zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten aufgenommen werden.

Siehe die Problembeschreibung und die Begründung zum Besonderen Teil des Gesetzentwurfs

2. Knappe Bewertung

Der Gesetzentwurf setzt bei der durch das Bundessozialgericht zu Recht

dazu vorstehend die verfassungsrechtliche Problemanalyse sub B. II.

bemängelten Normierungslücke des SGB V an und schließt diese durch bereichsspezifische

auch insoweit zu Recht der Kritik des Bundessozialgerichts und den verfassungsrechtlichen Vorgaben folgend

Ergänzungen der einschlägigen Vorschriften der §§ 73b, 73c und 140b SGB V.

Dabei folgt der Gesetzesvorschlag einem – wie bereits dargelegt –

vorstehend sub B. III. 2.

durchaus geläufigen Regelungsmodell des gesundheitsrechtlichen Datenschutzes, indem er in die genannten Vorschriften eine „ermächtigungsakzessorische Einwilligungsregelung“ einfügt. *Eine derartige Normierungstechnik fokussiert, einem wichtigen Anliegen des Datenschutzrechts folgend, die spezifischen Verarbeitungszusammenhänge einschließlich der daran Beteiligten.*

Siehe bereits oben sub B. II. 3. b)

Der Gesetzentwurf verdient deshalb nachdrücklich Zustimmung. Er ist nicht nur in rechtstechnischer Hinsicht sinnvoll, sondern setzt auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben adäquat um.

C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der rechtsgutachtlichen Überlegungen

- I. Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. Dezember 2008 (B 6 KA 37/07 R) hat die rechtspraktische Umsetzung von Selektivverträgen grundsätzlich in Frage gestellt.
 1. Der 6. Senat des BSG ist der Auffassung, daß für die Übermittlung von Patientendaten an externe Abrechnungsstellen die aus Verfassungsgründen erforderliche gesetzliche Grundlage fehle.
 2. Einen Rückgriff auf das Bundesdatenschutzgesetz und die dort eröffnete Möglichkeit der Einwilligung der Betroffenen sei unzulässig, da die datenschutzrechtlichen Regelungen des GKV-Rechts als abschließend zu qualifizieren seien.
 3. Obwohl den verfassungsrechtlichen Aspekten eine entscheidene Bedeutung für das Urteil zukommt, werden sie im Argumentationsgang des BSG nur sehr knapp thematisiert.
- II. Eine kritische Würdigung der Entscheidung und Überlegungen de lege ferenda setzen allerdings eine eingehende Analyse der Bereichsdogmatik des für die Problemstellung zentralen (sog.) Rechts auf informationelle Selbstbestimmung voraus.
- III. Auch wenn der Schutz persönlicher Daten des Menschen bis heute keine ausdrückliche Erwähnung in den Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes findet, ist seine verfassungsrechtliche Gewährleistung im Grundsatz unbestritten. Ansatz hierfür war und ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1

(i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG in der Ausprägung als Recht der Selbstdarstellung.

1. Der sachliche Gewährleistungsbereich des Grundrechts ist weit abgesteckt und erfaßt jedenfalls individuelle und individualisierbare Daten – wie etwa Informationen über den Gesundheits- bzw. Krankheitszustand – einer Person.
2. Über den individualschützenden Charakter hinaus hat das Bundesverfassungsgericht dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auch eine auf die Integrität des Kommunikationsprozesses insgesamt zielende Gemeinwohlfunktion zugewiesen.

IV. Wie alle Grundrechte entfaltet sich auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in einer Doppelfunktion:

1. Es vermittelt ein Abwehrrecht gegenüber Ingerenzen der öffentlichen Gewalt.
2. Es entfaltet – nicht zuletzt für besonders sensible Informationen wie Gesundheitsdaten – darüber hinaus auch Schutzwirkungen in Privatrechtsbeziehungen.

V. 1. Das Grundrecht schützt vor jeder Form der Erhebung, Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung persönlicher Informationen.

2. Für die Rechtfertigung von Informationseingriffen hat das Bundesverfassungsgericht besondere Anforderungen formuliert. Zur Effektuierung des Grundrechtsschutzes besonders wichtig ist das Postulat bereichsspezifischer Regelungen, die an genauer umschriebene Verarbeitungszusammenhänge anknüpfen und für einen besonderen

Lebensbereich die Strukturen, Funktionen und Kompetenzen der konkret verantwortlichen Instanzen festlegen.

- VI. Die Weitergabe von Patientendaten an private Rechenzentren erweitert den Kreis derjenigen Personen, die auf diese Weise Kenntnis über zum Teil existentiell berührende Aspekte der Persönlichkeit der betroffenen Personen erlangt.
1. Sie ist nur zulässig, wenn den vorstehend skizzierten verfassungsrechtlichen Direktiven hinreichend Rechnung getragen wird.
 2. Dies gilt zunächst dann, wenn man – was nahe liegt – das zu beurteilende Geschehen in einen öffentlich-rechtlichen Kontext eingebettet sieht mit der Folge der Aktivierung des abwehrrechtlichen Gehalts des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.
 3. Entsprechendes gilt aber auch dann, wenn man von einer privatrechtlichen Abwicklung ausgeht. Insofern muß der Gesetzgeber zur Absicherung des Grundrechts auf Selbstbestimmung über die Gesundheitsdaten dafür Sorge tragen, daß die Bedingungen geschaffen bzw. erhalten werden, unter denen der Einzelne selbstbestimmt an Kommunikationsprozessen teilnehmen und so seine Persönlichkeit entfalten kann (so BVerfG [K], DVBl. 2007, 111 [112]).
- VII. Unabhängig von der grundrechtsdogmatischen Zuordnung der Datenübermittlung bei der Abrechnung von Leistungen im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung bleibt in Übereinstimmung mit dem Bundessozialgericht festzuhalten, daß das datenschutzrechtliche Regelungsregime des SGB V insoweit lückenhaft ist.

- VIII. 1. Dem vom Bundessozialgericht konstatierten legislativen Regelungsdefizit kann durch eine bereichsspezifische Ergänzung der einschlägigen Vorschriften des SGB V zu den Selektivverträgen abgeholfen werden.
2. Dabei liegt – etwa in Parallele zu § 73 Abs. 1b SGB V – die Konzeption einer Koppelung von Datenverarbeitungsbefugnisnormen und Einwilligung des betroffenen Patienten (Modell einer ermächtigungsakzessorischen Einwilligung) nahe.
- IX. Der Gesetzentwurf der Sozietät Dr. Rehborn Rechtsanwälte Dortmund erweist sich vor diesem Hintergrund als rechtstechnisch sinnvolle und adäquate Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Köln, den 30. April 2009

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Wolfram Höfling', written in a cursive style.

(Prof. Dr. Wolfram Höfling, M. A.)