

**Deutscher Bundestag**  
Ausschuss f. Gesundheit  
  
Ausschussdrucksache  
17(14)0037(7)  
Gel. ESV zur Anhörung am 19.5.  
2010\_GKV-ÄndG  
12.05.2010

**DR. THOMAS GIESEN**  
**RECHTSANWALT**

IN KOOPERATION MIT  
RECHTSANWÄLTE  
ZWIPF ROSENHAGEN PARTNERSCHAFT  
MÜNCHEN – DRESDEN

Dr. Giesen, Palaisplatz 3, D-01097 Dresden

Dresden, 12. 5. 2010

PALAISPLATZ 3  
D-01097 DRESDEN

Betrifft: Anhörung im Ausschuss für Gesundheit  
des Deutschen Bundestages am 19. Mai 2010.

TEL +49 (0) 351 80 08 177  
MOBIL +49 (0) 170 49 96 295  
FAX +49 (0) 351 80 08 120  
thomasgiesen@mac.com  
www.rechtsanwaltgiesen.de

### **Gutachten zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung krankensicherungsrechtlicher und anderer Vorschriften (BT-Drs. 17/1297)**

In der heutigen arbeitsteiligen, spezialisierten und unter enormem Kostendruck stehenden ärztlichen Versorgung müssen Spezialunternehmen im Auftrag der Ärzteschaft und der Krankenhäuser die Arbeit der vorschriftsgemäßen Abrechnung der erbrachten Leistungen übernehmen. Geschehe dies nicht, würden wertvolle und teure ärztliche Ressourcen verschwendet. Insbesondere die unerlässlichen elektronischen Abrechnungen bedürfen eines hohen technischen und organisatorischen Standards, den Spezialunternehmen besser garantieren können als die einzelnen Leistungserbringer selbst.

Zur Frage der Verwirrung, die das Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. 12. 2008 im geordneten Gefüge des Schutzes der Patientendaten angerichtet hat, darf ich auf meinen beigefügten Beitrag verweisen. Ich lege unter Hinweis auf andere namhafte Autoren dar, dass dieses Urteil unter datenschutzrechtlichen Aspekten ein dogmatischer Fehlgriff ist. Ferner unterbreite ich Vorschläge zu einer spezialgesetzlichen Lösung.

Der Schutz der personenbezogenen und besonders schutzwürdigen Patientendaten ist bereits im derzeitigen gesetzlichen System durch das Arztgeheimnis und das Sozialdatengeheimnis lückenlos gewährleistet. Das gilt auch für die als Dienstleister im Auftrag der Ärzteschaft und der Krankenhäuser tätigen Privatärztlichen Verrechnungsstellen, weil sie unter der besonderen gesetzlichen Schweigeverpflichtung des § 203 Abs. 1 Nr. 6 des Strafgesetzbuches und unter den ausführlichen Datenschutzvorschriften der §§ 67 ff. des SGB X stehen. Die notwendige Zweckbindung der Daten, die einziger Garant für eine datenschutzgerechte Datenverarbeitung sein kann, ist folglich gesichert.

Datenschutzrechtliche Argumente sind für die Durchsetzung allgemeiner gesundheitspolitischer Forderungen denkbar ungeeignet. Ich beschränke mich deshalb auf die Feststellung, dass einer weiteren Verlängerung der bisherigen, auf Dauer noch ergänzungsbedürftigen Regelung zur Einschaltung von Abrechnungsunternehmen im Auftrag von Leistungserbringern datenschutzrechtliche Aspekte nicht entgegenstehen.

Dr. Giesen  
Rechtsanwalt  
Sächsischer Datenschutzbeauftragter a. D.

Dr. Giesen, Palaisplatz 3, D-01097 Dresden

DR. THOMAS GIESEN  
RECHTSANWALT

IN KOOPERATION MIT  
RECHTSANWÄLTE  
ZWIPF ROSENHAGEN PARTNERSCHAFT  
MÜNCHEN – DRESDEN

PALAISPLATZ 3  
D-01097 DRESDEN

TEL +49 (0) 351 80 08 177  
MOBIL +49 (0) 170 49 96 295  
FAX +49 (0) 351 80 08 120  
thomasgiesen@mac.com  
www.rechtsanwaltgiesen.de

Dresden, 23. 3. 2010

### **Zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit externer Abrechnungstätigkeiten im vertragsärztlichen Bereich**

*Aus datenschutzrechtlicher Sicht verdient das Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. Dezember 2008 (B 6 KA 37/07 R) einige kritische Anmerkungen. Denn die extern und durch eine private Verrechnungsstelle durchgeführte Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen berührt datenschutzrechtliche Belange des jeweils von der Abrechnung erfassten Patienten durchaus nicht unverhältnismäßig, zumal die Abrechnungsleistungen als Datenverarbeitung im Auftrag nach § 80 SGB X zu qualifizieren sind. Die neue und vorläufige gesetzliche Regelung zur Datenverarbeitung im Auftrag in § 120 Abs. 6 SGB V bedarf einer dauerhaften Erweiterung und Ergänzung zumindest in Bezug auf die bislang wahrgenommenen weiteren Geschäftsfelder der Abrechnungsstellen.*

## Einleitung<sup>1</sup>

Die korrekte und tarifgerechte Abrechnung ärztlicher Leistungen durch Dritte ist nicht nur eine besondere Kunst, sondern auch ein durchaus bedeutender Teil der Gesundheitswirtschaft.<sup>2</sup> Es ist deshalb zu begrüßen, dass Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, aber auch die Wissenschaft<sup>3</sup> sich dieser Branche zuwenden: Grundsätzlich werden privatärztliche Leistungen nach der GOÄ gegenüber dem Patienten, vertragsärztliche Leistungen nach dem EBM gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) und Krankenhausleistungen nach dem DRG gegenüber der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) abgerechnet.<sup>4</sup> Die Abrechnung ist notwendigerweise eine personenbezogene Sammlung aller Daten über die erbrachten Leistungen, die unter die jeweiligen Tarifregelwerke zu subsumieren sind. Datenschutzrechtliche Fragen waren bis in die jüngste Zeit dazu nicht gestellt worden, obgleich private Abrechnungsunternehmen traditionell<sup>5</sup> einen bedeutenden Beitrag zur Entlastung von Krankenhäusern und Ärzten leisten. Dabei sind die Abrechnung und das (unechte) Factoring privatärztlicher Leistungen von der Unterstützung bei der Erstellung der „Kassenabrechnung“ zu unterscheiden.<sup>6</sup>

Zwischen der KV-Nordrhein und einem Krankenhaus, das seine Notfallscheine durch eine privatärztliche Verrechnungsstelle berechnen ließ, bevor es die so gefertigten Abrechnungen der KV vorlegte, kam es zum Rechtsstreit. Die KV hat die von der Privatärztlichen Verrechnungsstelle gefertigte, inhaltlich vom Krankenhaus verantwortete und von ihm der KV übersandte Abrechnung kurzerhand mit der Begründung nicht ange-

---

<sup>1</sup> Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Dresden und war von 1991 bis 2003 Sächsischer Datenschutzbeauftragter, danach Berater der EU in Datenschutzfragen. Der vorliegende Beitrag ist das Ergebnis einer Beratung des Verbandes der Privatärztlichen Verrechnungsstellen e. V. in Berlin.

<sup>2</sup> Seriöse Schätzungen gehen von einem Gesamtumsatz der deutschen Branche privater Abrechnungsunternehmen für privatärztliche und vertragsärztliche Leistungen von etwa 10 Mrd. € aus.

<sup>3</sup> Grundsätzliche Ausführungen, auch zu den verfassungsrechtlichen Implikationen bei Leisner, Einschaltung Privater bei der Leistungsabrechnung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2010, 129 ff.

<sup>4</sup> So einfach ist es aber nicht, denn z. B. ambulante Leistungen im Krankenhaus gelten gesetzlich als „vertragsärztlich“ erbracht und werden nach § 120 SGB V gegenüber der KV abgerechnet.

<sup>5</sup> 1922 gründete Dr. Graf in Gauting die erste Ärztliche Verrechnungsstelle. 1931 gab es bereits 72 solcher Verrechnungsstellen. Heute haben allein die Trägervereine der PVS ca. 38.000 ärztliche Mitglieder, von den Kunden der übrigen Abrechnungshelfenden gar nicht zu reden.

<sup>6</sup> Engelmann, „(Ver-)Kauf von Forderungen (Factoring) aus medizinischen Behandlungen, insbesondere in der gesetzlichen Krankenversicherung“, GesundheitsRecht 2009, 449 ff., verfolgt über weite Strecken das Thema des Factoring, siehe dazu u. a. BGH in NJW 1991, 2955 ff., das jedoch bislang nur bei der Abrechnung privatärztlicher Leistungen eine Rolle spielt und deshalb für unser Thema irrelevant ist.

nommen, sie sei nicht ordnungsgemäß zustande gekommen<sup>7</sup>; dem Krankenhaus blieb nur die Möglichkeit, vor dem Sozialgericht auf Annahme der Abrechnung zu klagen.

Das Bundessozialgericht hat in seinem Urteil vom 10. 12. 2008 (B 6 KA 37/07 R)<sup>8</sup> die Erstellung der Abrechnungen durch externe Abrechnungsstellen für die Krankenhausbehandlung von Notfällen für datenschutzrechtlich unzulässig erklärt, obwohl die entsprechenden Einwilligungen der Patienten vorlagen, und das private Abrechnungswesen im SGB V nach Ende einer Übergangsfrist<sup>9</sup> kurzerhand für unzulässig erklärt. Die Übermittlung der Patientendaten vom Krankenhaus zur privaten Abrechnungsstelle sei mit den Regeln zum Sozialdatenschutz nicht vereinbar. Im Sozialrecht fehle die nötige gesetzliche Befugnis zu dieser Übermittlung. Eine solche gesetzliche Regelung sei unverzichtbar, weil von den (bruchstückhaft vorhandenen) gesetzlichen Regelungen zur Datenübermittlung bei den Abrechnungswegen nur auf gesetzlicher Grundlage abgewichen werden dürfe. Dies erfordere der im Sozialrecht umfassend gewollte Schutz der besonders schutzwürdigen Sozialdaten.<sup>10</sup> Das Gericht zählt eine Reihe von Vorschriften auf, in denen die Einschaltung Privater in die Erstellung der Abrechnung legitimiert wird und mahnt eine solche Vorschrift für die Krankenhäuser an. Nach der Rechtsauffassung des BSG spricht also nichts dagegen, dass der Gesetzgeber, wie 2009 schon vorläufig geschehen, Rechtsvorschriften für die Abrechnungen aller derjenigen Leistungsbereiche schafft, für die solche Vorschriften noch nicht zu finden sind.

Hinter dem Urteil steht folglich nicht die datenschutzrechtlich noch nicht zu Ende gedachte Überlegung, dass für die Erlaubtheit des Handelns privater Stellen die Einwilligung des Betroffenen niemals konstitutiv sein könne. Ob diese Regel aus dem öffentlichen Recht, die der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Gleichbehandlung das

---

<sup>7</sup> Nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG ist das Sozialgericht zuständig „in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung“, nach Abs. 2 entscheidet es „auch über privatrechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit Dritte betroffen werden“. Weil die technische Erstellung der Abrechnung sich ausschließlich in der internen Sphäre des Vertragsarztes bzw. des Krankenhauses vollzieht und beileibe keine Angelegenheit der GKV ist, ließe sich eine Zuständigkeit des Sozialgerichts schwerlich begründen. Könnte die KV mit diesem Argument auch dann gehört werden, wenn sie erfährt, dass die Abrechnung z. B. von illegal Beschäftigten gefertigt wurde? Wie weit geht die Zuständigkeit der KV, wenn es um die Prüfung der sachlichen und rechnerischen Richtigkeit gem. § 106a Abs. 2 SGB V geht?

<sup>8</sup> Abgedruckt in SGB 2009, 717 ff. mit einer Besprechung von Heberlein, der in aller Deutlichkeit die schweren rechtsdogmatischen Mängel des Urteils benennt: Von der Befugnis der KV zur Abrechnungsprüfung wird eine allgemeine Datenschutzprüfung auf Seiten der Leistungserbringer nicht legitimiert; Arztdaten sind keine Sozialdaten; das Selbstbestimmungsrecht muss seinen grundlegenden Stellenwert behalten. Ferner geißelt er zu recht das etatistische Urvertrauen in den Datenschutz bei öffentlichen Stellen.- Die Vorinstanzen LSG NRW, L 11 KA 110/06; SG Düsseldorf S 14 KA 78/05 hatten aus guten Gründen anders entschieden.

<sup>9</sup> Für eine Wirkung des Urteils inter omnes, erst recht für eine allgemeine Fristsetzung, sehe ich keine hinreichende Rechtsgrundlage.

<sup>10</sup> Weitere Einzelheiten der Urteilsbegründung werden im folgenden Text ersichtlich.

Wort redet und vertragliche Grundlagen für die Erlaubtheit staatlichen Handelns ablehnt, ausgerechnet für das öffentliche Sozialrecht wirklich passt, sei bezweifelt: Immerhin bedarf es in der gesamten Leistungsverwaltung eines Antrags des Betroffenen; der ist zweifellos keine Einwilligung, aber ein Willensakt: Eine verhältnismäßige, also geeignete, erforderliche und zumutbare Datenverarbeitung, die daraufhin erfolgt, wird auch ohne spezielle Rechtsvorschrift legitimiert. Der Antragsteller muss Informationen liefern, sonst bekommt er kein Geld.<sup>11</sup> Allerdings sind Mitwirkungspflicht und Einwilligung rechtssystematisch nicht dasselbe.<sup>12</sup> Das alles kann hier aber dahinstehen, weil jedenfalls die vom BSG ignorierte Vorschrift des § 67b Abs. 1 S. 1 SGB X die Einwilligung des Betroffenen ausdrücklich und voraussetzungslos als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung nennt, der Gesetzgeber folglich die Willensentscheidung des Patienten als zum System gehörig bestimmt.<sup>13</sup>

Die Tendenz, der Einwilligung einen Rang unterhalb des Gesetzes einzuräumen bzw. nach dem Gesetzgeber zu rufen, wenn es um eine verantwortliche und auch folgenreiche Entscheidung des Betroffenen über die Erteilung seiner Einwilligung geht, zerstört zudem die dogmatische Grundlage des Datenschutzes: Die informationelle Selbstbestimmung – sie ist nur in einem Abwägen von Nutzen und Folgen eine wirkliche Entscheidung – muss ihren freiheitlichen und selbstverantwortlichen Rang gegen solche Vergemeinschaftungen und Bevormundungen durch den Gesetzgeber verteidigen. Wird die Einwilligung auf die Ebene des Beliebigen und Harmlosen herabgestuft, geschieht das Gleiche mit dem Rechtssubjekt.<sup>14</sup> Zudem wird der informationellen Selbstbestimmung das Epitheton des Unbedeutenden angeheftet; mit dieser Verniedlichung verliert sie ihren Verfassungsrang: Daten sind ein kostbares Gut; erst in der Bewertung und Verfügung wird der Betroffene zum Subjekt seiner Privatheit. Datenschützer, die das Prinzip der informationellen Selbstbestimmung hochhalten und gleichzeitig dem Einzelnen absprechen, wichtige Grundentscheidungen zur Verwendung der ihn betreffenden Daten selbstverantwortlich fällen zu können, sind gänzlich unglaubwürdig. Gerichte, die das nicht erkennen, sind zu bedauern.

Mit seinem Urteil, das die überragende Bedeutung des Datenschutzes, insbesondere des Schutzes gegen den Missbrauch von Krankheitsdaten in einer freiheitlichen Rechtsordnung zwar zutreffend erkennt, jedoch die einschlägigen Vorschriften nicht anwendet,

---

<sup>11</sup> Zum Freiwilligkeitspathos: Wer seine Kontoauszüge der letzten drei Monate nicht offen legt, erhält keine Leistungen nach dem SGB XII; er kann Hungers sterben. Auf diese einfache Tatsache muss man die Datenschützer verweisen, die unter einer „freiwilligen“ Einwilligung nur eine Erklärung ohne gravierende Folgen für den Fall ihrer Verweigerung sehen.

<sup>12</sup> Ein Plädoyer für die Rückkehr zur Selbstbestimmung in Menzel, Datenschutzrechtliche Einwilligungen, DuD 2008, S.400 ff.

<sup>13</sup> Tragender Grund des Urteils ist die (richtige) These, der Umgang mit Sozialdaten unterliege allein den Regeln des SGB. Zu diesen Regeln gehört aber eben auch, dass die Einwilligung nach § 67b SGB X eine Legitimation für den Umgang mit Daten ist.

<sup>14</sup> Hier geht es also um die Entscheidung zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung, letztlich also um die Rolle des Einzelnen in der Gesellschaft.

begibt sich das Gericht auf ein glattes Parkett. Weil sich die Sozialgerichte nur selten mit der doch mittlerweile im Zentrum der aktuellen rechtlichen und rechtspolitischen Diskussion stehenden Informationsordnung befasst haben und weil die Besprechung des Urteils, etwa durch Engelmann, datenschutzrechtliche Implikationen allenfalls streift, obgleich sie im Zentrum der Urteilsbegründung stehen, ist eine gründliche Auseinandersetzung mit diesem Urteil notwendig, die von Heberlein<sup>15</sup> und Leisner<sup>16</sup> angestoßen worden ist.

Die nachstehenden datenschutzrechtlichen Überlegungen sollen dem Gesetzgeber einige datenschutzrechtliche Abwägungs- und Entscheidungskriterien für eine umfassende und dauerhafte Lösung bei der Einbeziehung privater Rechenzentren durch entsprechende Befugnisnormen liefern. Den Patientenrechten, dazu gehört der Schutz ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, kommt in einer marktwirtschaftlichen Gesundheitsversorgung, die aus öffentlich-rechtlichen und privatautonomen Elementen besteht, besondere Bedeutung zu.<sup>17</sup> Hier erweist sich, ob der Rechtsstaat sich vormund-schaftlich oder freiheitlich versteht.

## **1. Gegenstände der Abrechnung durch externe Auftragnehmer**

Wendet sich der Kassenpatient an ein Krankenhaus und wird er dort ambulant behandelt<sup>18</sup>, so rechnet das Krankenhaus diese Leistungen nicht nach dem für die stationäre Leistung gültigen DRG-Verfahren<sup>19</sup> gegenüber der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) ab, sondern wie ein niedergelassener Arzt gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung (KV). Das gleiche gilt für Abrechnungen der Notfallbehandlungen durch private Krankenhäuser und Nichtvertragsärzte.

Im Zuge der Digitalisierung ist die korrekte Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen eine Spezialmaterie geworden;<sup>20</sup> die Software unterliegt Entwicklungs- und Fortschreibungszwängen. Statistische Vergleichsprüfungen, Zufälligkeits- und Richtgrößenprüfungen prägen zu Recht das Massengeschäft der KV, deshalb müssen die Abrechnungen in jedem Einzelfall den gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben

---

<sup>15</sup> Fußnote 8.

<sup>16</sup> Fußnote 3.

<sup>17</sup> Siehe dazu Nr. 9.1 (3847 – 4208) des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags.

<sup>18</sup> Auf die Problematik des § 39 Abs. 1 SGB V, wonach sowohl ambulante Behandlung als auch Behandlung durch niedergelassene Ärzte vorgeht, das Krankenhaus also nur zur ambulanten Notfallversorgung tätig wird, vergl. Wenner, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, München 2008, § 9 Rdnr. 3 f., kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an.

<sup>19</sup> Fallpauschalen nach Diagnosis Related Groups; hier rechnet das Krankenhaus nicht mit der KV ab, weil diese nur zuständig ist für die Honorierung der Vertragsärzte.

<sup>20</sup> Die Literatur hat die damit zusammenhängenden Datenschutzprobleme bislang nur gestreift; etwa im Standardwerk von Wenner a. a. O. wird die Erstellung der Abrechnung nicht problematisiert.

der Kassen und der KV genügen. Es lohnt sich aus wirtschaftlichen Gründen etwa für Krankenhäuser, die ambulant Leistungen im Notfall erbringen, nicht, neben ihrer DRG-Kompetenz auch die Abrechnungskompetenz für EBM-Leistungen vorzuhalten; das Mengengerüst gibt das nicht her. Deshalb liegt es nahe, versierte private Dienstleister einzuschalten, die sich auf diese Abrechnungen spezialisieren können<sup>21</sup>. Zudem können die berechtigten Forderungen nach Datenschutz und Datensicherheit wirtschaftlich nur noch von Unternehmen sichergestellt werden, die den Stand der Technik und Innovation garantieren können.

Schlagwortartig seien wesentliche Rechtsgrundlagen der Abrechnungserstellung erwähnt: Niedergelassenen Ärzten und Krankenhausträgern steht bei ihrer Entscheidung, Dritte in die Abrechnungserstellung einzubeziehen, das Grundrecht der Berufsfreiheit<sup>22</sup> zur Seite. Für die Abrechnungsunternehmen streitet die Dienstleistungsfreiheit.<sup>23</sup> Sie wird ergänzt und gespeist durch die Vertragsfreiheit, die ihrerseits in der Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit<sup>24</sup> wurzelt. Diese Grundfreiheiten sind gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>25</sup> abzuwägen; folglich sind dem Grundsatz nach gleichwertige, kollidierende Rechtspositionen miteinander in ein gerechtes Gleichgewicht zu bringen. Der Güterabwägung dienen die folgenden Gedanken.

Der Bundesgesetzgeber hat in Kenntnis dieser Rechtslage mit Rückwirkung zum 18. 6. 2009 am 22. 7. 2009 in aller Eile die gerichtlich angemahnte gesetzliche Regelung in § 120 Abs. 6 SGB V<sup>26</sup> formuliert; dies jedoch nur vorläufig für eine Übergangszeit bis zum 30. 6. 2010. Diese Regelung betrifft zudem nur die Abrechnung ambulanter Notfallbehandlungen in Krankenhäusern. Eine weitere, inhaltsgleiche Regelung ist in § 295 Abs. 1b SGB V geschaffen worden für ärztliche Leistungen, die im Rahmen der integrierten Versorgungsformen direkt mit den Krankenkassen abgerechnet werden. Unge-

---

<sup>21</sup> Wirtschaftlichkeit setzt Freiräume für unternehmerische Entscheidungen voraus.

<sup>22</sup> Art. 12 GG und die Berufsausübung der Vertragsärzte und Vertragskrankenhäuser, hier ist ergänzend Art. 19 Abs. 3 GG heranzuziehen, sind Gegenstand der juristischen Wissenschaft und Rechtsprechung. Es sprengt den Rahmen des vorliegenden Aufsatzes, darauf näher einzugehen.

<sup>23</sup> Art. 49 bis 55 EGV muss zumindest geprüft werden.

<sup>24</sup> Privatautonomie, Art. 2 Abs. 1 GG und die Schrankentrias seien als Stichworte genannt.

<sup>25</sup> Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ist die Basis sowohl dieses Grundrechts als auch des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

<sup>26</sup> In der 15. Novellierung des AMG; BGBl. I S. 2015 und 2018: „Das Krankenhaus darf ein andere Stelle mit der Verarbeitung und Nutzung der für die Abrechnung von im Notfall erbrachten ambulanten ärztlichen Leistungen mit der Kassenärztlichen Vereinigung erforderlichen personenbezogenen Daten beauftragen; §291a bleibt unberührt. §80 des Zehnten Buches ist anzuwenden; Auftraggeber und Auftragnehmer unterliegen der Aufsicht der nach § 38 des Bundesdatenschutzgesetzes zuständigen Aufsichtsbehörde. Der Auftragnehmer darf diese Daten nur zu Abrechnungszwecken verarbeiten und nutzen. Gehört der Auftragnehmer nicht zu den in § 35 des Ersten Buches genannten Stellen, gilt diese Vorschrift für ihn entsprechend; er hat die technischen und organisatorischen Maßnahmen nach § 78a des Zehnten Buches zu treffen.“

regelt bleibt damit der Einsatz von auswärtigen Abrechnungshelfern (Outsourcing) bei der Abrechnung:

- ambulanter Leistungen des Chefarztes im ermächtigten Bereich,
- ambulanter Behandlungen von Krankenhäusern bei Unterversorgung (§ 116a SGB V)
- von Leistungen nach §§ 115b und 116b SGB V
- von Leistungen der Hochschulambulanzen, psychiatrischen Institutsambulanzen, sozialpädiatrischen Zentren sowie Spezialambulanzen in der Pädiatrie, § 120 Abs.1a n. F. und Abs. 2 S. 1 SGB V.

Aber nicht nur Abrechnungs- und Subsumptionshilfe im Bereich des SGB V, sondern auch bei der Abrechnung gegenüber Knappschaften und Berufsgenossenschaften (SGB VII) und gegenüber den gesetzlichen Pflegeversicherungen (SGB XI) sind Geschäftsfelder privater Unternehmen.

## 2. Zum Begriff der Rechnungslegung

Schon die Schilderung der Ausgangslage im Urteil ist ungenau: Was bedeutet es, wenn es<sup>27</sup> im Urteil heißt: „...wenn die Rechnungslegung durch eine externe Abrechnungsstelle ... erfolgt ist.“? Folgt man dem juristischen Sprachgebrauch,<sup>28</sup> ist unter „Rechnungslegung“ gemeint, Auskunft und Rechenschaft abzulegen. Die entsprechende Pflicht folgt aus Gesetz oder Vertrag. Als Pflicht kann sie nicht von dem ursprünglichen Schuldner auf einen anderen Schuldner übertragen werden; der einseitige Schuldnerwechsel ist unserer Rechtsordnung fremd. Ein solcher findet auch nicht statt: Die Rechnung mag von wem auch immer erstellt werden; „gelegt“ wird sie vom Krankenhaus selbst.

Jedenfalls ist mit der „Rechnungslegung“ nicht gemeint die bloße technische Anfertigung der Rechnung. Aus der Sicht der „Rechnungslegungspflicht“ ist gleichgültig, wer davor intern für den Schuldner tätig ist; es kommt nur darauf an, wer für die Rechnung verantwortlich zeichnet: Dies sind und bleiben auch beim Outsourcing der Arzt oder das Krankenhaus, die Leistungserbringer.

Auch im datenschutzrechtlichen Zusammenhang bleibt diese Pflicht und Verantwortlichkeit bei dem Leistungserbringer. Er legt die Abrechnung der KV vor. Daran ändert die vorherige Einschaltung eines Datenverarbeiters im Auftrag nichts.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Rdnr. 13 des BSG-Urteils.

<sup>28</sup> Etwa bei Palandt/Heinrichs (68. Aufl. München 2009, § 259 Anm. 1 ff.).

<sup>29</sup> Denn der Auftraggeber bleibt nach dem Wortlaut des Gesetzes für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften verantwortlich (§ 11 Abs. 1 BDSG, § 80 Abs. 1 SGB X; siehe dazu die folgenden Ausführungen). Folglich ist die Behauptung von Engelmann (S. 458), die Verantwortlichkeit werde „verschoben“, durch nichts zu begründen.- Auch die „Gefahr einer Optimierung“ der Rechnung, die Engelmann a. a. O. heraufbeschwört, ist der Einbindung von Fachunternehmen nicht zu entnehmen: Will er suggerieren, ein

### 3. Vertragliche Bindungen

Der Arztvertrag<sup>30</sup> wird zwischen dem Arzt und dem Patienten abgeschlossen. Er ist zivilrechtlicher Natur; in ihm verpflichten sich die Vertragspartner zu gegenseitigen, miteinander auszutauschenden Leistungen (Synallagma): Der Arzt schuldet die erforderliche Behandlung, der Patient ein diesen Leistungen entsprechendes Honorar. Zum Zweck der Rechnungsstellung müssen die ärztlich erbrachten Leistungen benannt und beschrieben werden; die Rechnung spiegelt die erbrachten Leistungen. Für die Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten gilt das BDSG.

Die Rechtsverhältnisse zwischen einem Kassenpatienten, dem Vertragsarzt, der Kassenärztlichen Vereinigung und der GKV sind indes komplexer geordnet: Zwar schuldet auch der Vertragsarzt in diesem Vierecksverhältnis seinem Kassenpatienten seine ärztliche Leistung auf privatrechtlicher Rechtsgrundlage.<sup>31</sup> Der Behandlungsvertrag ist aber „eingebettet in die öffentlich-rechtliche Ordnung der kassenärztlichen Versorgung.“<sup>32</sup> Der Vertragsarzt erhält als gesetzliche geordnete Gegenleistung nämlich seinen Vergütungsanspruch nicht gegenüber dem Kassenpatienten, auch nicht direkt gegenüber der GKV, sondern gegenüber der KV. Es verbleiben aber Reste eines zivilrechtlichen Leistungsaustausches: So ist der Kassenarzt gegenüber dem Patienten auskunftspflichtig; besteht im Versicherungsverhältnis des Patienten eine Leistungsstörung, so haftet der Patient selbst für das Honorar des Arztes, einklagbar beides vor den Zivilgerichten. Das synallagmatische Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient wird folglich zwar gesetzlich aufgelöst; es bleibt aber ein Leistungsverhältnis zwischen Arzt und Patient. Und es bleibt ein zivilrechtliches Vertrags- und Vertrauensverhältnis auch dann, wenn die Rechtsbeziehung zwischen Kassenpatient und GKV wegen des Grundsatzes der Naturalleistung<sup>33</sup>, und vor allem wegen der Pflichtmitgliedschaft und des Kontrahie-

---

Fachunternehmen fertige eher unrichtige Rechnungen an, als die Abrechnungsabteilung eines Krankenhauses? Hat er dafür belastbare Hinweise? Werden nicht alle Abrechnungen von der KV und den Kassen auf Richtigkeit geprüft? Was wäre im Rechtsstaat dagegen zu sagen, wenn berechnete Interessen wahrgenommen werden, indem eine vollständige und korrekte Anwendung des Tarifwerks erstrebt wird? In Wahrheit erleichtert die Abrechnungserstellung durch Profis das Geschäft auch für die KV.

<sup>30</sup> Dienstvertrag gem. § 611 Abs. 1 BGB mit werkvertraglichen Elementen.

<sup>31</sup> Es gilt die freie Arztwahl und kein Kontrahierungszwang; Leistungsstörungen werden vor die Zivilgerichte gebracht; Günther Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, Köln 1994, Rdnr. 1153; BGHZ 76, 259, 261; 97, 273, 276.

<sup>32</sup> BGHZ 100, 363, 367.

<sup>33</sup> Die Krankenkasse schuldet, schon durch § 6 des Krankenkassen-Vertragsgesetzes vom 15. 6. 1883 wurde das so geregelt, dem Kassenpatienten nicht mehr Kostenerstattung, sondern ärztliche Krankenhilfe in natura durch ihre Vertragsärzte.

rungszwangs in der GKV öffentlich-rechtlichen Charakter hat. Die Rechtsbeziehung zwischen Kassenarzt und KV ist hingegen eine ausschließlich öffentlich-rechtliche; hier sind die Sozialgerichte zuständig. Auch das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem Kassenpatienten und seiner GKV ist sozialrechtlich, also öffentlich-rechtlich, geordnet. Das ist so herrschende Meinung.<sup>34</sup>

Gleiches gilt für den Kassenpatienten, der sich in die ambulante Klinik eines Krankenhauses begibt: Er schließt einen Vertrag mit dem Krankenhaus, das nach § 116 b SGB V zugelassen ist.<sup>35</sup> Es hat seine dem Kassenpatienten erbrachten Leistungen bei der KV abzurechnen. Im Zuge der mehrfachen Änderungen des Kassenärztlichen Vergütungsrechts und der damit verbundenen Verfeinerung, man kann auch sagen Komplizierung, benötigen die Ärzte und auch die Krankenhäuser seit Jahr und Tag Fachleute, deren Aufgabe es ist, die rechtmäßigen Abrechnungen herzustellen. Dabei geht es um die Subsumption einer erbrachten Leistung unter die Vorschriften des Abrechnungsrechts. Die vertragsärztlichen Verpflichtungen und das berufliche Selbstverständnis lassen es als vernünftig erscheinen, dass Ärzte und Krankenhäuser sich um den Patienten kümmern; die Abrechnung kann von Helfern erledigt werden, die sich darauf spezialisieren. Da, wo die Kassenärztliche Vereinigung dafür gesetzlich zuständig ist, übernimmt sie diese Aufgaben; da, wo der Gesetzgeber die KV außen vor lässt, ist sie allerdings nicht zuständig.

#### **4. Anzuwendende Vorschriften**

Im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) werden die Datenverarbeitung (§ 3 Abs. 4: Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen) und die Datenverarbeitung im Auftrag (§ 11) unterschieden: Mit der Verarbeitung personenbezogener Informationen verfolgt der Verantwortliche als Auftraggeber eigene Zwecke; der Auftragnehmer, der die Daten in seinem Auftrag verarbeitet, verfolgt keine eigenen, sondern fremde Zwecke, nämlich die des nach wie vor verantwortlichen Auftraggebers.<sup>36</sup> Der Auftragsverarbeiter ist mithin (ausgelagerter) Teil des Verantwortlichen; er ist sein Helfer und führt seine Weisungen aus. Er ist nicht „Dritter“ (so ausdrücklich § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG). Das gilt auch dann, wenn der Auftragnehmer selbständig ist und die Verarbeitung selbst organisiert.

---

<sup>34</sup> Siehe Palandt/Weidenkaff, 68. Aufl. München 2009, § 611 Rdnr.18.

<sup>35</sup> Der Vertrag wird nicht mehr mit dem Chefarzt geschlossen, wie dies in BGHZ 100, 363 ff. unter der damaligen Rechtslage geschildert wird.

<sup>36</sup> Das ist anders, wenn der Auftraggeber eine eigene Funktion auf einen Dritten überträgt, wie das beispielsweise beim Factoringvertrag der Fall ist; hier verfolgt der Factor eigene, ihm abgetretene Rechte. Erhält er vom Auftraggeber Daten, so werden sie ihm „übermittelt“.

Von besonderer Bedeutung ist es, dass folglich zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer innerhalb der EU keine „Übermittlung“ im Rechtssinne stattfindet. Der Auftragnehmer innerhalb der EU ist vielmehr Teil der verantwortlichen Stelle. Folglich finden die zu recht strengen Regeln zur Zulässigkeit einer Datenübermittlung dann keine Anwendung. Das gebietet nicht nur der Gesetzeswortlaut<sup>37</sup>, sondern ist auch in der datenschutzrechtlichen Literatur unumstritten<sup>38</sup>.

Die Datenverarbeitung im Auftrag ist grundsätzlich zulässig, wenn die – 2009 verschärften – Regeln des § 11 BDSG eingehalten werden.<sup>39</sup>

Das BDSG tritt aber zurück und ist nicht anwendbar, wenn speziellere bundesrechtliche Regelungen vorgehen (§ 1 Abs. 3 BDSG)<sup>40</sup>. Das SGB X enthält in §§ 67 ff. die auch für das SGB V gültigen Datenschutzregelungen. Das BDSG findet ergänzend zu diesen Vorschriften nur dann Anwendung, wenn das Sozialgesetzbuch dies ausdrücklich bestimmt<sup>41</sup>. Das SGB enthält folglich ein in sich abgeschlossenes System des Datenschutzes.<sup>42</sup> Sozialdaten stehen z. B. nicht auf der Sensitivliste des § 3 Abs. 9 BDSG, vielmehr sind sie per se besonders schutzwürdig.<sup>43</sup> Das ändert aber nichts an der Möglichkeit, sie im Auftrag verarbeiten zu lassen. „Sozialleistungsträger haben bei der Auftragsdatenverarbeitung die Bestimmungen des § 80 SGB X zu beachten“.<sup>44</sup> § 67 Abs. 10 SGB X enthält die insoweit wortgleiche Regelung wie § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG. Folglich entspricht das speziellere SGB insoweit dem allgemeinen Gesetz mit der Folge, dass auch nach dem Wortlaut des SGB der Datenverarbeiter im Auftrag kein Dritter ist und zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer keine Datenübermittlung<sup>45</sup> stattfindet.

Der Gesetzgeber geht nämlich auch im Bereich der besonders geschützten Sozialdaten grundsätzlich von Folgendem aus: Weil der ursprüngliche Zweck der Verarbeitung und die uneingeschränkte Verantwortlichkeit für die Verarbeitung unverändert bleiben, bleibt die Datenverarbeitung im Auftrag von Anfang an für den Betroffenen sicher

---

<sup>37</sup> § 3 Abs.4 Nr.3 BDSG definiert die Übermittlung als Bekanntgabe an oder Bereithalten für einen „Dritten“.

<sup>38</sup> Statt vieler: Dammann in Simitis (Hrsg.) BDSG-Kommentar, 6. Aufl. 2006, § 3 Rdnrn. 244 ff.; Gola-Schomerus, BDSG-Kommentar, 9. Aufl. 2007, § 3 Rdnrn. 34, 55.

<sup>39</sup> Auch diese verschärfenden Regelungen sind Folgen und Ausgestaltungen der strikten Verantwortlichkeit des Auftraggebers.

<sup>40</sup> Walz in Simitis a. a. O. § 1 Rdnr. 170 ff..

<sup>41</sup> Siehe z. B. § 81 Abs.4 SGB X.

<sup>42</sup> Simitis in Simitis a. a. O. Einleitung Rdnr. 49.

<sup>43</sup> Simitis in Simitis a. a. O. Einleitung Rdnr. 168.

<sup>44</sup> Walz in Simitis a. a. O. § 11 Rdnr. 9; bezeichnend für die Übereinstimmung der Regelungen des BDSG und des SGB X ist auch, dass beide Vorschriften in Art. 8 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des BDSG und anderer Gesetze vom 18. Mai 2001, BGBl. I S. 904 gemeinsam wortgleich neu gefasst wurden. Das ist übrigens bei der Neufassung des § 11 BDSG am 19. August 2009, BGBl. I, S.2814, nicht geschehen.

<sup>45</sup> § 67 Abs. 6 Nr. 3 SGB X definiert die Übermittlung als Bekanntgabe an oder Bereithalten für einen „Dritten“.

überschaubar.<sup>46</sup> Die gesetzlichen Voraussetzungen<sup>47</sup> an den Datenverarbeitungs-Vertrag sowie die Einschaltung von interner und externer Datenschutzkontrolle geben Sicherheiten, die denen innerhalb einer Verarbeitungsstelle gleichwertig sind.

Grundprinzip des Datenschutzes ist es, dass der Betroffene, hier: der Patient, jederzeit überschauen können muss, was mit den ihn betreffenden Informationen geschieht<sup>48</sup>; grundsätzlich sollen „seine“ (besser: die ihn betreffenden) Daten zu den Zwecken verwendet werden, zu denen er sie freigegeben hat. Denn nur die Zweckbindung macht den Umgang mit seinen Daten für ihn übersichtlich und transparent: Was sein Arzt bei der Anamnese und der daraus sich ergebenden Diagnose über ihn in Erfahrung gebracht hat, soll nur zu seiner Behandlung und Heilung verwendet werden. Dabei hat der Arzt freie Hand, sein Hilfspersonal einzuschalten. Sollen aber auch Fachkollegen zu Rate gezogen oder etwa Labore, Auswertungsstellen oder Pharmazeuten eingeschaltet werden, so muss der Patient zuvor darüber aufgeklärt werden. Er hat einen Anspruch darauf, dass er weiß, wer was zu welchem Zweck über ihn weiß<sup>49</sup>. Jedoch ist jede Datenübermittlung mit dem Risiko verbunden, dass sich die Datennutzung mehr und mehr von dem ursprünglichen, vom Patienten gewollten und erlaubten Zweck entfernt. Anders gesagt: Werden die Daten an eine „andere Stelle“ transferiert, also an eine andere Organisation weitergeleitet, um diese in den Stand zu versetzen, mit Hilfe der Daten andere, zusätzliche (möglicherweise auch komplementäre) Zwecke zu verfolgen als diejenigen, die der Patient von seinem Arzt erwartet, so fängt die Datenverarbeitung an, unübersichtlich zu werden. Der Patient wird vom Datensubjekt zum –objekt; gerade das aber hat das Datenschutzrecht zu verhindern.

Nur der Datentransfer an eine andere Stelle, die nämlich andere Zwecke verfolgt oder verfolgen darf, heißt folglich „Übermittlung“; für eine solche Übermittlung bedarf es einer Rechtsgrundlage; sei es, dass der Patient nach entsprechender umfassender Aufklärung einwilligt, sei es, dass das Gesetz die Übermittlung legitimiert<sup>50</sup>.

Wird aber eine andere Stelle nur deshalb eingeschaltet, um die gleichen Zwecke zu erfüllen, wie der vom Patienten beauftragte Arzt oder das Krankenhaus, so ändert sich der Zweck der Datenverarbeitung ja gerade nicht; die Datenverarbeitung - es ist eine Datenverarbeitung im Auftrag - bleibt für den Patienten die Gleiche, wie wenn sie beim Arzt selbst vollzogen wird. Die Einschaltung der anderen Stelle ist wie die Einschaltung des ärztlichen Hilfspersonals zu beurteilen: Der Arzt bleibt der Herr der Daten; nichts

---

<sup>46</sup> Vielleicht transparenter als dann, wenn die Daten von Angestellten eines Krankenhauses verarbeitet werden, die einen Heimarbeitsplatz haben; aber auch das muss in der heutigen Arbeitswelt zulässig sein, wenn die nötigen Datensicherheitsvorkehrungen getroffen sind.

<sup>47</sup> § 11 BDSG ist verschärft und klarer gefasst worden, BGBl. I S. 2814 vom 19. 8. 2009.

<sup>48</sup> Siehe Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1983, BVerfGE 65, 1 ff., 46; daran hält es unbeirrt fest.

<sup>49</sup> BVerfGE 65, 1 ff., 43.

<sup>50</sup> §§ 4 Abs. 1, 4a und 4b BDSG.

geschieht ohne seine Anordnung; er bleibt für die Verarbeitung verantwortlich; nur seine, nämlich die vom Patienten beauftragten oder seinem Auftrag an den ausgewählten Arzt dienlichen Zwecke werden mit Hilfe der Datenverarbeitung verfolgt und erfüllt.

Die beauftragten Abrechnungsstellen verfolgen in der Tat keine anderen, von denen des Arztes oder des Krankenhauses abweichenden Zwecke: Denn zweckbestimmende und zweckbegrenzende Grundlage der Datenerhebung und Datenverarbeitung durch Arzt und Krankenhaus ist der Behandlungsvertrag. Folglich weiß und überschaut der Patient von Anfang an, dass der Arzt und das Krankenhaus die ihn betreffenden Informationen nicht nur zur Behandlung, sondern auch zur Berechnung des Honorars zu verwenden haben. Wird Datenverarbeitung zur Erfüllung dieses so umrissenen Behandlungsvertrags vorgenommen, bleibt sie innerhalb des vereinbarten und erlaubten Zwecks. Wird dazu ein Auftragsdatenverarbeiter eingeschaltet, wird folglich der gleiche Zweck verfolgt, es findet eine Datenübermittlung nicht statt.

Dennoch prüft das BSG im weiteren Verlauf seiner Begründung konsequent die „Weitergabe an Dritte“<sup>51</sup> oder die „Übermittlung“.<sup>52</sup> Später<sup>53</sup> spricht das Gericht von der „Einschaltung Dritter in den Datenfluss“; es hat sich mit der Datenverarbeitung im Auftrag nicht befasst. Auch dieser Mangel ist frappierend.<sup>54</sup>

Gerade weil das BSG die Rechtsprechung des BGH zur Nichtigkeit der Forderungsabtretung an privatärztliche Verrechnungsstellen<sup>55</sup> ins Feld führt, scheint ihm der fundamentale Unterschied zwischen der Verfolgung eigener Zwecke (Funktionsübertragung - etwa durch Abtretung - mit der Folge der Übermittlung) und der Einschaltung eines Auftragnehmers (Auftragsdatenverarbeitung mit der Folge der Aufrechterhaltung der eigenen Verantwortlichkeit des Auftraggebers ohne Datenübermittlung) nicht klar geworden zu sein: Diese Unterschiede werden vom BSG weder gesehen noch diskutiert.

Die Beanstandung des BSG in seinem Urteil,<sup>56</sup> für eine „Übermittlung“ von Patientendaten an eine externe Abrechnungsstelle fehle „die erforderliche Rechtsgrundlage,“ ist daher datenschutzrechtlich verfehlt; sie läuft ins Leere.

## **5. Selbstbestimmung und ärztliches Berufsgeheimnis**

---

<sup>51</sup> Rdnr. 22 des BSG-Urteils.

<sup>52</sup> Rdnr. 23 des BSG-Urteils.

<sup>53</sup> Rdnr. 30 des BSG-Urteils.

<sup>54</sup> Auch der Gesetzgeber identifiziert im neuen § 120 Abs. 6 SGB V die hier in Rede stehende Verarbeitung als Auftragsdatenverarbeitung: Er spricht von Auftragnehmer und Auftraggeber.

<sup>55</sup> Rdnr. 22 des BSG-Urteils; NJW 1991, 2955 ff.

<sup>56</sup> Rdnr. 16 des BSG-Urteils.

Neben dem BDSG gilt die ärztliche Schweigepflicht parallel, § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG.<sup>57</sup> Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient bedarf bei der Suche nach einer künftig dauerhaften gesetzlichen Lösung also noch näherer, schärferer Betrachtung, insbesondere in Bezug auf die Datenverarbeitung. Denn jede ärztliche Leistung ist auch Datenverarbeitung und setzt sie voraus: Wendet sich der Patient an seinen Arzt, so eröffnet er ihm eine Fülle eigener, personenbezogener Informationen; hinzu kommen Angaben zu Umgebungspersonen, deren Verhältnisse nicht selten ebenfalls von Gewicht sind. Der Patient entblößt sich vor dem Arzt sozusagen als eine „Gesamtinformation“: Nicht nur die Erreichbarkeit, die Lebens- und Arbeitsumstände, Leiden und Ängste, Erbanlagen, Sucht- und Verhaltensprofile, sondern auch alle körperlichen und psychischen Funktionen und Dysfunktionen, eben die intimsten Dinge, werden ausgebreitet. Der Patient streift seine Haltung, seine soziale Reputation ab und wird bloße Kreatur. Er reduziert sich vor seinem Arzt auf den Kern seiner Würde.

Wird der Arzt<sup>58</sup> in diesem Informationsfluidum nun tätig, so nimmt er nicht nur diese Daten zur Kenntnis und formt sie zu seiner Anamnese, vielmehr kreiert er durch seine Diagnose und durch seine Behandlung und deren Fortschritte auch neue Daten. Alle diese Informationen dokumentiert er in den ärztlichen Unterlagen; er speichert dort bekannte und bis dato unbekannt, noch nicht existente, von ihm erst geschaffene Informationen. Zumindest letztere geben auch Auskunft über den Arzt, seine Anamnesege nauigkeit, seine Diagnosefestigkeit und die von ihm verantwortete Behandlung. Die Daten dienen dem Nachweis seiner Tätigkeit. Sie spiegeln das Vertrauensverhältnis, nüchterner gesagt, das Vertragsverhältnis und seine Durchführung beiderseits.

Sensitive Daten sind das Fluidum, in dem sich Arzt und Patient miteinander bewegen und miteinander kommunizieren. Diese Daten sind sowohl patienten- als auch arztbezogen. Ihre Zuordnung dem einen oder dem anderen gegenüber ist unmöglich; sie stehen in einem unauflösbaren Zusammenhang, in einem Doppelbezug. Deshalb ist es nur die halbe Wahrheit, wenn diese Daten als „Patientendaten“ bezeichnet werden<sup>59</sup>; mit dem gleichen Recht und dem gleichen Gewicht sind sie auch „Arzt Daten“.<sup>60</sup>

Das Datenschutzrecht im engeren Sinne des BDSG hilft nicht weiter, wenn es um die richtige Einordnung dieser Datensammlungen in die Rechtsordnung geht: Daten mit Doppelbezug oder Mehrfachbezug kommen in der Datenschutzdogmatik, jedenfalls in den Gesetzen, so nicht vor.<sup>61</sup> Wer soll die Verarbeitung der Daten bestimmen und beeinflussen? Soll der Patient das Recht haben, die Daten löschen, berichtigen und sperren

---

<sup>57</sup> Walz in Simitis a. a. O. § 1 Rdnr. 175 ff.

<sup>58</sup> Oder das Krankenhaus als ärztlich geleitete Institution: Es sind immer Ärzte oder ihr Hilfspersonal. Letztere sind, wie die Ärzte selbst, Angestellte des Krankenhauses.

<sup>59</sup> So das Urteil des BSG passim.

<sup>60</sup> Sie sind auch mit dem grundsätzlich gleichen Gewicht zu schützen.

<sup>61</sup> Die Kommentierung dazu in Simitis a. a. O. § 3 Rdnrn. 43 ff. eröffnet und löst die dogmatische Problematik der informationellen „Selbstbestimmung“ jedoch nicht. Insbesondere helfen Überlegungen zur Frage der Mittelbarkeit oder der Unmittelbarkeit des Personenbezugs nicht weiter.

zu lassen, auch wenn der Arzt dem widerspricht? Darf der Arzt mit den Daten umgehen, wenn der Patient das untersagt? Konkreter: darf der Arzt die Daten zu Abrechnungszwecken nutzen, auch wenn der Patient dem widerspricht, jedenfalls nicht ausdrücklich einwilligt?

Auch der Zweck der Datenverarbeitung und die befugte Urheberschaft der Datenspeicherung kann den Ausschlag dafür nicht geben: Dienen die Daten und ihre Verarbeitung Zwecken des Patienten, so soll er insoweit ein Selbstbestimmungsrecht haben; dienen sie dem Arzt, so soll er das Sagen haben? Das wäre letztlich die datenschutzrechtliche Konsequenz aus der vertraglichen Bindung, die beide miteinander eingegangen sind mit dem Versprechen, die beiderseits geschuldeten Leistungen zu erbringen.

Der das Datenschutzrecht beherrschende Gedanke der informationellen Selbstbestimmung von Arzt oder Patient versagt folglich: Dieser emanzipatorische, autonome, um nicht zu sagen selbstgerechte, Ansatz schafft keinen gerechten Ausgleich der beiderseits geschützten Interessen. Wenn der eine Beteiligte sein Selbstbestimmungsrecht wahrnimmt, so tut er dies zu Lasten des anderen. Pure Selbstbestimmung löst folglich das Vertrauensverhältnis auf.

Diese einfache Erkenntnis spiegelt sich in der Rechtsordnung: Seit 2500 Jahren<sup>62</sup> wird das „Arztgeheimnis“ geschützt. Dabei geht es gerade nicht um Selbstbestimmung, sondern um das Gegenteil, um den Schutz eines Vertrauensverhältnisses durch konsequentes Schweigen.<sup>63</sup> Es wird dem Arzt zu allen seinen Erkenntnissen auferlegt. Niemand würde sich seinem Arzt anvertrauen, wenn er wüsste, dass dieser sein Wissen preisgeben wolle oder dürfe; jeder weiß, dass seine Daten dort sicher verwahrt sind. Alle menschlichen Gesellschaften haben zu allen Zeiten unter dieser Übereinkunft Berufsgeheimnisse gepflegt. Die Rechtsordnung bestraft nicht nur den Arzt, der plaudert; sie ist insofern eine tief eingewurzelte gesellschaftliche Ordnung, denn sie verachtet schon den, der das Ansinnen an ihn stellt. Das Arztgeheimnis ist nach den Vorschriften des Berufsrechts und des Strafrechts zu berücksichtigen: Ärzte dürfen ihre Erkenntnisse nur „offenbaren“, wenn sie dazu „befugt“ sind.<sup>64</sup> Dieser Begriff des Offenbarens ist nicht mit dem des Übermitteln identisch; „offenbart“ wird das Berufsgeheimnis nach der derzeitigen Rechtsordnung auch gegenüber dem Auftragsverarbeiter: Ist dieser, wie die Angehörigen von privatärztlichen Verrechnungsstellen, ebenfalls Träger eines Berufsgeheimnisses, § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB, so ändert das nichts an der Verschwiegenheits-

---

<sup>62</sup> Der Eid des Hippokrates v. Kos wurde etwa 500 v. Chr. zur Maxime des ärztlichen Standes: das Arztgeheimnis sichert seinen guten Ruf.

<sup>63</sup> Das kam immer auch in der für den Laien unverständlichen Standessprache der Heilkundigen zum Ausdruck; die Patienten sollten nicht die Kenner ihrer eigenen Daten sein. Erst recht sollten sie nicht Halter ihrer Daten sein. Ob es ein Segen ist, dass die Emanzipation damit aufgeräumt hat, soll hier nicht ausdiskutiert werden.

<sup>64</sup> Vergleiche die Berufsordnungen für Ärzte (in § 9 Abs. 6 ins Internet gestellten Berufsordnung der LÄK BaWü wird fehlerhaft von „Übermittlung“ an Verrechnungsstellen gesprochen) und § 203 Abs. 1 StGB.

pflicht. Die Folgen sind genau die gleichen, wie wenn Ärzte untereinander ihr Berufsgeheimnis brechen.

Dem wirksamen und hergebrachten ärztlichen Berufsgeheimnis unterliegen nur der Arzt und seine Helfer; werden die gleichen und gleichermaßen schutzbedürftigen Daten aber von den Krankenkassen/Leistungsträgern erhoben und weiterverarbeitet, gilt dieses Berufsgeheimnis nicht (mehr), es wandelt sich zum Sozialgeheimnis: Mit dem Bereich der Verarbeitung und dem Verwendungszweck ändert sich der Schutz. Das BSG hatte auch zu entscheiden, wo sich der Übergang von einem „Schutzraum“ in den anderen befindet: Wo gilt noch das Arztgeheimnis und wo nicht mehr? Wo beginnt der Sozialdatenschutz? Sind die Daten in den Händen des Arztes schon Sozialdaten, oder werden sie es erst, wenn sie die Sphäre des Arztgeheimnisses verlassen haben?

Mit seinem Votum, auch die Datenverarbeitung in der ärztlichen Sphäre unterliege dem Sozialgesetzbuch, überzieht das Gericht einen bislang privatrechtlichen Raum mit öffentlich-rechtlichen Regeln, es erweitert staatlichen Einfluss in einen Arkanbereich. Gleichzeitig wird – so ist man geneigt zu vermuten - die Reichweite des Arztgeheimnisses verkürzt.

Das BSG nimmt nicht nur die – folgt man seiner Ansicht - nahe liegende Befugnis des § 80 SGB X nicht zur Kenntnis, sondern diskutiert auch die ärztliche Schweigepflicht<sup>65</sup> leider nicht zu Ende. Die dort zitierte Rechtsprechung des BSG sieht in den sozialgesetzlichen Normen eine Offenbarungsbefugnis für den Arzt immer dann, wenn die Offenbarung innerhalb des Versorgungssystems für die Leistungserbringung erforderlich sei. Das komplexe Geflecht der an der Abrechnungs-Kontrolle Beteiligten – sie alle nehmen Krankheitsdaten des Patienten und Behandlungsdaten des Arztes zur Kenntnis - erfüllt nach Auffassung des Gesetzgebers das Kriterium der Erforderlichkeit. Aber dann muss die Frage erlaubt sein, ob wirtschaftlich sinnvolle Datenverarbeitung im Auftrag nicht auch „erforderlich“ ist.

Die Grenze für den Beginn des Sozialgeheimnisses und – konsequent – für das Ende des Arztgeheimnisses dürfte aber durch den Verantwortlichkeitsraum bestimmt sein, der dem Zweckbereich entspricht: Erst wenn die Daten die ärztliche Sphäre verlassen haben, unterliegen sie dem Sozialgeheimnis.<sup>66</sup> Anders gesagt: erst mit Eingang der Sammelerklärung beim Abrechnungsempfänger verlassen die Abrechnungsdaten die ärztliche Verantwortungssphäre und damit das Arztgeheimnis und tauchen ein in den sozialrechtlichen Schutzraum.

---

<sup>65</sup> Rdnr. 21 des BSG-Urteils.

<sup>66</sup> § 10 der Musterberufsordnung statuiert die Dokumentationspflicht des Arztes; niemand kommt auf die Idee, die ärztliche Dokumentation dem Sozialgeheimnis zu unterwerfen, auch wenn sie nicht nur der Rechtfertigung und dem Nachweis gegenüber dem Patienten, sondern auch gegenüber der KV dient.

Konsequenz des BSG-Urteils ist aber – und das ist von den Richtern, zu ihren Gunsten unterstellt, nicht bedacht worden -, dass die Schutzbereiche sich überlagern: Ärztliches Berufsgeheimnis und Sozialdatenschutz müssen beide nebeneinander (und nicht mehr nacheinander) beachtet werden: Dadurch verwickelt sich das Durcheinander der Normen.

Genau das Gegenteil ist aber nötig, nämlich die Klärung und Vereinheitlichung der Rechtsordnung: Wenn das Datenschutzrecht innerhalb des Auftragsverhältnisses keine Übermittlung annimmt, sondern die Beteiligten letztlich als Teile einer einheitlichen Stelle sieht, ist es verwirrend, dennoch die Mitteilung der Daten vom Auftraggeber zum Auftragnehmer als „Offenbaren“ im strafrechtlichen Sinn zu bewerten. Wenn das Datenschutzrecht die Norm des § 11 BDSG im Jahr 2009 dahin geschärft hat, dass der Auftragnehmer unter die ständige Weisung und Kontrolle seines Auftraggebers gestellt wird, dann ist es konsequent, ihn als „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 1 StGB zu sehen. Der Wortlaut des § 203 StGB lässt ja gerade offen, ob der Gehilfe etwa ein Angestellter (nicht des Arztes, sondern, wie er selbst, des Krankenhauses) ist, ob er selbständig ist oder nicht; nur die Rechtssprechung hat – längst vor der Entwicklung des Datenschutzrechts – hier Verwirrung gestiftet. Hier ist eine Kongruenz der rechtlichen Sichtweisen nötig.

Eines dürfte klar sein: Bedient sich der Arzt als Leistungserbringer nach der derzeitigen Rechtslage eines selbständigen Gehilfen zu Erbringung seiner Leistung, so begibt er sich leicht in Schwierigkeiten: Denn es ist höchst ungewiss und schwer abzuschätzen, ob der Vertrag mit dem Patienten oder die Rechtsordnung ihm die Befugnis verleihen, sein Arztgeheimnis zu brechen, besser, zu teilen.<sup>67</sup> Andererseits eröffnet das Sozialdatenschutzrecht den Leistungsträgern durchaus die Möglichkeit, auswärtige Unternehmen als Gehilfen einzusetzen: Die Datenverarbeitung im Auftrag ist erlaubt, wenn die Voraussetzungen des § 80 SGB X erfüllt sind. Neben der Möglichkeit, andere öffentliche Stellen einzuschalten, haben die Sozialleistungsträger das Recht, auch private Unternehmen zu beauftragen, wenn anderenfalls „Störungen im Betriebsablauf“ auftreten

---

<sup>67</sup> Dabei sind zwischen der StPO (Beschlagnahmeschutz, Auskunftsverweigerungsrecht) und dem StGB (Strafbarkeit der Offenbarung) erhebliche Unterschiede festzustellen; ein Schutz „aus einem Guss“ wird nicht gewährt. Duldet der Krankenhausarzt, dass der selbständige Kantinenbetrieb erfährt, dass der Patient auf Zimmer 411 Schonkost bekommt, so ist dies die Offenbarung eines personenbezieharen Arztgeheimnisses, denn mit geringem Zusatzwissen ist die Identität des Patienten bekannt. Auch die Archivierung von Patientenakten in einem darauf spezialisierten Unternehmen, das die Möglichkeit hat, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, ist ein Bruch des Arztgeheimnisses. Hier ist durch den Gesetzgeber dringend Ordnung zu schaffen. Die „mutmaßliche“ oder die „konkludente“ Einwilligung sind ungenau und deshalb keine arzt- und patientenfreundliche und transparente Datenschutzordnung, sondern eine Zumutung; siehe z. B. die bei Tröndle/Fischer StGB, 53. Aufl. § 203 Rdnrn. 32 ff. zitierte divergierende Rechtsprechung.

könnten,<sup>68</sup> oder „die übertragenen Arbeiten beim Auftragnehmer erheblich kostengünstiger besorgt werden können“<sup>69</sup> und ein überwiegender Teil der Daten beim Auftraggeber verbleibt. Bislang richtet sich das Sozialrecht in §§ 67 ff. SGB X allerdings nur an die Leistungsträger, also (auch hier wörtlich) an die Stellen des § 35 SGB I. Sie werden in den Stand versetzt, aufgrund klarer Vorschriften nicht nur das datenschutzrechtliche Risiko auszuschalten, sondern auch wirtschaftlich sinnvoll zu handeln. Der insofern zuständige Bundesgesetzgeber könnte eine normenklare und bereichsspezifische Rechtsgrundlage dafür schaffen, dass die Auftragsdatenverarbeitung für Leistungserbringer des SGB V, des SGB VII und des SGB XI unter den gleichen klaren Bedingungen erlaubt wird: Er muss nur klarstellen, dass eine „Offenbarung“ zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nicht stattfindet.

## **6. Befugnis zur Datenverarbeitung im Auftrag**

Während § 11 BDSG wie § 80 Abs. 1 SGB X seinem Wortlaut nach die Auftragsdatenverarbeitung nur beschreibt und regelt und nur insoweit eine Befugnis verleiht, als die strengen Regeln des Datenschutzrechts für die Übermittlung nicht anzuwenden sind, enthält § 80 Abs. 5 SGB X eine direkte Befugnisnorm im Sinne einer strafrechtlichen Offenbarungsbefugnis<sup>70</sup>: Die Beauftragung eines privaten Auftragnehmers wird hier für „zulässig“ erklärt. Folglich erlaubt jedenfalls das BDSG dem Privatarzt nicht, sein Arztgeheimnis zu teilen und seinem Auftragnehmer gegenüber patientenbezogene Daten zu offenbaren. Das bedeutet, dass der Arzt der Einwilligung des Patienten oder einer besonderen Befugnisnorm (das SGB X gilt für ihn nicht) bedarf, wenn er einen Auftragsverarbeiter einsetzt. Die gleichen Daten mit der gleichen Schutzwürdigkeit dürfen jedoch von Leistungsträgern des Sozialgesetzbuchs im Auftrag verarbeitet werden. Das ist nicht nur schwerlich einsehbar, sondern verzerrt den Datenverarbeitungsmarkt zugunsten öffentlich-rechtlicher Stellen. Die Erfüllung des Gebotes der Wirtschaftlichkeit muss aber auch und gerade den Leistungserbringern ermöglicht werden, weil und solange datenschutzrechtliche Belange dadurch nicht ernsthaft berührt sind, insbesondere nicht anders beurteilt werden müssen wie bei öffentlichen Stellen oder bei Leistungsträgern. Insofern hat das Urteil des BSG dem Gesetzgeber den Anstoß gegeben, diese Problematik für die vertragsärztliche Abrechnung gesetzlich an einem rechtsdogmatisch verfehlten Ort, nämlich im Sozialgesetzbuch zu regeln und dort eine gesetzliche Befugnis für die Leistungserbringer im Sinne des § 203 zu schaffen.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> So § 80 Abs. 5 Nr. 1 SGB X: Der Natur der Sache nach handelt es sich bei dieser Konstellation um kurzfristige Überbrückungsmaßnahmen.

<sup>69</sup> So § 80 Abs. 5 Nr. 2 SGB X.

<sup>70</sup> So enthalten auch die Datenschutzgesetze für den öffentlichen Bereich solche Befugnisse.

<sup>71</sup> Das Bundesverfassungsgericht fordert normenklare gesetzliche Grundlagen, BVerfGE 65, 1, 44. Die 79. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder hat am 18. 3. 2010 in einer einhellig gefassten Entschließung dieses Gebot wiederholt und die Bundesregierung aufgefordert, Vorschläge zu erarbeiten, um „unverzüglich materielle Vorgaben für die Einbeziehung privater Stellen bei der Abrechnung von ärzt-

## 7. Datenschutzrechtliche Anregungen

Mit dem Urteil des BSG wird die interne Erstellung der Abrechnung durch ein Krankenhaus unter die Kuratel des Sozialrechts gestellt; das Gericht meint also, dem Sozialdatenschutz auch in Bereichen zur Geltung verhelfen zu müssen, in denen das ärztliche Berufsgeheimnis gilt. Insbesondere in den Ausführungen<sup>72</sup> über einen Vergleich zwischen dem Datenschutzreglement für die Leistungsträger<sup>73</sup> und für die Leistungserbringer<sup>74</sup> muss man den Eindruck gewinnen, die Ärzte und Krankenhäuser stünden nicht unter Datenschutzregelungen; das Gericht vergisst wohl, wie streng das Arztgeheimnis ist. Umgekehrt ist doch der Schuh: Weil der Sozialdatenschutz die Leistungsträger vor den Leistungserbringern, die ihrerseits unter dem BDSG und dem Arztgeheimnis stehen, jedenfalls durch die Klarheit der für sie geltenden Vorschriften und durch die Möglichkeit wirtschaftlicher Entscheidungen bevorzugt, muss im Sozialrecht eine Befugnis für die Gleichbehandlung beider Partner gefunden werden. Würde man nach dem Willen des BSG das ärztliche Berufsgeheimnis aber neben dem, besser: über das Sozialgeheimnis hinaus, gelten lassen, so würde die Rechtslage für den Rechtsanwender – und damit notwendigerweise auch für den Betroffenen - vollends unübersichtlich: Insbesondere entstünden Wertungswidersprüche und Gesetzeskonkurrenzen. Eine solche Fehlentwicklung hat der Gesetzgeber 2009<sup>75</sup> klugerweise dadurch vermieden, dass er immerhin auf Teilgebieten des Problemfeldes den Ärzten des Krankenhauses eine Befugnisnorm vorläufig geschaffen hat.

Die zum Teil öffentlich-rechtliche Konstruktion der Rechtsbeziehungen bei der Vergütung vertragsärztlicher Leistungen darf jedoch nicht dazu verleiten, kurzerhand eine Geltung der einschlägigen sozialrechtlichen Vorschriften für die Datenverarbeitung bei der Erstellung der Abrechnung zu unterstellen; das Gericht ist sich wohl der rechtsdogmatischen Bruchlinien bewusst gewesen<sup>76</sup>, als es kurzerhand die Leistungserbringer dem Sozialdatenschutz unterworfen hat. Dass es aber gleichzeitig die Einwilligung des Patienten als Befugnis des Arztes für die Offenbarung des Arztgeheimnisses generell verworfen hat, bedurfte und bedarf entweder einer Korrektur oder eines Ausgleichs durch den Gesetzgeber.

Das BSG stützt seine Rechtsauffassung<sup>77</sup> auf das angebliche Recht der KV, nach § 106 a Abs. 1 und 2 SGB V „die Rechtmäßigkeit“ der Abrechnungen in der vertragsärztli-

---

lichen Leistungen im Gesetz zu verankern.“ Diese Forderung wird von § 120 Abs. 6 SGB V nur für den dort geregelten Bereich erfüllt, nicht aber für andere Formen der Abrechnung im SGB V, VII und XI.

<sup>72</sup> Rdnrn. 30 ff. des BSG-Urteils.

<sup>73</sup> Geregelt in §§ 284 bis 293 SGB V.

<sup>74</sup> Geregelt in §§ 294 bis 303 SGB V.

<sup>75</sup> Siehe Fußnote 23.

<sup>76</sup> Rdnr. 23 des BSG-Urteils.

<sup>77</sup> Das Urteil greift zutreffenderweise den HVV nicht als Rechtsgrundlage für den Anspruch der KV auf, die Datenverarbeitung im Auftrag der Krankenhäuser einer daten-

chen Versorgung zu prüfen.<sup>78</sup> Im Abs. 1 dieser Vorschrift steht aber nur ganz allgemein die Pflicht der KV und der Kassen, die „Rechtmäßigkeit und Plausibilität“ der Abrechnungen zu prüfen; im Abs. 2, der die Rechte und Pflichten der KV in diesem Zusammenhang näher beschreibt, wird die Aufgabe der KV begrenzt auf die Feststellung der „sachlichen und rechnerischen Richtigkeit“. Zwar ist dem Gericht darin beizupflichten, dass die Nichtvertragsärzte und die Krankenhäuser ihre Notfalleistungen an Kassenpatienten nach den Regeln über die vertragsärztlichen Leistungen abrechnen. Ob deshalb aber auch alle „übrigen für die Erbringung und Abrechnung maßgeblichen Bestimmungen“ gelten, halte ich aus allgemeinen dogmatischen Erwägungen für zweifelhaft, jedenfalls nicht für zwingend. Einer normenklaren Rechtsvorschrift bedarf die KV für ihr „Berichtigungsverfahren“ auch deshalb, weil sie personenbezogene Daten zur Kenntnis nimmt.<sup>79</sup>

Das ist deshalb von erheblicher Bedeutung, weil sich das Urteil<sup>80</sup> zwar zutreffend mit der Frage der „formal richtigen Abrechnung der erbrachten Leistung“ und mit dem Begriff „formal unrichtig“ befasst, dann aber in einem Gedankensprung die „Datenübermittlung“ innerhalb des Erstellungsvorgangs der Abrechnung beim Leistungserbringer als Prüfungsgegenstand der KV definiert. Hätte der Gesetzgeber eine alle rechtliche Parameter umfassende Prüfung der Abrechnungen vorsehen wollen, so hätte er sicher-

---

schutzrechtlichen Kontrolle zu unterziehen. Dieser Vertrag stützt sich ausdrücklich auf die Legitimation zur Verteilung der Gesamtvergütung an die Vertragsärzte durch die KV in § 85 Abs. 4, heute § 87 a bis c SGB V und vermag keine gesetzliche Grundlage für eine Vereinbarung zu bieten, der gemäß die KV Verpflichtungen den Kassen zur Datenverarbeitung der Leistungserbringer vertraglich begründen könnte und dürfte. Denn in öffentlich-rechtlichen Verträgen zweier Hoheitsträger, deren Aufgaben und Befugnisse sich aus dem Gesetz ergeben (müssen), ist kein Raum für Inhalte, die frei gewählt werden dürften. Der Vertrag darf nur Rechtsverhältnisse abbilden oder Pflichten begründen, die beide Vertragsparteien zu gestalten und einseitig zu bestimmen berechtigt sind. Wie die Vertragspartner der KV ihre Daten generieren, um gegenüber der KV abzurechnen, kann folglich nicht Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zwischen der KV und den Kassen sein, weil dazu Rechtsvorschriften fehlen. Das Gleiche muss dann aber auch für die Abrechnungs-Prüfungs-Richtlinien, vergl. Rdnr. 15 des BSG-Urteils, gelten.- Auch der Hinweis des BSG in Rdnrn. 28 ff. des Urteils auf die gesetzliche Regelung der Einschaltung von Rechenzentren bei den Verfahren nach §§ 300. 301a und 302 SGB V kann nicht überzeugen: Denn die besonderen Formen der elektronischen Abrechnung sind gesetzlich vorgeschrieben; kein Wunder, dass dann auch die Rechenzentren gesetzliche Erwähnung finden.

<sup>78</sup> Rdnrn. 14 ff. des BSG-Urteils.

<sup>79</sup> Deshalb können die Abrechnungsprüfungsrichtlinien, die seitens der KV mit der GKV vereinbart sind (siehe dazu Rdnr. 15 des BSG-Urteils) keineswegs eine datenschutzrechtliche Kontrollbefugnis verleihen. Merke: Auch die Datenschutzaufsicht bedarf einer normenklaren Rechtsgrundlage.

<sup>80</sup> Rdnrn. 15 und 16 des BSG-Urteils.

lich nicht die einschränkenden Worte „sachliche und rechnerische“ Richtigkeit benutzt; immerhin schließt dies gerade die formelle (oder: formale) Richtigkeit, mithin das technische, interne Zustandekommen der Abrechnung aus. Die Prüfvereinbarungen nach den Absätzen 5 und 6 des § 106a SGB V, über deren Inhalt letztlich das Schiedsamt, entscheidet, können die Abrechnung nur inhaltlich zum Gegenstand der Prüfung machen; sie ersetzen zudem nicht die aus datenschutzrechtlicher Sicht unverzichtbare Rechtsvorschrift zu Zweck und Umfang der Datenverarbeitung: Die Prüfvereinbarungen bleiben auf den Inhalt beschränkt, mithin den Gegenstand der Abrechnung, sie können sich nicht auf das organisatorische oder technische Zustandekommen der Abrechnung ausweiten. Wie die Leistungserbringer aber ihre Abrechnungen herstellen, ist der Rechtsordnung – jedenfalls dem Gesetzestext selbst – bislang nicht zu entnehmen gewesen. Die allseits bekannte jahrelange vertragliche Übung der privatärztlichen Verrechnungsstellen wurde bislang auch nicht beanstandet.

In der Konsequenz meint das BSG, die KV sei dazu aufgerufen, den Schutz der „Patientendaten“ in der ärztlichen Sphäre sicherzustellen. Die Rechte des Kassenpatienten in diesem Umfang wahrzunehmen ist aber sicher nicht die gesetzliche<sup>81</sup> Aufgabe der KV.

Sowenig es gesetzliche Aufgabe der KV ist, das Outsourcing von Küche oder Archiv durch das Krankenhaus zu überwachen, sowenig steht ihr eine Aufsicht über die Abrechnungserstellung zu. Richtigerweise unterwirft der neue § 120 Abs. 6 SGB V diese Datenverarbeitungsvorgänge daher der Aufsicht der Datenschutzbehörden. Dass es die Aufsichtsbehörden für den nicht-öffentlichen Bereich sind, unterstreicht, dass die Erstellung der Abrechnung systematisch zum privatrechtlichen Teil der Tätigkeit des Leistungserbringers zählt.

Die durch das BSG am klaren Gesetzeswortlaut (§ 67 SGB X und § 35 SGB I) vorbei vorgenommene Ausweitung des Begriffs der Sozialdaten ist datenschutzrechtlich risikoreich: Denn die Erfahrung lehrt, dass die Ausweitung der Verarbeitungsregeln des SGB auf eine kaum überschaubare Anzahl an Leistungserbringern zu einer absehbaren Aufweichung des Schutzes der Daten in deren Händen führen wird. Ferner lassen sich sinnvolle und dem Aufwand nach mögliche Kontrollen dieser Vielzahl von Stellen, die dann mit Sozialdaten umgehen, nicht ohne erheblichen Personalzuwachs organisieren.

### **Besserer Datenschutz in öffentlichen Stellen?**

Soweit das BSG die ärztliche Schweigepflicht als Schutzvorkehrung für die „Patientendaten“ betont, übersieht es, dass die Berufsordnungen als Rechtsgrundlage für diese Schweigepflichten nur für die Ärzte selbst gelten, nicht aber für das gesamte Hilfs- und das sonstige Krankenhauspersonal. Für sie, wie für die Ärzte selbst ist tragende Säule der Schweigepflicht vielmehr § 203 StGB: Gerade diese Vorschrift ist jedoch auf die

---

<sup>81</sup> Als Körperschaft des öffentlichen Rechts darf die KV nur gesetzliche Aufgaben mit gesetzlichen Befugnissen wahrnehmen.

Privatärztlichen Verrechnungsstellen ausgeweitet worden (Abs.1 Nr. 6)<sup>82</sup>. Genau diese Vorschrift aber gilt nicht für die GKV und die KV; sie unterliegen lediglich den Pflichten des SGB I und X und beispielsweise den Bußgeld- und Strafvorschriften in § 85 und 85a SGB V. Daraus sind Konsequenzen zu ziehen: Jedenfalls ist der gesetzliche Schutz mit entsprechenden strafrechtlichen Sanktionsdrohungen beim Auftragnehmer mindestens so intensiv sicher gestellt, wie dies bei den Institutionen des Vertragsarztrechts der Fall ist. Für die Ärzte, ihre Gehilfen und für die Privatärztlichen Verrechnungsstellen gelten folglich massive Strafvorschriften, während die Mitarbeiter der öffentlichen Leistungsträger des SGB V nur nach sozialrechtlichen Vorschriften sanktioniert werden, die eine Strafbarkeit an eine konkrete Bereicherungsabsicht knüpfen. Ferner unterliegen nur die Ärzte der gefürchteten berufsrechtlichen Ahndung.

Die Behauptung von Seiten der Kassenärztlichen Bundesvereinigung<sup>83</sup>, die von Engelmann kritiklos übernommen wird,<sup>84</sup> dass private Stellen ein niedrigeres Datenschutzniveau als die GKV aufweisen würden, kann weder durch die Rechtsordnung noch durch die langjährige Kontrollerfahrung auch nur ansatzweise gestützt werden; wäre das der Fall, so müsste das gesamte Gesundheitswesen sofort verstaatlicht werden. Natürlich kann eine solche Behauptung weder rechtlich noch nach den Erfahrungen der datenschutzrechtlichen Prüfpraxis in Europa Bestand haben.<sup>85</sup> Denn für die Datenschutzkontrolle der Krankenhäuser – diese bleiben bei der Auftragsdatenverarbeitung weiterhin voll verantwortlich; deshalb werden auch die Verträge und ihre Umsetzung bei den Auftragnehmern mit kontrolliert – sind die gleichen Behörden und die gleichen Rechtsgrundsätze gültig wie für die KVen und die GKV. Das gilt insbesondere für die Sicherheitsstandards.<sup>86</sup> Ihre Verträge sind der Datenschutzaufsichtsbehörde vorzulegen; ferner unterliegen sie der Pflicht zur Vorabkontrolle.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Angefügt durch Art. 3 des Strafverfahrensänderungsgesetz vom 2. 8. 2000 (BGBl. I 1253). Nicht nur die „berufsmäßigen Gehilfen“ von Ärzten nach § 203 Abs. 3 S. 2 StGB – ihre Abgrenzung vom Verwaltungspersonal, etwa in Krankenhäusern, wirft regelmäßig Probleme auf -, sondern alle „Angehörigen eines Unternehmens ... einer privatärztlichen Verrechnungsstelle,“ so der Gesetzestext, werden erfasst.

<sup>83</sup> Vermerk der KBV vom 4. 5. 2009; Aerzteblatt.de vom 14. 5. 2009; siehe dazu die Entscheidungen des LG Düsseldorf vom 26. 5. 2009, 12 O 215/09 und des LG Hamburg vom gleichen Tage, 327 O 270/09. Letztlich resultiert das Gerücht, öffentliche Stellen seine datenschutzbewusster als Private, aus einem zutiefst obrigkeitbewussten überholten Staatsverständnis. Es ist - auch vorgeschoben - erfahrungsgemäß dort anzutreffen, wo zentralistische Interessen und staatlich verliehene Machtpositionen gehalten werden, die sich durch einen offenen Markt bedroht sehen.

<sup>84</sup> Engelmann a. a. O. S 458.

<sup>85</sup> Es ist vielmehr so, dass „datenschutzrechtliche Schweinereien“ dort vorkommen, wo zusätzliche Informationen auch einen zusätzlichen, vom Gesetz nicht gewollten oder sogar bewusst vermiedenen Machtzuwachs bewirken.

<sup>86</sup> Sie ergeben sich für Leistungsträger aus § 78a SGB X und für Leistungserbringer aus § 9 BDSG: Die Verpflichtungen sind die Gleichen.

<sup>87</sup> Dazu verpflichtet jetzt die sozialrechtlichen Vorschriften, § 80 Abs. 3 SGB X; siehe auch die novellierte allgemeine Vorschrift des § 11 BDSG.

Falls die Kassenärztliche Vereinigung mit ihrem Prozess beabsichtigte, den privaten Abrechnungsstellen die Datenverarbeitung verbieten zu lassen, um am Ende einer entsprechenden politischen Entwicklung selbst für die Rechnungserstellung zuständig zu werden, sei betont, dass zur gesetzlichen Kontrolle immer die nötige Distanz zwischen dem Kontrolleur und dem Kontrollierten gehört: Jeder Entwicklung in die Richtung, dass die KV statt ihrer Kontrollfunktion die Selbsterledigung übernimmt - dies hätte im Ergebnis den Ausfall der gesetzlich vorgeschriebenen Kontrollinstanz zur Folge - muss deshalb gesetzlich gegengesteuert werden. Falls es der KV aber darum ging, dass die Krankenhäuser die Arbeit selbst erledigen, so sei die Frage erlaubt, welches Interesse die KV daran haben kann, Professionalität und Routine zu minimieren.<sup>88</sup>

Datenschutzkontrolle durch die Datenschutz-Aufsichtsbehörden und allgemeine Rechtskontrolle sind grundsätzlich voneinander zu trennen. Erstere verfolgt ausschließlich und unbeirrt die Persönlichkeitsrechte des einzelnen Patienten; letztere hat die gesamtwirtschaftliche Situation zu berücksichtigen. Da könnte es leicht zu Interessenkollisionen kommen, die auf Seiten der Datenschutzaufsichtsbehörden wegen ihrer rechtlich garantierten Unabhängigkeit und ihrer Spezialisierung nicht zu beklagen sind.

Die Motivation für einen Datenmissbrauch nimmt nach aller rationalen Erfahrung zu, je näher die Daten verarbeitende Stelle den betroffenen Personen, hier: den Ärzten und Patienten, steht und je höher ein persönliches oder wirtschaftliches Interesse an den Informationen ist, die es zu schützen gilt. Je geringer ihre Distanz voneinander ist, umso höher ist das Risiko einer eigennützigen Zweckentfremdung einzuschätzen. Vergleicht man nun die jeweilige Interessenlage bei der KV und der GKV einerseits und bei den Abrechnungsunternehmen andererseits, so können sich relativ schnell Begehrlichkeiten zuordnen lassen. Wegen des personalen (und hoffentlich nicht institutionellen) Interesses an Verhaltens- und Risikodaten kann sich ein rechtswidriges Interesse an zweckwidriger Datennutzung entwickeln. Fest steht jedenfalls, dass die privaten Abrechnungsstellen als Auftragnehmer keine eigenen gesundheitspolitischen oder steuernden Aufgaben haben, für welche Daten aus der Abrechnung interessant werden könnten.

Wohlgemerkt: Hier soll nicht ein laxer Umgang der KV mit personenbezogenen Daten unterstellt werden; dazu besteht keine Veranlassung. Umso deutlicher sei angemahnt, dass im Gesetz eine organisatorische Datenverarbeitungsstruktur angelegt werden sollte, die jeden Anschein von Machtzuwachs durch Datenverarbeitung und jede Versuchung dazu vermeiden sollte.

Schließlich belegt die Kontrollpraxis, dass private Auftragnehmer in besonderer Weise darauf angewiesen sind, dass bei Ihnen keine Datenschutzpannen eintreten: Denn in der Konsequenz solcher Datenschutzskandale verlieren sie üblicherweise ihre vertragliche Bindung und ihr Renommee am Markt. Solche Konsequenzen müssen die öffentlichen

---

<sup>88</sup> Der Schutz des Arztgeheimnisses oder der Schutz der informationellen Selbstbestimmung der Patienten gehört nicht zu den gesetzlichen Aufgaben der KV; Altruismus ist selten ein glaubwürdiger Beweggrund.

Stellen nicht befürchten. Die Bemühungen und Aufwendungen für einen hohen Datenschutzstandard sind bei den privaten Datenverarbeitungsunternehmen dementsprechend ausgebildet.

## **Zusammenfassung**

### **I. Vom BSG nicht beachtet wurde:**

1. Die Erstellung einer korrekten Abrechnung ärztlicher Leistungen besteht in deren Subsumtion unter die häufig komplexen Rechts- und Vertragsvorschriften zur Vergütung. Der dazu erforderliche Sachverstand kann unter vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise weder vom niedergelassenen Arzt noch vom Krankenhaus für alle Abrechnungsformen vorgehalten werden. Deshalb stellt die Rechtsordnung das gesamte Personal der Privatärztlichen Verrechnungsstellen – sie sind ärztliche Vereine und haben eine gute Tradition – unter die gleiche Schweigepflicht wie die Ärzte (§203 Abs. 1 Nr. 6 StGB). Das bedeutet aber noch nicht, dass eine Offenbarung der Daten vom Arzt an diese Stellen zulässig ist.

2. Die Abrechnung durch Privatärztliche Verrechnungsstellen vollzieht sich als Datenverarbeitung im Auftrag: Der Transfer der Daten vom Auftraggeber an seinen Auftragnehmer ist dann ebenso wenig eine „Datenübermittlung“ an Dritte, wie wenn der Arzt eigenes Hilfspersonal zur Abrechnung einschaltet, § 3 Abs. 8 S. 3 i. V. m. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG. (Nur dann, wenn im privatärztlichen Bereich zusätzlich die Forderungen abgetreten und im eigenen Namen eingezogen werden, werden die Daten des Patienten an die Verrechnungsstelle im Rechtssinn „übermittelt“. Diese Konstellation stellt sich jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht.) Arzt und Krankenhaus bleiben als Auftraggeber rechtlich und tatsächlich voll verantwortlich, § 11 BDSG.

3. Die Datenverarbeitung innerhalb der Arztpraxis und innerhalb des Krankenhauses ist nicht Gegenstand der Aufsichts- und Kontrollbefugnis der Kassenärztlichen Vereinigung. Diese hat gemäß § 106a Abs. 2 SGB V lediglich die „sachliche und rechnerische Richtigkeit“ der Abrechnung zu prüfen, nicht aber die datenschutzrechtliche Richtigkeit des internen Zustandekommens der Abrechnung in der Praxis oder dem Krankenhaus. Die KV ist nicht die Datenschutzaufsichtsbehörde über Ärzte und Krankenhäuser.

4. Das Sozialgesetzbuch regelt lediglich den Umgang mit Sozialdaten im Sinn der §§ 67 ff. SGB X in Verbindung mit § 35 SGB I. Das Sozialgeheimnis betrifft nach dem Wortlaut des Gesetzes nur personenbezogene Informationen in der Hand der Leistungsträger, nicht aber der Leistungserbringer. Deren Datenverarbeitung in der Praxis und im Krankenhaus vollzieht sich nach dem BDSG und den Krankenhausgesetzen der Länder. Jede willkürliche Abweichung von dieser klaren Zuständigkeit verwischt die Grenze zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht; sie stempelt den niedergelassenen Arzt und das Krankenhaus zu „öffentlichen Stellen“.

5. Selbst wenn man – was rechtssystematisch verfehlt ist - das Sozialrecht auf privatrechtliche Rechnungserstellungsvorgänge innerhalb des intern bleibenden Verantwortungsbereichs von Arzt und Krankenhaus anwendet, muss man berücksichtigen:

a) Aus wirtschaftlichen Gründen („kostengünstiger“) ist die Datenverarbeitung im Auftrag durch private Stellen ausdrücklich zulässig, § 80 Abs. 5 SGB X (die weiteren Voraussetzungen der Norm sind im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang, sie werden erfüllt); diese Norm ist eine Befugnisnorm im Sinne des § 203 StGB. Damit wird die Offenbarung „befugt“; der Bruch des Arztgeheimnisses ist gerechtfertigt .

b) Das Normgefüge der Vorschriften über die Verarbeitung von Sozialdaten sieht in § 67b Abs. 1 S. 1 SGB X die Einwilligung des Patienten als Befugnis ausdrücklich vor. Sie steht im Rang allen gesetzlich verliehenen Befugnissen gleich. Alles andere würde unverhältnismäßig in die informationelle Selbstbestimmung, ein Recht aus der Würde des Einzelnen und der Garantie seiner freien Entfaltung, eingreifen und damit dem Prinzip der informationellen Selbstbestimmung den Boden wegziehen.

6. Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist, dass diese in voller Kenntnis ihrer Bedeutung und ihrer Folgen abgegeben wird und, dass ihre Verweigerung keine unbilligen oder unzumutbaren Folgen hat. Deshalb darf die ärztliche Behandlung nicht von der Erteilung oder Verweigerung der Einwilligung abhängig gemacht werden. Das war auch nie der Fall; es wird auch vom BSG nicht unterstellt.

## **II. Datenschutzrechtliche Grundüberlegungen**

1. Die hier in Rede stehenden Daten sind Angaben über die Leistungen des Arztes am einzelnen Patienten. Diesen Leistungen steht die gleichgewichtig verbundene (synallagmatische) Pflicht des Patienten bzw. seiner Krankenkasse gegenüber, für eine vertragsgemäße Honorierung der ärztlichen Leistung zu sorgen. Auch unter dem Sachleistungsprinzip ändert sich an diesem Synallagma von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich nichts.

2. Die Abrechnungen enthalten Daten über den Arzt und seine Leistungen einerseits und – untrennbar – über den Patienten und seine Leiden. Das sind „Daten mit Doppelbezug“. In den datenschutzrechtlichen Rechtsvorschriften und in der Literatur sind Lösungen dazu, wem in Bezug auf diese Daten das Selbstbestimmungsrecht zusteht, nicht zu finden. Deshalb spricht das Konkordanzprinzip dafür, dass eine vertragsgemäße, der Durchführung der beiderseitigen Vertragsverpflichtungen dienliche und die jeweiligen Rechte des anderen Teils schonende Datenverarbeitung stattzufinden hat. Jedenfalls ist eine gänzliche Ausblendung des vertraglichen und daher schützenswerten Nutzungsinteresses des Arztes an den von ihm generierten Daten rechtlich unzulässig.

3. Vorwürfe gegenüber den Privatärztlichen Verrechnungsstellen zum Umgang mit den Daten der Patienten und Ärzte sind bislang nicht laut geworden. Die bei ihnen in 80 Jahren gewachsene Auftragsverarbeitung bietet unter datenschutzrechtlichen Aspekten keine institutionellen oder gar grundsätzlichen Probleme. Der Datenschutz darf nicht Vehikel für die Durchsetzung gesundheitspolitischer Überlegungen werden.

4. Nehmen die Kassenärztlichen Vereinigungen ihre gesetzlichen Pflichten nach § 106a SGB V zur distanzierten und neutralen Prüfung der Abrechnungen auf ihre sachliche und rechnerische Richtigkeit wahr, so können sie schlechterdings nicht zugleich beanspruchen, diese Abrechnungen selbst zu erstellen. Man kann sich nicht selbst kontrollieren.

5. Werden die Abrechnungen streng zweckgebunden und kontrolliert in Massenverfahren und in sachlicher und räumlicher Distanz vom einzelnen Patienten abgewickelt, so ist die Wahrscheinlichkeit einer zweckwidrigen Nutzung oder Ausspähung der Daten umso geringer.

Das Datenschutzniveau ist bei den Privatärztlichen Verrechnungsstellen hoch. Denn die privaten Abrechnungsstellen gefährdeten, anders als öffentliche Stellen, ihre Marktgeltung, wenn es zu Organisationsmängeln und Datenschutzpannen käme.

Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass personenbezogene Daten in Privathand schlechter gehandhabt würden, als in öffentlichen Stellen. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist als Abwehrrecht gegen staatliche Ausforschung entwickelt worden. Soweit ihm Drittwirkung zukommt, nimmt es Teil an der zivilrechtlichen Rechtsordnung und ihren Prinzipien.

### III. Vorschläge für den Gesetzgeber

1. Das Arztgeheimnis wird, wie die anderen Berufsgeheimnisse, durch die Zusammenarbeit des eigentlichen Geheimnisträgers mit seinen „Berufshelfern“, etwa Krankenschwestern und Pflegern, nicht gebrochen. Diese müssen aber „in den organisatorischen und weisungsgebundenen inneren Kreis der vertrauensbegründenden Sonderbeziehung einbezogen“ sein, so die herrschende Meinung. Deshalb scheiden bislang etwa Mitarbeiter zahntechnischer Labors, aber eben auch Abrechnungsstellen als Berufshelfer aus. Unklar ist, folgt man Rechtsprechung und Rechtslehre, die Situation zudem für Verwaltungsmitarbeiter in Krankenhäusern ebenso wie für externe Administratoren, aber auch Reinigungskräfte in Verwaltung und Anwaltspraxen etc. Das ist unbefriedigend und schafft Rechtsunsicherheit.

Würde der Gesetzgeber in § 203 StGB für eine entsprechende Klarheit sorgen, so wäre dies aus der Sicht aller Gruppen der Berufsgeheimnisträger zu begrüßen. Es böte sich an, in § 203 Abs. 3 S. 2 statt „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ den Begriff „**vertragsgemäß weisungsgebundenen Gehilfen**“ zu verwenden. In dem Begriff des „Gehilfen“ kommt hinreichend klar zum Ausdruck, dass nur Personen als Mitwisser in Betracht kommen, die ordnungsgemäß und vertraglich gebunden an der Leistungserbringung des Arztes als Geheimnisträgers mitwirken. Die vertragliche Weisungsbindung fokussiert die Verantwortlichkeit auf den Geheimnisträger persönlich und entspricht damit dem modernen Datenschutzrecht.

Alternativ:

2. Nach dem allgemeinen Datenschutzrecht des BDSG bedarf es außerhalb der Sphäre der Berufsgeheimnisträger auch bei „besonderen Daten“, also Gesundheitsdaten, zur Einschaltung eines Auftragsverarbeiters keiner besonderen Erlaubnis oder Befugnis (§ 11); das BDSG enthält folgerichtig auch keine solche Befugnis bereit.

Nach den Rechtsvorschriften des Sozialrechts (§ 80 SGB X) ist die Auftragsverarbeitung zulässig, wenn sie wirtschaftlich vorteilhaft ist; § 80 SGB X bietet folglich eine gesetzliche Befugnis. Bislang war es jedoch herrschende Meinung, dass sich die Abrechnung (auch vertrags-) ärztlicher Leistungen außerhalb des Sozialrechts vollzieht.

Das BSG sieht das jedoch anders, ignoriert aber zugleich die Vorschrift des § 80 SGB X.

Nur das Arztgeheimnis verlangt in § 203 StGB eine besondere Befugnis für das „Offenbaren eines fremden Geheimnisses.“ Diese Befugnis wird entweder eine Einwilligung oder eine gesetzliche Erlaubnis geschaffen. Diese ist in § 80 SGB X gegeben, jedoch bislang nur für die Leistungsträger wirksam. Es wäre rechtsdogmatisch verfehlt, wenn die öffentlichen Stellen der Leistungsträger dadurch privilegiert würden, dass ihnen die Auftragsdatenverarbeitung auch durch Private gestattet wäre, den Leistungserbringern, die selbst Private sind, dieses Recht der Selbstorganisation aber verweigert würde. Auf die damit verbundenen verfassungsrechtlichen Probleme wegen Verstoßes gegen Art. 3 und 12 GG und auf die europarechtlichen Implikationen bei der Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie sei verwiesen.

**Würden das SGB V, das SGB VII und das SGB XI allgemein klarstellen, dass auch die Erstellung der Abrechnung durch die Leistungserbringer unter die Vorschriften des SGB fällt,** bedürfte es keiner weiteren Vorschrift.

Alternativ:

**3. In allen einzelnen Vorschriften des SGB V, des SGB VII und des SGB XI, in denen es um die Abrechnung geht, werden Vorschriften vorgesehen, die dem derzeitigen § 120 Abs. 6 SGB V entsprechen.**

Dr. Giesen  
Rechtsanwalt  
Sächsischer Datenschutzbeauftragter a. D.