

Y

Musterstraße 8
12345 Musterort
Tel. 012 34 56 78 9

Musterort, den 27. April 2010

An das Sozialgericht Musterort

Musterstraße 3
12345 Musterort

Klage und Antrag auf einstweilige Anordnung

In dem Rechtsstreit

Y
12345 Musterort
Musterstraße 1
(Kläger)

gegen

X Krankenkasse
12345 Musterort
Musterstraße 2
(Beklagte)

beantragt der Kläger:

1. Durch einstweilige Anordnung wird der Beklagten aufgegeben, dem Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluß dieses Verfahrens die weitere Benutzung der Krankenversicherungskarte zu ermöglichen.
2. Das Verfahren wird ausgesetzt, weil das Gericht die §§ 291 a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 - 6, Abs. 7, und 291 b des Sozialgesetzbuches, Fünftes Buch (SGB V.) für verfassungswidrig hält. Es wird eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gemäß Art. 100 Abs. 1 des Grundgesetzes eingeholt.
3. Der Bescheid der Beklagten vom ... in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom ... wird aufgehoben.
4. Die Beklagte wird verurteilt, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um dem Kläger bis zur Neuordnung der Telematik-Infrastruktur die Weiterbenutzung der Krankenversicherungskarte zu ermöglichen.
5. Es wird festgestellt,
 - a. daß der Kläger bis zu einer Neuordnung der Telematik-Infrastruktur nicht verpflichtet ist, die Elektronische Gesundheitskarte zu benutzen.
 - b. Der Kläger ist bis zu einer Neuordnung der Telematik-Infrastruktur berechtigt, weiterhin die Krankenversicherungskarte zu benutzen.

Begründung

I. Tatbestand

A. Verfahrensgang

Die Beklagte ist eine gesetzliche Krankenkasse. Der Kläger ist bei ihr pflichtversichert. Mit Schreiben vom ... informierte die Beklagte den Kläger, daß die Ausgabe der EGK an ihn beabsichtigt sei. Der Kläger teilte

der Beklagten am ... mit, er habe nicht die Absicht, die EGK zu benutzen, insbesondere wegen datenschutzrechtlicher Bedenken. Die Beklagte informierte den Kläger mit Schreiben vom ... über die EGK und über ihre, für die öffentliche Verwaltung gebotene, Sicht der Rechtslage: der Kläger sei verpflichtet, die EGK zu benutzen. Mit Schreiben ... und ... verlangte der Kläger einen rechtsmittelfähigen Bescheid, der ihn zur Benutzung der EGK verpflichte, um dagegen mit Widerspruch und Klage vorgehen zu können. Mit Bescheid vom ... erklärte die Beklagte den Kläger durch Bescheid für verpflichtet, die EGK zu benutzen. Der Kläger legte dagegen am ... Widerspruch ein. Die Beklagte lehnte diesen Widerspruch mit Bescheid vom ... unter Berufung auf § 291a SGB V ab.

B. EGK und Telematik-Infrastruktur

Der Kläger zahlt Beiträge in Höhe von 7,9 % seines Arbeitseinkommens (Arbeitnehmeranteil) an die Krankenversicherung, der Arbeitgeber entrichtet seinetwegen 7 % Arbeitgeberanteil. Von Ärzten, die an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmen, kann er sich dafür ohne weitere Kosten behandeln lassen. Wirtschaftlich ist er genötigt, das zu tun. Weil eben der Anteil der Ergebnisse seiner Arbeitsleistung, den er für seine Gesundheitsversorgung und die dazu gehörige Technik aufbringen kann, verpflichtend entweder der Beklagten, oder einem anderen Träger des GKV Systems zugewendet wird. So daß der Kläger für eine anderweitige Behandlung, Versicherung, und dazu gehörige Technologie, als die von der Beklagten angebotene, sinnvollerweise nichts ausgibt.

Schon aufgrund der bisherigen Pflichten zur Datenübermittlung an Kassenärztliche Vereinigungen (KV) und Krankenkassen aufgrund der §§ 294 - 302 SGB V haben fast alle Ärzte, Apotheken, Krankenhäuser, die an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmen, Praxiscomputer, in denen sie

Diagnosen, Behandlungen und Krankengeschichten ihrer Patienten dokumentieren. Der Einfachheit halber konzentrieren wir uns hier auf die Ärzte. Sie übermitteln damit pflichtgemäß Daten an die Kassenärztlichen Vereinigung. Diese leitet sie – teilweise anonymisiert hinsichtlich des Arztes - an die Krankenkassen weiter.

Um die Doppelerfassung von Informationen zu vermeiden, übernehmen die meisten mit PC arbeitenden Ärzte einige Daten, die sie zur Weitergabe an die KV vorsehen, aus der eigenen Praxisdokumentation, die sie für die Behandlung benutzen. Oder umgekehrt: speisen ihre Abrechnungsinformationen für die KV in die Krankengeschichten ein, die sie für ihre Praxis brauchen. Nach Einführung der EGK wird es wirtschaftlich nicht mehr möglich sein, anders zu behandeln, und eine Kassenarztpraxis ohne Praxiscomputer zu führen, da ja jeder Arzt zur Behandlung von Patienten in der Lage sein muß, die beliebige Anwendungen der EGK benutzen wollen. Ähnlich handeln Krankenhäuser, Apotheken und alle übrigen Leistungserbringer.

Der Kläger ist daher wirtschaftlich gezwungen, sich im Fall der Krankheit bei Ärzten und sonstigen Dienstleistern behandeln zu lassen, die seine Krankheiten und Behandlungen in Computern dokumentieren, welche ihrerseits an die Telematik-Infrastruktur angeschlossen sind, die aufgrund der §§ 291 a und 291 b SGB V eingeführt wird. Auch wenn er sich gegen alle freiwilligen Anwendungen der EGK entscheidet.

Beweis für Vorstehendes:

Zeugnis eines instruierten Vertreters der Kassenärztlichen
Vereinigung Nordrhein, KdÖR,
Tersteegenstraße 9
40474 Düsseldorf

Bisher haben die Ärzte die Kontrolle darüber, welche Daten aus ihren Praxissystemen sie wann an die KV weiterleiten. In der Regel tun sie das einmal im Quartal nach einem Abrechnungslauf. Nach Einführung der geplanten Telematik-Infrastruktur aufgrund §§ 291a, 291b SGB V ist die Datenweitergabe aus einem Praxissystem für den Arzt nicht mehr bei jedem Einzelfall sichtbar und beeinflussbar. Für den Patienten ist sie gar nicht mehr nachvollziehbar.

Für die Definition der Infrastruktur, die zukünftig die Praxissysteme mit anderen Rechnern verbinden, ist gemäß § 291 b SGB V die Gematik GmbH zuständig, die die in § 291 b SGB V genannte Gesellschaft für Telematik geworden ist. Die Vorschriften der §§ 291 a und 291 b SGB V enthalten keine verpflichtenden, begrenzenden Festlegungen für Art und Leistungsfähigkeit der Kopplung zwischen den beteiligten Rechnern, oder für spezifische Sicherheits- und Kontrollmechanismen. Entsprechend hat die Gematik sich für eine verschlüsselte Rechnerkopplung über das Internet entschieden. Und für eine Architektur, die eine praktisch grenzenlose Erweiterbarkeit von verpflichtenden oder freiwilligen Anwendungen ermöglicht, die Patientendaten aus der Arztpraxis nach draußen befördern.

Die aktuelle Spezifikation der Gematik teilt die IT im Gesundheitswesen in vier große Blöcke.

- In den Arztpraxen, Apotheken, Krankenhäusern, und vielleicht sogar beim Versicherten zu Hause gibt es die **Primärsysteme**, in der Architekturbeschreibung ist das der „Service Consumer Tier“. Alle Systeme der Ärzte, Krankenhäuser, Krankenkassen, Apotheken, die Gesundheitsdaten erfassen oder darstellen, sind Primärsysteme. Sie enthalten Daten, die zukünftig in die Struktur hinein oder aus ihr heraus übermittelt werden können

- oder sollen. Es gibt bereits zehntausende solche Systeme, nämlich in den meisten Arztpraxen und in allen Krankenhäusern, Kassen und Apotheken. Sie sollen verbunden werden mit
- der Telematik-Infrastruktur, die von der Gematik entwickelt wurde und wird. Sie ist schon entwickelt und getestet, ihre Inbetriebnahme ist das große Ziel. Entsprechende Konzessionen sind schon vergeben. Sie besteht aus Komponenten, die bei den Ärzten usw. installiert sind, und Netzwerk- und Serverdienste, die über das Internet mit ihnen kommunizieren. Zur Server-Infrastruktur gehören sogenannte Broker Services, die Versichertendaten zwischenspeichern. Diese Telematik-Infrastruktur ist wiederum verbunden mit
 - den Fachdiensten, die in der Architektur vom „Service Provider Tier“ bereitgestellt werden. Auch sie werden über das Internet angebunden. Dazu gehören zum Beispiel: elektronische Patientenakte, elektronisches Rezept, Versichertenstammdatenmanagement. Also all die Anwendungen, die in § 291 a SGB V geplant sind, und die es in der Regel noch nicht gibt. Bei der Patientenakte ist z.B. nicht klar, wer sie bezahlen soll. Einge führt wird zunächst nur das Versichertendatenmanagement. Letzter Bestandteil sind die
 - Mehrwertdienste. Dies sind beliebige weitere Anwendungen, die Teile der Telematik-Infrastruktur nutzen, auf mehr oder weniger freiwilliger Basis. Beispiele: Anwendungen der privaten Krankenversicherung. Wahltarife innerhalb der Gesetzlichen Krankenversicherung, wie das Hausarztmodell oder andere, bisher noch nicht existierend, aber bereits erlaubt, §§ 73 b, 73 c SGB V.

Die derzeit laufende Anwendung, und die zukünftig geplanten Anwendungen der EGK funktionieren so, daß ein Programm auf dem Primärsystem (Arztcomputer z.B.), in einer Benutzungssituation einen Datenaustausch mit einer Fachanwendung in der Telematik Infrastruktur (TI) initiiert. Über den Konnektor und das Chipkartenterminal stellt diese Anwendung beim Arzt zunächst die Verbindung zur Chipkarte und zum Heilberufsausweis des Arztes her. So wird die Authentizität überprüft und ggf. die Nachricht verschlüsselt. Anschließend wird dann über den Konnektor die Verbindung zur Telematik-Infrastruktur hergestellt, und es werden verschlüsselte Nachrichten über das Internet in beide Richtungen zwischen Fachanwendung und Primärsystem ausgetauscht.

Beweis für Vorstehendes:

Zeugnis eines instruierten Vertreters der gematik

Gesellschaft für Telematikanwendungen

der Gesundheitskarte mbH

Friedrichstraße 136

10117 Berlin

Derzeit gibt es aus der GKV-Selbstverwaltung oder von der Gematik GmbH keine allgemein verständlichen Materialien, aus denen sich die laufenden und mit der EGK vorgesehenen Datenflüsse und Speicherorte ergeben. Die Datenflüsse und Speicherorte der Telematik-Infrastruktur stehen auch nicht im Gesetz. Im Gegensatz zu der bisherigen GKV-Datenverarbeitung, die weitgehend gesetzlich geregelt ist, SGB IV, mit Datenerfassungsverordnung, Datenübertragungsverordnung, und SGB V. Die einzige Möglichkeit, herauszufinden, welche Daten wohin übermittelt und wo gespeichert werden, ist für Versicherte das Lesen der Spezifikationen der Gematik GmbH, die für Nichtinformatiker unverständlich sind, so denn überhaupt Informationen verfügbar sind.

Es ist beispielsweise nicht öffentlich bekannt, wo die Broker-Systeme der TI stehen, in welcher Form die Daten dort gespeichert werden, und an wen ihre Weitergabe erfolgt. Deren Spezifikation ist auf der Website der Gematik nicht mehr veröffentlicht.

Die Sicherung der Authentizität der weitreichenden Entscheidungen des Versicherten darüber, welche Anwendungen er benutzt, und was darin gespeichert werden soll, geschieht nur über sein Bild auf der Karte, und eine Geheimzahl, die nur der Versicherte kennt, die PIN. Durch das Bild können Arzt oder Apotheker feststellen, ob die Person, die Verfügungen vornimmt, diejenige ist, um deren Daten es geht. Die PIN sichert ab, daß nicht der Arzt, Apotheker oder die Krankenkasse, sondern der Versicherte der Urheber der dokumentierten Entscheidungen ist.

Es ist die facto keine Überprüfung der Übereinstimmung des Bildes mit der Person des Versicherten bei Ausgabe der Karte vorgesehen. So daß eine Person, die Zugang zum Briefkasten eines Versicherten hat, problemlos in den Besitz einer EGK mit einem Bild kommen kann, das eine andere Person darstellt, statt den Versicherten. Diese Person kann sich dadurch uneingeschränkten Zugang zu dessen in der TI gespeicherten Daten verschaffen.

Für den Fall, daß der Versicherte sich seine PIN nicht merken kann oder sie nicht eingeben kann, was bei Krankheit des Klägers leicht der Fall sein kann, ist als Lösung vorgesehen, daß er seine PIN dem Arzt anvertraut. Für manche Anwendungen, etwa das Versichertenstammdatenmanagement, wird keine PIN-Eingabe gefordert. Laut Spezifikation der Gematik wird unterstellt, daß der Versicherte durch Übergabe seiner Karte sein Einverständnis mit der Verarbeitung erklärt.

Es ist bisher nicht geplant, daß der Patient Fragen, die er zur EGK und TI hat, vor seiner entsprechenden Festlegung von einer ausreichend qualifizierten Person beantwortet bekommt. Eine entsprechende Schulung und Vergütung der Ärzte, Apotheker usw. ist weder im Gesetz noch tatsächlich vorgesehen, ebenso wenig wie eine ausreichende, institutionelle Unterstützung der Versicherten durch die Krankenkassen. Der Vorlauf des vorliegenden Verfahrens, in dem die Beklagte dem Kläger keine detaillierten Auskünfte erteilte, war kein Zufall.

Beweis: Zeugnis eines instruierten Vertreters
Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit
Nordrhein-Westfalen
Kavalleriestr. 2-4
40213 Düsseldorf

Diese vorgesehene Architektur ist nicht sicher, sondern durch die Nutzung des Internets von außen so penetrabel, daß die personenbezogenen Daten der Versicherten gefährdet sind. Eine sichere Verbindung über das Internet, wie sie für die hier relevanten medizinischen Daten erforderlich wäre, ist nicht möglich.

Die in § 291 a SGB V vorgesehene Technologie, Chipkarten, und eine Anwendung wie die elektronische Patientenakte erfordern eine ausgefeilte Sicherheits-Architektur und zuverlässige Kontrollen, insbesondere bei zentraler Speicherung. Zentrale Speicherung, und Verwendung von Chipkarten, die eine zentrale Speicherung nahelegt, ist nicht die einzige Möglichkeit, eine Infrastruktur für medizinische Telematik zu gestalten. Es war nicht zwingend, daß der Gesetzgeber sich entschieden hat, die An-

wendungen und das verwendete Medium vorzugeben, in der vorliegenden Form.

Informatiker hatten auf die Möglichkeit verwiesen, statt der zentralen Speicherung eigene Speichermedien des Patienten zu verwenden. Zu ihnen gehörte zum Beispiel der Chaos Computer Club.

Auf Wunsch der Bundesärztekammer wurde von der Gematik GmbH die Alternative geprüft, statt der Fachanwendungen den USB-Stick des Patienten zur Speicherung seiner medizinischen Daten zu verwenden. Die Alternative, statt der zentralen dezentrale Speicherung als Alternative, oder zusätzlich, einzusetzen, ist nie geprüft worden.

Das entsprechende Gutachten der Gematik geht von wissenschaftlich nicht haltbaren, einseitigen Voraussetzungen aus, die das Ergebnis – USB Sticks seien keine geeignete Alternative – zwingend nach sich zogen. Im Gutachten wurde angenommen:

- Zusätzlich zum USB-Stick müßte der Patient noch die EGK haben und die Verwaltung der medizinischen Daten auf dem Stick müßte darüber erfolgen – schließlich stünde die EGK ja im Gesetz. Entsprechend dem Gutachtenauftrag.
- Es wurde die Möglichkeit nicht geprüft, für unterschiedliche Menschen mit unterschiedlichen Voraussetzungen und Bedürfnissen unterschiedliche Techniken anzubieten. Die (einzige und alleinige) Anwendung müßte auch für extrem technikunerfahrene Menschen benutzbar sein. Es sei zum Beispiel zwingend, daß Datensicherungen über eine externe Infrastruktur stattfänden, da der normale Benutzer zu eigenständigen Datensicherungen nicht in der Lage sei, und ohne diese seine Anwendungen zu unsicher wären. Daß die Daten bei Ärzten, Kran-

kenhäusern usw. in deren Systemen ohnehin gesichert gespeichert sind, wurde nicht in Betracht gezogen.

- Beim Vergleich zwischen den geplanten Fachanwendungen, und der Alternative des USB Stick wurde die Integration des Speichermediums in die TI als Muss-Kriterium gewertet.

Beweis für Vorstehendes: Zeugnis Prof. Dr. Hartmut Pohl
Fachbereich Informatik, Lehrstuhl für Informationssicherheit
Hochschule Bonn-Rhein-Sieg
Grantham-Allee 20
53757 Sankt Augustin

Die neben dem Notfalldatensatz einzige derzeit in Betrieb genommene Anwendung ist eine Pflichtanwendung (Versichertenstammdatenmanagement). Der Patient ist verpflichtet, sie zu benutzen, er ist daher mindestens einmal im Quartal verpflichtet, seine EGK zu benutzen. Ähnliches gilt für den Arzt. Für beide Parteien ist nicht unmittelbar ersichtlich, was bei der Benutzung eigentlich passiert, welche Daten jetzt ausgetauscht werden. Die übertragenen Daten selbst werden auf dem Kartenterminal nicht angezeigt.

Die Arztsoftware wird regelmäßig mit neuen Versionen aktualisiert. Die Updates müssen jeweils die von der KV gerade zugelassenen Anwendungen enthalten. Das gleiche gilt für die Komponenten der Telematik-Infrastruktur in der Arztpraxis, nämlich Konnektor und Chipkartenterminal. Für sie ist vorgesehen, Updates von zentralen Servern regelmäßig über das Internet auf die in der Arztpraxis installierten Komponenten einzuspielen.

Es wird somit eine Infrastruktur in Betrieb genommen, die keine technischen Grenzen für neue Funktionalitäten enthält. Sie läßt laufende Erweiterungen um neue Funktionalitäten zu, die gar nicht im Gesetz stehen müssen, sondern auch ohne gesetzliche Grundlage von der Gematik GmbH als Standard vorgegeben und von KVen und Kassen vereinbart werden, und verpflichtend verteilt werden können. Diese Anwendungen sind für Versicherte und Ärzte nicht transparent.

So ist es geschehen mit der „Fachanwendung Versichertenstammdatenmanagement“, die als neue EGK Anwendung zunächst implementiert werden soll. Sie sieht vor, daß die Krankenkassen alle bei ihnen gespeicherten aktuellen Adressdaten der Versicherten und deren Versichertenstatus laufend an zentrale Server melden, auf denen die zugehörige Fachanwendung läuft. Zu diesem GKV-Versichertenstatus auf der Karte und in der Fachanwendung gehört die Teilnahme der Versicherten an Disease Management Programmen (DMP), zum Beispiel an denen für Diabetes, Asthma oder Brustkrebs. (Im SGB V heißen die DMP „Strukturierte Behandlungsprogramme bei chronischen Krankheiten“, vgl. §§ 137 f, 137 g SGB V.). Die Teilnahme daran soll künftig mit den Adreßdaten aktuell in der Arztpraxis verfügbar sein. Einmal im Quartal wird überprüft, ob ein, gegenüber dem auf der EGK gespeicherten Stand, aktualisierter Datensatz in dieser zentralen Server-Fachanwendung vorliegt. Wenn ja, wird die EGK entsprechend aktualisiert, d.h. die neue Adresse und der neue Status, einschließlich der aktuellen Teilnahme an einem DMP, wird auf die Karte zurück geschrieben, und vor allem, jedesmal an die PC-Anwendung in der Arztpraxis weitergegeben, und auch dort gespeichert.

Wenn der Kläger zum Beispiel Asthma bekommt und an einem entsprechenden DMP teilnimmt, aber seinen ersten Arztbesuch im Quartal bei einem Orthopäden macht, erfährt der Orthopäde von seiner Teilnahme

am DMP und damit von seiner Krankheit. Was er nach Meinung des Klägers möglicherweise nicht wissen soll. Es ist auch nicht ausgemacht, daß alle Versicherten wollen, daß ihre aktuellen Adressdaten oder ihre privaten Zusatzversicherungen immer sofort ihrem Arzt bekanntgemacht werden. Gleichwohl nehmen Gematik und Verbände diese Anwendung, die nicht im Gesetz steht, aber all das tut, als Pflichtenwendung in Betrieb.

Beweis für Vorstehendes:

Zeugnis eines instruierten Vertreters der gematik

Gesellschaft für Telematikanwendungen

der Gesundheitskarte mbH

Friedrichstraße 136

10117 Berlin

Die EGK und die TI dienen auch dazu, die Infrastruktur bereit zu stellen, um Datenübertragungen für die DMP und ähnliche Programme, zu denen auch die Hausarztprogramme gehören, zu ermöglichen. Für Patienten und Ärzte kann ein solcher Datenaustausch, wenn einmal die technische Infrastruktur steht, kaum noch verhindert werden.

Die DMP, an denen schon mehr als zwei Millionen Versicherte teilnehmen, sind der Einstieg in eine neue Art der medizinischen Behandlung. Bei ihr ist der Arzt gehalten, nach detaillierten Richtlinien vorzugehen, die ihm von den Verbänden und ihren Institutionen der Qualitätssicherung vorgegeben werden. Die Therapiefreiheit des Arztes wird damit massiv beeinträchtigt, ebenso die leibbezogene Kommunikation des Patienten mit ihm, da der Arzt gehalten ist, nur noch von den Kontrollinstanzen vorgegebene Alternativen der Diagnose und Therapie in Erwägung zu ziehen.

Damit ein derartiges System funktionieren kann, hat der Arzt umfangreiche Pflichten der Dokumentation, denen er bei jedem Patientenkontakt nachkommen muss. Er ist gehalten, nach bestimmten Schemata (der Internationalen Klassifikation der Krankheiten, der Internationalen Klassifikation medizinischer Prozeduren) Diagnosen und Behandlungen des Patienten auf seinem Praxiscomputer zu erfassen. Wobei die Zeit dieser Datenerfassung rund 50 % der Zeit des Patientenkontaktes dauert, und damit von der unmittelbaren Zuwendung abgeht. Diese Daten hat er an die Verbände (Kven, Kassen) elektronisch weiterzugeben, wo sie maschinell gegen vorgegebene Behandlungsprofile abgeglichen werden. Daraus werden Empfehlungen für das weitere Vorgehen des Arztes generiert. Abweichungen von den vorgegebenen Standards werden sanktioniert.

Ähnlich weit gehende Dokumentationspflichten treffen auch die Ärzte, die an Hausarztprogrammen teilnehmen (hausarztzentrierte Versorgung, § 73 b SGB V). Der dafür vereinbarte Datenaustausch und die entsprechende Qualitätssicherung geht über die bisherigen Anforderungen nach §§ 295 - 299 SGB V erheblich hinaus. Auch zu deren Abwicklung sollen EGK und TI benutzt werden.

Diese Programme dienen unter anderem dazu, ärztliche Behandlungen nach US-Vorbild an den Interessen von Pharma- oder Krankenhausunternehmen, und an denen von Herstellern medizinischer Geräte auszurichten. Die bisherigen DMP für Brustkrebs und Diabetes sind von Pharma- und Geräteherstellern massiv beeinflusst worden, und es gab entsprechende Auseinandersetzungen und politische Einmischungen in den Gremien der Qualitätssicherung.

In diesem Kontext ist beispielsweise die Ablösung des Leiters des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen nach dem

Regierungswechsel zu sehen. Es ging dabei um die politische und wirtschaftliche Kontrolle eines Systems der Behandlungssteuerung, an das die GKV-Versicherten über die EGK und die TI eng angeschlossen werden.

Beweis für Vorstehendes: Zeugnis Dr. Hagen Kühn
Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung
Gemeinnützige Gesellschaft mbH
Reichpietschufer 50
D-10785 Berlin

C.

In der Gematik GmbH entscheidet, wie in jeder GmbH, die Höhe der Geschäftsanteile über den Einfluß auf die Entscheidungen. Laut § 291 b Abs. 2 Nr. 1 SGB V entfallen 50 % der Anteile der Gematik auf die Ärzte, Krankenhäuser usw., die anderen 50 % auf den Bund der Krankenkassen. Im Bund der Krankenkassen wiederum haben die Versichertenvertreter etwas über 50 % der Stimmen in der Mitgliederversammlung, und Arbeitgebervertreter etwas weniger (von heute 169 Kassen sind sechs Angestellten-Krankenkassen, in denen es keine Arbeitgebervertreter gibt). D.h. Versicherteninteressen sind in der Gematik GmbH nominell mit ca. 26 % der Entscheidungsmacht vertreten. Zur Willensbildung in der Gematik genügt eine Mehrheit von 67 % (§ 291 b Abs. 2 Nr. 2 SGB V). Schon für eine Sperrminorität bräuchten die Versicherten nicht ihre 26 %, sondern 34 %. Selbst wenn sie geschlossen stimmen, können Versicherteninteressen dort von Ärzten, Krankenhäusern und Arbeitgebern überstimmt werden.

Zur Effektivität der Interessenvertretung durch die Versichertenvertreter sind folgende Zahlen und Fakten relevant. Bei den letzten Sozialwahlen fanden nur bei acht von damals 340 Krankenkassen Wahlhandlungen

statt, für die Wahl der Versichertenvertreter. Wahlhandlungen für die Wahl der Arbeitgebervertreter gab es überhaupt keine. Fast alle Vertreter in den Vertreterversammlungen der Krankenkassen sind somit gemäß § 46 Abs. 2 SGB IV allein durch ihre Benennung durch einen Verband in ihr Amt gekommen. Das gilt auch für alle Mitglieder der Selbstverwaltung der Beklagten.

Im Gutachten zur „Geschichte und Modernisierung der Sozialwahlen“, das 2008 im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales von einer Gruppe von Hochschullehrern (Dr. Bernhard Braun u.a.) erstattet wurde, heißt es über die Öffentlichkeitsarbeit dieser Versichertenvertretungen:

Es wird aus Anlass von Organsitzungen über Entscheidungen/Beschlüsse des Organs/der Organe berichtet, die sich auf die Entwicklung und Veränderungen der Beitragssätze, des Haushalts, bei Personen, in der Satzung etc. beziehen. Diese Berichte decken also thematisch die „Pflicht“aufgaben der Selbstverwaltung ab, die ihr gesetzlich zugewiesen sind. Für die Erkennbarkeit der Selbstverwaltung als Vertretungsorgan der Versicherteninteressen leisten solche – häufig in einem Bekanntmachungsstil gehaltenen – Berichte wenig. Sie vermitteln eher den Eindruck, dass hier ein Verwaltungsorgan seiner Arbeit nachgeht. Selten werden Entscheidungen ausführlich begründet, Hintergründe dargestellt oder die politischen Dimensionen thematisiert. Auch fehlen Anknüpfungspunkte an verschiedene Interessenlagen der Versichertenschaft. Im Ersatzkassenbereich der Krankenversicherung, in dem regelmäßig Urwahlen stattfinden, präsentieren sich die Selbstverwaltungsorgane wesentlich prononcierter und versuchen stärker eigene Konturen zu zeigen. Dies hängt mit der eingleisigen Organstruktur zusammen, bei der sich der Verwaltungsrat dem Vorstand gegenüber behaupten muss, und mit dem größeren Handlungsspielraum der Selbstverwaltung in der Krankenversicherung. Hier finden sich einige gute Beispiele für eine Profilierung der Selbstverwaltung – z. B. klar erkennbare Rubriken der Selbstverwaltung oder eine Personalisierung durch häufiges In-Erscheinung-Treten der Verwaltungsratsvorsitzenden –, die eine Zu-

schreibung zur Selbstverwaltung erleichtert. Zum Standard der Internetpräsenzen gehört die Bereitstellung von Basisinformationen zu Struktur und Aufgaben der Selbstverwaltung, von Satzungen, Geschäftsberichten, Mitgliederzeitschriften/Mitteilungsblättern und der Vorstellung des Organs/der Organe. In den seltensten Fällen erhält der Versicherte jedoch in diesem Zusammenhang Kontaktdaten und Telefonnummern seiner Vertreter oder eines Selbstverwaltungsbüros. Ebenso selten sind aktuelle Verlautbarungen der Selbstverwaltung im Internet verfügbar. Fast gänzlich fehlen Berichte der Selbstverwaltung, die – über die Inhalte von Jahres- bzw. Geschäftsberichten hinaus – über die geleistete Arbeit für die Versicherten Rechenschaft ablegen. In den allermeisten Fällen erscheint in den Internetauftritten die Selbstverwaltung nur als Neben aspekt der Organisation des Trägers. Eigene Bereiche des Organs/der Organe im Internet, in denen Berichte über deren Aktivitäten zusammenlaufen, sind die Ausnahme.

(aaO, Seite 231 f.). Noch weniger wurde eine eigenständige Berichterstattung der Organisationen, die die Vertreter der Versicherten benannt oder aufgestellt haben, festgestellt (aaO, S. 176). In der Internetpräsenz der Beklagten ist von deren Selbstverwaltung zur Zeit der Fertigung dieses Schriftsatzes mit keinem redaktionellen Wort die Rede, man erfährt nur durch Lektüre der Satzung, daß es sie geben muß. Grund für diese geringe Berichterstattung ist, dass es in der Regel aus der Selbstverwaltung nichts weiter zu berichten gibt. Die Selbstverwaltung tritt zusammen zu Sitzungen im Stil formeller Jahreshauptversammlungen eingetragener Vereine. Es werden Berichte und Planungen des Vorstandes angehört und ggf. einstimmig angenommen, vom Vorstand vorgeschlagene neue Vorstandsmitglieder gewählt, vorgeschlagene Satzungsänderungen angenommen. Auch Selbstverwaltungsmitglieder von Kassen mit Millionen Mitgliedern erhalten, als einzige Entschädigung, nicht steuerpflichtige Sitzungsgelder von 50 EUR pro Sitzung. Das ist für den tatsächlichen Aufwand in der Regel angemessen. Auch in Betracht der Qualifikation der

Mitglieder, die mit dieser Tätigkeit nicht selten einen höheren Netto-Stundensatz erzielen, als sonst im Berufsleben.

Beweis: Zeugnis eines Mitglieds des Verwaltungsrats der Beklagten, zu laden über die Beklagte.

Eine Vielzahl von gesetzlichen Krankenkassen sind mit privaten Krankenversicherungen wirtschaftlich eng verflochten. Es gibt Kooperationsverträge, die einschließen, daß gesetzliche Krankenkassen den Namen einer privaten Krankenversicherung führen. Sie treten mit dieser als wirtschaftliche Einheit auf dem Markt der Krankenversicherung auf, nutzen Immobilien, Personal und Adressbestände der Versicherten gemeinsam und tauschen Führungskräfte aus (z.B. Allianz KKH Krankenkasse, Signal Iduna Krankenkasse, Axa Colonia Krankenkasse, Barmenia Krankenkasse, Continentale Krankenkasse, Debeka Krankenkasse, Securvita). Alles Körperschaften des Öffentlichen Rechts, die wirtschaftlich einen Konzern mit den privaten Versicherungen bilden, deren Namen sie tragen.

Auch die großen Kassen (BEK, DAK, TK) haben Exklusiv-Verträge mit privaten Krankenversicherungen, teilweise welchen, die es nur ihretwegen gibt. Der Vorstandsvorsitzende der Techniker Krankenkasse (TK), der drittgrößten gesetzlichen Krankenkasse, Prof. Dr. Norbert Klusen, fordert zum Beispiel die Abschaffung der Selbstverwaltung und die Privatisierung der Gesetzlichen Krankenkassen. Die TK gehört zu den Haupttriebkräften der Technisierung der GKV.

D.

Wegen „unzureichender Berücksichtigung der Patienten und Ärzte“ hat der 112. Deutsche Ärztetag 2009 beschlossen: „Damit das Grundvertrau-

en der Patienten in unser ärztliches Berufsethos erhalten bleibt und das bewährte Konzept von einer am Individuum und seiner individuellen Lebensgestaltung orientierten Humanmedizin nicht zerstört wird, lehnt der 112. Deutsche Ärztetag die elektronische Gesundheitskarte in der bisher vorliegenden Form ab.“

Vollständiger Wortlaut Anlage K 1

Bisher haben über 700.000 Versicherte der Gesetzlichen Krankenversicherung folgende Erklärung unterschrieben:

Ich widerspreche der geplanten Speicherung meiner Krankheitsdaten auf zentralen Computern außerhalb der Arztpraxis. Ich lehne die geplante "elektronische Gesundheitskarte" ab und werde meine bisherige Versicherungskarte weiter nutzen.

II. Rechtliche Würdigung

Eine 2004 eingelegte Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die mit dieser Klage angegriffenen Vorschriften wurde vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 2006 als unzulässig abgelehnt, weil der dortige Beschwerdeführer damals, wegen fehlender Umsetzung der Vorschriften, nicht unmittelbar beschwert war. Das BVerfG schrieb : „Über die von der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen, durchaus gewichtigen verfassungsrechtlichen Fragen kann erst sachgerecht seitens des Bundesverfassungsgerichts entschieden werden, wenn die Fachgerichte sie näher überprüft haben (Grundsatz der Subsidiarität).“ (BVerfG, 1 BvR 1184/04 vom 13.2.2006, Absatz 61). Dies sei erst durch die Umsetzung der Vorschriften der §§ 291 a, 291 b SGB V möglich (aaO., Absatz 62). Diese Überprüfung durch die Fachgerichte findet nun im vorliegenden Verfah-

ren statt, da der Kläger zu den ersten gehört, die tatsächlich mit der EGK an die TI angeschlossen werden sollen.

Die §§ 291 a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 – 6, Abs. 7, und 291 b des SGB V sind verfassungswidrig. Die in diesen Vorschriften erlaubten Möglichkeiten, Patienten- und Versichertendaten zu verarbeiten, verletzen wegen Intransparenz und fehlender Normenklarheit, unzureichenden oder nicht vorgesehenen Begrenzungen, fehlenden technischen und institutionellen Sicherungsmaßnahmen das Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 1 Abs. 1 GG (unten II. A.).

§ 291 a Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 4 in Verbindung mit § 291 b SGB V verletzen neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch das in Art. 2 Abs. 2 GG geschützte Recht des Klägers auf körperliche Unversehrtheit (unten II.B.). An vom Gesetzgeber typisierte medizinische Anwendungen, die dadurch Grundlage von Industriestandards werden, sind besondere Anforderungen zur Sicherung der Kommunikationsbeziehung Arzt-Patient zu stellen, die diese Vorschriften verletzen.

Die schon vorhandene Telematik-Infrastruktur widerspricht zudem einfachem Recht, so daß selbst bei Verfassungsmäßigkeit der §§ 291 a und 291 b SGB V die eingerichtete Telematik-Infrastruktur rechtswidrig ist (unten II.C.). Der in § 291 a Abs. 1 SGB V vorgesehene Zeitraum ist jetzt so erheblich überschritten, daß die erstmalige Ausgabe der EGK von dieser Norm nicht mehr gedeckt ist. Die geplante, im Gesetz nicht vorgesehene Anwendung „Versichertendatenmanagement“ verletzt das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung. Die jetzt definierte Telematik-Infrastruktur entspricht nicht der Vorgabe des § 291 b Abs. 1 Satz 2 SGB V.

Der Kläger hat ferner Auskunftsansprüche geltend gemacht, die die Beklagte zu erfüllen hat. Sie hat unrichtige Auskünfte erteilt und ist gehalten, sie richtig zu stellen (unten II.D.).

A. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Als Prüfungsmaßstab für die Verfassungsmäßigkeit der EGK und der Telematik-Infrastruktur eignet sich am besten der klassische Text aus dem Volkszählungsurteil:

„Individuelle Selbstbestimmung setzt aber - auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien - voraus, daß dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“ (Urteil vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1, Absatz 154.)

Das gewährleistet die jetzige Regelung der EGK nicht.

1. Wichtigster Mangel ist, daß aufgrund §§ 291 a Abs. 7 Sätze 1 und 2, § 291 b Abs. 1 SGB V die „Gesellschaft für Telematik“ eine „Telematik-Infrastruktur“ definieren soll, über deren Funktion und Grenzen fast

nichts gesagt wird, über die wenigen Aussagen in § 291 b Abs. 1 Sätze 2 und 3 hinaus. Durch § 291 a Abs. 7 Satz 1 SGB V. wird implizit ausgedrückt, daß die in § 291 a Abs. 2 und 3 genannten Anwendungen nicht der alleinige und ausschließliche Zweck der Telematik-Infrastruktur sind.

Die Gematik und die Spitzenverbände sehen sich dadurch befugt, weitere Anwendungen in Betrieb zu nehmen, und zu ermöglichen, die nicht im Gesetz stehen. Auch für die Versicherten verpflichtende Anwendungen, mit denen medizinische Daten übertragen werden. Wie es mit der einzigen vorhandenen Anwendung „Versichertenstammdatenmanagement“ und der damit vorgesehenen Übertragung der DMP-Daten bereits geschehen ist. Wenn das mit der ersten Anwendung schon passieren konnte, wird es in Zukunft wieder möglich sein. Weitere Beispiele für derartige Anwendungen, die bereits geplant sind, wurden genannt (Mehrwertdienste, Hausarztmodell).

Diese Vollmachten an die Gematik sind verfassungsrechtlich nicht akzeptabel, auch in Anbetracht der extrem unzureichenden Überwachung durch die Selbstverwaltung. Die Selbstverwaltung der Versicherten leidet darunter, daß auf der Ebene, auf der sie gewählt wird – einzelne Krankenkassen – fast nichts mehr zur Entscheidung steht. Sondern alle wesentlichen Entscheidungen im Gesundheitswesen auf der Ebene von Ministerium und Spitzenverbänden fallen. Die Entwicklung dort hin hat schon in der Weimarer Republik begonnen, einen weiteren Schub der Entmündigung der Basis der Selbstverwaltung hat es im Nationalsozialismus gegeben. An den damals geschaffenen Regelungen hat sich nichts wesentliches geändert, und das hat die Entwicklung der Selbstverwaltung geprägt. Durch die gesetzlich angeordnete Vereinheitlichung von Beitragsatz und Leistungsangebot der Krankenkassen in den letzten Jahren, für die weitere zentrale Spitzengremien geschaffen wurden (§§ 91 – 94, 217

a - g SGB V), hat dieser Prozeß eine vorläufige Vollendung erfahren. Die Vorgänge im Gesundheitswesen sind gerade durch diese Zentralisierung mittlerweile so komplex, daß Personen ohne eine jahrelange Ausbildung und hauptamtliche Erfahrung in diesem Sektor sinnvollerweise kaum noch etwas anderes tun können, als voller Hochachtung die Berichte von Hauptamtlichen entgegen zu nehmen. Ohne daß man es auch nur einem Beschäftigten der Kassen und KVen zum Vorwurf machen kann: Selbsterhaltungsinteressen und Selbstrechtfertigungsinteressen einer ausgeufer-ten Bürokratie spielen in Kassen und KVen heute eine viel wichtigere Rolle, als ihre Selbstverwaltung.

Diese Selbstverwaltung kann nicht allein als ausreichende Interessenvertretung der Versicherten mit umfangreichen Vollmachten zum Umgang mit deren medizinischen Daten versehen werden. Eine wesentlich stärkere, unmittelbare Steuerung durch den Staat ist leider in der derzeitigen Umstrukturierung erforderlich.

Das Gesetz enthält keine bestimmten Anforderungen an die weiteren, möglicherweise auch verpflichtenden Anwendungen der EGK, die von den Verbänden vereinbart und von der Gematik spezifiziert werden können. Weder die Versicherten noch die Ärzte haben gesetzliche Ansprüche, nach deren Inbetriebnahme Details dieser möglichen, weiteren Anwendungen zu erfahren (Daten, Datenflüsse, Speicherorte, mögliche Empfänger der Daten). Entsprechend können sie sie bereits jetzt nicht wissen (Beispiel Broker-Architektur).

Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010, wurde klargestellt, daß abstrakte Programmsätze zum Schutz kritischer Daten nicht ausreichen. Solche werden in § 291 b Abs. 1 S. 2 für die Gematik aufgestellt. („Sie hat die Interessen

von Patientinnen und Patienten zu wahren und die Einhaltung der Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten sicherzustellen.“) Das Verfassungsgericht hat im Vorratsdatenspeicherungs-Urteil wesentlich konkretere Vorschriften für die Speicherung von besonders kritischen Daten gefordert, insbesondere, wenn die Speicherung bei gewinnorientierten Unternehmen, die unter Kostendruck arbeiten, stattfindet. Gesundheitsdaten sind ganz sicher besonders schutzwürdige, kritische Daten, die mindestens genauso gut geschützt sein müssen, wie Verbindungsdaten der Telekommunikation.

Ärzte und Krankenhäuser arbeiten unter Kostendruck. Datenübermittlung und Speicherung in der Telematik-Infrastruktur werden nicht von der Gematik oder den Verbänden, sondern von privaten Unternehmen durchgeführt, die Aufträge von der Gematik bekommen, nach einer öffentlichen Ausschreibung (§ 291 b Abs. 1 b SGB V). So daß die Gefahr besteht, daß die Unternehmen ihre Kostendeckung durch Kompromisse bei der Datensicherheit verbessern. Das heißt, die Maßstäbe des Vorratsdaten-Urteils sind auch für die Gesundheitsdaten relevant, die in der Telematik-Infrastruktur gespeichert und übermittelt werden.

Die Regelungen der §§ 291 a und 291 b SGB V (Grundlagen der EGK) bleiben in mehreren Punkten hinter den Maßstäben des Urteils zurück.

Das Bundesverfassungsgericht fordert u.a. (1 BvR 256/08 vom 2.3.2010, Abs. 220 – 226):

- a) Gesetzliche Vorgabe eines besonders hohen Standes der Datensicherheit bei der Speicherung und Übermittlung von kritischen Daten, der verhindert, daß bei einer Abwägung mit wirtschaftlichen Zielen der Datenschutz zu kurz kommt.

- b) Vorgabe der ständigen Anpassung dieses Schutzniveaus an neue Gefährdungen, zum Beispiel durch Verweis auf den Stand der Technik.
- c) Für die Öffentlichkeit transparente, unabhängige Kontrolle der Ausführung dieser Vorschriften unter Einbeziehung der Datenschutzbeauftragten.
- d) Vorgabe eines Sanktionssystems, so daß Verstöße gegen den Datenschutz bestraft werden.

Keine dieser Anforderungen erfüllen die §§ 291 a und b SGB V, und auch nicht die Vorschriften des darüber hinaus anwendbaren Sozialdatenschutzes nach SGB X. Das ist auch nicht weiter erstaunlich, weil die Regelungen alt sind und sich die Datenschutz-Rechtsprechung weiter entwickelt hat. Im SGB V verankert ist nur eine Prüfung und Kontrolle der Satzung der Gematik und ihrer technischen Normierungen durch das Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik (BSI), das Gesundheitsministerium und den Bundesbeauftragten für den Datenschutz (BFD), nicht aber eine unabhängige Prüfung der Ausführung des Gesetzes. Insbesondere ist keine Kontrolle der Auftragnehmer und Anwendungsanbieter vorgesehen.

2. Die gewählte Strategie für die Entwicklung der Telematik-Infrastruktur, verpflichtende Chipkarten für jeden Versicherten, ohne Alternative, führen zu einer unverhältnismäßigen Ausweitung von zentralen Speicherungen. Dazu gab es ausreichende, weniger in die Gündrechte der Patienten eingreifende Alternativen. Die vorgesehene TI ist unverhältnismäßig.

6. Das verfassungsrechtlich notwendige Diskriminierungsverbot bei Nichtbenutzung medizinischer Anwendungen der EGK (§ 291 a Abs. 8 S. 2 SGB V) wird wegen der laut SGB V möglichen Befreiung von der Praxis-

gebühr bei Teilnahme an einem DMP oder bei einem Hausarztmodell, und zukünftige größerer Vorteile bei der Teilnahme an bestimmten Programmen (vgl. § 73 c SGB V), funktionslos. Das Diskriminierungsverbot ist erforderlich, da ansonsten von einer informationellen Selbstbestimmung, die Wahlmöglichkeiten voraussetzt, nicht die Rede sein kann.

Programme wie DMP und Hausarztmodell sollen über die EGK und die TI abgewickelt werden, einschließlich intensiver Datenübermittlungen aus den Arztpraxen an die Krankenkassen, wie bereits in den Verträgen zum Hausarztmodell vorgesehen. Daher ist erforderlich, daß konkrete Vorschriften für künftige Anwendungen die technische Normsetzungsbefugnis der Gematik begrenzen. Zum Beispiel ein explizites Verbot von Pflichtanwendungen, mit denen medizinische Daten, oder Daten, die auf medizinische Daten rückschließen lassen, übertragen werden. Eine Aufzählung von Daten, deren Übertragung in Pflichtanwendungen allein zulässig ist. Explizites Verbot, eine Übermittlung von medizinischen Daten in Programmen einzusetzen, bei denen für die Teilnahme materielle Vorteile gewährt werden. All dies fehlt.

4. Die Vorschriften ermöglichen eine TI, die nicht für die notwendige Datensicherheit sorgt. Die Versicherten sollen ihre Einwilligung zur Nutzung der EGK und TI gegenüber ihrem Arzt, Zahnarzt, Psychotherapeuten oder Apotheker erklären (§291 a Abs. 2 S. 3 - 4), gegebenenfalls selektiv für einzelne freiwillige Anwendungen. Dort soll diese, für den Rest des Lebens des Klägers möglicherweise wesentliche Festlegung dokumentiert werden. Einzige Grundlage der aufgeklärten Einwilligung des Versicherten ist eine schriftliche Information der Krankenkasse (§ 291 a Abs. 2 S. 2 SGB V).

Das Gesetz enthält keine spezifischen Aussagen dahingehend, daß die ausreichende Selbstbestimmtheit und Authentizität der Entscheidungen des Versicherten gewährleistet sein muß. So daß die unzureichenden Regelungen hinsichtlich Lichtbild, PIN und Patientenaufklärung erlassen werden konnten. Erforderlich ist, daß gesetzliche Mindestanforderungen an die Methoden, den Willen des Versicherten zu ermitteln, und seine Identität festzustellen, festgeschrieben werden.

5. Im medizinischen Anwendungsbereich der EGK muß man spezifische Sonderprobleme durch entsprechende Normen besser absichern, als bisher geschehen, damit eine verfassungskonforme Datenverarbeitung stattfindet:

- a. Eine sorgfältige Trennung der Daten der sog. Primärsysteme bei Ärzten, Krankenhäusern usw. von der Telematik-Infrastruktur muß den KVen und Leistungserbringern zur Pflicht gemacht werden. In den Primärsystemen liegen Patientendaten, die einerseits besonders schutzwürdig sind, andererseits aber für KVen und Kassen ganz besonders interessant sind, da deren Selbsterhaltungsinteressen, ungebremst durch staatliche Kontrolle oder Selbstverwaltung, die Ausweitung der eigenen Aufgaben auf die Kontrolle und Steuerung der Behandlungen nahe legen. Kassenärzte sind genötigt, für die Dokumentation ihrer Fälle und Behandlungen von der KV zertifizierte Software zu verwenden. Um den bereits weit gehenden Dokumentationspflichten gerecht zu werden, die bereits jetzt an sie gestellt sind (§§ 294 - 299 SGB V), und um Doppelerfassungen von Daten zu vermeiden. Die dafür erforderlichen, von den KVen mitgestalteten Anwendungen stellen nun die „Primärsysteme“ dar. Die als Komponenten der TI definiert sind, und die mit dem Konnektor der TI verbunden werden.

Erforderlich ist daher, daß die Schnittstelle zwischen diesen „Primärsystemen“, und der übrigen TI gesetzlich begrenzt wird: hinsichtlich der Daten, auf die zugegriffen werden darf, und der möglichen Anlässe dazu. Insbesondere muss festgeschrieben werden, dass nur bei freiwilligen Anwendungen ein Zugriff auf Primärsysteme zulässig ist. (Freiwillige Anwendungen sind welche, die sowohl in der GKV als auch in der PKV benutzt werden, und bei denen der Versicherte zugestimmt hat.)

- b. Eine technische Möglichkeit des Verbergens medizinischer Daten, analog zum heute noch möglichen Verschweigen, muß vorgegeben werden. Entsprechend den Forderungen der Datenschutzbeauftragten, auch den Datenschutz zwischen mehreren Ärzten sicher zu stellen, etwa zum Einholen einer zweiten Meinung zum eigenen medizinischen Befund. Diese Möglichkeit des Verbergens ist auch bei freiwilligen Anwendungen der EGK notwendig, weil trotz aller Diskriminierungsverbote eine Wahrnehmung sozialen Drucks, Gesundheitsdaten in der Telematik-Infrastruktur zu speichern, entstehen kann. Zum Beispiel, wenn die meisten Menschen mitmachen. Es können nach Inbetriebnahme der EGK relativ schnell Versorgungsformen für multimorbide oder chronisch Kranke entstehen, in denen die Behandler sich auf das Vorhandensein der TI verlassen, und nur noch mit ihr zeitgerecht und komfortabel behandelt werden kann. Dann dürfen die Mitmachenden nicht schlechter dastehen als heute, wo sie durch das Verschweigen von Informationen diese nicht zum Verschwinden bringen, aber sie für das jeweilige Gegenüber unsichtbar machen.

Der Unterschied zwischen nicht vorhandenen Daten, und welchen, die der Patient gesperrt hat, darf grundsätzlich für Dritte nicht erkennbar sein. Technisch ist das machbar. Eine gesetzliche Vorgabe ist erforderlich, weil die Interessen von KVen und Kassen nicht in diese Richtung gehen, und daher solche Anforderungen von ihnen nicht von sich aus umgesetzt werden. Wegen des Zustandes der Selbstverwaltung sind auch hier entweder relativ detailgenaue Regelungen, oder eine neutrale Regelungsinstanz ohne eigene materielle Interessen erforderlich.

B. Arzt-Patient-Kommunikation

„Leib und Leben“ bilden das materielle Zentrum der Persönlichkeitsrechte (Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988, S. 644). Das Recht des Patienten auf Kontrolle und Selbstbestimmung über seine medizinischen Behandlungen ist verfassungsrechtlich geschützt durch Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1 GG. Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Identität gehört zum ureigensten Bereich der Persönlichkeit des Menschen (Sondervotum der Richter Hirsch, Niebler und Steinberger zu BVerfGE 52, S. 131, BVerfGE 52, S. 171 (175)). Dieser Rechtsgrundsatz geht zurück auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, das vor 110 Jahren in einer Grundsatzentscheidung jede ärztliche Operation zu einer strafbaren Körperverletzung erklärte. Nur bei Zustimmung des Patienten bleibt das ärztliche Handeln straflos (RG vom 31.5.1894, Rep. 1406/94, RGSt 11, S. 375). Entscheidender Grund für diese Rechtsprechung war die Absicht des Gerichts, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen Körper völlig zu sichern (aaO, S. 281). Konsequenterweise lehnt das Gericht es ab, zwischen einer Behandlung und einer Mißhandlung durch den Arzt zu unterscheiden (aaO., S 282), denn wer einverstanden ist, dem geschieht

kein Unrecht. In dem Moment aber, wo der Kranke einem einzelnen Medikament, einer einzigen Behandlung Widerstand entgegensetzt, ist deren Verabreichung Körperverletzung, möge sie noch so sehr dem Stand der Kunst entsprechen.

Die Rechtsprechung hat bis heute, gegen Kritik aus der Literatur, die zwischen „nützlichen“ und „schädlichen“ Einwirkungen auf den Körper unterscheiden will, an diesen Grundsätzen zu Recht festgehalten (BGH vom 28.11.57, 4 StR 525/57, BGHZ 11, S. 111 (115); BGH vom 7.2.84, VI ZR 188/82, BGHZ 90, S 96 (99)). Die Würde des Menschen ist verletzt, wenn andere Menschen seinen Körper losgelöst von seinem Selbstbestimmungsrecht eigenen Zwecken unterordnen. Sein Selbstbestimmungsrecht reicht bis dahin, durch Verweigerung ärztlicher Behandlung den sicheren Tod zu akzeptieren.

Gesundheit ist nach moderner sozialmedizinischer Auffassung erfülltes, gelungenes Leben. Selbstbestimmung und körperliches Wohlbefinden sind untrennbar mit einander verbunden. Der Wille des Menschen ist daher allein maßgebend dafür, wie in seinen Körper eingegriffen wird. Der Mensch bestimmt innerhalb des Möglichen den Sollzustand seines Körpers, das, was für ihn Gesundheit ist. Dazu gehört eine von seiner Seite aus bestimmte Sprache, mit der der Patient körperlich-seelische Vorgänge, die selten getrennt betrachtet werden können, angemessen beschreibt. Diese sprachliche Beschreibung und Definition der Befindlichkeiten des Patienten ist eine Sache der Aushandlung zwischen Arzt und Patient. Zum körperlich-seelischen Selbstbestimmungsrecht, das durch Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 1 Abs. 1 GG geschützt ist, gehört auch der Schutz der vertraulichen Kommunikationsbeziehung zwischen Patient und Arzt. Eine Vertrauensbeziehung zum Arzt kann nur entstehen, wenn sich der Patient darauf verläßt, daß sich der Arzt auf ihn und seine Art, sich selbst zu ver-

stehen, einlassen kann. In diese Kommunikationsbeziehung darf nur aufgrund besonders schwerwiegender Gemeinwohlinteressen eingegriffen werden.

Die staatliche Verfassung des Gesundheitswesens muß gegenüber verschiedenen wissenschaftlich-weltanschaulichen, medizinischen Schulen neutral bleiben und, soweit möglich, einen Methodenpluralismus respektieren. Der Staat darf in der medizinischen Weltanschauung nicht normsetzend, oder normkonservierend, tätig werden.

Dagegen verstößt § 291 a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 schon dadurch, daß er für Behandlungsberichte der elektronischen Arztbriefe eine „maschinell verwertbare Form“ vorschreibt. Das bedeutet, der Arzt wird genötigt, in der Kommunikation mit Kollegen die einschlägigen Klassifikationen für eine maschinelle Datenerfassung, insbesondere die Internationale Klassifikation der Krankheiten (ICD 10) zu benutzen. Damit kann ein erheblicher Kontextverlust einhergehen. Um Doppelerfassungen zu vermeiden, wird das die interne Dokumentation des Arztes beeinflussen.

Die Details zu § 291 a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 4 werden gemäß §§ 291 a Abs. 7 Satz 1 - 3, 291 b Abs. 1 S. 1 von der Gematik festgelegt, ohne daß eine Wahrung selbstbestimmter Kommunikation ihr zur Pflicht gemacht wird. Dadurch erhält eine medizinisch nicht legitimierte Institution bedeutende Recht, in die grundrechtlich geschützte Kommunikationsbeziehung Arzt - Patient einzugreifen. Es ist davon auszugehen, daß die Gematik, eine technisch ausgerichtete Institution, die weitestgehende Datenerfassung aufgrund maschinenlesbarer Schlüssel vorgeben wird, die nur eine von den unendlich vielen möglichen Kommunikationsweisen ärztlichen Handelns enthalten können.

Die Freiwilligkeit der Teilnahme schützt die Interessen des Klägers nicht ausreichend. Trotz aller Diskriminierungsverbote kann eine Wahrnehmung sozialen Drucks, Gesundheitsdaten in der Telematik-Infrastruktur zu speichern, entstehen. Zum Beispiel, wenn es fast alle machen. Es können nach Inbetriebnahme der EGK relativ schnell Versorgungsformen für multimorbide oder chronisch Kranke entstehen, in denen die Behandler sich auf das Vorhandensein der TI verlassen, und nur noch mit ihr zeitgerecht und komfortabel behandelt werden kann.

Wenn der Gesetzgeber technische Formen der Kommunikation im Gesundheitswesen definiert, hat er es in einer Form zu tun, bei der die Grundrechte des Patienten ohne Kontextverlust gewahrt bleiben, wie bei schriftlicher oder mündlicher Kommunikation. Datenerfassung als Freitext muß daher als Möglichkeit für Arztbriefe und Patientenakten garantiert sein.

C. Einfachgesetzliche Rechtslage

Im Fall der Verfassungsmäßigkeit der §§ 291 a und b SGB V wäre der Kläger erst recht nicht verpflichtet, die EGK zu benutzen und sich dadurch an die TI anschließen zu lassen, da EGK und TI in der existierenden Form den gesetzlichen Vorgaben nicht entsprechen.

Gemäß § 291 a SGB V Abs. 1 S. 1 mußte die EGK „bis spätestens zum 1. Januar 2006 zur Verbesserung von Wirtschaftlichkeit, Qualität und Transparenz der Behandlungen für die in den Absätzen 2 und 3 genannten Zwecke“ eingeführt werden. Wir schreiben das Jahr 2010, es liegt eine Verspätung von vier Jahren vor. Das ist zu viel. Die Frist für die Einführung der EGK ist abgelaufen.

Die einzige heute vorhandenen Anwendungen, Versichertenstammdatenmanagement, Notfalldatensatz, dienen entgegen der zitierten Vorschrift weder der Wirtschaftlichkeit, noch der Qualität oder Transparenz der Behandlungen, das Versichertenstammdatenmanagement ist in den Absätzen 2 und 3 des § 291 a SGB V nicht aufgeführt. Die EGK, die der Kläger erhalten soll, ist nicht die EGK, die im § 291 a SGB V vorgesehen ist, weder sachlich, noch zeitlich. Eine Uminterpretation von § 291 a SGB V zu einer zeitlich und sachlich beliebig dehnbaren Programmvorschrift würde dem Rechtsstaatsprinzip widersprechen.

Die geplante Anwendung „Versichertenstammdatenmanagement“ greift in ein Grundrecht des Klägers ein, nämlich sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Ein Grundrechtseingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Da eine Rechtsgrundlage für die Anwendung „Versichertenstammdatenmanagement“ nicht existiert, ist diese Anwendung nicht zulässig. Der Kläger beantragt mit dieser Klage, daß diese Anwendung auf ihn nicht angewendet wird, nämlich dadurch, daß er weiter die KVK benutzen kann.

Die existierende TI wahrt nicht die Interessen der Patientinnen und Patienten und stellt nicht die Einhaltung der Vorschriften zum Schutz der personenbezogenen Daten sicher (§ 291 b Abs. 1 S. 2), da sie in hohem Maße intransparent ist, und nicht sicher ist, durch die Datenübertragung in der TI über das Internet.

Jan Kuhlmann
Rechtsanwalt

Unzureichende Berücksichtigung der Interessen von Patienten und Ärzten bei der Konzeption der eGK

Auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Kahlke, Herrn Dr. Ramm, Herrn Dr. Niemann, Frau Haus, Herrn Dr. Rütz und Frau Prof. Dr. Krause-Girth (Drucksache VIII – 74) fasst der 112. Deutsche Ärztetag folgende EntschlieÙung:

Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Ökonomisierung und Industrialisierung des Gesundheitswesens in unserem Land werden die Ärztinnen und Ärzte in Klinik und Praxis in ihrem Handeln immer mehr von fremdbestimmten ökonomischen Interessen beeinflusst.

Das Grundkonzept unseres ärztlichen Entscheidens und Handelns, bei dem der Mensch im Mittelpunkt steht, darf nicht zerstört werden durch eine Transformation der Humanmedizin und damit des Gesundheitswesens in eine renditeorientierte Dienstleistungsindustrie.

Bereits der 111. Deutsche Ärztetag hat eine bundesweite Telematikinfrastuktur mit der verpflichtenden Online-Anbindung und der Speicherung von Krankheitsdaten in einer zentralen Serverstruktur abgelehnt und eine Neukonzeption des gesamten Projekts gefordert.

Dies ist bisher nicht erfolgt.

Die von der gematik im Dezember 2008 veröffentlichten Testauswertungen der 10.000er-Tests aus sieben Testregionen zeigen ernüchternde bis deprimierende Ergebnisse:

- die getesteten Abläufe im Gesundheitswesen wurden verlangsamt statt verbessert;
- die PIN als Sicherheitsschlüssel für die Patienten ist komplett gescheitert;

- das elektronische Rezept und der Notfalldatensatz haben sich in keiner Weise bewährt.

Die Krankenhäuser sind bisher fast nicht in die Tests einbezogen und die in der Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit festgelegten 100.000er-Tests haben noch nicht begonnen.

Auch der Schutz vor Missbrauch durch die elektronische Gesundheitskarte erfüllt sich nicht, da von den Kassen ein nicht identitätsgeprüftes Foto verwendet wird.

Das verabschiedete BKA-Gesetz und eine Fülle von illegalen Datenzugriffen im letzten Jahr bestätigen die notwendige Ablehnung einer zentralen Speicherung von Krankheitsdaten. Diese dürfen nur beim Arzt oder der Ärztin des Vertrauens gespeichert werden oder sich beim Patienten befinden. Eine einmal zerstörte Privatsphäre ist nicht wieder zu heilen.

Ohne den Nachweis eines medizinischen Vorteils müssen die Krankenkassen in 2009 nur für die ersten Schritte dieses Projektes bereits ca. 660 Millionen Euro an Versichertengeldern investieren; dieses Geld fehlt der medizinischen Versorgung.

Für die elektronische Kommunikation unter den Behandelnden in Klinik und Praxis stehen die „Punkt-zu-Punkt-Kommunikation“ als elektronischer Arztbrief nach den 2008 definierten Sicherheitskriterien der Bundesärztekammer zur Verfügung sowie dezentrale Speichermedien in der Hand des Patienten.

Nach den Grundsätzen ärztlicher Ethik der Europäischen Berufsordnung darf der Arzt „... nicht beim Aufbau elektronischer Patientendatenbanken mitwirken, die das Recht des Patienten auf Schutz seiner Intimsphäre, die Sicherheit und den Schutz seines Privatlebens gefährden oder schmälern. Jede Pa-

tientendatenbank muss einem Arzt unterstellt sein, der namentlich bekannt ist."

Damit das Grundvertrauen der Patienten in unser ärztliches Berufsethos erhalten bleibt und das bewährte Konzept von einer am Individuum und seiner individuellen Lebensgestaltung orientierten Humanmedizin nicht zerstört wird, lehnt der 112. Deutsche Ärztetag die elektronische Gesundheitskarte in der bisher vorliegenden Form ab.