

Datenschutz und KVG

Überlegungen zu Privatsphäre, Patientengeheimnis und Datenschutz in der Sozialversicherung am Beispiel des KVG

Hanspeter Kuhn, Fürsprecher, stv. Generalsekretär FMH

Einleitung

Die Einführung der TARMED-Tarife steht bevor. Seit 1996 müsste zudem die Stellung und Funktion des Vertrauensarztes in einem Vertrag zwischen FMH und KSK näher geregelt sein¹; auch diese Verhandlungen stehen nun vor dem Abschluss. Damit ist der Zeitpunkt gekommen, sich noch einmal über eine in der «grossen Politik» oft vernachlässigte Thematik Gedanken zu machen. Es geht um das Spannungsverhältnis zwischen dem verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre, dem strafrechtlich geschützten Patientengeheimnis, den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes und dem KVG. Entscheidende Grundlagenarbeit hat eine 1998 vom Departement des Innern gemeinsam mit dem Justiz- und Polizeidepartement eingesetzte Expertenkommission unter dem Vorsitz von Prof. Dr. iur. Thomas Geiser geleistet. Ihr Bericht liegt seit Oktober 2000 vor. Er wurde nun vom Bundesrat freigegeben und vom BSV veröffentlicht.²

Gliederung

Der vorliegende Beitrag stellt die Bestimmungen der revidierten Bundesverfassung vor, erklärt die Bedeutung und auch die Grenzen des strafrechtlichen Patientengeheimnisses, legt sodann die massgeblichen Regelungen im Datenschutzgesetz und im KVG dar, und diskutiert schliesslich in groben Zügen, wie die Datenschutzbestimmungen unserer Rechtsordnung in Tarifverträgen, im Vertrauensärztervertrag und im Alltag von Kassen und Ärzten vor und nach TARMED umzusetzen sind.

Viele rechtliche Überlegungen in diesem Beitrag werden Arzt und Ärztin banal erscheinen. Um so besser! Wenn Juristerei und «common sense» des Nichtjuristen zum selben Resultat führen, ist dies ein Beweis für eine vernünftige Gesetzgebung. Und: Nicht für alle am Gesundheitswesen Beteiligten ist dieser Stand der Diskussion seit jeher akzeptierter «common sense» ...

Bundesverfassung: Schutz der Privatsphäre garantiert (Art. 13 BV)

Die revidierte *Bundesverfassung* garantiert im Grundrechtskapitel jeder Person den Schutz ihrer Privatsphäre:

Art. 13 Bundesverfassung

¹ Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

² Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

Schon vor Jahren hatte das Bundesgericht diesen Grundsatz als «informationelles Selbstbestimmungsrecht» zum Bestandteil der in der alten Bundesverfassung geschützten persönlichen Freiheit erklärt³ (Art. 4 alt BV). Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch Art. 8 der EMRK den Bürger vor unzulässiger staatlicher Datenbearbeitung schützt.⁴

Auch die Daten über den Gesundheitszustand fallen unbestrittenermassen in den Geltungsbereich dieses verfassungsmässigen Schutzes.

Selbstbestimmungsrecht und inhaltlicher Schutz

Jede Person hat das Recht, *selbst bestimmen* zu können, wer Zugang zu ihren Daten erhält. Dies ist die formelle Seite, die Frage des «decision making process». Für den Bereich des Gesundheitswesens bedeutet dies, dass der Patient selbst bestimmen kann, was sein Arzt erfahren soll, was dieser anderen Ärzten sagen darf, und was die Krankenkasse durch den Arzt oder den Patienten selbst erfahren darf.

Zudem sind die Privatsphäre und damit die Daten über die Gesundheit auch *inhaltlich* geschützt. Für den Bereich des Gesundheitswesens bedeutet dies: Sogar dann, wenn der Patient formal einer Informationsweitergabe an die Krankenkasse zustimmen würde, läge ein Verstoss gegen die Bundesverfassung vor, wenn die Informationsweitergabe in der Sache selbst nicht gerechtfertigt ist. Diese inhaltliche Garantiefunktion schützt den Patienten vor unzulässigen Druckversuchen – wie dies schon seit 1907 Art. 27 des Zivilgesetzbuches (ZGB) tat: «Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.»

Medizinethik: Autonomy und Beneficence

Die aktuelle medizinethische Diskussion schätzt zwar den «Respect for autonomy» hoch ein, gibt ihm aber nicht einen kategorischen Vorrang vor den übrigen anerkannten ethischen Prinzipien «Nonmaleficence», «Beneficence» und «Justice». Was den Konflikt zwischen Autonomy und Beneficence betrifft, hielten etwa Beauchamp und Childress 1994 in ihrem Standardwerk fest: «However, we will argue that debate about which principle or model should be overriding in medical practice cannot be solved in this streamlined manner by defending one principle against the other principle, or by making one principle absolute. No premier and overriding authority exists in either the patient or the physician, and no preeminent principle exists in biomedical ethics, not even the admonition to act in the patient's best interest.»⁵ Markus Zimmermann-Acklin hat kürzlich daran

erinnert, dass innerhalb der biomedizinischen Ethik seit den neunziger Jahren folgende Phänomene kritisiert werden: «Die Überstrapazierung und *inhaltliche Aushöhlung des Autonomieprinzips*, einseitig rationale und normative, an rechtlichen Regelungen orientierte Ansätze, das Abspalten und *Ignorieren von Emotionen, Intuitionen* und der menschlichen Leiblichkeit [...]»⁶ [Hervorhebungen des Autors].

Art. 13 der Bundesverfassung, der sowohl das Selbstbestimmungsrecht als auch den *inhaltlichen* Schutz der Privatsphäre garantiert, stimmt damit mit der aktuellen biomedizinischen Ethik überein: Bezüglich Patientendaten sollen und können Patient Autonomy und Beneficence, Nonmaleficence und Justice unter dem Schirm von Art. 13 BV verwirklicht werden.

Krankenkasse muss Grundrechte respektieren

«Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen» (Art. 35 Abs. 2 BV). Diese Bestimmung verpflichtet die Bundesverwaltung, aber auch Private, die staatliche Aufgaben wahrnehmen.⁷ Die Durchführung der sozialen Krankenversicherung gemäss KVG durch die Krankenkassen ist eine in der Bundesverfassung angelegte⁸ staatliche Aufgabe. Die Schlussabstimmung des Gesetzgebers von 1911 über das KVG war insoweit ein früher Anwendungsfall von New Public Management. Die Kasse ist im KVG-Bereich rechtlich ein Bundesorgan, und dies sowohl unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte in der Bundesverfassung wie auch nach den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes.

Hingegen sind die Krankenkassen für die Zusatzversicherungen nach Privatversicherungsrecht (nach Versicherungsvertragsgesetz VVG) nicht ausgelagerte Bundesverwaltung, sondern Private wie irgendein anderes Unternehmen.

Grundrechtseinschränkungen und ihre Voraussetzungen

Die Gesundheitsdaten der Patienten sind durch Art. 13 BV grundrechtlich geschützt. Dieses Grundrecht kann wie auch die übrigen Grundrechte (Eigentumsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit usw.) eingeschränkt werden.

Art. 36 BV, Einschränkung von Grundrechten

¹ Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

² Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

³ Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

⁴ Der Kerngehalt von Grundrechten ist unantastbar.

Die nun in der Bundesverfassung aufgenommenen Kriterien für Grundrechtseinschränkungen wurden im Laufe der letzten Jahrzehnte durch die Praxis des Bundesgerichts eingeführt, die damit für die Interpretation des neuen Verfassungstextes massgeblich bleibt. Konkret:

1. Es braucht eine *genügende gesetzliche Grundlage*. Für die Rechtsetzung gilt, «dass schwere Eingriffe in den Grundzügen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgezeichnet sein müssen. Detailregelungen oder leichte Eingriffe darf der Gesetzgeber unter Wahrung der übrigen Delegationsvoraussetzungen dem Verordnungsgeber überlassen.»⁹
2. Sodann muss ein *hinreichendes öffentliches Interesse* gegeben sein. «Wie das Bundesgericht in exemplarischer Weise für die Handels- und Gewerbefreiheit ausführte, vermag «nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse» einen Eingriff zu rechtfertigen.»¹⁰
3. Schliesslich muss der Eingriff verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit besteht aus drei Kriterien: «Eignung, Erforderlichkeit und vernünftige Zweck-Mittel-Relation. [...] Diese sind so geläufig, dass man füglich von juristischem Allgemeingut sprechen kann.»¹¹
«Die Kerngehaltsgarantie hat in der Rechtsprechung bisher wenig praktische Bedeutung erlangt, weil glücklicherweise kaum so krasse Fälle zu beurteilen waren, dass der Kerngehalt in Gefahr geriet.»¹²

Auf diese Kriterien und Zuständigkeiten ist im Zusammenhang mit dem Datenschutzgesetz und dem KVG zurückzukommen. Sie sind dann absolut entscheidend, wenn es um die Leistungspflicht der Krankenkasse und damit um die Informationen geht, die die Krankenkasse erhalten soll. Weil aber nicht jede Arztrechnung zur Krankenkasse gelangt, sind als nächstes die Bedeutung und auch die Grenzen des strafrechtlich geschützten Patientengeheimnisses zu erläutern.

Patientengeheimnis (medizinisches Berufsgeheimnis) im Strafgesetzbuch

Art. 321 StGB, Verletzung des Berufsgeheimnisses

¹ [...] Ärzte, sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

[...]

³ [...] 2. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat.

Funktion: Privates und öffentliches Interesse

Das Berufsgeheimnis «schützt primär Geheimhaltungsinteressen des Einzelnen. Dass und in welcher Weise dies geschieht, liegt allerdings *auch im öffentlichen Interesse*: Die Inhaber der hier genannten Berufe können die ihnen obliegende Aufgabe nur dann optimal erfüllen, wenn ihre Klientel keine Bedenken haben muss, sich ihnen rückhaltlos anzuvertrauen.»¹³

Dass das Berufsgeheimnis der Anwälte, Ärzte, Geistlichen usw. nicht eine ideologische Marotte ist, sondern vielmehr eine objektiv notwendige Voraussetzung dafür, dass diese Berufe und Funktionen überhaupt wahrgenommen werden können, ist eine im Strafrecht seit jeher bekannte Binsenwahrheit. «Le secret médical est un instrument de santé public» – ohne funktionierendes Patientengeheimnis ist Medizin nicht möglich. Es ist bemerkenswert, dass diese Erkenntnis in der Romandie viel klarer im Bewusstsein der Bevölkerung, der Medien und nicht zuletzt auch der Politik verankert ist als in der deutschen Schweiz: Die Forderung der Kassen, bei Spitalpatienten systematisch die ICD-Diagnose zu erhalten, hat vor allem in der Romandie einen – berechtigten – Entrüstungssturm ausgelöst, der unter anderem zu einer einstimmigen(!) Demarche des Genfer Kantonsparlaments an den Bundesrat führte. In der deutschen Schweiz wächst die Sensibilität für diese Problematik erst langsam.¹⁴

Ebenfalls bemerkenswert ist, wie ausführlich die Frage des Berufsgeheimnisses der *Anwälte* letztes Jahr im Parlament diskutiert wurde. Der Gesetzgeber hat entschieden, direkt im neuen *Freizügigkeitsgesetz für Anwälte* festzulegen, dass der Anwalt auch dann die *Zeugenaussage* vor dem Richter *verweigern* kann, wenn er vom Klienten von seiner Schweigepflicht entbunden wurde. Massgeblich für den Entscheid war auch das öffentliche Interesse an der Verschwiegenheit des Berufs: Der Anwalt soll auch deshalb trotz der Entbindung frei abwägen können, welches die Vor- und Nachteile einer Zeugenaussage sind. Für die Medizin hat das Parlament hingegen die Frage des Zeugnisverweigerungsrechts nicht erneut diskutiert. Grund dafür war, dass ein harter Kern von Berufspflichten nur im neuen Freizügigkeitsgesetz für Anwälte, nicht aber im revidierten Freizügigkeitsgesetz für Medizinalpersonen verankert worden ist. (Wie es in den beiden Freizügigkeitsgesetzen zu dieser offensichtlichen Ungleichbehandlung der Berufsethik kam, wäre eine andere Geschichte ...)

Inhalt des Patientengeheimnisses¹⁵: Potentiell alles Welche Informationen fallen unter das ärztliche Berufsgeheimnis (besser Patientengeheimnis genannt) im Strafrecht? Die Antwort lautet: Potentiell alles, was ein Arzt über seinen Patienten weiss! Die Informationsweitergabe ist hingegen nicht strafbar, wenn der Patient seine Einwilligung dazu erteilt hat. Also ist entscheidend, *was der Patient gegenüber wem geheimhalten will*. Dieser Patientenentscheid hängt erfahrungsgemäss sowohl von der Art der Krankheit wie auch von der konkreten familiären und beruflichen Situation des Patienten ab. Beispiele:

- Wer eine Grippe hat oder das Bein bricht, dem ist es in aller Regel egal, wer dies erfährt. Viele Patienten erachten solche Gesundheitsinformationen als *banal* und haben keinen Geheimhaltungsbedarf gegenüber Arbeitgeber und Versicherung;
- *Objektiv heikel¹⁶* sind Krankheiten und auch blosser Krankheitsdispositionen, die in der Bevölkerung stigmatisiert sind (HIV/AIDS; Geschlechtskrankheiten; Schwangerschaftsunterbrechung, psychische Leiden, Erbkrankheiten wie Chorea Huntington usw.), oder die für den Patienten beruflich nachteilig sein können, weil sie Zweifel an seiner zukünftigen Belastbarkeit wecken können (Rückenleiden beim Bauarbeiter, Sehnenscheidenentzündung bei der Violinistin, usw.). Vom Arzt kann zu Recht erwartet werden, dass er in der Sozialanamnese den aktuellen beruflichen Kontext seines Patienten erfragt und damit von sich aus abschätzen kann, welche Gesundheitsdaten für den Patienten objektiv heikel sein können.
- *Subjektiv heikel* können zudem Krankheiten oder Krankheitsdispositionen sein, die normalerweise kein Problem wären, aber in der aktuellen – und dem Arzt vielleicht nicht bekannten! – Situation des Patienten eine völlig andere Bedeutung erhalten. Beispiele: Sucht der Ehemann einer Parteipräsidentin einen Dermatologen auf, oder konsultiert der Regierungsratskandidat einen Kardiologen, kann schon allein das Bekanntwerden dieses Arztbesuchs gravierende Folgen nach sich ziehen.

Arzt und Patient müssen sich darauf verständigen, was der Patient wem gegenüber geheimhalten will und was nicht. Die hier vorgeschlagene praktische Unterscheidung in «banale» versus «objektiv» oder «subjektiv heikle» Informationen hat die Funktion einer didaktischen «Krücke» für die Kommunikation zwischen Patient und Arzt. Diese Unterscheidung kann zudem mithelfen, die Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung durch die Kassen strukturiert zu diskutieren (vgl. dazu weiter hinten).

Einwilligung des Patienten: ausdrücklich oder stillschweigend

Der Patient kann seine Einwilligung in die Weitergabe der Information ausdrücklich oder auch stillschweigend erteilen. Weil Patient und Arzt diese Informationsfragen oft – in der Vergangenheit zu oft! – nicht explizit ansprechen, steht der Arzt regelmässig vor der Frage, ob eine stillschweigende Entbindung durch den Patienten vorliegt, die ihm erlaubt, die Kostengutsprache für die Spitalbehandlung zu beantragen, oder nach der Behandlung eine sogenannte¹⁷ Rückfrage des Vertrauensarztes zu beantworten, usw.

Wenn es um objektiv heikle Informationen geht, ist primär der Arzt verpflichtet sicherzustellen, dass er den Patienten nicht mit der Informationsweitergabe an die Kasse «übrumpelt».

Sind hingegen die Informationen, um die es geht, objektiv eher banal und «nur» subjektiv heikel, muss der Patient daran denken, den Arzt über die konkrete besondere Problematik zu informieren, damit dieser nicht unwissentlich den Patienten in Schwierigkeiten bringt.

Wollen und Wissen als Einwilligungskriterium

Die ausdrückliche oder stillschweigende Entbindung des Arztes vom Patientengeheimnis setzt beim Patienten zweierlei voraus: *Wollen und Wissen*. Damit seine Entbindung rechtsgültig ist, muss der Patient wissen, was der Krankenversicherer fragt, und er muss zudem wissen, was der Arzt über seinen Gesundheitszustand festgestellt hat und somit dem Versicherer berichten müsste. Es geht also um dieselben Kriterien für den «informed consent» des Patienten wie bei Operationen: Der Patient muss wissen, worin er einwilligt.

Hier besteht nun im KVG ein echtes Problem: Die meisten Patienten kennen nur die Arztrechnungen; sie haben aber noch nie ein Kostengutsprachege such für eine Spitalbehandlung gesehen, und sie haben keine Ahnung, wie oft Krankenversicherer Spitalaus trittsberichte erhalten möchten und wie oft sie Rückfragen an die Ärzte stellen. Für den nicht am medizinischen Behandlungsprozess beteiligten Juristen entsteht bisweilen der Eindruck, viele Krankenversicherer würden erstens Informationen «auf Halde» sammeln und zweitens ihre Rückfragen an die Ärzte den Versicherten gegenüber als unbedingt zu verschweigendes *Staatsgeheimnis* behandeln. Mein Juristenkollege Robert Gmür hat deshalb vor Jahren einen Beitrag zu diesem Thema treffend mit dem Titel «Jäger und Sammler» überschrieben.¹⁸ Die «Expertenkommission Geiser» hat das Problem der Intransparenz für die Patienten ebenfalls erkannt und schlägt vor, die Versicherer durch eine Ergänzung der KVV ausdrücklich zu verpflichten, «jede einzelne versicherte Person darüber [zu] informieren, wie und zu welchem Zweck die Personendaten der Versicherten bei ihm bearbeitet werden.»¹⁹

Dilemma: How to break bad news²⁰

Eine echtes Dilemma besteht dann, wenn der Arzt noch nicht die Möglichkeit hatte, dem Patienten mitzuteilen, welche Krankheiten er festgestellt hat oder möglicherweise vermutet – aber genau solche Informationen in einem Kostengutsprachege such dem Versicherer mitteilen müsste! So sind beispielsweise differentialdiagnostische Überlegungen, die den Patienten ernsthaft und möglicherweise unnötig belasten können (unnötig dann, wenn das Leiden in der Folge dank weiterer Abklärungen ausgeschlossen werden kann), oft Grund für Spitaleinweisungen zur weiteren Untersuchung. Wenn die Einweisung nicht notfallmässig erfolgen muss, benötigt der Patient vorher die Kostengutsprache seiner Krankenkasse. Die Schweizer Rechtsordnung, die einerseits betreffend Arztgeheimnis vom mündigen Patienten ausgeht, andererseits aber implizit²¹ das Prinzip der Kostengutsprachen vor Spitalaufenthalten akzeptiert,

schafft hier einen echten Rechtskonflikt für den Arzt. Ohne an dieser Stelle die KVG-spezifische Diskussion vorwegzunehmen, halte ich fest, dass solche Informationen, *wenn* sie denn unverzichtbar sind, ausschliesslich in die Hände des Vertrauensarztes gehören und dort zudem zuverlässig unter Verschluss bleiben müssen. Damit kann das Dilemma zwar nicht gelöst werden, aber es wird etwas gemildert.

Patientengeheimnis hat Vorrang vor KVG

An dieser Stelle ist eine wichtige Funktion des Patientengeheimnisses im Zusammenhang mit dem KVG darzulegen: Es ist anerkannt, dass der Patient im KVG – anders als in der Unfallversicherung – formlos auf Leistungen der Krankenkasse verzichten kann.²² Konkret: Im «tiers garant» kann der Patient die Arztrechnung bezahlen und ganz einfach der Kasse nicht zur Rückerstattung weiterleiten. Doch auch im «tiers payant» kann der Patient dem Leistungserbringer sagen: «Heute bin ich als Privatperson und nicht als KVG-Versicherter bei Ihnen. Die Rechnung geht an mich und nicht an die Kasse.» Wie wichtig diese Möglichkeit des formlosen Verzichts in «tiers garant» und «tiers payant» ist, liegt auf der Hand: Welcher Patient möchte schon, dass das im «tiers payant» abrechnende Labor die Rechnung für seinen HIV-Test der Kasse weiterleitet, statt sie ihm selbst zuzustellen – auch wenn die Rechnung statt der Leistungsposition im Klartext ein Sternchen²³ hat ...

Einwilligung genügt; Verhältnismässigkeitsprinzip nicht anwendbar

Wenn hingegen der Patient in eine Informationsweitergabe einwilligt, ist die Frage des Patientengeheimnisses im Strafrecht erledigt: Die Weitergabe ist dann nicht strafbar.

Damit wird klar, dass das strafrechtlich geschützte Patientengeheimnis nur die eine Funktion des Artikels 13 der Bundesverfassung aufnimmt, nämlich das *Selbstbestimmungsrecht* (Patient Autonomy) des Patienten.

Die andere Funktion von Art. 13 BV, dass nämlich die Privatsphäre auch *inhaltlich* geschützt ist (Nonmaleficence), indem die Einwilligung der Person ihre Grenze an der Verhältnismässigkeit findet, wird auf Gesetzesebene nicht mit Art. 321 des Strafgesetzbuches umgesetzt, sondern für den Bereich der Krankenversicherung mit den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes und des KVG.

Datenschutzgesetz

Geltungsbereich: Bund und Private; nicht Kantone
Das Datenschutzgesetz (DSG) des Bundes von 1992 gilt für Private und für Bundesorgane. Es gilt formal nicht für den Service public der Kantone und Gemeinden. Viele Grundsätze des DSG sind allerdings als juristisches Allgemeingut anerkannt und im Ergebnis eine blosse Konkretisierung dessen, was sich sowieso aus der Bundesverfassung ergibt – und die Bundesverfassung bindet auch die Kantone und die

Gemeinden. Wesentliche inhaltliche Schlechterstellungen der betroffenen Personen im kantonalen Datenschutzrecht würden deshalb kaum mehr vor der revidierten Bundesverfassung standhalten. Dieser Vorbehalt gilt beispielsweise für kantonale Regeln, welche den Zugang des Patienten zu seiner Krankengeschichte im öffentlichen Spital restriktiv regeln; dies dürfte heute nicht mehr mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht gemäss Art. 13 BV vereinbar sein.²⁴

Rechtmässig, Treu und Glauben, verhältnismässig, Zweckbindung

Art. 4 DSG hält Grundsätze fest, die für Bundesorgane wie für Private gelten:

Art. 4 DSG, Grundsätze

- ¹ Personendaten dürfen nur rechtmässig beschafft werden.
- ² Ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein.
- ³ Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.

Gesundheitsdaten und Persönlichkeitsprofile sind besonders geschützt

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c *Datenschutzgesetz* gehören Daten über «die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit» zu den «besonders schützenswerten Personendaten». Dem Arzt bekannte Informationen über den Patienten – egal, ob sie Gesundheitsdaten im engeren Sinn sind oder nicht – ergeben zudem oft ein «Persönlichkeitsprofil» gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d DSG und sind damit ebenfalls einem besonderen Schutz unterstellt. (Das DSG definiert als Persönlichkeitsprofil «eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt».)

Einschränkende Vorschriften für Bundesorgane

Wie weiter vorne dargelegt, unterstehen die Krankenkassen für die Grundversicherung den Datenschutzbestimmungen für Bundesorgane. Bundesorgane dürfen gemäss Art. 17 Abs. 1 DSG besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile nur bearbeiten, «wenn ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht oder wenn ausnahmsweise:

- a) es für eine in einem formellen Gesetz klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist.
- b) [...] »

Ferner muss «das Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten sowie von Persönlichkeitsprofilen [...] für die betroffene Person erkennbar sein.» (Art. 18 Abs. 2 DSG)

Bundesorgane dürfen «Personendaten [...] für Statistiken nur bearbeiten, wenn

- a) die Daten anonymisiert werden, sobald es der Zweck des Bearbeitens erlaubt;
 - b) [...]»
- (Art. 22 Abs. 1)

Die *Verordnung* zum DSG führt eine Menge von Common-sense-Vorschriften in die Rechtsordnung ein. Bundesorgane müssen «die [...] erforderlichen technischen und organisatorischen Massnahmen [treffen] zum Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden» (Art. 20 VDSG). Dies bedeutet insbesondere, dass sie regeln müssen, wer intern zu welchen Daten Zugang haben soll. Dies ergibt sich direkt aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz.²⁵ Und sie müssen für automatisierte Datensammlungen ein Bearbeitungsreglement erstellen (Art. 21 VDSG), das unter anderem «Art und Umfang des Zugriffs der Benutzer der Datensammlung» und auch «die Verfahren bei Berichtigung, Sperrung, [...], Archivierung oder Vernichtung der Daten» regelt (Art. 21 Abs. 2 lit. f und lit. g VDSG).

KVG

Kassen sind keine blossen Zahlstellen

Im Spannungsfeld zwischen Schutz der Privatsphäre und Prüfung der Leistungspflicht sind folgende KVG-Bestimmungen wichtig:

- Kassenpflichtig sind nur die Leistungen gemäss Pflichtleistungskatalog, also die *wirksamen, zweckmässigen und wirtschaftlichen* Leistungen (Art. 32 KVG).
- Alle Beteiligten müssen sich bei Untersuchungen und Behandlungen im Rahmen des KVG «auf das Mass beschränken, das im *Interesse des Versicherten* liegt und *für den Behandlungszweck erforderlich* ist» (Art. 56 Abs. 1 KVG). Der Gesetzestext auferlegt diese Pflicht unverständlicherweise nur den Leistungserbringern; in der Realität ist hingegen mindestens ebenso wichtig, dass sich der *Patient* mit optimaler Medizin begnügen muss und nicht auf Kosten der Allgemeinheit maximale Medizin einfordern kann.
- Die Krankenkasse muss die Behandlungskosten nicht übernehmen, wenn eine andere Sozialversicherung zuständig ist (UV, MV, IV – vgl. Art. 78 KVG und Art. 110ff KVV), oder wenn der «Patient» nicht krank ist²⁶ (Art. 2 KVG).
- Wenn ein haftpflichtiger Dritter vorhanden ist, muss die Kasse zwar die Behandlungskosten übernehmen, kann jedoch danach ihre Leistungen dem Dritten weiterverrechnen, also Regress nehmen (Art. 79 KVG und Art. 123 bis 126 KVV).

Aufgrund dieser gesetzlichen Kriterien für KVG-Behandlungen ist klar, dass die Krankenkassen nicht reine Zahlstellen sind. Sie haben *grundsätzlich* das Recht und die Pflicht, ihre Leistungspflicht zu prüfen.

Die Kasse darf besonders schützenswerte Daten bearbeiten ...

Seit kurzem gilt eine revidierte Fassung von Art. 84 KVG, die nicht mehr pauschal auf das Datenschutzgesetz verweist, sondern konkreter definiert, was für die Krankenkassen in der Grundversicherung gilt:

Art. 84 KVG: Bearbeiten von Personendaten

Die mit der Bearbeitung von Personendaten sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes betrauten Organe sind befugt, die Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Daten und Persönlichkeitsprofile, zu bearbeiten oder bearbeiten zu lassen, die sie benötigen, um die ihnen nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben zu erfüllen, namentlich um:

[...]

c) Leistungsansprüche zu beurteilen sowie Leistungen zu berechnen, zu gewähren und mit Leistungen anderer Sozialversicherer zu koordinieren; [...]

e) Ein Rückgriffsrecht gegenüber einem haftpflichtigen Dritten geltend zu machen; [...]

g) Statistiken zu führen;

[...].

... aber die Datenbearbeitung muss notwendig sein
Die mit der Durchführung des KVG beauftragten Organe dürfen die Daten bearbeiten, «die sie *benötigen*, um die ihnen nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben zu erfüllen».

Hier schliesst das KVG den Bogen zu den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes, die auch in der KVG-Grundversicherung allesamt zu respektieren sind. Insbesondere würde auch die allfällige Einwilligung des Patienten eine ungeeignete, nicht erforderliche oder unverhältnismässige Datenbearbeitung nicht legalisieren! Hier greift der koordinierte inhaltliche Schutz von Art. 13 Bundesverfassung, des DSGVO sowie das entscheidende Wort «benötigen» in KVG Art. 84.

Diskussion konkreter Fragen im Spannungsfeld von Bundesverfassung, Datenschutzgesetz und KVG

Vorbemerkung

Es ist interessant festzustellen, dass die bisher erschienenen wissenschaftlichen Kommentare zum revidierten KVG²⁷ der Datenschutzproblematik weniger Platz einräumen als der 1993 vom Beobachter publizierte allgemeine Ratgeber zum Patientenrecht.²⁸

Von besonderer Bedeutung ist deshalb der im März 2001 veröffentlichte Bericht der 1998 gemeinsam von EDI und EJPD unter dem Vorsitz von Prof. Dr. iur. Thomas Geiser eingesetzten Expertenkommission «Persönlichkeitsschutz in der sozialen und privaten Kranken- und Unfallversicherung».²⁹

Was «notwendig» ist ...

In der Weltwoche war letzten September beispielsweise zu lesen³⁰, für die Helsana-Controller in den Heimen seien die «vollständige Pflegedokumentation sowie das Gespräch mit dem Pflegepersonal wichtige Hilfsmittel». Die Weltwoche-Journalistin Peter hielt dem entgegen: «Bei Pflegedokumentationen handelt es sich um intime Berichte zur Pflege der Patienten:

Wie oft er gewaschen wird, ob er unter Inkontinenz leidet, welche Medikamente er nimmt und wie seine geistige Verfassung ist. [...] Als besonders aggressive Datensammlerin gilt unter Spitaldirektoren und Ärzten die Swica. Sie unterstelle den Leistungserbringern schnell einmal, ungerechtfertigte Rechnungen zu stellen, und verlange zur Kontrolle Krankengeschichten, Anästhesieprotokolle und anderes, erzählen sie hinter vorgehaltener Hand. Ein Vertrauensarzt werde dabei nicht immer eingeschaltet, sagt ein Direktor, der aus Angst vor Repressionen anonym bleiben will. [...] Falls die Kassen in Zukunft wählen dürfen, mit welchen Spitälern und Ärzten sie zusammenarbeiten, werden die gesammelten Informationen erst recht zum wichtigen Wettbewerbsfaktor. Für die Versicherten können die Datensammlungen der Krankenkassen verheerende Folgen haben.»

Im Lichte der neuen Bundesverfassung ist zunächst zu fragen, wo hier das Selbstbestimmungsrecht der Patienten über ihre Daten bleibt. Es ist ja in den von der Weltwoche erwähnten Fällen kaum anzunehmen, dass die Heim- und Spitalpatienten und ihre Angehörigen erfahren, was hier abläuft.

... muss der Staat entscheiden; keine Freiheit der Kassen

Zudem: Die Kassen führen eine obligatorische Sozialversicherung durch und sind damit ausgelagerte Bundesverwaltung. Wie viele Patientendaten sie wann durch welche Mitarbeiter bearbeiten lassen ist eine Frage, die genauso die Öffentlichkeit angeht wie eine Fichensammlung der Bundesverwaltung selbst. Es handelt sich um einen Eingriff in das verfassungsmässige Grundrecht der Privatsphäre. «Wie das Bundesgericht in exemplarischer Weise für die Handels- und Gewerbefreiheit ausführte, vermag «nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse» einen Eingriff zu rechtfertigen.»³¹ Der Staat muss deshalb demokratisch entscheiden, wie die Rechtsgüter «Privatsphäre» und «finanzielles Gleichgewicht der Kassen» gegeneinander abgewogen werden sollen³². *Wieviel Kostensparen* (oder vermeintliches Kostensparen?!) soll mit *wieviel Big Brother* durch die Kassen erkaufte werden? – «Reduce costs at all costs?»

Stellung und Funktion des Vertrauensarztes: Gesetzesänderungen notwendig

Die «Kommission Geiser» widmet in ihrem Bericht die Seiten 93 bis 139(!) dem Vertrauensarzt in der Sozialversicherung. Sie schlägt eine Reihe konkreter Gesetzesänderungen vor, um die Stellung des Vertrauensarztes in der Krankenversicherung zu klären und zu stärken. Diese Vorschläge werden *Prüfstein* sein, um zu erkennen, welche Priorität *Bundesrat* und *Parlament* dem Datenschutz und damit den Patientenrechten geben: Die vorgeschlagenen Bestimmungen sind «pfannenfertig» und können *tel quel* in die laufende KVG-Revision eingebaut werden. Das Argument, dafür sei es zu spät, wäre nicht stichhaltig. Der Bericht liegt seit Oktober 2000 vor. Und: Als es um die Totalrevision des KVG ging, hat das Parlament die Vorschläge der damaligen Kartellkommission erst

nach Ende der ersten Lesung des KVG im Ständerat erhalten(!) – und sie dennoch umgehend in die Revision aufgenommen.

Entscheidkompetenz des VA für medizinische Fragen und Datenschutz; Statistiken

Die Kommission ging mit überzeugender Begründung davon aus, dass nur der Vertrauensarzt in der Lage ist zu entscheiden, ob eine Untersuchung oder Behandlung aus Sicht der Kasse medizinisch sinnvoll ist oder nicht.³³ Zudem will sie ihm die klare Aufgabe und auch die Kompetenz geben zu entscheiden, welche Informationen er der Kassenverwaltung weitergibt.³⁴ Und: «Die Informationen, die vom vertrauensärztlichen Dienst her [in die Verwaltung; Anm. d.A.] kommen, sind nur für jenen Zweck zu verwenden, für den sie erhoben worden sind. Die Verwaltung hat deshalb klare und selektive Zugriffsregeln aufzustellen.»³⁵ «Auch innerhalb der Verwaltung sollte immer nur jene Stelle Zugriff auf die Daten haben, welche diese wirklich braucht.»³⁶

Art. 57 Abs. 5 KVG soll wie folgt ergänzt werden: Sie [die Vertrauensärzte] sind in ihrem Urteil unabhängig. Sie entscheiden in medizinischen Fragen und über die Weitergabe von medizinischen Daten, welche ihnen von der versicherten Person oder vom Leistungserbringer mitgeteilt worden sind, für den Versicherer verbindlich.[...]

Art. 84 KVG soll wie folgt ergänzt werden:

¹ Die medizinischen Daten, welche der vertrauensärztliche Dienst von versicherten Personen oder Leistungserbringern erhalten hat, dürfen für statistische Zwecke und die allgemeine Wirtschaftlichkeitskontrolle der Leistungserbringer nur nach Anonymisierung oder Verschlüsselung weitergegeben werden.

² Die Versicherer müssen den Zugriff ihrer Organe und Angestellten auf die Daten der Versicherten klar und selektiv regeln sowie Bestimmungen über die Aufbewahrung der Daten aufstellen.

Rekursstelle mit Entscheidkompetenz notwendig

Die Kommission hat zudem erkannt, dass schöne Lösungen auf dem Papier nicht genügen. Vielmehr muss das Funktionieren des vertrauensärztlichen Systems überprüfbar sein.³⁷ Sie schlägt deshalb vor, Art. 57 Abs. 8 KVG zu ergänzen. FMH und KSK sollen durch den Gesetzgeber beauftragt werden, «eine Rekursstelle [einrichten], welche Streitigkeiten zwischen dem Vertrauensarzt oder der Vertrauensärztin und dem Versicherer über die Weitergabe von Personendaten entscheidet³⁸ und die Einhaltung des Datenschutzes beim vertrauensärztlichen Dienst überwachen kann.» Alternativ soll das KVG-Schiedsgericht gemäss Art. 89 mit dieser Aufgabe betraut werden können.

Schnittstelle Grundversicherung – Zusatzversicherung
Daten aus der Grund- und aus der Zusatzversicherung lassen sich «in der Praxis aber nicht auseinanderhalten. Die gleichen Informationen werden im

konkreten Fall sowohl für die Basis- wie auch für die Zusatzversicherung gebraucht.»³⁹ Die «Kommission Geiser» schlägt konsequenterweise vor, in Art. 57 Abs. 1a (neu) KVG (und sinngemäss in Art. 100 Abs. 4 VVG) zu ergänzen:

«Bietet ein Versicherer neben der sozialen Krankenversicherung nach diesem Gesetz auch Zusatzversicherungen oder betreibt er weitere Versicherungsarten, so finden die Bestimmungen über die Vertrauensärzte und -ärztinnen auch auf diese Versicherungen Anwendung. Schon für den Abschluss der Versicherung kann verlangt werden, dass die medizinischen Daten ausschliesslich dem vertrauensärztlichen Dienst zugänglich sind.»

Kostengutsprachen: ja, wenn ...

Eine gesetzliche Grundlage für Kostengutsprachen an die Versicherungsadministration fehlt im KVG. Denn gemäss Art. 58 Abs. 3 lit. a KVG kann der Bundesrat zwar «insbesondere vorsehen, dass vor der Durchführung bestimmter, namentlich besonders kostspieliger Diagnose- oder Behandlungsverfahren die Zustimmung des Vertrauensarztes oder der Vertrauensärztin eingeholt wird.» Erstens geht es also hier um eine Vorkontrolle durch den Vertrauensarzt (und nicht die Administration), und zweitens wäre mindestens fraglich, ob der Bundesrat Kostengutsprachen für alle Hospitalisierungen vorschreiben dürfte. Diese Frage ist aber gar nicht aktuell, denn eine solche Pflicht, vor stationärer Behandlung generell die Zustimmung des Vertrauensarztes einzuholen, ist weder in der KVV noch in der vom EDI beschlossenen KLV erwähnt. Damit wäre es primär an den Patienten – und nur mit grosser Zurückhaltung an den Tarifvertragspartnern – zu entscheiden, ob und wann die Kostendeckungsfrage vorgängig geklärt werden soll.

Nach Auffassung der «Kommission Geiser» können Kostengutsprachen grundsätzlich ein sinnvolles Instrument sein: Der Patient weiss so zum voraus, dass die Behandlung von der Kasse bezahlt wird; und die Kasse kann relativ teure Leistungen im voraus planen. Aber: «Die Kostengutsprachen [...] haben nur dann einen Sinn, wenn der Versicherer sie in Kenntnis der Sachlage gewährt. Nach Ansicht der Kommission sind in diesen Fällen detaillierte Indikationen oder Diagnosen unerlässlich.»⁴⁰ Dies heisst im Klartext: *Kostengutsprache* gesuche gehören ausschliesslich in die Hand des Vertrauensarztes, weil es seine Aufgabe ist, abschliessend den Kassenstandpunkt zu definieren zur Frage, ob die Untersuchung oder Behandlung medizinisch sinnvoll sei – vgl. den von der Kommission vorgeschlagenen revidierten Art. 57 Abs. 5 KVG.

Diagnoseangabe? Diagnoseangabe nach ICD?? – falsches Thema!

Die «Kommission Geiser» hat in zurückhaltenden Worten festgestellt, dass bei näherer Betrachtung des Gegenstandes eigentlich nicht unbedingt die – zudem in der ambulanten Medizin oft gar nicht bekannte – Diagnose die Information ist, die der Kasse wirklich hilft, ihre Leistungspflicht zu prüfen. Wo bisher der

Gesetzgeber und die Krankenversicherer von Diagnose sprachen, steht deshalb im Bericht der Kommission konsequent «Indikation oder Diagnose.»⁴¹

In der Tat: Ob sich eine Untersuchung oder Behandlung «auf das Mass beschränkt, das im Interesse des Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist» (Art. 56 KVG), ist gleichbedeutend mit der Frage nach dem Behandlungsgrund. Es genügt, im klinischen Wörterbuch nachzuschlagen um zu wissen, was – wenn schon – für den Versicherer relevant ist:

- Der Pschyrembel definiert *Indikation* als «sog. Heilanzeige; Grund zur Anw. eines best. diagnostischen od. therapeutischen Verfahrens in einem Krankheitsfall, der seine Anw. hinreichend rechtfertigt.»⁴²
- *Diagnose* hingegen ist definiert als «zweifelsfreie Zuordnung einer gesundheitl. Störung zu einem Krankheitsbegriff; i.w.S. Bez. F. ein Symptom (z.B. Akutes Abdomen) bzw. eine Vermutung (sog. Verdachtsdiagnose); vgl. Klassifizierung.»⁴³ Dabei ist völlig offen, ob der Träger der Diagnose eine Behandlung benötigt oder nicht.

Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass der jahrzehntelange Streit um die Angabe der Diagnose auf der Rechnung und der nun auch schon in die Jahre gehende Streit um die Angabe der ICD-Diagnosen bei hospitalisierten Patienten schlicht am wahren Thema vorbeigingen. Die Indikation ist wichtiger für die Leistungsprüfung als die Diagnose. Die systematische Angabe der Diagnose ist schon allein aus diesem Grund ungeeignet, deshalb nicht erforderlich, deshalb unverhältnismässig – und verletzt damit die Bestimmungen der Bundesverfassung (Art. 13), des Datenschutzgesetzes (Art. 17) und des KVG (Art. 42 und Art. 84)⁴⁴. Pointiert und unjuristisch: «*Wer für die Kostenkontrolle die Angabe der Diagnose in jedem Fall verlangt, hat selbst eine ...*»

Rechnungsinhalte: Elektronische Abrechnung ...

Während der Diskussionen in der Kommission wurden im Gesundheitswesen zwei Projekte erarbeitet: Die Versicherer entwarfen ein – mittlerweile offenbar wieder aufgegebenes – Zertifizierungssystem, und seitens der Ärzteschaft wurde das Konzept der elektronischen Abwicklung via Trust-Center entwickelt. Die Kommission erachtete die beiden vorgestellten Lösungen nicht als eine Frage des «Entweder-Oder», sondern als komplementär. Die Mehrheit der Kommission unterstützte das Konzept des Trust-Centers, wonach der Leistungserbringer die Rechnung dem Patienten zustellt, «gleichzeitig eine detaillierte Indikation oder Diagnose (in nicht anonymisierter Form) dem Server übermittelt, der zuständige Versicherer auf die entsprechende im Server gespeicherte detaillierte Indikation oder Diagnose zugreifen kann, wenn er von der versicherten Person die Rechnung zur Kostenerstattung erhalten hat (kein Zugriff ohne Rechnung).»⁴⁵ Eine «Minderheit der Kommission äusserte sehr starke Bedenken gegenüber der Speicherung höchst sensibler Gesundheitsdaten (auf Vorrat). Unter anderem wurde befürchtet, der Datenfluss

Server – Versicherer würde nicht im spezifischen Einzelfall sondern standardmässig erfolgen.»⁴⁶

... und Ausschlusslisten

Der Ombudsman der sozialen Krankenversicherung, Gebhard Eugster, hat 1998 in seinem Kommentar zum KVG⁴⁷ festgehalten: «Nach Art. 59 Abs. 2 KVV können Versicherer und Leistungserbringer in den Tarifverträgen vereinbaren, *welche Angaben und Diagnosen* in der Regel nur dem Vertrauensarzt (Art. 57) bekanntzugeben sind. Tarifvertragliche oder anderweitige *Ausschlusslisten sind ein Muss*, wenn die Persönlichkeitsrechte der Versicherten auch im Rahmen einer Massenverwaltung respektiert bleiben sollen.»⁴⁸ [Hervorhebung durch den Autor].

Im Hinblick auf den Differenzierungsgrad verschiedener Positionen in TARMED bedeutet dies, dass nicht nur heikle Indikationen und Diagnosen, sondern auch *Rechnungen* mit heiklen Leistungspositionen ausschliesslich in die Hand des *Vertrauensarztes* gehören.

Dies ist im Grundsatz nichts Neues: Als das EDI Ende 1993 eine revidierte Analysenliste beschloss, in der unter anderem die *HIV- und Hepatitisbestätigungstests* eine eigene Tarifposition erhielten, gab es begreiflicher- und berechtigterweise einen Aufstand, unter anderem seitens der Schweiz. Patientenorganisation und der FMH. Die Departementsvorsteherin sah sich gezwungen, eine Arbeitsgruppe einzusetzen mit dem Auftrag, diese konkrete Problematik zu lösen und die Situation im Bereich der Krankenpflegeversicherung generell zu überdenken.⁴⁹ In der Folge wurden die berühmten Sternchen in der Analysenliste eingeführt, die es erlauben sollten, gewisse Leistungen vertraulich zu halten. Der Erfolg dieser Lösung war, zurückhaltend ausgedrückt, nicht überwältigend. Entscheidend ist aber etwas ganz anderes: An diesem Beispiel wurde erstmals richtig erkannt, dass auch Leistungsangaben im Klartext so heikel sein können, dass sie nicht in den allgemeinen Datenmolech der Krankenkassenadministrationen gelangen dürfen. Genau diesen Datenschutzstandard werden die Tarifpartner auch bei TARMED einhalten müssen. Gleichzeitig mit Einführung der TARMED-Tarife muss deshalb zwingend sichergestellt werden, dass *objektiv heikle Informationen routinemässig und automatisch nicht in der Kassenadministration landen* – «Ausschlusslisten sind ein Muss, wenn die Persönlichkeitsrechte der Versicherten auch im Rahmen einer Massenverwaltung respektiert bleiben sollen.»⁵⁰

Dem Patienten und dem Arzt bleibt dann noch zu entscheiden, welche weiteren Leistungspositionen *im Einzelfall* gestützt auf Art. 42 Abs. 5 KVG nicht in die Administration gelangen dürfen, weil sie für diesen konkreten Patienten in seiner aktuellen Situation deletär wären – vgl. die weiter vorne im Zusammenhang mit dem Patientengeheimnis unter «subjektiv heikle Daten» erwähnten Beispiele.

Physician Profiling: verschlüsselte Patientendaten

Seit vielen Jahren ist international anerkannt, dass aussagekräftige Leistungsstatistiken über Ärzte, Spitäler, Physiotherapeuten usw. die *ganze Behand-*

lungskette untersuchen und eine *Fallbildung* vornehmen müssen. Ich verweise statt vieler auf Peter R. Kongstvedt⁵¹:

«The Physician Payment Review Commission has suggested several guidelines for effective physician profiling. According to the PPRC, profiles first must be analyzed for a well defined population. Second, they must include a sufficient number of observations to ensure that differences are not due to chance. Third, they should include adjustments for case mix.» [...] «A successful profiling system defines an *episode of care*, accounts for severity of illness and comorbidities, and identifies *all the resources used per episode of care*.»⁵². Und weiter bei Kongstvedt: «It is better to attempt to examine provider behavior from the standpoint of *total health care resource consumption* and outcome, including resources not directly delivered or billed by the provider, and to look at true episodes of care and outcomes as opposed to constellations of single visits.»⁵³

Dies bedeutet, dass Leistungsstatistiken nicht mit anonymisierten Patientendaten erstellt werden können, sondern nur, aber immerhin, mit *verschlüsselten* Patientendaten. Nur so kann der Weg des Patienten nachgezeichnet und damit die von der Medizinökonomie geforderte «episode of care» und die «total health care resource consumption» statistisch erfasst werden.

Big Brother am Arbeitsplatz – Persönlichkeitsprofile der Leistungserbringer
Arbeitnehmer im Service Public müssen eine geeignete, erforderliche und verhältnismässige Überwachung durch ihren Arbeitgeber akzeptieren. Genauso müssen auch Ärzte und Ärztinnen sowie die Angehörigen der anderen Gesundheitsberufe akzeptieren, dass sie für KVG-Behandlungen⁵⁴ nicht nur den Patienten, sondern auch der Allgemeinheit Rechenschaft schulden.

Die Parallele zu Angestellten im Service Public gilt aber umgekehrt auch für die *Grenzen des Big Brother*: Der Bundesangestellte darf nicht mit Videokameras in jeder Ecke seines Büros überwacht werden. Die Angehörigen der Gesundheitsberufe haben ebenfalls eine gemäss Bundesverfassung und Datenschutzgesetz zu schützende Intimsphäre – auch bei ihnen ist *nicht jede Überwachung* zulässig. Denn eines dürfte wohl klar sein: Hochdetaillierte Leistungsstatistiken über einzelne Spitexschwestern, Hebammen oder Ärzte sind letztlich nichts anderes als «*Persönlichkeitsprofile*»⁵⁵ gemäss Datenschutzgesetz. Richtigerweise hat deshalb der Datenschutzbeauftragte das Dignitätskonzept zur kritischen Prüfung einverlangt. Wenn schon die bloße Erhebung der Qualifikationen der Ärzte und Ärztinnen (berechtigte) Fragen aufwirft – was gilt dann erst für den «Fingerabdruck» ihrer beruflichen Tätigkeit?

La version française suivra

- 1 Anders als für die einheitliche Tarifstruktur hat der Bundesrat für den Vertrauensärztervertrag keine Übergangsfrist vorgesehen. Er müsste deshalb seit 1. Januar 1996 in Kraft sein. Auch in dieser Frage befinden wir uns also in einem gesetzeswidrigen Zustand. Interessanterweise wird dieser Sachverhalt von Politikerinnen und Politikern weniger laut kritisiert als das Timing in der Tarifrfrage.
- 2 Der Bericht wurde im März 2001 veröffentlicht und trägt den Titel «Persönlichkeitsschutz in der sozialen und privaten Kranken- und Unfallversicherung». Er ist bei der EDMZ unter der Bestellnummer 318.010.7/01d 3.01 660 erhältlich. Adresse: BBl/EDMZ, 3003 Bern, www.admin.ch/edmoz. In der 16 Personen umfassenden Expertenkommission hat Fürsprech und Notar Andreas Kummer das KSK vertreten, Dr. Alfred Vaucher die Vertrauensärztesgesellschaft und HP. Kuhn die FMH.
- 3 Siehe statt vieler Entscheide zuletzt BGE 122 I 153ff.; S. 162 mit Verweisen (Einsicht in KG).
- 4 So schon Botschaft zum DSG vom 23.3.1988, Sonderdruck S. 7.
- 5 Beauchamp TL, Childress JF. Principles of Biomedical Ethics. New York: Oxford University Press; 1994. S. 273.
- 6 Zimmermann-Acklin M. Perspektiven der biomedizinischen Ethik. Genève: Folia Bioethica der Schweiz. Gesellschaft für biomedizinische Ethik; 2000. S. 12.
- 7 Weber-Dürler B. Grundrechtseingriffe. In: Zimmerli U (Hrsg.). Die neue Bundesverfassung; Bern: Stämpfli; 2000. S. 131-55; 136.
- 8 Art. 117 Bundesverfassung: Kranken- und Unfallversicherung.
¹ Der Bund erlässt Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung.
² Er kann die Kranken- und die Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären.
- 9 Weber-Dürler B. Grundrechtseingriffe. In: Zimmerli U (Hrsg.). Die neue Bundesverfassung; Bern: Stämpfli; 2000. S. 131-55; 136.
- 10 B. Weber-Dürler, a.a.O., S. 139.
- 11 B. Weber-Dürler, a.a.O., S. 142.
- 12 B. Weber-Dürler, a.a.O., S. 143.
- 13 Stratenwerth G. Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II. Bern: Stämpfli; 2000. S. 381.
- 14 Vgl. etwa Peter M. Illegale Schnüffelei mit bösen Folgen; die Krankenkassen verletzen systematisch das Datenschutzgesetz. Unter dem Deckmantel der Kostenkontrolle beschaffen sie Krankengeschichten und andere Informationen von Patienten. Weltwoche, 28.9.2000.
- 15 Vergleiche zum Patientengeheimnis den ausgezeichneten Übersichtsartikel von Martin J, Guillod O: Secret médical; Schweiz Ärztezeitung 2000;81(37):2047-52; deutsch erschienen unter dem Titel «Arztgeheimnis» ebenfalls in Schweiz Ärztezeitung 2000;81(37):2053-59.
- 16 Die hier verwendeten Ausdrücke «banal», «objektiv heikel» und «subjektiv heikel» sind nicht eingeführte Rechtsbegriffe. Gerade weil das Patientengeheimnis im Strafgesetzbuch und die besonders schützenswerten Daten im Datenschutzgesetz alle Gesundheitsinformationen über einen Leisten schlagen, ist es notwendig, differenzierte und rechtlich nicht schon anders belegte Begriffe zu verwenden. Denn wenn es darum geht, das Patientengeheimnis gegen andere gesetzliche Bestimmungen abzuwägen wie beispielsweise die Zuständigkeit der Kassen, ihre Leistungspflicht zu prüfen, spielt es unter dem Aspekt der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit der Kontrolle durch die Kasse eine Rolle, was für den Patienten im konkreten Fall wirklich auf dem Spiel steht.
- 17 «Sogenannt» deshalb, weil diese Rückfragen oft gar nicht vom Vertrauensarzt, sondern von der Kassenadministration veranlasst werden ...
- 18 Gmür R. Jäger und Sammler. VSAO-Bulletin 1996;15(5):21; franz.: Chasseurs et collectionneurs. Bulletin ASMAC 1996;15(5):20.
- 19 Bericht S. 149.

- 20 Siehe Hintergrund dieser Problematik etwa: Buckman R. How to break bad news; A Guide for Health Care Professionals; Baltimore: Johns Hopkins University Press; 1992. Buckmann schlägt ein «six-step-protocol» vor, das nicht vor jeder Spital-einweisung abgewickelt werden kann: «1. Getting started; 2. Finding out how much the patient knows; 3. Finding out how much the patient wants to know; 4. Sharing the information (aligning and educating); 5. Responding to the patient's feelings; 6. Planning and follow-through».
- 21 Eine klare gesetzliche Grundlage für Kostengutsprachen an die Versicherungsadministration fehlt. Es gibt nur eine gesetzliche Grundlage, nämlich Art. 58 Abs. 3 lit. a KVG. Dieser gibt dem Bundesrat die Kompetenz, «vor der Durchführung bestimmter, namentlich besonders kostspieliger Diagnose- oder Behandlungsverfahren die Zustimmung des Vertrauensarztes oder der Vertrauensärztin einzuholen». Eine solche Pflicht, generell vor stationärer Behandlung die Zustimmung des Vertrauensarztes einzuholen, ist aber weder in der KVV noch in der vom EDI beschlossenen KLV zu finden.
- 22 In der Unfallversicherung muss der Leistungsverzicht des Versicherten oder seiner Hinterlassenen gemäss Art. 65 UVV vom Unfallversicherer in einer Verfügung bestätigt werden, so dass ihm die relevanten und möglicherweise heiklen Informationen nicht vorenthalten werden können. Angesichts der offensichtlichen Datenschutzproblematik erscheint allerdings fraglich, ob diese Bestimmung auf Verordnungsebene genügt. Es müsste wohl eine formelle gesetzliche Grundlage im UVG geschaffen werden – wenn man denn vollumfänglich an dieser paternalistischen Lösung festhalten will, die dem informationellen Selbstbestimmungsrecht in Art. 13 der revidierten Bundesverfassung klar widerspricht.
- 23 Vgl. dazu weiter hinten unter «Ausschlusslisten».
- 24 Vgl. auch BGE 122 I 153, KG-Einsicht als Frage von Art. 4 (alt) BV.
- 25 Vgl. Bericht «Kommission Geiser» S. 112.
- 26 Zu denken ist hier beispielsweise an das Kriterium des Krankheitswertes bei psychiatrischer Behandlung, um die kassenpflichtige Behandlung des kranken Patienten von der Lebenshilfe am Gesunden zu unterscheiden, welche zuweilen maliziös die präventive Therapie des Normopathen genannt wird.
- 27 Vgl. insbesondere: Duc J-L (éd.). LAMal-KVG. Recueils de travaux, Lausanne: IRAL; 1997; Eugster G. Krankenversicherung. In: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (Hrsg.). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Ulrich Meyer-Blaser: Soziale Sicherheit. Basel: Helbing & Lichtenhahn; 1998; Maurer A. Das neue Krankenversicherungsrecht. Basel: Helbing & Lichtenhahn; 1996.
- 28 Ramer P, Rennhard J. Patientenrecht, ein Ratgeber aus der Beobachter Praxis. Zürich: Jean-Frey AG; 1993. S. 29-35, S. 98ff.
- 29 Siehe [2].
- 30 Peter M. Illegale Schnüffelei mit bösen Folgen; die Krankenkassen verletzen systematisch das Datenschutzgesetz. Unter dem Deckmantel der Kostenkontrolle beschaffen sie Krankengeschichten und andere Informationen von Patienten. Weltwoche, 28.9.2000.
- 31 B. Weber-Dürler, a.a.O., S. 139.
- 32 Siehe statt vieler, Müller JP. Einleitung zu den Grundrechten. In: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. I. Basel, Zürich und Bern: 1996. VI Einschränkungen von Grundrechten, Randziffern 113-180.
- 33 Bericht S. 100f.
- 34 Bericht S. 132 und S. 134.
- 35 Bericht S. 134.
- 36 Bericht S. 135.
- 37 Bericht S. 133.
- 38 Die Kommission schlägt bewusst vor, dass diese Rekursstelle – im Unterschied zu den bisherigen paritätischen Kommissionen – erstinstanzlich entscheiden soll und nicht nur Vermittlungsvorschläge zu unterbreiten hat. Sie erhält so das notwendige Gewicht und kann durch ihre Tätigkeit die Gerichte entlasten.
- 39 Bericht S. 101.
- 40 Bericht S. 30.
- 41 Z.B. Bericht S. 27f.
- 42 Pschyrembel Klinisches Wörterbuch. 257. Auflage. Berlin, New York: Walter de Gruyter; 1994. S. 716.
- 43 Pschyrembel, a.a.O., S. 322.
- 44 Insbesondere erweist sich aufgrund dieser Überlegungen Art. 42 Abs. 4 als unglücklich formuliert, und der vermeintlich darauf aufbauende Art. 59 KVV als eindeutig gesetzeswidrig.
- 45 Bericht S. 28.
- 46 Bericht S. 29.
- 47 Eugster G. Krankenversicherung. In: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (Hrsg.). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Ulrich Meyer-Blaser: Soziale Sicherheit. Basel: Helbing & Lichtenhahn; 1998.
- 48 Eugster, op. cit. S. 121.
- 49 Der Bericht dieser Arbeitsgruppe «ADAK» (Arbeitsgruppe Datenschutz und Analysenliste / Krankenversicherung) wurde vom BSV im Juli 1996 publiziert.
- 50 Eugster G. Krankenversicherung. In: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (Hrsg.). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Ulrich Meyer-Blaser: Soziale Sicherheit. Basel: Helbing & Lichtenhahn; 1998.
- 51 Kongstvedt PR. Essentials of Managed Health Care. 2nd edition. Maryland 1997. Insbesondere S. 288-90 sowie S. 319-24.
- 52 op. cit., S. 288.
- 53 op. cit., S. 320.
- 54 Selbstverständlich gilt dies nicht für die Behandlungskosten von Selbstzahlerpatienten.
- 55 «eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt.» Art. 3 Abs. 1 lit. d DSG.