

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Regensburg

Schriftliche Stellungnahme

zum

Entwurf eines Gesetzes zur

Änderung krankensicherungsrechtlicher und anderer Vorschriften

(BT-Drs. 17/1297),

anlässlich der

Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen

Bundestags

am 19. Mai 2010, 14.00 – 17.00 Uhr

insbesondere zu

**Datenschutzrechtlichen Fragen der Einschaltung Privater bei der
Abrechnungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung**

Deutscher Bundestag

Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache

17(14)0037(6)

Gel. ESV zur Anhörung am 19.5.

2010_GKV-ÄndG

12.05.2010

Die Schriftliche Stellungnahme besteht aus den knappen Handlungsempfehlungen (A.) und einem ausführlichen Annex-Dokument, das diese näher erläutert (B.).¹

A. Handlungsempfehlungen

1. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zielt mit dessen Art. 13 darauf ab, die Befristung der **bestehenden Ermächtigungsgrundlagen für die Einschaltung Privater in die Abrechnung** im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung **um ein Jahr bis zum 30. Juni 2011 zu verlängern**. Das gilt sowohl für die Abrechnung von ambulanten ärztlichen Leistungen bei der Notfallbehandlung im Krankenhaus (§ 120 Abs. 6 SGB V) als auch von Leistungen im Rahmen von Selektivverträgen gemäß den §§ 73b, 73c, 140a SGB V (§ 295 Abs. 1 S. 5-8 SGB V).
2. Die betreffenden Ermächtigungsgrundlagen sollten darüber hinaus **dauerhaft entfristet** werden. Ferner ist für den Fall, dass diese Vorschrift nicht rechtzeitig vor dem 1. Juli 2010 entfristet wird, eine **Übergangsregelung** zur befristeten Weiteranwendung aufgehobener Vorschriften zu erlassen.
3. Die Ermächtigungsgrundlagen zur entsprechenden Einbeziehung Privater sind **inhaltlich zu optimieren**. Insbesondere ist sicherzustellen, dass sie den **hohen datenschutzrechtlichen Anforderungen** entsprechen, wie sie das Verfassungsrecht vorgibt. Das gilt insbesondere mit Blick auf die besonderen Versorgungsformen gemäß den §§ 73b, 73c, 140a SGB V (§ 295 Abs. 1 S. 5-8 SGB V). Hier ist der Vorschlag einer **Zertifizierung** zur Gewährleistung des Datenschutzes und der Sicherheit durch eine von der zuständigen Behörde zu benennende Stelle, wie in den Änderungsanträgen der SPD-Fraktion vorgesehen, sinnvoll. Dasselbe gilt für den Vorschlag, die Vorschriften des 10. Kapitels dieses Buches und des 2. Kapitels des Zehnten Buches entsprechend anzuwenden, um so zu gewährleisten, dass die Abrechnung über private Abrechnungszentren die gleichen Ansprüche an Datensicherheit und Datentransparenz erfüllt wie im Fall der Abrechnung im öffentlich-rechtlichen System.

¹ Das Annex-Dokument geht zurück auf ein Rechtsgutachten, das ich im Auftrag des PVS/Verband der Privatärztlichen Verrechnungsstellen e.V. erstellt habe.

4. Dann sind die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen aber auch vor dem Hintergrund eines umfassenden Schutzes des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG **verfassungsrechtlich zulässig**.
5. Erforderlich ist im Übrigen baldmöglichst eine **grundsätzliche Lösung** hinsichtlich der Einbeziehung privater Abrechnungsstellen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung. Auch vor diesem Hintergrund ist eine zeitliche Entfristung erforderlich, um die notwendige Zeit zu erlangen, innerhalb derer eine angemessene Lösung entwickelt werden kann.
6. Bei der Entwicklung jener Lösung ist – wie in der jetzigen Entscheidungssituation auch – zum einen die **Bindungswirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu beachten, aus der sich das Erfordernis eines hohen datenschutzrechtlichen Standards ergibt, zum anderen aber auch die **Grundrechtsbindung insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG**. Insofern ist der **Gesetzgeber** in seinem **Entscheidungsspielraum beschränkt**: Er ist **gehalten, entsprechende Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen**, die aber zugleich einen möglichst **hohen Datenschutz gewährleisten**.

B. ANNEX – Kritik am BSG-Urteil und verfassungsrechtliche Vorgaben

I.	Rechtliche Ausgangslage	4
1.	Problemstellung.....	4
2.	Urteil des Bundessozialgerichts und Konsequenzen.....	4
3.	Zweifelhafte Argumentation des BSG-Urteils zur Verdrängung des BDSG.....	5
4.	Stand der Gesetzgebung	7
II.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit entsprechender Ermächtigungsgrundlagen	8
1.	Zulässigkeit der Einbeziehung Privater am Maßstab des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.....	8
2.	Zulässigkeit des Verbots der Einbeziehung Privater in die Abrechnung.....	9
a.	Vorgaben aus der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG.....	10
b.	Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.....	13
III.	Fazit und Konsequenzen	14

I. Rechtliche Ausgangslage

1. Problemstellung

Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. Dezember 2008 (Az. B 6 KA 37/07 R) hat bisher reibungslos eingespielte Abrechnungstätigkeiten in Frage gestellt (dazu 2.). Dabei ist das Urteil mit erheblichen dogmatischen Zweifeln befrachtet, insbesondere was die Argumentation zur Verdrängung des BDSG anbelangt (dazu 3). Bei der Frage, ob der vom Gesetzgeber bisher eingeschlagene Weg, entsprechende befristete Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen, richtig ist und welche Maßnahmen gegebenenfalls darüber hinaus noch zu ergreifen sind (dazu IV.), spielt die Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben eine entscheidende Rolle (dazu III.).

2. Urteil des Bundessozialgerichts und Konsequenzen

Das Bundessozialgericht hat in seinem Urteil vom 10. Dezember 2008 (Az. B 6 KA 37/07 R) entschieden, dass (jedenfalls für den zugrunde liegenden Fall der Abrechnung ambulanter Notfallbehandlungen) die Weitergabe von Patientendaten der im Krankenhaus behandelten gesetzlich krankenversicherten Patienten an private Anrechnungsunternehmen nach den derzeitigen Bestimmungen nicht zulässig ist. Die genaue Reichweite dieser Feststellung über die der Entscheidung zugrunde liegende Konstellation hinaus ist nicht eindeutig geklärt. Es

spricht vieles dafür, dass das Bundessozialgericht seine (fragliche) Rechtsprechung auch auf andere Fälle der Einbeziehung privater Dritter in die Abrechnung von Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung ausdehnen wird. Die Ausführungen des Gerichts beruhen im Übrigen offenbar auf der Annahme, dass es sich bei der in Rede stehenden Weitergabe der Patientendaten um eine „Übermittlung“ im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG handelt. Auf eine mögliche Auftragsdatenverarbeitung geht das Bundessozialgericht nicht ein.

Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf die geschilderte Rechtsprechung im Zuge der AMG-Novelle mit den §§ 120 Abs. 6 und 295 Abs. 1b SGB V zeitlich begrenzte Ermächtigungsgrundlagen für die entsprechende Datenweitergabe an externe Abrechnungsstellen eingeführt, welche ambulante Notfallbehandlungen bzw. die integrierte Versorgung nach §§ 140a ff. SGB V sowie die Versorgung nach § 73b oder § 73c SGB V betreffen.

3. Zweifelhafte Argumentation des BSG-Urteils zur Verdrängung des BDSG

§ 1 Abs. 3 BDSG bestimmt, dass andere Rechtsvorschriften des Bundes den Vorschriften des BDSG vorgehen, soweit sie auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind. Aus der Einschränkung „soweit“ ergibt sich, dass für eine Verdrängung des BDSG grundsätzlich nach genauem inhaltlichen Vergleich eine abweichende Regelung für den exakt gleichen Sachverhalt vorliegen muss.² Nur im Umfang des entsprechenden Regelungsgehaltes kann somit eine Verdrängung des BDSG durch bereichsspezifische Vorschriften erfolgen.

Das Bundessozialgericht hat festgestellt, dass „für den Umgang mit [...] Sozialdaten im Sinne des § 67 Abs. 1 S. 1 SGB X [...] das BDSG nur noch Anwendung [findet], soweit die Vorschriften des Sozialgesetzbuchs ausdrücklich auf dieses Gesetz verweisen“. Voraussetzung für das angesprochene Spezialitätsverhältnis und damit für die vom Bundessozialgericht statuierte Sperrwirkung ist indessen, dass es sich bei den in Rede stehenden personenbezogenen Daten tatsächlich um „Sozialdaten“ im Sinne des § 67 Abs. 1 S. 1 SGB X handelt. Es müsste sich also um Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person handeln, die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung erfolgt hier jedoch durch Leistungserbringer, also insbesondere Krankenhäuser und Ärzte. Diese sind aber gerade nicht Bestandteil der

² *Walz*, in: *Simitis* (Hrsg.), *BDSG*, 6. Aufl. 2006, § 1 Rn. 170.

abschließenden Aufzählung in § 35 SGB I. Es ist auch keine gesetzliche Bestimmung ersichtlich, welche die betreffenden personenbezogenen Daten ausnahmsweise als „Sozialdaten“ einstuft. Nachdem es sich also vorliegend gar nicht um „Sozialdaten“ im Sinne des § 67 Abs. 1 S. 1 SGB X handelt, ist nicht nachvollziehbar, warum die Anwendung des BDSG ausgeschlossen sein sollte. Grundsätzlich gilt nämlich auch im Bereich der Sozialversicherung, dass sich die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten, die nicht Sozialdaten sind, allein nach dem BDSG bzw. den LDSG richtet.

Es besteht auch kein zwingendes Bedürfnis, die Daten dem speziellen Schutzregime des „Sozialdatenschutzes“ zu unterwerfen, weil die in Rede stehenden Gesundheitsdaten bei den Leistungserbringern ja keineswegs schutzlos gestellt sind. Für sie gilt nach den allgemeinen Regelungen des BDSG bzw. der LDSG wie für alle besonderen Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG sogar ein besonders strenges Schutzregime. Die vom Bundessozialgericht konstatierte Sperrwirkung der bereichsspezifischen Vorschriften zum Schutz von Sozialdaten ist mithin nicht nur dogmatisch unzutreffend, weil diese Bestimmungen völlig unterschiedliche Sachverhalte regeln und somit kein kongruenter Regelungsgehalt besteht. Es existiert auch kein Bedürfnis für eine solche über den Wortlaut hinaus geltende Konstruktion.

Allerdings könnte sich eine Verdrängung des allgemeinen Datenschutzrechts möglicherweise aus den punktuellen gesetzlichen Regelungen zur Datenweitergabe durch Leistungserbringer, etwa in § 302 Abs. 2 S. 2 SGB V, herleiten lassen. Es finden sich indes keinerlei Anhaltspunkte, die einen entsprechenden Umkehrschluss dahingehend, dass diese wenigen Vorschriften die Datenweitergabe durch Leistungserbringer abschließend regelten, rechtfertigen würden. Um annehmen zu können, dass der Gesetzgeber in diesem Kontext von einigen wenigen Bestimmungen für bestimmte Leistungserbringer abgesehen das gesamte allgemeine Datenschutzrecht durch ein „beredtes Schweigen“ sperren wollte, bedürfte es aber einer plausiblen Begründung. Eine solche ist aber weder vor dem Hintergrund eines Vergleichs der privilegierten mit den nicht privilegierten Leistungserbringern noch in Bezug auf die jeweiligen Tätigkeitsbereiche ersichtlich.

Im Übrigen ist festzustellen, dass die bereichsspezifischen Regelungen zum Sozialdatenschutz ohnehin nur im Umfang ihres Geltungsbereiches eine Sperrwirkung entfalten können. Die vom Bundessozialgericht angenommene strenge Spezialität kann mithin im Bereich der priva-

ten Krankenversicherung von vorneherein keine Anwendung finden. Dort gilt nach wie vor das allgemeine Datenschutzrecht.

Zusammenfassend lässt sich mithin festhalten, dass die Feststellung des Bundessozialgericht, das BDSG werde durch die bereichsspezifischen Regelungen zum Sozialdatenschutz vollständig verdrängt und könne deshalb im Fall der Datenweitergabe durch Leistungserbringer an private Abrechnungsstellen unter keinen Umständen herangezogen werden, zweifelhaft ist. Bei dogmatisch richtiger Betrachtung muss das BDSG zur Anwendung gelangen, was insbesondere für die Einwilligung als Legitimationsinstrument für einen entsprechenden Datenumgang und die Legitimation über die Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG relevant wird.

Ungeachtet dessen ist zu berücksichtigen, dass das Urteil des Bundessozialgerichts, so zweifelhaft es in seiner Dogmatik auch sein mag, rechtskräftig ist. Das Bundessozialgericht ist auch im vorliegenden Bereich das zuständige Gericht. Trotz der erheblichen inhaltlichen Bedenken muss deshalb das weitere Vorgehen an der rechtlichen Situation ausgerichtet werden, wie sie aus dem Urteil folgt. Im Übrigen ist der Gesetzgeber der Logik des Bundessozialgerichts gefolgt und hat entsprechende spezifische Ermächtigungsgrundlagen in das SGB V aufgenommen, so dass nunmehr ein Anknüpfungspunkt für einen Gegenschluss geschaffen wurde.

4. Stand der Gesetzgebung

Die im Zuge der AMG-Novelle (BGBl. I, S. 1990) geschaffenen Übergangsregelungen für die Einschaltung privater Abrechnungsstellen (§§ 120 Abs. 6 SGB V und § 295 Abs. 1b S. 5-8 SGB V), die zunächst nur bis zum 30. Juni 2010 befristet gelten, sollen nach Art. 13 des Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung krankensicherungsrechtlicher und anderer Vorschriften um ein weiteres Jahr bis zum 30. Juni 2011 verlängert werden. Während hierin durchaus ein Schritt in die richtige Richtung zu erblicken ist, sollte jedoch insoweit in Übereinstimmung mit den Änderungsanträgen der SPD-Fraktion die dauerhafte Entfristung der Regelungen angestrebt werden. Dies folgt aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die im Folgenden dargelegt werden.

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit entsprechender Ermächtigungsgrundlagen

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einbeziehung Privater am Maßstab des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Bei den in Rede stehenden Abrechnungsdaten handelt es sich eindeutig um solche Daten, die vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt sind. Es liegen sogar besonders sensible und daher besonders schutzwürdige Gesundheitsdaten vor. Jegliche Weitergabe dieser Daten stellt durch das Einbeziehen eines weiteren Unternehmens in den Datenumgang eine potenzielle Gefährdung dieser Daten und damit des darauf bezogenen Selbstbestimmungsrechts dar. Im Übrigen wird das Recht verkürzt, die Einschaltung eines Dienstleisters außerhalb des Erbringers der medizinischen Leistungen zu verhindern. Schließlich greift eine staatliche Schutzpflicht, auch in privatrechtlichen Verhältnissen für einen entsprechenden Datenschutz zu sorgen. Gleichwohl ist darauf nur hilfsweise zurückzugreifen, da es sich vorliegend um Daten handelt, die unter Einbeziehung der Krankenkassen als Leistungsträger abgerechnet werden, so dass die Leistungsverhältnisse öffentlich-rechtlich überformt sind und der gesetzlichen Einräumung, private Entitäten in die Abrechnung einzubeziehen, damit Eingriffsqualität zukommt.

Das Outsourcing durch einen darauf spezialisierten Anbieter kann daher eine höhere Professionalität zu günstigeren Preisen bei der Rechnungsabwicklung gewährleisten. Insoweit ist die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer entsprechender Abrechnungsdienstleistungen betroffen. Diese Steigerung der Professionalität kann zugleich zu einer Verbesserung des Schutzes des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung führen, da von einem darauf spezialisierten Anbieter gegebenenfalls ein technisch besserer Datenschutz mit einer höheren Datensicherheit gewährleistet werden kann. Dabei kommt hinzu, dass ein externer Dienstleistungsnehmer gegebenenfalls höhere Anreize hat, für eine *Datensicherheit* zu sorgen. Die Datenschutzkompetenz etwa eines Krankenhauses ist für dessen Wahl durch den Patienten (eine bewusste Auswahlentscheidung überhaupt unterstellt) regelmäßig von untergeordneter Bedeutung. Anders ist dies für einen Anbieter, dessen gesamtes Geschäftsmodell darauf fundiert, Abrechnungen vorzunehmen. Neben dem Preis für jene Dienstleistungen und die Qualität (also v.a. die Richtigkeit) der Abrechnungen ist für jenen Anbieter ein datenschutzrechtlich einwandfreier Leumund von wesentlich größerer Bedeutung. Datenpannen verursachen daher einen wesentlich größeren Imageschaden. Demnach liegen bei der Einschaltung Privater in die Abrechnungstätigkeit von der Berufsfreiheit und gegebenenfalls sogar von dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gedeckte legitime

Zwecke vor. Der zweite genannte Aspekt führt dazu, dass eine grundrechtsinterne Kollision im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung aufzulösen ist.

Das Zulassen der Einbeziehung privater Abrechnungsstellen ist auch ein Mittel, das einen Beitrag zur Erreichung der beiden genannten Ziele zu leisten vermag. Gleich geeignete, weniger eingriffsintensive Handlungsalternativen sind nicht ersichtlich, so dass auch die Erforderlichkeit zu bejahen ist. Dass weitere qualifizierende Maßnahmen zur Verbesserung der Datenschutzqualität wie etwa ein näher konkretisiertes Anforderungsprofil hinsichtlich des Dienstleisters denkbar sind, stellt dieses Ergebnis nicht in Frage.

Angesichts der ohnehin vorliegenden grundrechtsinternen Abwägungsdimension, da die Einbeziehung Externer in die Rechnungsstellung den Datenschutz und die Datensicherheit auch verbessern *kann*, relativiert sich der auf den ersten Blick durchaus gravierende Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung deutlich. Bei einer Bilanzbetrachtung ist nicht einmal gesichert, dass im Ergebnis eine Schutzreduktion erfolgt. Da auf der anderen Seite aber eindeutig die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sowohl der Auftraggeber (soweit diese vom persönlichen Schutzbereich erfasst werden) als auch der Auftragnehmer und das Allgemeinwohl (durch kostengünstige Gesundheitsdienstleistungen) für die Zulässigkeit der Einbeziehung Externer streiten, ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu bejahen.

Schließlich kommt dem Gebot der Bestimmtheit und Normenklarheit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine entscheidende Rolle zu. Dieses Anforderungsprofil steht jedoch der Formulierung entsprechender gesetzlicher Ermächtigungen keineswegs im Wege, sondern steuert allein die Anforderungen an deren Ausgestaltung.

Damit steht fest, dass die Schaffung entsprechender (bereichsspezifischer und normenklarer) Ermächtigungsgrundlagen zur Einbeziehung Privater in die Abrechnung medizinischer Leistungen verfassungsrechtlich zulässig ist.

2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des (faktischen) Verbots der Einbeziehung Privater in die Abrechnung

Stärker wertungsoffen ist dagegen die Beurteilung, ob ein (faktisches) Verbot der Einbeziehung Privater in die Abrechnung gegen die Grundrechte der Dienstleistungsgeber und -nehmer verstieße. Diese Frage stellt sich sowohl mit Blick auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG als auch in Bezug auf die Wahrung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG.

a. Vorgaben aus der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG

Ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit verlangt, dass ein enger Zusammenhang mit der im Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG liegenden Erwerbstätigkeit des betroffenen Unternehmens vorliegt und die gesetzliche Bestimmung eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennen lässt.³ Vorliegend einschlägig ist insoweit die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Mikroverfilmung. Hier hat das Gericht festgestellt, dass insoweit ein entsprechender Zusammenhang und eine berufsregelnde Tendenz hinsichtlich des bislang mit der Mikroverfilmung beauftragten Unternehmens vorliegen. Dabei hat das Gericht auf den erkennbaren Zweck, vor allem aber auch auf die Wirkung jener damaligen Regelung abgestellt.⁴ Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundessozialgericht kann davon ausgegangen werden, dass solange eine entsprechende Einbeziehung Privater in die Abrechnung nicht explizit gesetzlich legitimiert ist, das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage zur Rechtswidrigkeit einer derartigen Einbeziehung führt, diese also faktisch verboten wird. Letztlich ergibt sich das Verbot auch rechtlich daraus, dass § 4 Abs. 1 BDSG sämtliche Datenverarbeitungen verbietet, die nicht durch das BDSG, eine spezialgesetzliche Regelung oder eine Einwilligung legitimiert sind. Da das Bundessozialgericht für die vorliegenden Datenverarbeitungsprozesse das BDSG als vollständig verdrängt ansieht und eine Einwilligung grundsätzlich ausschließt, ergibt sich aus der fehlenden Zulässigkeitsregelung in den Sozialgesetzbüchern ein entsprechendes rechtliches Verbot. Davon sind mit den entsprechenden privatwirtschaftlichen Abrechnungsunternehmen auch in subjektiver Hinsicht Grundrechtsträger betroffen.

Hinzu kommt im Übrigen eine entsprechende Eingriffswirkung gegenüber den Leistungserbringern (Krankenhäuser, Ärzte etc.), die daran gehindert werden, zur Effizienzsteigerung private Abrechnungsunternehmen einzuschalten. Auch insoweit ist eine berufsregelnde Tendenz zu bejahen, da in vergleichbaren Fällen entsprechende „Outsourcing“-Möglichkeiten bewusst eingeräumt werden, um eine effiziente Erbringung medizinischer Dienstleistungen auch in abrechnungstechnischer Hinsicht zu gewährleisten. Dabei werden zumindest die privaten Krankenhäuser (nach Art. 19 Abs. 3 GG) und die Ärzte vom persönlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit erfasst. Daher liegt ein entsprechender Eingriff vor.

Bei einem Verbot der Einbeziehung Privater in die Abrechnung handelt es sich wohl um eine bloße Regelung der Berufsausübung, auch wenn in Einzelfällen das Geschäftsmodell des Unternehmens im Ganzen betroffen ist und eine Abschaffung der bisherig angenommenen Zu-

³ Vgl. BVerfG B. v. 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181 (185 f.); BVerfG B. v. 17.7.1974 – 1 BvR 51, 160, 285/69, 1 BvL 16, 18 26/72, BVerfGE 38, 61 (79); BVerfG B. v. 12.10.1977 – 1 BvR 217, 216/75, BVerfGE 46, 120 (137); BVerfG B. v. 14.1.1987 – 1 BvR 1052/79, BVerfGE 74, 129 (149).

⁴ BVerfG, Kammerbeschluss v. 25.9.1990 - 1 BvR 1555/87, Ziff. 6 (zitiert nach juris).

lässigkeit einer Mitwirkung letztlich das Ende für jenes Unternehmen bedeuten kann. Gleichwohl wird nur ein Teilbereich der Betätigungsmöglichkeiten datenverarbeitender Unternehmen betroffen sein, was nach Ansicht des BVerfG dazu führt, dass eine bloße Berufsregelung gegeben ist.⁵ Denn ein entsprechendes Verbot betrifft „lediglich Tätigkeiten, die als Bestandteil eines umfassenderen Berufes ausgeübt werden und deren Regelung die eigentliche Berufstätigkeit unberührt lässt.“⁶

Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.⁷

Die besondere Schutzbedürftigkeit von Patientendaten und die Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung können grundsätzlich einen entsprechenden Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen datenverarbeitenden Unternehmen und medizinischen Leistungserbringer rechtfertigen. Denn insoweit handelt es sich um „wichtige Gemeinwohlgründe, die die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit [...] zu rechtfertigen vermögen.“⁸

Daher kommt es auf die Verhältnismäßigkeit an. Dabei ist angesichts der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers⁹ davon auszugehen, dass eine Geeignetheit und Erforderlichkeit gegeben ist. So kann durchaus argumentiert werden, dass das Verbot dem Ziel dient, eine missbräuchliche Verwendung medizinischer Patientendaten soweit wie möglich auszuschließen. Mit Blick auf die Erforderlichkeit ist unter Beachtung der legislativen Einschätzungsprärogative auch nicht hinreichend eindeutig ein gleich geeignetes aber weniger belastendes Mittel erkennbar. In Bezug auf die Angemessenheitsprüfung ist aber zu beachten, dass sich einzelne Unternehmen darauf spezialisiert haben, genau jene Abrechnungsleistungen für die Leistungserbringer durchzuführen, die im Falle des Verbots der Einbeziehung entsprechender Anbieter anschließend unmöglich würden. Damit würde jenen Unternehmen letztlich der gesamte Tätigkeitsbereich entzogen. Hinzu kommt, dass es – soweit ersichtlich – zu keinerlei Missbrauchsfällen oder sonstigen Datenschutzskandalen durch die Einbeziehung Privater in die Abrechnung gekommen ist. Wird aber der Ausschluss bestimmter Unternehmen aus einem Tätigkeitsfeld mit erheblichen Einschränkungen für die bisherige Tätigkeit mit dem Datenschutz begründet und damit in erheblicher Tiefe in die Berufsfreiheit der bislang einwandfrei und allseits akzeptiert in diesem Feld tätigen Unternehmen eingegriffen, bedarf es

⁵ BVerfG, Kammerbeschluss v. 25.9.1990 - 1 BvR 1555/87, Ziff. 7 (zitiert nach juris).

⁶ BVerfG, Kammerbeschluss v. 25.9.1990 - 1 BvR 1555/87, Ziff. 7 (zitiert nach juris); vgl. ferner BVerfG, B. v. 5.5.1987 - 1 BvR 724/81 u.a., BVerfGE 75, 246 (274).

⁷ Vgl. BVerfG B. v. 14.7.1987 - 1 BvR 362/79, BVerfGE 76, 196 (207) m.w.N.

⁸ BVerfG, Kammerbeschluss v. 25.9.1990 - 1 BvR 1555/87, Ziff. 9 (zitiert nach juris).

⁹ BVerfG U. v. 28.2.1980 - 1 BvL 17/77 u.a., BVerfGE 53, 257 (293); BVerfG B. v. 6.10.1987 - 1 BvR 1086/82 u.a., BVerfGE 77, 84 (106).

zumindest plausibler Argumente, warum jener Ausschluss zu einer Steigerung des Datenschutzes führen wird.¹⁰ Das gilt zumal vor dem Hintergrund, dass mit strengen Vorgaben und angesichts der anderen Ausgangsmotivation spezialisierter Unternehmen zur Vermeidung von Datenpannen die Einbeziehung Privater durchaus auch zu einer Erhöhung der Datensicherheit beitragen kann. Damit steht ein keineswegs zwingender Beitrag zum Datenschutz einem empfindlichen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber. Zudem ist bei der Abwägung auch die Berufsfreiheit der Leistungserbringer zu berücksichtigen, die an einer möglichst effizienten Leistungserbringung auch im Rahmen der Abrechnungen interessiert sind.

Letztlich unterliegt die entsprechende verfassungsrechtliche Bewertung erheblichen prognostischen Unsicherheiten. Auch ist einzuräumen, dass bereits die ältere Entscheidung zur Mikroverfilmung zwar den prinzipiellen Schutz der datenverarbeitenden Unternehmen betont hat, im Ergebnis jedoch ein entsprechendes Verbot der Einbeziehung privater Anbieter angesichts der Schutzbedürftigkeit von Gesundheitsdaten als zulässig erachtet hat. Allerdings ist das Gericht davon ausgegangen, dass keine empfindliche Beschränkung der Dienstleistungstätigkeit der am Markt tätigen Unternehmen erfolgt. Dies ist mit Blick auf ein gänzlich Verbot der Einbeziehung Privater in die Abrechnung von Gesundheitsleistungen aber anders zu beurteilen, da einigen Unternehmen letztlich die Geschäftsgrundlage entzogen würde. Das erfordert im Rahmen der Abwägung eine strengere Prüfung und das Anführen von plausiblen Gründen dafür, dass jenes Verbot einen erkennbaren Mehrwert für den Datenschutz generiert. Das ist – selbst bei Beachtung eines legislativen Einschätzungsspielraums – aber nicht erkennbar. Es kann sogar durchaus gefragt werden, ob nicht die Einbeziehung spezialisierter Unternehmen eine Verbesserung v.a. der Datensicherheit herbeiführen kann. Das ist insbesondere der Fall, wenn an diese Unternehmen entsprechende besondere Anforderungen gestellt werden.

Es bestehen daher erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, dass ein pauschales Verbot der Einbeziehung privater Unternehmen in die Abrechnung medizinischer Leistungen einer Prüfung am Maßstab der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG standhält. Verfassungsrechtlich indiziert ist tendenziell vielmehr die prinzipielle Zulässigkeit der Einbeziehung von privaten Abrechnungsstellen, gegebenenfalls unter Vorgabe eines entsprechenden Anforderungsprofils.

¹⁰ Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 19.7.2000 - 1 BvR 539/96, Ziff. 82 (zitiert nach juris).

b. Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG

Der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG erlaubt „eine ungleiche Behandlung mehrerer Gruppen von Normadressaten, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.“¹¹ Die Ungleichbehandlung und der sie rechtfertigende Grund müssen aber in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.¹²

Vorliegend geht es darum, dass einzelne Erbringer medizinischer Leistungen auf den effizienzsteigernden Einsatz von Rechenzentren zurückgreifen dürfen, während dies anderen verboten ist. Das sei exemplarisch anhand des § 300 Abs. 2 SGB V dargelegt. Diese Norm erlaubt es, dass Apotheker und andere Anbieter von Arzneimitteln im Rahmen ihrer Abrechnung Rechenzentren in Anspruch nehmen. Es leuchtet aber nicht ein, warum insofern zwischen Apothekern und einzelnen Ärzten unterschieden wird. So mag man angesichts der unterschiedlichen Betriebsgröße zwischen der Gruppe der Apotheker und der Krankenhäuser differenzieren können, nicht aber zwischen Apothekern und einzelnen Ärzten.

Sollte eine Entfristung der betreffenden Ermächtigungsgrundlage nicht erfolgen, wäre also zu fragen, warum hier die Einbeziehung Dritter ausgeschlossen ist, während dies für die genannten Bereiche im Wege der Einschaltung von Rechenzentren zulässig sein sollte. Jedenfalls für die Abrechnung von Ärzten (etwa im Rahmen der integrierten Versorgung) ist kein Grund ersichtlich, warum diesen das Einschalten eines spezialisierten Abrechnungsunternehmens versagt werden sollte, während dies Apothekern erlaubt ist. Insoweit läge folglich auch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG vor.

Im Übrigen entstünde auch eine fragwürdige Ungleichbehandlung von privaten Abrechnungsstellen und Kassenärztlichen Vereinigungen im Rahmen des § 295 SGB V, wenn danach deren Einschaltung bei der Abrechnung gegenüber den Leistungsträgern zulässig wäre, nicht aber die Einbeziehung privater Verrechnungsstellen. Diese Ungleichbehandlung wäre nur gerechtfertigt, wenn Erstere gegenüber Letzteren strukturelle Vorteile hinsichtlich des Datenschutzes und der Datensicherheit böten, die bei privaten Abrechnungsstellen nicht gewährleistet werden könnten. Das ist nicht der Fall, sofern in normativer Hinsicht ähnliche Pflichten greifen (wie insbesondere durch eine gegebenenfalls entsprechende Anwendung des Sozialgeheimnisses nach § 35 SGB I und der Vorgaben zur Auftragsdatenverarbeitung nach § 80

¹¹ BVerfG, Kammerbeschluss v. 25.9.1990 - 1 BvR 1555/87, Ziff. 3 (zitiert nach juris).

¹² Siehe allgemein BVerfG B. v. 7.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88); BVerfG B. v. 4.10.1983 – 1 BvL 2/81, BVerfGE 65, 104 (112f.); BVerfG B. v. 13.5.1986 – 1 BvL 55/83, BVerfGE 72, 141 (150); im vorliegenden Zusammenhang BVerfG, Kammerbeschluss v. 25.9.1990 - 1 BvR 1555/87, Ziff. 3 (zitiert nach juris).

SGB X) und in faktischer Hinsicht ein vergleichbares Schutzniveau vorliegt. Dies ist indes eine Frage der Ausgestaltung insbesondere bezüglich der Datensicherheit. Die insoweit relevante Gewährleistungsdimension hat das BVerfG jüngst für die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten zu Recht eindrucksvoll hervorgehoben.¹³

III. Fazit und Konsequenzen

Damit ist der Gesetzgeber keineswegs frei in seiner Entscheidung, ob private Stellen in die Abrechnung von Gesundheitsleistungen einbezogen werden dürfen. Vielmehr ist dies aus grundrechtlichen Erwägungen heraus grundsätzlich zu erlauben, solange keine Anzeichen dafür vorliegen, dass jene Einbeziehung den Datenschutzstandard signifikant reduziert. Im Übrigen ist in diesem Fall vorrangig das Pflichtenprofil an entsprechende Unternehmen zu erhöhen. Hier läge einer von vielen Bereichen vor, in denen ein Datenschutzaudit sinnvoll wäre, das jedoch bedauerlicherweise auch in der letzten Novelle nicht in das BDSG aufgenommen worden ist. Insofern ist der Änderungsantrag der SPD-Fraktion zu begrüßen, insbesondere mit Blick auf die besonderen Versorgungsformen gemäß den §§ 73b, 73c, 140a SGB V (§ 295 Abs. 1 S. 5-8 SGB V) eine Zertifizierung zur Gewährleistung des Datenschutzes und der Sicherheit durch eine von der zuständigen Behörde zu benennende Stelle zur Pflicht zu machen. Insgesamt muss es jedenfalls darum gehen, einen optimalen Datenschutz bei gleichzeitig effizienter Abrechnung zu gewährleisten. Dabei gibt es jedoch keinen Grund für einen etatistischen Optimismus. Öffentliche Einrichtungen sind nicht per se besser geeignet, für einen angemessenen Datenschutz zu sorgen als Private. Entscheidend sind vielmehr strenge Anforderungen an den Datenumgang, die aber gegenüber privaten wie öffentlichen Entitäten gleichermaßen formuliert werden können.

Die §§ 120 Abs. 6 SGB V und 295 Abs. 1b SGB V sind im Übrigen jedenfalls dauerhaft zu entfristen, um so die erforderliche Zeit für die Formulierung entsprechender grundsätzlicher datenschutzrechtlicher Lösungen zu schaffen. So kann es vor dem Hintergrund der dargelegten verfassungsrechtlichen Ausgangslage nicht genügen, nur für einzelne Teilbereiche der Abrechnungstätigkeit Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen bzw. diese aufrecht zu erhalten. Entsprechende Regelungen sind vielmehr für alle Abrechnungsfelder erforderlich.

¹³ BVerfG, U. v. 2.3.2010 - 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08, Rn. 220 ff., BVerfGE 121,1 (9).