dann, wenn man die CoronaImpfV für rechtswidrig hielte, nicht zu einer gerichtlichen Änderung der Priorisierung. Vielmehr müsste der Verordnungs-, besser der Gesetzgeber, dann eine neue Priorisierungsentscheidung treffen, die nicht zwingend im Sinne eines Anspruchs des Klägers auf vorrangige Impfung ausfallen müsste. Gegen eine *gesetzliche* Regelung¹⁰ könnte dann wiederum mit der Verfassungsbeschwerde vorgegangen werden. Zudem käme auch eine Inzidentprüfung der gesetzlichen Regelung im fachgerichtli-

chen Verfahren und ggf. eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG in Betracht. Die Erfolgsaussichten wären als ähnlich gering einzuschätzen.

10) Vgl. dazu den von der FDP-Fraktion eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Corona-Virus (Coronavirus-Impfgesetz) v. 15.12.2020 (BT-Dr. 19/25260).

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5820-3>

Das Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung

Laura Halm

Abstract

Der mögliche Nutzen der digitalen Gesundheitsversorgung ist aufgrund der immensen Vorteile für Therapiemöglichkeiten des Einzelnen offensichtlich.

Die digitale Gesundheitsversorgung steht verfassungsrechtlich aber auf wackeligen Beinen – im Gegensatz zur informationellen Selbstbestimmung, der in Deutschland eine erfreulich hohe Bedeutung zukommt. Ausgewogene, zukunftssträchtige Lösungen entstehen aber oft im Spannungsverhältnis verschiedener Grundrechte. Dieser Beitrag will daher die Debatte anregen, ob neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch stets ein korrespondierendes Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung mitgedacht werden sollte.

I. Ausgangslage

In Deutschland ist die Telematikinfrastruktur als Grundlage eines vernetzten und digitalen Gesundheitswesens bereits aufgebaut, und Arzt- und Zahnarztpraxen sind daran angeschlossen. Krankenhäuser sowie weitere Leistungserbringer werden folgen. Den gesetzlich Versicherten stehen erste medizinische Anwendungen, wie das Notfalldatenmanagement oder der elektronische Medikationsplan, zur Verfügung. Ab 2021 bekommen sie von ihren Krankenkassen eine elektronische Patientenakte angeboten, die sie freiwillig nutzen können. Diese wird in verschiedenen Ausbaustufen entwickelt und soll perspektivisch auch die Bereitstellung von Daten zu Forschungszwecken ermöglichen.

Der Nutzen der digitalen Gesundheitsversorgung ist aufgrund der immensen Vorteile für Therapiemöglichkeiten des Einzelnen offensichtlich. Insbesondere können digitale Technologien darin unterstützen, den Herausforderungen in der Gesundheitsversorgung zu begegnen: So sind Menschen in strukturschwachen Gebieten medizinisch zu versorgen, teure Innovationen zu bezahlen sowie immer mehr alte und auch chronisch kranke Menschen zu betreuen.

Deutschland ist traditionell das „Mutterland des Datenschutzes“. Dies führt dazu, dass die Datenschutzdebatten meist schon vorab geführt werden, bevor es Änderungen oder Innovationen im System gibt bzw. geben kann. Diese Debatten sind wichtig und notwendig, denn gerade

im Gesundheitsbereich mit seinen zwangsläufig höchst-sensiblen Daten muss der Datenschutz stets und selbstverständlich mitgedacht werden und die Digitalisierung des Gesundheitswesens begleiten. Allerdings: Einwände müssen auch stets Substanz haben und dürfen nicht auf vagen Vorstellungen fußen. Vielmehr sollten auch die unbestreitbaren und großen Vorteile, die die Digitalisierung des Gesundheitssystems für die Gesundheit des Einzelnen bringen kann, immer mit einkalkuliert werden. Vorteile, die jeder von uns erleben wird, sei es, weil man seinen Papier-Impfpass nicht mehr suchen muss oder, weil man eine individuelle Therapie z.B. zur Behandlung einer Krebserkrankung erhält.

Bei einem Thema von so zentraler Bedeutung für das Wohl sowohl der Gemeinschaft als auch des Einzelnen stellt sich ab einem gewissen Punkt – den wir derzeit durch die Digitalisierung des Gesundheitssystems erreichen, wenn nicht gar schon überschritten haben, – die Frage nach einer juristischen Grundlage: einem Recht auf digitale Gesundheitsversorgung.

Betrachtet man die Gesetzeslage, muss man festhalten: Das Recht auf digitale Gesundheitsversorgung ist verfassungsrechtlich nicht wortwörtlich als ein solches erfasst. Wichtige Anker lassen sich aber bereits jetzt aus den durch das BVerfG konkretisierten Grundrechten ableiten – hierfür soll dieser Beitrag erste Ansätze liefern. Ein solches Grundrecht könnte sich aus dem Grundrecht auf elementare Gesundheitsversorgung (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip) und auch aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ergeben. Das Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung kann – korrespondierend mit dem Recht auf Datenschutz, welches ebenfalls im Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verankert ist, – die Gesundheitsversorgung auch verfassungsrechtlich für das Informationszeitalter und andere Herausforderungen rüsten. Die folgenden Zeilen beschäftigen sich aber keineswegs vollumfänglich oder abschließend mit dem Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung, sondern sollen bestenfalls der initiale Aufschlag für eine weitere Debatte sein.

II. Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip

Das Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung könnte sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip herleiten.

Rechtsanwältin und Unternehmensjuristin Laura Halm, gematik GmbH, Friedrichstraße 136, 10117 Berlin, Deutschland

„Im Grundgesetz existiert kein Recht auf Gesundheit (wie immer man Gesundheit definiert), sondern nur ein allgemeiner Anspruch auf aktive gesundheitsbezogene staatliche Gefahrenvorsorge und Gefahrenabwehr, auf die Gewährleistung einer hinreichenden Versorgungsstruktur sowie auf Schutz- und Hilfsmaßnahmen des Staates bei Aufwendungen des Einzelnen im Krankheitsfall mit den Mitteln der (Pflicht-)Versicherung oder der staatlichen Fürsorge¹.“

Das BVerfG hat zudem festgestellt, dass kein Anspruch auf konkrete medizinische Leistungen besteht. Stattdessen leitet es die staatliche Pflicht ab, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu stellen und geht hierbei von einem weitem Gestaltungsspielraum aus². Es führt aus, dass dieser Gestaltungsspielraum erst überschritten ist, wenn die nach Maßgabe des SGB V durch die Gesetzliche Krankenversicherung zur Verfügung gestellten Leistungen zur Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung der Gesundheit und des Gesundheitszustandes des Versicherten (§ 1 SGB V) schlechterdings nicht zureichend sind³. So geht das BVerfG für eine konkrete Behandlungsmethode der Duchenne'schen Muskeldystrophie von einem verfassungsunmittelbaren Anspruch aus. Zu einer Entscheidung des BSG, dass einen Anspruch auf die konkrete Behandlung ablehnte, weil diese nicht dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen entsprach, führt das BVerfG in seinem Beschluss v. 6. 12. 2005 aus:

„Die angegriffene Auslegung der leistungsrechtlichen Vorschriften des SGB V durch das BSG ist in der extremen Situation einer krankheitsbedingten Lebensgefahr auch nicht mit der Schutzpflicht des Staates für das Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu vereinbaren. Übernimmt der Staat mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten, so gehört die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter den genannten Voraussetzungen zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderten Mindestversorgung⁴.“

Diese Ausführungen lassen sich nicht verallgemeinern, und es lässt sich hieraus auch nicht direkt für alle gesetzlich Versicherten unmittelbar ein Anspruch auf eine digitale Gesundheitsvorsorge ableiten. In Fällen aber, bei denen die Behandlung einer lebensbedrohlichen Erkrankung maßgeblich an einer breiten Datenlage hängt, wie etwa eine komplizierte Krebserkrankung, bei der sich die Behandlungsmöglichkeiten durch eine digitale Gesundheitsversorgung signifikant verbessert⁵, lässt sich ein solcher verfassungsunmittelbarer Anspruch auf eine digitale Gesundheitsversorgung mit guten Argumenten ableiten.

Damit ein solcher Anspruch sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. mit dem Sozialstaatsprinzip ergibt, könnte die Therapie für den Einzelnen auf konkrete Behandlungsmethoden abgestellt werden, die nur auf Grundlage einer digitalen Gesundheitsversorgung gewährleistet werden könnten.

Denkbar wäre aber auch, dass ein genereller Anspruch aller Versicherten besteht, wenn eine Gesamtschau den Schluss nahelegen würde, dass eine digitale Gesundheitsversorgung der analogen überlegen ist. Dies gilt umso mehr dann, wenn diese nicht kostenintensiver ist. Dass sie dies nicht ist, ist sehr wahrscheinlich, da z. B. durch die medizinische Dokumentation in der elektronischen Patientenakte Doppeluntersuchungen und Fehlbehandlungen vermindert werden können.

III. Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Das Grundrecht auf digitale Gesundheitsversorgung könnte sich auch aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ergeben.

Das BVerfG hat bereits 2006 festgestellt, dass es ein Recht auf die Einsicht in Krankenakten gibt, das sich aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ergibt. Das Gericht ließ zunächst offen, ob das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich einen Anspruch des Einzelnen auf Informationen über seine persönlichen Daten umfasst, stellte aber mit Bezug zu dem Volkszählungsurteil⁶ zugleich klar:

„Anerkannt ist jedoch, dass auch ein fehlender Zugang zum Wissen Dritter über die eigene Person die von Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte individuelle Selbstbestimmung berühren kann (vgl. BVerfGE 65, 1 <43>) und dass daher das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung seinem Träger auch Rechtspositionen verschafft, die den Zugang zu den über ihn gespeicherten persönlichen Daten betreffen⁷.“

Das BVerfG leitete dann den Zugang zu bereits bestehenden Patientendaten aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ab.

Bei der digitalen Gesundheitsversorgung geht es nicht unmittelbar um den Zugang zu sondern vielmehr um die Vernetzung von vorhandenen Patientendaten.

Direkt lässt sich also aus dieser Entscheidung nicht auch ein Recht auf digitale Gesundheitsversorgung folgern. Nicht nur, aber insbesondere auch bei Patienten mit einer langen oder komplizierten Krankheitsgeschichte fallen sehr große Mengen von Gesundheitsdaten an. Bezieht man in die Betrachtung mit ein, dass diese erst dann sinnvoll nutzbar sind, wenn die Daten strukturiert und vernetzt werden, kann man die informationelle Selbstbestimmung dennoch als Argument für das Recht auf eine digitale Gesundheitsversorgung heranziehen. In Zeiten von Big Data kann das Recht der Nutzung diverser Datenquellen zu den eigenen Gesundheitsdaten dann ins Leere laufen, wenn es keine Möglichkeit gibt, eben diese Gesundheitsdaten für die eigene Behandlung auch heranzuziehen.

Dies kann an der Menge an analogen Gesundheitsdaten des Patienten scheitern oder im Falle eines Notfalls auch an der knappen Zeit.

Etliche Behandlungen werden zudem wiederholt, weil es zu unsicher ist, sich auf die Angaben des Patienten zu verlassen – wie z. B. die Blutgruppenbestimmung, Röntgenaufnahmen, teilweise auch Impfungen. Medikamente haben unnötige Wechselwirkungen, weil ein Arzt nichts von der Verschreibung des anderen wusste. Ebendies zu verhindern, könnte eine staatliche Schutzpflicht sein, aus

1) Steiner, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 2 GG, Rdnr. 16.

2) BVerfG, Beschl. v. 6. 12. 2005 – 1 BvR 347/98 –, Rdnrn. 40 u. 58 m. w. N.

3) Steiner, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 2 GG, Rdnr. 16.

4) BVerfG, Beschl. v. 6. 12. 2005 – 1 BvR 347/98 –, Rdnr. 65 m. w. N.

5) https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Digitalisierung_in_der_Medizintechnik.pdf, dort, insbesondere S. 14 ff., Abruf 17. 11. 2020.

6) BVerfGE 65, 1 ff.

7) BVerfG, Beschl. v. 9. 1. 2006 – 2 BvR 443/02 –, Rdnr. 22.

der sich mittelbar der Anspruch auf eine digitale Gesundheitsversorgung ergibt.

1. Wegen unvollständiger Datenlage Einwilligung in die Behandlung unwirksam?

Denkbar ist, dass aufgrund der schiereren Datenmenge der Patient keine wirksame Einwilligung in seine Behandlung erteilen kann.

Nach ganz herrschender Meinung ist nur die mit wirksamer Einwilligung des Betroffenen vorgenommene Heilbehandlung keine Grundrechtsbeeinträchtigung.

Grundrechtlich geschützt ist daher zwangsläufig auch die Selbstbestimmung, und das Grundgesetz setzt für diese Selbstbestimmung daher zwangsläufig die medizinische Aufklärung voraus. Lang⁸ führt dazu aus:

„Im Kontext medizinischer Interventionen ist unabdingbare Voraussetzung der Ausübung von Selbstbestimmung die ärztliche Aufklärung über den Gesundheitszustand und die medizinischen Handlungsoptionen. Erst sie ermöglichen die Bildung des für die Einwilligung in medizinische Maßnahmen erforderlichen Willens, nur die im „informed consent“ erklärte Einwilligung kann rechtfertigend wirken, die informierte Einwilligung lässt sich deshalb als die normative Mitte des Arzt-Patienten-Verhältnisses beschreiben.“

Diese informierte Einwilligung kann also nur ein Patient erteilen, der die Optionen kennt. Wie kann aber eine informierte Einwilligung erfolgen, wenn auch dem behandelnden Arzt nicht die erforderlichen Informationen zur Verfügung stehen? Der Mediziner kann nur über Risiken aufklären, die er absehen kann. Kann der behandelnde Arzt diese Risiken aber gerade nicht absehen, weil die Datenlage fehlt, dann sollte er auch darüber aufklären, auch, um sich vor der strafrechtlichen Verantwortung zu schützen.

Gegenüber dem Staat greift diese Argumentation aber dann nicht, wenn die fehlende Datenlage ein infrastrukturelles Problem ist. Das Wissen um die Krankheit und das Wissen um den Menschen müssen zusammengeführt werden, um eine optimale medizinische Versorgung zu gewährleisten. Dadurch, dass das Recht auf Aufklärung besteht, lässt sich ein Recht auf eine digitale Gesundheitsversorgung zumindest in den Fällen ableiten, in denen sich

erst durch sie ein umfassendes Bild über die Behandlungsmethoden und Risiken machen lässt. Mit steigenden Zahl von Gesundheitsdaten wird dies über kurz oder lang aber wohl für alle Patienten gelten.

2. Gebot der Freiwilligkeit

Anders verhält es sich, wenn der Patient die Entscheidung trifft, die digitale Gesundheitsversorgung nicht nutzen zu wollen. Dann wäre eine unvollständige Aufklärung und die daraus folgende „uninformierte Einwilligung“ auf den Willen des Patienten zurückzuführen sein und nicht auf die fehlenden Möglichkeiten.

Aus dem Recht der informationellen Selbstbestimmung folgt in der Umkehr auch das Recht, sich gegen die digitale Gesundheitsversorgung zu entscheiden. Sie hat daher grundsätzlich freiwillig zu erfolgen.

Steiner führt zu der abwehrrechtlichen Dimension aus:

„Die staatliche Schutzpflicht schließt nicht die verfassungsrechtliche Pflicht der staatlichen Gemeinschaft ein, den Einzelnen mit rechtlichen Mitteln zur gesundheitsgemäßen Lebensführung anzuhalten und dessen körperliche Unversehrtheit gegen sich selbst zu schützen. Art. 2 I schützt auch das persönliche gesundheitswidrige Verhalten“⁹.

So aber, wie man sich gegen die digitale Gesundheitsversorgung entscheiden kann, sollte man sich auch dafür entscheiden können.

IV. Fazit/Ausblick

Das Jahr 2021 ist der Startschuss für die elektronische Patientenakte. Die Debatte, wie wir mit Gesundheitsdaten und der digitalen Gesundheitsversorgung umgehen, sollte mit diesem Datum nicht enden. Vielmehr sollte sich die Diskussion den geänderten Parametern stets anpassen, um im Spannungsfeld des Rechts auf eine digitale Gesundheitsversorgung und des Rechts auf Datenschutz konstruktiv am Ideal zu arbeiten.

8) Lang, in: BeckOK GG, 44. Ed. 15.8.2020, Art. 2, Rdnr. 63a.

9) Steiner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 2 GG, Rdnr. 15.