

**Datenschutzrechtliches Gutachten**

zur

**Befugnis berufsständischer Tierärztlicher Verrechnungsstellen,  
personenbezogene Daten der Tierhalter/Patientenbesitzer  
zu Abrechnungszwecken zu verarbeiten**

von Dr. Thomas Giesen  
Rechtsanwalt in Dresden, Sächsischer Datenschutzbeauftragter a.D.,

erstattet im Auftrag der

Tierärztliche Verrechnungsstelle Heide r. V.,  
Tierärztliche Verrechnungsstelle Niedersachsen r. V.,  
Tierärztliche Verrechnungsstelle Nordrhein-Westfalen r. V.,  
als die berufsständischen Tierärztlichen Verrechnungsstellen in Deutschland

am 8. Februar 2016

**Gliederung:**

I. Einleitung

II. Das Rechtsproblem

III. Die entscheidenden Rechtsvorschriften im Wortlaut

IV. Die Frage nach der Berufsfreiheit in der Verfassung

V. Die Frage nach der Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes  
Speziell: Gilt für die Einwilligung die Schriftform?

VI. Die Auftragsdatenverarbeitung

VII. Die Sondernorm des § 28 Abs. 7 BDSG

1. Die Tierärztliche Verrechnungsstelle als Privatärztliche Verrechnungsstelle  
im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB

2. Die Tierärztliche Verrechnungsstelle als Forderungsinhaber

- a. Der Behandlungsvertrag als gegenseitiger Vertrag
- b. Der Auftrag zur Erstellung der Abrechnung
- c. Die Abtretung der Forderung

3. Vertragserfüllung als Befugnis

4. § 28 Abs. 8 BDSG als Befugnisnorm

VIII. Der europarechtliche Ansatz – die künftige Rechtslage: Nicht der Behandlungsvertrag, sondern die objektive Beteiligung am Gesundheitswesen und die gesetzliche Schweigepflicht entscheiden

IX. Die bisherige Rechtsprechung

X. Zusammenfassendes Ergebnis

## I. Einleitung

Bereits seit vielen Jahrzehnten haben sich im Zuge der Arbeitsteilung und der Digitalisierung auch in der Abrechnung der medizinischen Versorgung in Deutschland Spezialisierungen herausgebildet<sup>1</sup>; längst ist es ungewöhnlich, dass der Arzt selbst oder sein unmittelbares Praxispersonal die ärztliche Abrechnung erstellt; dazu sind die Abrechnungsvorschriften mit laufenden Änderungen, sowohl die Formvorschriften als auch die inhaltlichen Systeme, zu komplex geworden, als dass sich ein Laie zutrauen würde, eine korrekte Abrechnung erstellen zu können. Im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung sind es die Rechenzentren der Kassenärztlichen Vereinigungen, der Leistungserbringer in der integrierten und der hausarztzentrierten Versorgung sowie einige privatärztliche Verrechnungsstellen (PVS), in anderen Bereichen sind es die Rechenzentren der Apotheker, im Bereich privat krankenversicherter Patienten sind es ebenfalls die PVS und gewerbliche Verrechnungsstellen, die das Abrechnungsgeschäft betreiben.

Datenschutzrechtliche Verstöße, zweckwidrige Nutzungen dieser sensiblen Daten, aber auch Angriffe von außen auf die Datensicherheit sind bislang nicht vorgekommen.

Die Auftraggeberinnen<sup>2</sup> des vorliegenden Gutachtens werden von ihren Mitglieds-Tierärzten schriftlich beauftragt, aus den ihnen von den Tierärzten zugeleiteten Abrechnungsunterlagen (verschlüsselter Datenbestand mit Adressen der Tierärzte, ihrer Patientenbesitzer, der betroffenen Tierarten und Tiere, der erbrachten tierärztlichen Leistungen, erfolgten Verordnungen und Anwendungen, gelegentlich mit Diagnosen; per Anlage zu einer E-Mail, per Dateitransfer oder postalisch übersandt<sup>3</sup>) die der Gebührenordnung für Tierärzte (GOT) entspre-

---

1 Im Bereich der gesetzlichen Krankenkassen schreibt § 295 Abs. 1 SGB V vor, dass die ärztlichen Abrechnungen in bestimmten Formaten („maschinenlesbar“) an die Krankenkassen übermittelt werden. Das ist ohne spezielle Hard- und Software und deshalb von der einzelnen Arztpraxis aus unmöglich.

2 Beispiel: Die Tierärztliche Verrechnungsstelle Heide r.V. (TVH) zählt mit mehreren hundert Mitgliedern und fast 400.000 jährlich versandten Rechnungen zu den größeren Unternehmen seiner Art in Deutschland. Sie ist ein von Tierärzten am 21. 1. 1927 gegründeter, geleiteter und ausschließlich für diesen Berufsstand tätiger Verein, der seine Mitglieder im Bereich der Praxisverwaltung, insbesondere der Erstellung der Abrechnung und dem Einzug der Honorare entlastet. Er ist rechtsfähig kraft staatlicher Verleihung durch die Landesregierung Schleswig-Holstein. Die beiden anderen Auftraggeberinnen sind hinsichtlich der Rechtsform, des Vereinszwecks und der wesentlichen Merkmale der Ablauforganisation ihrer Arbeit vergleichbar.

3 Dieses Gutachten verhält sich nicht zur Datensicherheit. Dennoch sei aufmerksam gemacht darauf, dass Ende-zu-Ende-Verschlüsselung oder postalischer Versand als sicher gelten. Der Anhang an eine normale E-Mail gilt als nicht hinreichend sicher. Denn der E-Mail-Verkehr ist relativ leicht und ohne erkennbare Beschädigung der Sendung zu öffnen und zu missbrauchen. Sie ist nur wenig besser gegen missbräuchliche Kenntnisnahme geschützt als eine Postkarte. Zu fragen ist daher nach der Schutzbedürftigkeit der Daten; sie ist in ein vernünftiges Verhältnis zum

chenden Abrechnungen zu fertigen, sie den Tierhaltern/Patientenbesitzern zuzusenden, sie zur Zahlung der Rechnungsbetrages aufzufordern und den Eingang zu überwachen.

Zugleich tritt der Tierarzt im Regelfall seine Honorarforderung an die Tierärztliche Verrechnungsstelle fiduziarisch ab mit der Folge, dass die Honorarforderung auf diese übergeht, der Tierarzt sich jedoch das Recht vorbehält, in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob, wann und auf welche Weise die Forderung (zwangswise) geltend gemacht und durchgesetzt wird (sog. unechtes Factoring; der Tierarzt trägt das Risiko des Forderungsausfalls<sup>4</sup>). Ob und unter welchen Bedingungen die Forderung vorfinanziert wird, bleibt dem einzelnen Vertrag zwischen Tierärztlicher Verrechnungsstelle und Tierarzt überlassen. Über alle Geschäftsvorfälle erhält der Tierarzt eine Dokumentation.

Seit den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts gibt es – ähnlich wie in der Humanmedizin – in Deutschland diese berufsständischen tierärztlichen Vereine<sup>5</sup>, die den Tierärzten das Abrechnungsgeschäft abnehmen und organisieren. Die Auftraggeberinnen arbeiten folglich auf der Grundlage einer guten berufsständischen Tradition, die in den beteiligten Kreisen bekannt und als sozialadäquat akzeptiert ist.

Die Datenschutzaufsichtsbehörde Hessen hat im Herbst 2015 der Landestierärztekammer Hessen die Frage gestellt, ob der einzelne Tierarzt befugt ist, zum Zweck der Rechnungserstellung und Abtretung die Angaben über seine Patientenbesitzer an eine Tierärztliche Verrechnungsstelle weiterzugeben. Denn die der Verrechnungsstelle überlassenen Daten hätten zugleich auf eine Zoonose, also die Erkrankung eines Tierbesitzers schließen lassen können.

Das juristische Problem besteht darin, dass Tierärzte wie alle anderen Ärzte die ärztliche Schweigepflicht zu wahren verpflichtet sind. Zu fragen ist folglich danach, ob der Tierarzt befugt ist, die von ihm erhobenen und durch Verarbeitung erzielten personenbezogenen Erkenntnisse an seine Tierärztliche Verrechnungsstelle mit dem Ziel der Abrechnung und Eintreibung seiner Honorare weiterzugeben.

Die Bundestierärztekammer hat eine Auftraggeberin des Gutachtens mit Schreiben vom 30. 11. 2015 unter Bezugnahme auf den oben genannten Sachverhalt

---

Aufwand einer Verschlüsselung zu setzen (§ 9 BDSG und dessen Anlage). Dabei spielt es auch eine Rolle, ob bislang Missbrauchsfälle - etwa in der Zeit von Epidemien oder besonderen Ansteckungsgefahren - virulent wurden. Ist das nicht der Fall, ist der Verschlüsselungsaufwand gering zu halten. Das Problem muss aber offen angegangen und angemessen gelöst werden.

<sup>4</sup> Einzelheiten bei Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Auflage 2016, § 398 Rn. 39, 40.

<sup>5</sup> Sie sind entweder als Selbstverwaltungs- und Selbsthilfeeinrichtungen durch die Tierärzte oder hoheitlich seitens der Tierärztekammern gegründet worden.

um Stellungnahme gebeten. Die Datenschutzaufsichtsbehörde in Hessen vertritt wohl die Auffassung, auch wenn die Abrechnungsdaten nur im Einzelfall Rückschlüsse auf Gesundheitsdaten des Tierhalters zuließen, sei die Erhebung und Verarbeitung tierärztlicher Abrechnungsdaten „grundsätzlich“ nur mit der Einwilligung des Tierhalters zulässig.

Bislang sind diesbezüglich Beschwerden von Patientenbesitzern oder Datenschutzaufsichtsbehörden im Geschäftsbereich der Auftraggeber allerdings nicht bekannt geworden.

Das vorliegende Gutachten betritt bei der Beantwortung dieser Fragen, soweit ersichtlich, Neuland; der Verfasser konnte sich nicht auf brauchbare Vorlagen stützen.<sup>6</sup> Er hat die einschlägigen Rechtsvorschriften herangezogen, die vorliegende Rechtsprechung beachtet und die zur (tier-)ärztlichen Schweigepflicht, zur Datenverarbeitung im Auftrag, zur Forderungsabtretung und zum Datenschutz im Gesundheitsbereich bestehenden Rechtsvorschriften systematisch ausgewertet und interpretiert. Ferner hat er die künftige europäische Rechtsentwicklung, soweit sie im Entwurf der Mitte Dezember 2015 konsentierten EU-Datenschutz-Grundverordnung absehbar ist, dargestellt.

## II. Das Rechtsproblem

Tiere stehen zwar in Art. 20a Grundgesetz unter dem besonderen Schutz des Staates und seiner Rechtsordnung; sie sind aber selbstverständlich nicht Grundrechtsträger, genießen also auch nicht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung; sie sind nicht Subjekt des Datenschutzes. Im Zentrum der rechtsstaatlichen Bemühungen steht vielmehr der jeweilige Besitzer des Tieres, der gegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen geschützt wird. Im Zentrum der gesetzlichen Schutzvorkehrungen steht eine strafrechtliche Geheimhaltungsvorschrift: Nach § 203 Abs. 1 S. 1 StGB<sup>7</sup> wird der Tierarzt bestraft, wenn er unbefugt die Geheimnisse seiner Patienten-Besitzer offenbart. Wäre das der Fall, so könnten die Auswirkungen auf die Bestandskraft der Verträge zwischen den Tierärzten und ihren Abrechnungsunternehmen haben, denn nach § 134 BGB sind sittenwidrige Verträge nichtig.

Das tierärztliche Berufsgeheimnis ist ein ärztliches Berufsgeheimnis; es ist die Basis und wesentlicher Gegenstand einer erfolgreichen Gesundheitsversorgung, denn Tiergesundheit – sie ist Voraussetzung für gesunde Lebensmittel und für eine verfassungsgemäße Ethik im Umgang mit der Schöpfung – wird auf einer vertrauensvollen Zusammenarbeit von Tierhaltern und Tierärzten garantiert. Das

---

<sup>6</sup> Einen Teil der hier behandelten Rechtsfragen hat der Unterzeichner behandelt; siehe Giesen, Zum Begriff des Offenbarens nach § 203 StGB im Falle der Einschaltung privatärztlicher Verrechnungsstellen, NStZ 2012, 122 ff.

<sup>7</sup> In Kraft seit 1974.

Geheimnis soll, wie dies auch bei den Humanmedizinerinnen der Fall ist, zwei Rechtsgüter schützen:

Es schützt den einzelnen Patientenbesitzer und seine Familie/Mitarbeiter vor der Bloßstellung (im ländlichen Raum gibt es dazu ein Fingerspitzengefühl), ob und in welcher Weise die ihrer Obhut anvertrauten Tiere krank sind – man denke an Vorwürfe der unzureichenden Ernährung, Betreuung und Pflege oder gar der Verwahrlosung, oder an Tierquälerei. Daneben gerät auch der Kontakt der Tierhalter mit ihren kranken Tieren in das Interesse derer, die neugierig sein könnten: Denn viele Tierkrankheiten können auf Ansteckungen vom Menschen (Anthropozoonose) beruhen oder auf Menschen (Zooanthroponose) übertragen werden.<sup>8</sup> Folglich ist das Persönlichkeitsrecht der Halter und Pfleger in mehrfacher Hinsicht betroffen; dies weit über das abstrakte „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ hinaus.<sup>9</sup> Das Geheimnis ist tradierter Teil der zum Schutz der „Volks Gesundheit“ (ein scheußlicher Begriff) geregelten Schweigekultur.

Das zweite, allerdings nur mittelbar erfasste, aber nicht weniger schutzwürdige Rechtsgut ist das Ansehen des Berufsstandes der Tierärzte<sup>10</sup>: Ihre Schweigepflicht ist, wie die der Humanmediziner und anderer schweigepflichtiger Berufe, der wesentliche Garant dafür, dass der Patientenbesitzer vor ihm kein Geheimnis aufzubauen veranlasst ist, sondern sich ihm ganz öffnet. Nur so kann der Tierarzt die Anamnese wahrheitsgemäß und vollständig erheben; nur so kann er zur Tierbehandlung und zur Prophylaxe auf den Tierhalter einwirken. Nur innerhalb dieser Vertrauensbeziehung können sich beide voll auf ihre Aufgabe konzentrieren ohne die Neugier Dritter zu fürchten. Es darf auch bedacht werden, dass Arkanbereiche stets das Interesse und zugleich die Achtung wecken. Ein Stück weit schützt der kluge verschwiegene Tierarzt folglich sich selbst und seine Aura, sein Ansehen; jedenfalls erleichtert er sich seine Arbeit und baut sich nachhaltig eine treue Kundschaft auf.

---

8 Eine Übersicht unter Wikipedia, Stichwort: Zoonosen. In der Gesetzesbegründung der Bundesregierung vom 4. 10. 1962, BT-Drs. IV/650 S. 335 li Sp) wird dieses Rechtsgut in den Vordergrund gestellt.

9 Man sollte diesen Begriff des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung entsprechend dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1983, 1 BvR 209/83 u.a. (*„Die Verfassungsbeschwerden geben keinen Anlass zur erschöpfenden Erörterung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Zu entscheiden ist nur über die Tragweite dieses Rechts für Eingriffe, durch welche der Staat die Angabe personenbezogener Daten vom Bürger verlangt“*, BVerfGE 65, 1 ff., 44/45) nur gebrauchen, wenn hoheitsrechtliche Eingriffe zur Debatte stehen. Im Umgang mit personenbezogenen Daten durch Private (auch große Unternehmen sind Private) sollte man mit der Drittwirkung der Grundrechte sehr behutsam sein. Das einzige Rechtsgut des BDSG ist das Persönlichkeitsrecht, das sowohl bei hoheitsrechtlichem als auch beim Umgang der Bürger untereinander mit personenbezogenen Daten betroffen sein kann.

10 Dazu Fischer, Kommentar zum StGB, 63. Auflage 2016, § 203 Rn. 2 m.w.H.

In dieser doppelten Weise verstanden hat die Schweigepflicht auch positive Auswirkungen auf die Tiere, ihr Wohlergehen und ihre Würde.

Deshalb umfasst die tierärztliche Schweigepflicht nicht nur die Angaben über die Tiererkrankungen, sondern darüber hinaus alle Angaben und Beobachtungen, die der Tierarzt anlässlich seiner Kontakte zum Patientenbesitzer und seinem Umfeld erfährt (§ 203 StGB: „anvertraut oder sonst bekannt geworden“): Etwa finanzielle Verhältnisse, Streit, Beziehungsstörungen, politische Ansichten, kurz alle Informationen, die anlässlich der beruflichen Kontakte in der Vertrauensbeziehung am Rande gewonnen werden. Über dies alles hat er gegenüber allen, die nicht ausdrücklich zur Entgegennahme dieser personenbezogenen Daten befugt sind, zu schweigen. Dies schon deshalb, weil allein die Tatsache, dass jemand (eine bestimmbare natürliche Person) Patient bzw. Patientenbesitzer ist, der tierärztlichen Schweigepflicht unterliegt.

Ob eine Tierärztliche Verrechnungsstelle zu den befugten Datenempfängern gehört, soll hier erörtert und entschieden werden.

In der folgenden rechtlichen Prüfung sind Vorschriften der EU, des deutschen Verfassungsrechts, des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Strafgesetzbuchs und des Datenschutzrechts heranzuziehen; es geht um deren Rang untereinander und (leider auch) um deren Kenntnis; letzteres muss betont werden, weil sich die Kommentierungen zum Strafrecht und zum Datenschutzrecht, aber auch die gesamte veröffentlichte Rechtsprechung offensichtlich seit 2001 beharrlich einer Kenntnisnahme der Vorschriften des § 28 Abs. 7 und Abs. 8 BDSG verschließen.

### **III. Die entscheidenden Rechtsvorschriften im Wortlaut**

Art. 8 Abs. 1 der DS-Rili<sup>11</sup> lautet: „Die Mitgliedstaaten untersagen die Verarbeitung personenbezogener Daten ... über die Gesundheit ... .“

Art. 8 Abs. 3 DS-Rili lautet: „Absatz 1 gilt nicht, wenn die Verarbeitung zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für Zwecke der Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal erfolgt, das nach einzelstaatlichem Recht, einschließlich der von den einzelstaatlichen Stellen erlassenen Regelungen, dem Berufsgeheimnis unter-

---

<sup>11</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten *und zum freien Datenverkehr*; Amtsblatt der EG vom 23. November 1995 Nr. L 281/31); im Folgenden „DS-Rili“. Der zweite Teil ihres Namens und folglich ihres Regelungsinhalts und folglich ihres Zwecks wird häufig unterschlagen.

liegt, oder durch sonstige Personen, die einer entsprechenden Schweigepflicht unterliegen.“

Art. 12 Abs. 1 S. 2 des Grundgesetzes lautet: „Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden.“

§ 134 BGB lautet: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

§ 398 BGB lautet: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.“

§ 203 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 Strafgesetzbuch (StGB) lautet: „Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Berufs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart, das ihm als ... Arzt, Zahnarzt, Tierarzt ... oder Angehörigen ... einer privatärztlichen ... Verrechnungsstelle anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist, wird ... bestraft.“

§ 203 StGB Abs. 3 lautet: „Den in Absatz 1 ... Genannten stehen ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen ... gleich.“

§ 1 Abs. 3 S. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) lautet unter der Überschrift „Zweck und Anwendungsbereich des Gesetzes“: „Die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungsverpflichtungen ... bleibt unberührt.“

§ 4 Abs. 1 BDSG lautet: „Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.“

§ 4a Abs. 1 S. 3 BDSG lautet: „Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist.“

§ 4a Abs. 3 BDSG lautet: „Soweit besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) erhoben, verarbeitet und genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich auf diese Daten beziehen.“

§ 3 Abs. 9 BDSG lautet unter der Überschrift „Begriffsbestimmungen“: „Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über ... Gesundheit.“

§ 11 Abs. 1 S. 1 BDSG lautet: „Werden personenbezogene Daten im Auftrag durch andere Stellen erhoben, verarbeitet und genutzt, ist der Auftraggeber für

die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz verantwortlich.“

§ 11 Abs. 2 BDSG lautet: „Der Auftragnehmer ist unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen sorgfältig auszuwählen. Der Auftrag ist schriftlich zu erteilen, wobei insbesondere im Einzelnen festzulegen sind: ... Es folgen 10 Einzelvorschriften über die gebotenen Inhalte des Auftragsvertrages.

§ 11 Abs. 3 S. 1 BDSG lautet: „Der Auftragnehmer darf die Daten nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben, verarbeiten oder nutzen.“

§ 28 Abs. 1 BDSG lautet: „Das Erheben, Speichern, verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig,

1. wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist, (oder)

2. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt ...

§ 28 Abs. 7 BDSG lautet: „Das Erheben von besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) ist ferner zulässig, wenn dies zum Zwecke der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal oder durch sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen. Die Verarbeitung und Nutzung von Daten zu den in Satz 1 genannten Zwecken richtet sich nach den für die in Satz 1 genannten Personen geltenden Geheimhaltungspflichten.“

§ 28 Abs. 8 BDSG lautet: „Für einen anderen Zweck dürfen die besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) nur unter den Voraussetzungen des ... Absatzes 7 Satz 1 übermittelt oder genutzt werden.“

#### **IV. Die Frage nach der Berufsfreiheit in der Verfassung**

Der Tierarzt übt einen seiner Natur nach freien Beruf aus, § 1 Abs. 2 Bundes-Tierärzteordnung. Das bedeutet, dass das Grundrecht des Tierarztes auf Berufsfreiheit – dazu gehört auch das Direktionsrecht nach § 106 Gewerbeordnung und die Organisation der eigenen Praxisabläufe, folglich auch der Abrechnungsorganisation – nur durch Gesetz eingeschränkt werden darf; Art. 12 Abs. 1 Grundge-

setz. Ein solches Gesetz muss normenklar und verhältnismäßig sein. Grundrechtsbeschränkende Gesetze sind, soweit das sprachlich und kontextlich zulässig ist, im Lichte dieser grundlegenden Freiheit auszulegen, damit der Vorrang des Grundrechts auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt.<sup>12</sup> Der Grund, weshalb die Berufsausübungsfreiheit eingeschränkt wird, mithin der Zweck dieser gesetzlichen Regelung, muss sich am Gemeinwohl orientieren und zur Erreichung des vom Gesetzgeber angestrebten Regelungsziels geeignet, erforderlich und zumutbar sein.

Dieser Ansatz ist angesichts der folgenden Diskussion nicht trivial; denn die richtige und angemessene Anwendung der Rechtsvorschriften ist in der vorliegenden Konstellation durchaus komplex; die „Marschrichtung“ der Freiheit, die seitens der Verfassung vorgegeben wird, sollte folglich nicht aus den Augen verloren werden.

Denn der Anspruch, den das Strafrecht und das Bundesdatenschutzgesetz erheben, wenn es darum geht, personenbezogene Daten zu beruflichen Zwecken zu verarbeiten oder verarbeiten zu lassen, ist extraordinär hoch und hat einen eher freiheitswidrigen Ansatz: § 203 StGB und § 4 BDSG stellen immerhin ein generelles Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten mit einem Erlaubnis-Vorbehalt auf. Ob diese Erlaubnisse nötig sind und ob das BDSG oder andere Rechtsvorschriften sie erteilen, oder ob der Tierarzt auf die Einwilligung des Patientenbesitzers angewiesen ist, ist nun zu prüfen.

## **V. Die Frage nach der Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes Speziell: Gilt für die Einwilligung die Schriftform?**

Wenn § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten unberührt lässt, dann ist zunächst zu fragen, was das bedeutet: Zweifellos handelt es sich bei der Strafvorschrift des § 203 StGB nicht nur um eine der ältesten Datenschutzvorschriften<sup>13</sup>, sondern um eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht. Sie, besser, „die Verpflichtung zur Wahrung“ bleibt vom BDSG „unberührt“.<sup>14</sup>

---

12 Mann in Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage 2011, Art. 12 Rn. 131.

13 Das ärztliche Berufsgeheimnis, dem sich auch die Tierärzte traditionell verpflichtet fühlen, geht auf Hippokrates und Galen, mithin nahezu 2500 Jahre zurück. Dieses Arkanum wird im Eid des Hippokrates bis heute gepflegt; es ist die Basis für das Ansehen der Ärzteschaft und ihre vertrauliche Berufsausübung. Auch Tierärzte sind Ärzte im Sinn dieses Selbstbewusstseins.

14 Ganz allgemein kann die Formulierung „bleibt unberührt“ unterschiedliches bedeuten: Es kann sich um einen klarstellenden Hinweis auf andere Normen handeln, deren Geltung sich mit derjenigen der vorliegenden Norm nicht überschneidet, es kann sich aber bei den unberührten auch um Normen handeln, die als *leges speciales* vorgehen.

Weil und soweit das Berufsgeheimnis der Tierärzte (so, wie vieler anderer freier Berufe) im Strafrecht verankert ist, gelten bei der Auslegung dieser Rechtsvorschrift, insbesondere bei der Frage, wann eine „Befugnis“ vorliegt, also bei der Bestimmung des betroffenen Personenkreises und bei der Bestimmung möglicher Erlaubnisse zur Brechung ihres Berufsgeheimnisses, zunächst die Regeln, die seitens der Verfassung für das Strafrecht bestimmend sind. Es gilt Art. 103 Abs. 2 GG: Der mögliche Wortsinn des Strafgesetzes markiert die äußerste Grenze der richterlichen Auslegung.<sup>15</sup> Das gilt auch für die Schließung angeblicher Gesetzeslücken über die Figur des sog. „Normzwecks“. Alle Analogien zum Nachteil des Betroffenen sind verboten. Deshalb können Normen aus dem BDSG das strafrechtliche Berufsgeheimnis jedenfalls nicht verschärfen. In dem Punkt herrscht wohl Einigkeit. Dennoch meinen einige Autoren, die Einwilligung des Betroffenen sei nur dann gültig, wenn sie schriftlich und auch sonst in der Form des § 4a BDSG erteilt sei.<sup>16</sup>

Der gesetzliche Tatbestand muss ferner normenklar und vorhersehbar sein. Die Verwendung von Generalklauseln ist nur dann und solange unbedenklich, als sie zum überlieferten Bestand der Strafrechtsnormen gehören und sich durch Normzusammenhang und gefestigte Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung gewinnen lässt.<sup>17</sup> Der Begriff „unbefugt“ gehört unzweifelhaft zu den besonders unbestimmten Rechtsbegriffen, denn dieser Rechtfertigungsgrund<sup>18</sup> verweist auf eine ganze Palette an Möglichkeiten, die seitens der gesamten Rechtsordnung geboten werden, um das Unrecht der Tat auszuschließen: Die Befugnisse reichen von gewohnheitsrechts-ähnlichen sozialen Adäquanzen über stillschweigende und ausdrückliche Einwilligungen, Verträge, Satzungen und untergesetzlichen Vorschriften bis zu speziellen und allgemeinen Gesetzen.

Insbesondere das allgemeine Datenschutzrecht des BDSG könnte also grundsätzlich allgemeine und spezielle gesetzliche Befugnisse eröffnen, Daten verarbeiten zu dürfen. Sie gelten jedoch im Grundsatz nicht, weil und soweit § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG dies ausschließt.

Dix<sup>19</sup> führt aus, das BDSG greife nicht in den Schutzbereich der Berufsgeheimnisse ein, das BDSG biete ihnen aber eine „zusätzliche Schutzebene“. Er sieht in

---

15 Fischer a.a.O. § 1 Rn. 21; Degenhart in Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 63 ff.

16 Sowohl Gola/Schomerus, BDSG Kommentar, 12. Auflage 2015, § 4a Rn. 34; jedenfalls Simitis in Simitis, (Hrsg.), BDSG Kommentar, 8. Auflage 2014, § 4a Rn. 86 ff. sowie Dix in Simitis a.a.O. § 1 Rn.187 unter Hinweis auf weitere Autoren.

17 Fischer a.a.O. § 1 Rn. 4 ff., insbes. 16 mit vielen weiteren Nachweisen.

18 Fischer, a.a.O. § 203 Rn. 31. Zu Recht weist Fischer darauf hin, dass die Einwilligung des Betroffenen schon den Tatbestand ausschließt; dazu Näheres bei der Auslegung des Begriffs des Offenbarens.

19 In Simitis (Hrsg.) a.a.O., § 1 Rn. 175 ff.

dem „bleibt unberührt“ eine ergänzende Geltung des BDSG und entwickelt eine Theorie von der „Parallelgeltung“, die er nur oberflächlich begründet und aus dem Gesetzestext – wie allerdings lässt er offen – und seiner Genese folgern zu dürfen meint. Unter Fortführung der Ausführungen von Walz in einer Voraufgabe führt er aus, dem BDSG komme eine Auffangfunktion zu; es beschreibe ein Mindestniveau.<sup>20</sup>

Anderes ist anzunehmen, wenn, wie in § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG, ein Vorrang des Gesetzes gilt. Weder ist die Unterscheidung der beiden Begriffe „gehen vor“ und „bleiben unberührt“ bei Dix zutreffend gelungen, noch kann angesichts des Wortlauts dem Gesetzgeber unterstellt werden, er habe unter beiden Begriffen das Gleiche gemeint; anders als Dix das zitiert, kann der amtlichen Begründung dazu nichts Greifbares entnommen werden, siehe Drucksache des Deutschen Bundestages 11/4306 S. 38 zum damaligen § 1 Abs. 5. Dort bleibt die Frage unbeantwortet, also gänzlich offen. Folglich gilt der Wortlaut: Er will die Unterscheidung. Deshalb muss man zwingend davon ausgehen, dass der Text „bleibt unberührt“ etwas anderes bedeutet als „gehen vor“. Letzteres verweist auf die Regel: *lex specialis derogat legi generali*. Ersteres will, dass die Normen sich nicht überschneiden und gänzlich ohne Einfluss aufeinander bleiben.

Bei Gola/Schomerus<sup>21</sup> heißt es dazu etwas klarer, aber nichtsdestoweniger ebenfalls ohne überzeugende Begründung, dies bedeute: „Wo der Schutz der besonderen Geheimhaltungspflichten weitergehend als der des BDSG ist, gilt dieser weitergehende Schutz. Ist das Schutzniveau gleich, gibt es keine Besonderheiten. Ist das Schutzniveau geringer, so, gilt für Daten, die unter das BDSG fallen (gemeint sind Verarbeitungen in Dateien; Anm. d. Verf.), dieses Gesetz, in allen anderen Fällen der Schutz der Geheimhaltungsregeln.“

Diese Theorie von der „Parallelgeltung“ des BDSG neben den Regeln der Berufsgeheimnisse ist jedoch mit dem klaren und eindeutigen Wortlaut „bleibt unberührt“ nicht zu vereinbaren, worauf Weichert – er ist in der Datenschutzszene nicht als datenschutzkritisch aufgefallen – zu Recht hinweist<sup>22</sup>. Die Kommentatoren, die unter Berufung auf eine angebliche Parallelgeltung die Datenschutz-

---

20 Diese Theorie vom „Minimalstandard“ wird auch von Plath, BDSG-Kommentar 2013, § 1 Rn.39 vertreten mit dem Argument, „unberührt“ bedeute keinen Vorrang. Letzteres mag richtig sein, begründet aber das Plath'sche Ergebnis nicht: „Unberührt“ bedeutet nämlich, dass das BDSG das Berufsgeheimnis nicht beeinflusst. - Gusy in Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, Kommentar 2013, § 1 BDSG Rn. 88 meint, der „Umfang“ der Geheimnisse werde „nicht eingeschränkt“ und Vorschriften organisatorischer Art, etwa der datenschutzrechtlichen Kontrolle, seien auch „in solchen Fällen“ anwendbar; Schmidt in Taeger/Gabel, Kommentar zum BDSG, 2. Auflage 2013, § 1 Rn.37 meint, die Vorschrift stelle sicher, dass der Datenschutzstandard in besonders sensiblen Bereichen nicht vermindert werde. Das alles gibt der Text der Vorschrift aber nicht her.

21 A.a.O., § 1 Rn. 25.

22 Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, Kompaktkommentar, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 14.

kontrolle inhaltlich auf Berufsgeheimnisse (und deren Träger) ausweiten wollen, verkennen, dass mit einer solchen Kontrolle die (zwangsweise) Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten einhergeht; das aber ist, folgt man der verbindlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nur auf normenklarer gesetzlicher Grundlage gestattet. Und eine solche ausdrückliche Grundlage enthält § 38 Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 24 Absätze 6 und 2 BDSG. Diese Befugnis folgt jedoch keineswegs aus § 1 Abs. 3 BDSG.

„Unberührt“ lässt das BDSG die „Verpflichtung zur Wahrung“ des tierärztlichen Berufsgeheimnisses. Unter der „Verpflichtung zur Wahrung“ sind sicherlich sowohl die Regelungen zu fassen, die die Berufsgruppe begrenzt als auch die Regelungen, die festlegen, ob, wie weit und unter welchen Voraussetzungen oder Bedingungen das Berufsgeheimnis zu wahren ist. Es gelten die speziellen Regeln des Berufsgeheimnisses; sie bleiben vom BDSG „unberührt“, also ihrer Natur nach sowohl nach oben (verschärfend) als auch nach unten (befugnisverleihend) unbeeinflusst. Das BDSG hat in seinen allgemeinen Vorschriften mithin keinen Einfluss auf § 203 StGB. Folglich kann es weder eine Befugnis verleihen noch den Pflichtenkreis des Tierarztes erweitern oder einschränken, und dies unabhängig davon, ob und wie weit dieser Pflichtenkreis in den gesetzlichen (§ 203 StGB) oder den untergesetzlichen (Standesordnungen) Regeln zu den Berufsgeheimnissen normiert und bestimmt ist.

Deshalb sind Zweifel an der Bestimmtheit des § 203 StGB, weil der Begriff der Befugnis überaus weit gefasst ist, irrelevant für die Frage der „Unberührtheit“: Damit kann jedenfalls eine „Deckungsgleichheit im Schutzniveau“ mit den Regeln des BDSG nicht festgestellt werden, wie das von Dix gefordert wird. Eine Bestimmung eines Schutzniveaus ist mit dem unbestimmten Begriff der „Befugnis“ gerade nicht möglich; er liefert keinerlei Maßstab.

Das alles kann hier aber aus dem folgenden Grund dahinstehen:

Weil das tierärztliche Berufsgeheimnis im Strafrecht und darauf verweisend im Landesrecht verankert ist und sich auf diesem Rechtsgebiet alle Analogien zum Nachteil des Täters ohnehin wegen des Art. 103 Abs. 2 GG verbieten,<sup>23</sup> können die allgemeinen Vorschriften des BDSG nicht analog oder ergänzend herangezogen werden, wenn es darum geht, die Pflichten des Tierarztes über das Niveau des Strafrechts hinaus zu erweitern oder zu verkürzen.

Es ist rechtsstaatlich geboten, die Strafbarkeit möglichst eng zu halten (Art. 103 Abs. 2 GG), folglich darf die Suche nach Befugnissen durchaus auf erweiternde Auslegung gerichtet sein. Da Analogien zugunsten des Täters also durchaus erlaubt sind, könnte das BDSG als allgemeines Gesetz durchaus Befugnisse für

---

23 Fischer, a.a.O. § 203 Rn. 21, 23.

den Tierarzt eröffnen, wenn es die Vorschrift des § 1 Abs. 3 BDSG nicht gäbe. Das BDSG hat ganz allgemein folglich weder verschärfenden Einfluss auf die Geltung und die Reichweite des tierärztlichen Berufsgeheimnisses, noch kann es diese Reichweite begrenzen und dem Tierarzt den Umgang mit Daten über seinen Patientenbesitzer gestatten.

Mit anderen Worten: Das BDSG liefert ganz allgemein keine Befugnisse und keine besonderen Formen für sie im Sinn des § 203 StGB. Das hat folgende Konsequenzen:

a) Für das Tierarzt-Geheimnis (wie für das gesamte Arztgeheimnis) gilt keineswegs die Formvorschrift des § 4a BDSG: Eine schriftliche Einwilligung des Patientenbesitzers ist jedenfalls gemäß dem BDSG nicht zu fordern.<sup>24</sup> Denn diese Formvorschrift des BDSG – sie gilt ohnehin nur, „soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist“<sup>25</sup> – findet keine Rechtsgrundlage im Strafrecht oder in den tierärztlichen Berufsordnungen der Länder, die ihrerseits auf das Strafrecht verweisen, sondern nur im BDSG. Das Strafrecht kennt eben keine Formvorschrift, wenn es von der Befugniserteilung durch wirksame Einwilligung spricht: In welcher Form die Einwilligung erteilt ist, hängt von den Umständen ab; sie ist grundsätzlich auch formlos, durch Duldung und schlüssiges Verhalten möglich.<sup>26</sup> Auch Weichert<sup>27</sup> kommt zu dem zutreffenden Ergebnis, dass die Formvorschrift des § 4a BDSG für die Einwilligung eines Patienten gegenüber seinem Arzt nicht gelten könne.<sup>28</sup>

---

24 Siehe Fischer a.a.O. § 203 Rn. 33 unter Hinweis auf die allgemeine Meinung. Anders, eben in Konsequenz seiner fehlsamen Theorie von der Parallelgeltung, Dix in Simitis, a.a.O. § 1 Rn. 187.

25 Kühling in Wolff/Brink, § 4a Rn. 49, hält in langjährigen Geschäftsbeziehungen eine mündliche Einwilligung für ausreichend. Zu fragen ist dann doch: Warum keine konkludente Einwilligung? Natürlich ist keine Form auch keine „andere Form“ im Sinn des § 4a BDSG. Aber warum sollte das BDSG gelten? Kühling verrät es uns nicht.

26 Fischer, a.a.O., § 203 Rn. 32, 33, allgemeine Meinung. Anders Dix in Simitis a.a.O. § 1 Rn. 187, jedoch mit der oben bereits kritisierten fadenscheinigen Begründung, die mit dem Wortlaut der Vorschrift „unberührt“ keinesfalls zu vereinbaren ist.

27 Siehe Fußnote 21.

28 Plath a.a.O., § 4a Rn. 18 hält die Frage nach der Schriftform der Einwilligung von Patienten für „noch nicht geklärt“. In der Tat lässt der BGH die Formfrage in seinem grundlegenden Urteil vom 10. 7. 1991, NJW 1991, 2955 ff. offen. Schönemann im Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage 2010, Rn. 106, 108 und 110 hält die formlose (konkludente/stillschweigende) Einwilligung innerhalb der Reichweite eines Vertrags für wirksam; man müsse damit rechnen und es sei heute von einer „sicherlich anzunehmenden Sozialadäquanz“ der Einschaltung ärztlicher Abrechner auszugehen. Cierniak/Pohlitz, Münchner Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2012, Rn. 61 sehen ebenfalls keine Formbindung bei der Einwilligung. Weshalb sie *die Abtretung* (und nur sie) als Verstoß der Schweigepflicht ansehen, wird nicht weiter begründet, Rn. 66. In Rn. 123 stellen sie richtigerweise auf die Steuerungsmacht des Arztes ab; die Verrechnungsstelle werde in den „informationellen Schutzbereich“ einbezogen. Erfolgen also Abrechnung und Abtretung durch eine PVS nacheinander und bleibt die Abtretung fiduziarisch an die Willensentscheidung des Arztes gebunden, dann wird auch der informationelle Schutzbereich, gelenkt und

Angesichts der üblicherweise festen Bindungen zwischen den Patientenbesitzern und ihren Tierärzten sind folglich alle diejenigen Fälle von einer Befugnis durch stillschweigende Einwilligung (im Sinne einer Genehmigung bereits erfolgter Abrechnungen und einer Einwilligung zu den zu erwartenden künftigen Abrechnungsfällen) der Patientenbesitzer erfasst, die erfahrungsgemäß von der Einschaltung der Tierärztlichen Verrechnungsstelle wissen, weil sie von dort die Rechnung erhalten haben und dies bislang und folglich erwartungsgemäß auch für die Zukunft akzeptieren.<sup>29</sup> Wir werden aber sehen, dass es auf die individuelle Akzeptanz seitens des Patientenbesitzers nicht ankommt.

b) Alle datenschutzrechtlichen Vorschriften des BDSG, die in Abweichung von dem Totalverbot des § 4 Abs.1 BDSG – es handelt sich dabei um die gleiche Abweichung wie vom Totalverbot des § 203 StGB – in Sondervorschriften eine Verarbeitungserlaubnis bieten, können keine Befugnisse im strafrechtlichen Sinn enthalten. Sie enthalten sie eben nicht, weil das BDSG das Berufsgeheimnis auch insoweit unberührt lässt, als es keinerlei Befugnisse eröffnet, die gestatten, es zu brechen. Das ist zwar dem Strafgesetz in Bezug auf andere Gesetze gerade nicht zu entnehmen, weil es ja mit dem Begriff der Befugnis auf die gesamte Rechtsordnung verweist. Trotz der eindeutigen Norm des § 1 Abs. 3 BDSG werden in einigen Kommentierungen<sup>30</sup> die Datenschutzgesetze ausdrücklich als Grundlage eines befugten Datenaustausches benannt.

Es ist festzuhalten: Für die Einwilligung seitens des betroffenen Patientenbesitzers als Befugnis für den Tierarzt, eine Tierärztliche Verrechnungsstelle einzuschalten, gibt es kein Formerfordernis.

## VI. Die Auftragsverarbeitung

Jedenfalls solange die Tierärztliche Verrechnungsstelle dem Auftrag des einzelnen Tierarztes gemäß aus den von ihm gelieferten Behandlungsdaten die tierärztliche Abrechnung erstellt, handelt sie ausschließlich in dessen Auftrag, und tritt nicht nach außen auf. Einen eigenen Handlungsspielraum nimmt sie dabei nicht wahr, sondern wendet die Abrechnungsregeln der GOT im Sinne einer ein-

---

verantwortet vom Arzt, wirksam aufrechterhalten. Diese Idee hat auch Jung im Nomos-Kommentar zum StGB, 2013, § 203 Rn. 19: Die Abrechnung durch Verrechnungsstellen sei ein notwendiger strafloser Informationsfluss innerhalb der Funktionseinheit. Das erinnert an die Auftragsverarbeitung.

<sup>29</sup> Zu denken ist bei „Neukunden“ auch an einen Aushang in der Tierarztpraxis oder an eine gesprächsweise Information des Patientenbesitzers, wenn aus der mobilen Fahrpraxis heraus behandelt wird, zumal dann ja immer die Bezahlungsmodalitäten zu klären sind.

<sup>30</sup> Fischer a.a.O. § 203 Rn. 43. So meinen auch Lenkner/Eisele in Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 29. Auflage 2014, Rn. 29, Datenschutzgesetze kämen als Befugnisnormen in Frage. Das ist nur in Bezug auf die speziellen Normen des § 28 Abs. 7 und 8 zutreffend, im Übrigen wegen des § 1 Abs. 3 BDSG ausgeschlossen.

fachen Subsumtion an. Es liegt deshalb nahe, diese Tätigkeit als Datenverarbeitung im Auftrag nach § 11 BDSG zu behandeln.

Nach den ergänzenden Regelungen dieser Vorschrift im Jahr 2009<sup>31</sup> ist das Verantwortungsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nahezu so einseitig und so eng geworden, dass man von ihnen getrost als von „einer Stelle“ sprechen kann. Zwar wird der Auftragnehmer im Text des § 11 Abs. 1 S. 1 BDSG noch „eine Stelle“ genannt, jedoch wird allein der Auftraggeber für die gesamte Datenverarbeitung der beiden allein verantwortlich. In der Tat lässt der schriftliche Auftrag dem Auftragnehmer nur die Organisation der eigenen Verarbeitungsabläufe, unterstellt ihn aber in allen Phasen des Geschehens der Aufsicht des Auftraggebers.

§ 11 Abs. 3 S. 1 BDSG erlaubt die Verarbeitung – wenn auch nur auf Weisung des Auftraggebers – voraussetzungslos auch für besondere Daten, also auch im Gesundheitswesen. Am Rande: Wenn die Datenverarbeitung für den Auftragnehmer erlaubt ist, dann ist auch die Weiterleitung (nicht: Übermittlung, also ohne spezielle Befugnis) der Daten an ihn durch den Auftraggeber erlaubt. Das wird im Rahmen der Erörterung des § 28 Abs. 7 BDSG (siehe unten) nicht anders sein.

Diese enge Verbindung und Verantwortungsgemeinschaft, die seit 2009 gesetzlich gebildet wird und privilegiert ist, strahlt auf die Auslegung des § 203 StGB ab: Sie enthält wohlgernekt wegen des § 1 Abs. 3 BDSG keine eigenständige Befugnis, hat aber bestimmenden Einfluss auf die Auslegung des Begriffs der „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB:

Zum einen wird man nicht von „Offenbarung“ sprechen können, genau so wenig man von „Übermitteln“ spricht; denn der Auftragnehmer ist kein Dritter (siehe § 3 Abs. 4 Nr. 3 und Abs. 8 S. 2 BDSG). Der Begriff des Offenbarens meint ja nicht nur eine Freisetzung des Geheimnisses nach außen, eben außerhalb der Verantwortungsgemeinschaft und der mit ihr eng verbundenen Zweckbindung<sup>32</sup> der Daten – der Gesetzgeber spricht in § 203 StGB nicht von Übermitteln oder Mitteilen, sondern von Offenbaren im Sinn einer Entlassung aus dem eigenen Schutzbereich und einem „Zur-Verfügung-Stellen“ zu eigenständig neuen Verwendungszwecken.

Zum anderen werden die Berufshelfer in der herrschenden strafrechtlichen Literatur definiert als „Personen, die aus der Sicht des Geheimnisberechtigten in den

---

31 BT-Drs. 16/12011 vom 18. 2. 2009, S. 40.

32 Datenschutz ist stets die Sicherung der erlaubten Zweckbindung.

organisatorischen und weisungsgebundenen internen Bereich der vertrauensbe-  
gründenden Sonderbeziehung genommen sind“.<sup>33</sup>

Das alles erfüllen die Verrechnungsstellen. Dies jedenfalls seit 2009.

Es kann zunächst – siehe unten – dahinstehen, was geschieht, wenn der Auftragnehmer durch die Wirksamkeit der Abtretung von diesem Zeitpunkt an nach außen hin nicht mehr ein fremdes, sondern ein eigenes Geschäft wahrnimmt. Es kann auch dahinstehen, ob der Auftraggebende als einzelner Tierarzt seiner Verantwortung als Auftraggeber genügen kann. Im Bereich der Apotheker (§ 300 SGB V i.V.m. § 80 SGB X) soll das angeblich der Fall sein; im Bereich der Hausärztlichen Versorgung hat der Gesetzgeber dafür gesorgt (§ 295a SGB V), dass Auftraggeber die Landesverbände der Hausärzte sind, die genügend Kraft und Personal haben, das auftragnehmende Rechenzentrum zu kontrollieren, also § 80 SGB X mit Leben zu erfüllen.

Alles dies sind Kategorien des Datenschutzrechts, aber nicht des Strafrechts. Es bleibt festzuhalten, dass nicht das Institut der Auftragsverarbeitung, sondern die Stellung des Auftragnehmers als Teil der Verantwortungsgemeinschaft eine Befugnis im Sinne des § 203 StGB verleiht.

## VII. Die Sondernorm des § 28 Abs. 7 BDSG

Das BDSG bleibt zudem mit seiner Abstinenz in Bezug auf die Berufsgeheimnisse nicht konsequent: Es selbst enthält Rechtsvorschriften, die die Einschaltung der Tierärztlichen Verrechnungsstellen legitimieren, ohne dass der Tierarzt dazu auf eine Einwilligungserklärung seiner Patientenbesitzer zurückgreifen müsste: Denn mit § 28 Abs. 7 BDSG eröffnet das BDSG eine Befugnis im Sinne des § 203 StGB. § 1 Abs. 3 BDSG wird hier nämlich konterkariert, aufgehoben und verliert seine Gültigkeit: Denn die Vorschrift des § 28 Abs. 7 richtet sich ausdrücklich an diejenigen, die in dem im Gesetzeswortlaut näher eingegrenzten Gesundheitsbereich tätig sind, mithin an die Träger von Berufsgeheimnissen als solche. Dass diese Stellen schweigepflichtiges ärztliches Personal sind oder ei-

---

<sup>33</sup> Fischer a.a.O. § 203 Rn. 21. Er betont, dass Abrechnungsstellen im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 6 nicht hätten ins Gesetz aufgenommen werden müssen, wenn man hätte davon ausgehen können, dass sie ohnehin Berufshelfer seien. Diese Aufnahme fand jedoch vor 2009 statt; bis dahin mag Fischers Argument überzeugend gewesen sein. Erst seit dieser Zeit jedoch sind Abrechnungsstellen in dieser Weise so eng mit dem Auftraggeber verbunden, dass sie die Definition des Berufshelfers erfüllen. Zudem schadet es angesichts der Offenheit des Tatbestandes des Offenbarens und der Offenheit der Befugnisse im Sinn der Rechtswidrigkeit nichts, die Verrechnungsstellen ausdrücklich zu erwähnen. Ihre Tätigkeit - es ist die Herstellung der Abrechnung und folglich die Herstellung der geschützten Daten - leitet sich ausschließlich aus der Befugnis des Arztes ab, das Geheimnis mit ihnen überhaupt inhaltlich erst herzustellen und daher zu teilen. Dies genau in der gleichen Weise, wie auch die (anderen) Berufshelfer an der Herstellung des Geheimnisses und an seiner Wahrung mitwirken.

ner entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen ist nämlich die Voraussetzung für die Anwendung und Gültigkeit der Vorschrift.

Die Vorschrift ist erst spät, nämlich 2001 ins Gesetz gekommen, weil die EG-Datenschutzrichtlinie 1995 entsprechende Regelungsinhalte für die nationale Gesetzgebung verbindlich vorgeschrieben hatte, Art. 8 Abs. 3. Sie weicht nicht nur vom Totalverbot des § 4 Abs. 1 BDSG, sondern auch von der Exemption des § 1 Abs. 3 BDSG ab und regelt ausdrücklich den Umgang mit Gesundheitsdaten in dem Bereich, der vom (tier-)ärztlichen Berufsgeheimnis erfasst wird. Anders gesagt: Für den Gesundheitsbereich hebt diese neuere Spezialvorschrift die ältere und allgemeine Vorschrift des § 1 Abs. 3 auf; sie verkehrt sie ins Gegenteil und verleiht eine spezielle Befugnis zum Datenumgang, folglich eine Befugnis zum Bruch des (tier-)ärztlichen Berufsgeheimnisses. Sie ist deshalb keine strafrechtliche Vorschrift, weil sie ja nichts bei Strafe verbietet, sondern verleiht eine – wenn auch strafrechtlich bedeutsame – Befugnis. Weil sie sich ausdrücklich mit der Erhebung von Daten zum Zweck der „Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder der Verwaltung von Gesundheitsdiensten“ etc. befasst, handelt es sich um eine Vorschrift, die mit § 1 Abs. 3 BDSG eigentlich nicht zu vereinbaren ist; vielmehr handelt es sich um eine bewusste und klare Durchbrechung des dortigen Grundsatzes, dass das BDSG die gesetzlichen und sonstigen Berufsgeheimnisse unberührt lasse. Das ist durchaus nicht systemwidrig, weil § 28 Abs. 7 BDSG die speziellere und die neuere Vorschrift ist.<sup>34</sup> Der Gesetzgeber darf seine selbst erklärten Prinzipien durchbrechen und hat das 2001 wirksam getan. Aus strafrechtlicher Sicht handelt es sich hier um eine klassische gesetzliche Befugnis.

Die Vorschrift selbst erklärt in Satz 1 „das Erheben“ personenbezogener Daten in dem gesetzlichen Kontext und zu dem gesetzlichen Zweck für zulässig, wenn es durch ärztliches Personal oder durch Personen erfolgt, die einer dem ärztlichen Personal entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen. In Satz 2 folgt „die Verarbeitung und Nutzung“, die ebenfalls erlaubt wird, allerdings unter den Bedingungen, die Geheimhaltungspflichten zu wahren, was nichts anderes bedeutet, als dass die Beteiligten ihre Berufsgeheimnisse nach außen aufrechtzuerhalten haben. Die Vorschrift wird insgesamt in der datenschutzrechtlichen und insbesondere in der strafrechtlichen Literatur tapfer übersehen. Diese Ignoranz ändert jedoch nichts an ihrer durchschlagenden Wirksamkeit.

Simitis schreibt, offenbar in Erklärungsnot:<sup>35</sup> „Im Ergebnis handelt es sich um eine reichlich komplizierte Regelung, die es zudem kaum erlaubt, richtig einzuschätzen, welche Bedeutung § 28 Abs. 7 wirklich zukommt.“ Diese Beurteilung

---

34 In der Gesetzeshierarchie gelten die Grundsätze „lex specialis derogat legi generali“ und „lex posterior derogat legi priori“.

35 Simitis in Simitis (Hrsg.) a.a.O. § 28 Rn. 313.

einer strafrechtlich bedeutsamen Norm kratzt nun wirklich am rechtsstaatlichen Gefüge, wenn man das oben erwähnte verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit bedenkt.

Simitis führt jedoch immerhin klar aus, dass die Vorschrift durchaus für den administrativen Teil der medizinischen Versorgung und das Abrechnungswesen gilt.<sup>36</sup> Anderslautende Stimmen sind nicht bekannt.

### **1. Die Tierärztliche Verrechnungsstelle als Privatärztliche Verrechnungsstelle im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB**

Hier ist der richtige Ort um darzustellen, dass alle Bediensteten einer Tierärztlichen Verrechnungsstelle dem akkurat gleichen Berufsgeheimnis wie die Tierärzte selbst und deren berufsmäßig tätige Gehilfen (§ 203 Abs. 3 S. 2 StGB) unterliegen: § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB erfasst auch sie unter den „privatärztlichen Verrechnungsstellen“.

Diese strafgesetzliche Regelung ist allenfalls auf einen flüchtigen Blick eine Bedrohung (sie ist es natürlich, weil sie den unbefugten Bruch des Geheimnisses bestraft); viel bedeutsamer ist, dass sie die wesentliche Privilegierung enthält, als gleichberechtigter Teilnehmer neben der Ärzteschaft im Gesundheitswesen mit Ärzte- und Patientendaten umzugehen. Sie kanonisiert geradezu die nun schon traditionelle Hilfs- und Unterstützungstätigkeit der Verrechnungsstellen.

Ihre Mitarbeiter heißen im Gesetz „Angehörige“, um eben alle, Mitglieder, Leitungspersonal, Freelancer oder Zeitvertragskräfte, Leiharbeitnehmer oder Auszubildende, aber auch freivertraglich angebundene Helfer, eben alle Tätigen ohne Ausnahme zu erfassen, gleich in welcher Art sie vertraglich mit ihrer Arbeit verbunden sind.<sup>37</sup>

Mit dem Begriff „privatärztlich“ ist – nehmen wir zunächst den humanmedizinischen Bereich – keineswegs ein Hinweis auf die Frage verbunden, ob und wo die Patienten versichert sind, ob sie also privat oder gesetzlich krankenversichert sind. „Privatärztlich“ ist vielmehr die Organisationsform der Verrechnungsstelle: Als sich diese berufsständischen Organisationen, meist private Vereine der Ärzteschaft, nicht selten in personeller, organisatorischer und räumlicher Nähe zu

---

36 Simitis in Simitis (Hrsg.) a.a.O. § 28 Rn. 315. Das Gleiche ist den Ausführungen von Wolff a.a.O. § 28 Rn. 264 ff. zu entnehmen; Taeger a.a.O. § 28 Rn. 237 ist der gleichen Meinung und hält meinen Ansatz in der NSTZ für „überzeugend“.

37 Fischer a.a.O. § 203 Rn. 18. Dort ist auch festgehalten, dass nicht nur die berufsständischen Vereine und ihre Unternehmen, sondern alle gewerblichen Verrechnungsunternehmen (etwa Factoring-Gesellschaften) von der Vorschrift erfasst werden, siehe OLG Stuttgart, NJW 87, 1490. Diese Entscheidung stellt – in den Kommentierungen unwidersprochen – heraus, dass § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB von „einer“ privatärztlichen Verrechnungsstelle und nicht „den“ privatärztlichen Verrechnungsstellen spricht, also eine Reihe von ganz unterschiedlichen Unternehmen meine.

den Kammern<sup>38</sup> vor etwa 90 Jahren gründeten, waren komplexere Gebührenordnungen in Kraft getreten, die es sinnvoll erscheinen ließen, dass nicht mehr, wie bislang weithin üblich, die Ehefrauen der Ärzte die Abrechnungen erstellten, sondern sich dazu Spezialisten und Unternehmen herausbildeten.

Von Anfang an rechneten die Privatärztlichen Verrechnungsstellen auch Leistungen gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen ab. Diese Einbindung in das Kassenarztrecht hatte und hat keine Auswirkungen darauf, dass es sich um "Privatärztliche" Verrechnungsstellen handelt: Der Begriff des Privatärztlichen ist als historisch gewachsener Begriff<sup>39</sup> gesetzlich nicht näher definiert.<sup>40</sup> Er meinte schon immer nicht nur die Abrechnung des Arztes gegenüber seinen Privatpatienten nach der GOÄ, sondern mit der gleichen Berechtigung auch die Abrechnungstätigkeit des niedergelassenen Arztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen bzw. gegenüber der (später) zwischengeschalteten KÄV. Denn der Begriff der PVS bezeichnete schon Ende der 20er Jahre des letzten Jahrhunderts

---

38 Das sind die Selbstverwaltungsorganisationen der (Tier-)Ärzteschaft in Form von Körperschaften des öffentlichen Rechts.

39 Die ursprüngliche Unterscheidung zwischen der gemeinnützigen Arbeit der schon in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts gegründeten ärztlichen Vereine und den gewinnorientierten Tätigkeiten gewerblicher Verrechnungsstellen, mittlerweile ihrer Töchter, ist längst Geschichte; die berufsständische Tradition hat jedoch auf die rechtliche Einordnung der PVS heute noch Einfluss.

40 Fischer a.a.O. § 203 Rn.18 nennt die vom Geheimnis erfassten Personen alle, "die durch ihre Funktion mit Geheimnissen in Berührung kommen". Nach OLG Stuttgart in NJW 87, 1490 sind auch gewerbliche Verrechnungsstellen, z. B. Factoring-Unternehmen, erfasst; zust. Schönemann Leipziger Kommentar, § 203 Rn. 70; Cierniak Münchener Kommentar § 203 Rn. 37; a.A. Schönke/Schröder Lenckner/Eisele § 203 Rn. 41; Hoyer, Systematischer Kommentar § 203 Rn. 46; vergl. auch OLG Köln NJW 1991, 753 und Anm. König.- Fischer, a. a. O. Rn. 21: *"Für die Abgrenzung kommt es nach bisher herrschender Meinung darauf an, ob die betreffenden Personen aus Sicht des Geheimnis-Berechtigten in den organisatorischen und weisungsgebundenen internen Bereich der vertrauensbegründenden Sonderbeziehung einbezogen sind; nach anderer Ansicht kommt es auf die Kontroll- und Steuerungsmacht durch den originären Geheimnisträger an (Hegmanns/Niehaus NSTZ 08, 57, 61 f.)"* Weiter heißt es: *"Externe Personen scheiden als Gehilfen aus, so dass die Offenbarung ihnen gegenüber strafbar ist. Hierzu zählen nach herrschender Meinung ... Mitarbeiter von Service-, Reparatur- und Wartungsunternehmen, auch bei EDV-Wartung"*; so auch Schönke/Schröder, § 203 Rn. 64.; anderer Ansicht Kilian NJW 87, 695 ff.; Kinzi DRiZ 07, 244; Hegmann/Niehaus NSTZ 08, 57, 59 ff. Zu den Auftragsverarbeitern war die frühere Auffassung: Da sie mangels Eingliederung in den organisatorischen Vertrauensbereich in der Regel nicht als berufsmäßige Gehilfen angesehen werden könnten, sprächen Gründe des Rechtsgutschutzes gegen deren "Privilegierung". Dieses Argument ist aber spätestens seit der Reform der §§ 11 BDSG und des § 80 SGB X im Jahr 2009 unhaltbar, denn der Datenverarbeiter im Auftrag steht unter dezidierter Kontrolle und sogar im (alleinigen) Verantwortungsbereich des Auftraggebers: Er ist kein "Externer". Siehe dazu im Einzelnen Giesen, Zum Begriff des Offenbarens nach § 203 StGB im Falle der Einschaltung privatärztlicher Verrechnungsstellen, NSTZ 2012, 122 ff.; zustimmend Taeger in Taeger/Gabel BDSG § 28 Rn. 237. Siehe auch den Ansatz von Petri in Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014 § 11 Rn. 46: Er mahnt die Schaffung einer gesetzlichen Vorschrift zur Auftragsverarbeitung und Offenbarungsbefugnis bei den Berufsgeheimnisträgern an: Er übersieht, dass § 28 Absätze 7 und 8 BDSG diese Befugnis bieten.

diese historisch gewachsenen und mehr und mehr komplexer gewordenen Abrechnungs- und Finanzierungsaufgaben insgesamt und ihre Erledigung durch berufsständische, private Idealvereine und später deren wirtschaftliche Unternehmen. Er umfasste in gleicher Weise die Anfertigung der Abrechnungen gegenüber den Patienten persönlich, gegenüber ihren privaten Krankenversicherern und gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen bzw. gegenüber der KÄV, sowie die (meist fiduziarische) Abtretung der Forderungen und ihre Bevorschussung, Einziehung und Verrechnung mit anderen Forderungen gegen andere Patienten sowie schließlich ihre gerichtliche Geltendmachung und Vollstreckung.

Der Begriff des "Privatärztlichen" war weder Hinweis auf den Honorar- oder Gebührenschuldner (er ist im Fall einer KÄV oder einer Krankenkasse eine Körperschaft des öffentlichen Rechts), noch auf die Rechtsnatur der Gebühren-, Honorar- oder Entgelt-Forderung, sondern er ist Hinweis auf den abrechnenden niedergelassenen Arzt selbst, der, als privater Dienstleister, in einem Verein<sup>41</sup> mit seinen ärztlichen Kollegen privatrechtlich verbunden, seine Forderung in Erledigung und als Erfüllung seines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses, nämlich des Vertrages mit seinem Patienten, gegenüber diesem oder dessen ö. r. Krankenkasse geltend zu machen hatte und sich des Vereins bediente, um sowohl privatrechtliche wie sozialrechtliche Forderungen zu berechnen, darzustellen und in einer Abrechnung niederzulegen. Die Honorarforderung des niedergelassenen Arztes gegenüber dem Patienten ist ein privatrechtlicher Anspruch; gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse ist die Entgeltforderung hingegen öffentlich-rechtlicher Natur; sie basiert auf dem öffentlich-rechtlichen Vertrag, mit dem die Krankenkasse den Vertragsarzt in Dienst stellt ("zulässt"); er erhält von ihr sein Honorar für die Naturalleistung, die er im Auftrag der Krankenkasse dem dort versicherten Patienten – der jedoch wie der Patientenbesitzer dem Tierarzt gegenüber in privatrechtlicher Beziehung zu ihm steht<sup>42</sup> – appliziert.

Weil sich die Unterscheidung zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht – sie ist etwa im europäischen Datenschutzrecht bis heute unklar und wenig systematisch geordnet – erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts herausgebildet hat, kann sich die damalige und bis heute überkommene Bezeichnung "privatärztlich" unter den historisch gewachsenen Aspekten erklären: Es geht weniger darum, dass Honorar und ärztliche Leistung ihrerseits miteinander bis zur Erfüllung synallagmatisch verbunden bleiben und dass bei einer Leistungsstörung oder bei einem Ausfall der gesetzlichen Krankenversicherung Patient und Arzt einander zivilrechtlich verpflichtet bleiben, sondern um die zivilrechtliche, private Unternehmensform der Vereine und ihrer Abrechnungsunternehmen.

---

41 Siehe Fußnote 2.

42 Leistungsstörungen werden zivilrechtlich beurteilt und gehören vor die Zivilgerichte.

Es wäre auch ein nicht begründbarer Wertungswiderspruch, würde man die Abrechnung einer ärztlichen Leistung durch das gleiche Unternehmen datenschutzrechtlich, besser: schweigepflichtbezogen, unterschiedlich beurteilen wollen, je nachdem, gegenüber wem die Abrechnung erfolgt. Wesentlich ist die Befugnis zum Umgang mit Angaben, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen. Folglich besteht aus der Sicht der auch strafrechtlich garantierten Bindung an das ärztliche Berufsgeheimnis das Bedürfnis, den Auftragnehmer in gleicher Weise wie den Auftraggeber dem Berufsgeheimnis zu unterstellen und zu verpflichten. Genau dies hat der Gesetzgeber in Bezug auf die ärztliche Schweigepflicht in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB getan; er behandelt die Verrechnungsstellen wie die Ärzte selbst.

Das gilt auch für die Frage nach der Beschlagnahme-Festigkeit: Denn anders als noch von Körner-Dammann<sup>43</sup> entsprechend der damaligen Rechtslage angenommen werden konnte, erstreckt sich heute das Verbot der Beschlagnahme gem. § 97 Abs. 2 S. 2 StPO auf alle Gegenstände, die sich im Gewahrsam eines Dienstleiters befinden, der für einen (Tier-)Arzt personenbezogene Daten verarbeitet oder nutzt.<sup>44</sup>

Die Gleichbehandlung dieser Stellen mit den Ärzten geschieht, folgt man dem System des § 203 StGB, in gleicher Weise, wie es beim ärztlichen Hilfspersonal der Fall ist (§ 203 Abs. 3 S. 2 StGB). Beide Dienstleister – die einen als eigenes Personal inkorporiert, die anderen als Vertragspartner unter einer engen Weisung stehend – werden nicht ausdrücklich von einer Befugnis des Arztes erfasst, sondern sind als deren Helfer selbst als Schweigepflichtige anerkannt und zudem mit der Erfüllung des Behandlungsvertrages befasst. Sie dienen dem gleichen Datenverarbeitungszweck wie der (Tier-)Arzt. Folglich ist die selbständige Schweigepflicht des Auftragnehmers mittelbar und abgeleitet eine ärztliche Schweigepflicht, der die Mitarbeiter der Privatärztliche Verrechnungsstelle in gleicher Weise wie die sonstigen Erfüllungsgehilfen des Arztes unterliegen.<sup>45</sup> Die gewollte Gleichbehandlung der Verrechnungsstellen mit dem Heilbehandlung-Hilfspersonal ergibt sich aus der Gesetzesbegründung,<sup>46</sup> in der es heißt, in beiden Fällen sei die Gefahr der Indiskretion gleich groß; diese Lücke müsse daher geschlossen werden.

---

43 Körner-Dammann, Weitergabe von Patientendaten an ärztliche Verrechnungsstellen, NJW 1992, 729 ff.

44 Änderung der StPO durch Art. 30 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. 11. 2003, BGBl. 2003 I. S. 2190 ff.

45 Der von einem unter dem Sozialgeheimnis des § 35 SGB I stehenden Leistungsträger eingeschaltete Datenverarbeiter im Auftrag untersteht, folgt man § 80 SGB X, dem Sozialgeheimnis jedoch nicht automatisch, es sei denn, dies ist, wie in § 295a SGB V, besonders angeordnet.

46 Drucksache IV/650 des Dt. Bundestages, S. 336.

Das bedeutet zugleich, dass die in Literatur und Rechtsprechung akzeptierte Auffassung des OLG Stuttgart<sup>47</sup> zu bedenken ist: Am Ende mag hier offenbleiben, ob die Verrechnungsstelle als berufsständische Einrichtung, also als ärztlicher Verein und unter ärztlicher Leitung organisiert ist, oder ob die Verrechnungsstelle etwa als "Tochter" eines Idealvereins oder gänzlich selbständig gewerblich tätig ist. Dennoch gilt: Die ursprünglich berufsständischen Gründungen bieten die Gewähr, dass ihr einziger Geschäftszweck ausschließlich auf das tierärztliche Abrechnungs-, Einziehungs- und Finanzierungsgeschäft beschränkt bleibt und folglich keine Anreize dafür entstehen lässt, die besonders schutzwürdigen Daten einer anderen, datenschutzwidrigen Zweckverfolgung auszusetzen. Insoweit genießen die Auftraggeber als berufsständische Verrechnungsstellen vor den rein gewerblichen Inkassounternehmen ein gewisses Alleinstellungsmerkmal, das gut begründet eine besondere Vertrauenswürdigkeit für sich in Anspruch nehmen kann. Denn das tierärztliche Berufsethos, das prinzipiell das der Humanmediziner ist, verfolgt das Anliegen, als Berufsstand verlässlich, verschwiegen und vertrauenswürdig zu sein. Dies bewirkt eine Form von Feinfühligkeit und Solidität im Umgang mit den Informationen über die Patientenbesitzer, der ein rein materialistischer und gewinnorientierter, also zweckwidriger Umgang mit Daten eher fernliegt.

Es besteht nicht die geringste Veranlassung, die tiermedizinischen Verrechnungsstellen anders zu behandeln als die humanmedizinischen Verrechnungsstellen. Weder der Gesetzestext noch seine historische Genese, weder der Gesetzeszweck noch das geschützte Rechtsgut unterscheiden sich insofern.

## **2. Die Tierärztliche Verrechnungsstelle als Forderungsinhaber**

Satzungs- und vertragsgemäß tritt der Tierarzt seine Honorarforderung an die Tierärztliche Verrechnungsstelle ab.

Im vorliegenden Fall würde das Datenschutzrecht zunächst vermuten, dass mit der Abtretung der Honorarforderung ein Funktionsübergang verbunden sei; die Tierärztliche Verrechnungsstelle nehme ein eigenes Geschäft wahr, wenn sie die Abrechnung erstelle und sie eintreibe.

Auch das ist nur auf den ersten Blick hin einleuchtend, wie sich aus den folgenden Erwägungen – bei denen wir systemkonform nicht dem Datenschutzrecht des BDSG, sondern dem des § 203 StGB folgen – ergibt:

---

47 NJW 1987, 1490 f.

### **a. Der Behandlungsvertrag als gegenseitiger Vertrag**

Unter den im hier geltenden § 28 Abs. 7 BDSG näher umschriebenen Bedingungen sind alle nicht-öffentlichen Stellen – also auch die Tierärzte – berechtigt, Gesundheitsdaten (besondere Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG) zu verarbeiten, sie also an Dritte weiterzugeben oder gar zu übermitteln; sie sind keineswegs auf das Einverständnis des Betroffenen (hier: des Patientenbesitzers) angewiesen.<sup>48</sup>

Der Vertrag, den der Tierarzt mit dem Patientenbesitzer schließt, ist ein gegenseitiger Vertrag: Der Tierarzt schuldet die gebotene Dienstleistung in Form der Applikation seiner ärztlichen Kunst, der Patientenbesitzer schuldet das der Gebührenordnung oder der privatrechtlichen Honorarvereinbarung entsprechende Tierarzthonorar. Beide gegenseitig geschuldeten Leistungen haben den gleichen Rang und stehen miteinander im sog. Synallagma, also einer Gegenseitigkeit. Die Rechtsordnung tut gut daran, den Tierarzt nicht als einen samariterhaften Dienstleister anzusehen, der lediglich seine ärztlichen Leistungen, sein Dispensierrecht und seine tierärztliche Hausapotheke zu organisieren und anzuwenden hat, sondern als einen Freiberufler, der auch seine Einnahmenseite sehr wohl möglichst effizient und ökonomisch ordnet. Nur das sichert den freien Beruf.

Alle Daten, die der Tierarzt – evtl. im informationellen Verbund mit anderen spezialisierten Kollegen und unterstützt von seinen berufsmäßig tätigen Gehilfen – für seine Anamnese, seine Diagnose, seine Behandlung und Medikation, seine Viehbestandsüberwachung etc. zu brauchen verantwortungsvoll und nach eigener allgemein anerkannter und wissenschaftlich begründeter Berufsauffassung entscheidet, darf er erheben und verarbeiten, also auch innerhalb seines praxisbezogenen internen Verbundes weitergeben. In gleicher Weise darf er entscheiden, dass er für die Erstellung seiner Abrechnung Fachleute einschaltet. Denn die Abrechnung ist, wie wir gesehen haben, Voraussetzung einer ordnungsgemäßen vertraglichen Liquidation und damit integraler Bestandteil der tierärztlichen Vertragsleistung (sie enthält für den Patientenbesitzer nicht selten den einzigen Nachweis der tierärztlichen Tätigkeit und der Verordnungen; folglich ist jedenfalls in den Bereichen der Fleischproduktion und gewerbsmäßigen Tierzucht und Tierhaltung die Abrechnung eine über den Bereich der Erfüllung des Behandlungsvertrages hinausweisende wichtige Urkunde) und zugleich Voraussetzung für die Fälligkeit seiner Forderung und die Vertragserfüllung durch Honorarzahlung seitens des Patientenbesitzers. Ohne die Abrechnung bleibt der Patientenbesitzer tendenziell uninformiert und kann seinen Teil der vereinbarten Vertragserfüllung nicht erbringen.

---

48 Simitis in Simitis (Hrsg.) a.a.O. § 28 Rn. 19.

## **b. Der Auftrag zur Erstellung der Abrechnung**

Hauptinteresse des Tierarztes ist es, dass die Verrechnungsstelle aus den Behandlungsdaten eine schlüssige und korrekte Abrechnung erstellt.<sup>49</sup> Die Frage nach der „Erforderlichkeit“ im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG wird nicht in dem Sinn entschieden, dass eine andere Stelle, etwa eine Datenschutzaufsichtsbehörde, entscheiden dürfte, welche Form der Abrechnungsfertigung der Tierarzt nun wählen dürfte; es bleibt vielmehr bei der Selbstorganisationshoheit des freiberuflichen Tierarztes: Ist er der Meinung, dass er sich von den bürokratischen, höchst spezialisierten und zeitraubenden Arbeiten der Erstellung einer korrekten Abrechnung unter Beachtung aller Einzelheiten und Neuerungen des tierärztlichen Gebührenrechts entlasten und auf sein eigentliches Fach, nämlich die Applikation wirksamer tierärztlicher Leistungen konzentrieren will, so ist diese Entscheidung keiner Bewertung durch Dritte zugänglich; niemand ist dazu berufen, nach der Art eines Supervisors zu entscheiden, ob der Tierarzt die Abrechnung durch eigene Angestellte oder durch ein berufsständisches Fachunternehmen erstellen lässt.

Es geht folglich nicht darum, ob eine Erstellung und Durchsetzung der Honorarforderung durch Dritte, hier die Tierärztliche Verrechnungsstelle „nötig“ ist, sondern darum, ob sie als naheliegende, traditionell übliche Organisationsform geeignet ist und mit kleinem Aufwand an Datenweitergabe und -verarbeitung zu dem vom Tierarzt legitimerweise angestrebten Ergebnis führt. Die Erforderlichkeit ist nur in Bezug auf die „Zweck-Mittel-Relation“ gemeint.<sup>50</sup> Es ist nur zu fragen, ob das Mittel der Einschaltung der Tierärztlichen Verrechnungsstelle das mildeste, also in die Rechte anderer nur angemessen eingreifende Mittel ist, um den Tierarzt von der eigenen Erstellung und Durchsetzung seiner Honorarforderung zu entlasten; zu fragen ist nicht, ob es nötig ist, dass der Tierarzt sich entlastet. Nicht der vom Tierarzt angestrebte Zweck unterliegt folglich dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit, sondern nur die Mittel, die er zu seiner Erreichung einsetzt, haben geeignet und erforderlich und angemessen zu sein.<sup>51</sup>

„Erforderlich“, im Sinne des verfassungsimmanenten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, also geeignet und sinnvoll zur Erreichung der vertraglich geschul-

---

49 Ohne Abrechnung gäbe es bald keine medizinische Versorgung; folglich ist die Abrechnung der in § 28 Abs. 7 BDSG erfassten Leistungen immer auch genauso legitimer Zweck für den Umgang mit den Patientendaten, wie die Leistung selbst. Dass die Abrechnung legitimer, vom Gesetz erfasster Zweck ist, räumen auch Simitis in Simitis (Hrsg.) a. a. O. § 28 Rn. 315 ff., Taeger in Taeger/Gabler, BDSG, § 28 Rn. 237 ein; so auch Wolff in Wolff/Brink BDSG, § 28 Rn. 266: Die Verwaltung von Gesundheitsdiensten ist die rechtliche und finanzielle Abwicklung von Leistungen im Gesundheitsbereich.

50 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 10 Rn. 17.

51 Sachs in Sachs (Hrsg.) a.a.O. Art. 20 Rn. 149 ff. Hier gilt das Gleiche, was auch gegenüber der Durchsetzung staatlicher Ziele gilt: Nicht das Ziel, sondern die Methode seiner Erreichung unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

deten Rechnungserstellung, ist die Einschaltung der Verrechnungsstelle durchaus. Insbesondere im Hinblick auf die lange Tradition der Tierärztlichen Verrechnungsstellen und die damit verbundene soziale Adäquanz ihrer Tätigkeit – niemand wundert sich oder beschwert sich gar, wenn er die tierärztliche Rechnung von der Verrechnungsstelle erhält – ist die Übertragung der Rechnungserstellung nicht zu beanstanden. Sie liegt in der verfassungsgemäßen Entscheidungsfreiheit des Tierarztes.<sup>52</sup> Es bleibt auch unter dem Regime des Datenschutzes bei der Organisationsfreiheit des Einzelnen. Das gebietet die verfassungskonforme Auslegung.

Denn erforderlich ist alles, was, ausgehend von der objektiven Vernünftigkeit des Handelns im Sinne der Schonung aller gesicherten Rechtspositionen anderer, einen unmittelbaren Einfluss auf die Leichtigkeit, die Kostengünstigkeit und die Sinnhaftigkeit der Abrechnungserstellung hat. Hier gilt die Freiheit des Art. 12. GG. Auch die Frage nach der Zumutbarkeit einer anderen Lösung kann in die Beurteilung nach der Erforderlichkeit einfließen: Ist eine Lösung des Problems der möglichst sachkundigen, spezialisierten und schnellen Anfertigung der Abrechnung angesichts des durchaus scharfen Konkurrenzkampfes der Tierärzte untereinander kostengünstiger als die Anfertigung durch eigenes Personal, so ist jede andere Lösung unzumutbar. Sie ist dann erforderlich, weil sie einer vernünftigen Organisationsentscheidung entspricht.

Zudem ist, wie wir oben gesehen haben, ein gesetzlich nicht gedeckter Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Patientenbesitzer nicht zu erkennen.

Weil er Freiberufler ist, kommt dem Organisationsgeschick des einzelnen Tierarztes dabei ein Freiraum zu, über den er verfügen kann; schaltet er eine Stelle ein, die für ihn die Abrechnung erstellt, so ist dies Ausdruck der ursprünglichen Organisationsfreiheit des Freiberuflers; sie ist dann „erforderlich.“

### **c. Die Abtretung der Forderung**

Traditionell ist in vielen ärztlichen Verrechnungsstellen die Abrechnungserstellung zugleich mit einer Forderungsabtretung im Sinne des § 398 BGB verbunden: Der Verrechnungsverein hatte schon immer eine durchaus soziale Komponente; er will seinen Mitgliedern ein möglichst gleichbleibendes Einkommen sichern ohne dass sie auf die Zahlungen der Honorarschuldner warten müssen; offene Forderungen können bevorschusst und Guthaben können kurzzeitig aufge-

---

<sup>52</sup> Bis zum 1. 9. 2009 war jeder Umgang mit personenbezogenen Daten erlaubt, soweit er der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses „diente“. Auch damals wurde dieser Begriff im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausgelegt. Siehe dazu Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 28 Rn. 14 ff. Die vormundschaftliche Auslegung der „Erforderlichkeit“ geht keineswegs soweit, dass sie, etwa wie bei Wedde, DKWW (siehe FN. 20) § 28 Rn. 15 mit Unverzichtbarkeit oder mit zwingender Notwendigkeit gleichgesetzt werden dürfte.

spart werden, um Schwankungen zugunsten von Kontinuität auszugleichen. Verbindlichkeiten (Vorschüsse oder Entgelte) und Guthaben werden dann regelmäßig miteinander verrechnet. Damit erwirbt der Tierarzt einen Liquiditätsvorteil, der ihn beispielsweise befähigt, auf eine komplexe und kostenintensive Finanzierung per Bankkredit zu verzichten. Die Namensgebung der Stellen lautet ja nicht „Tierärztliche Abrechnungsstelle“ sondern „Verrechnungsstelle.“ Auch die verrechnende Tätigkeit, also das eigene Geschäft nach erfolgter Abtretung ist in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB genauso geschützt wie die bloße Erstellung der Abrechnung.

Die Abtretung, besser, der Abtretungsvertrag kann formfrei geschlossen werden;<sup>53</sup> sie ist auch unter einer aufschiebenden Bedingung möglich. Mit der Abtretung der Forderung des Zedenten (Tierarzt) wird der Zessionar (Tierärztliche Verrechnungsstelle) zum Gläubiger der Forderung gegenüber dem Schuldner. Es können auch künftige Forderungen abgetreten werden; Rechtsgrund der Abtretung ist die vertragliche Vereinbarung zwischen beiden, in der auch festgelegt werden kann, wann die Abtretung wirksam werden soll. Ist die Forderung der Höhe nach noch unbestimmt, dann sollte die Abtretung erst wirksam werden, wenn sie auch vom Schuldner der Höhe nach ermittelt werden kann, er also weiß oder wissen kann, wann er wieviel an wen zu zahlen hat. Zwar ist der Vertrag über eine – künftig erst bestimmt und wirksam werdende – Abtretung auch vorher wirksam (Mantelzession), jedoch spricht nichts dagegen, die Abtretung auch nach dem Willen des abtretenden Tierarztes und seiner Tierärztlichen Verrechnungsstelle erst dann wirksam und verbindlich werden zu lassen, wenn die Abrechnung erfolgt ist und sie dem Patientenbesitzer zugeht. Wegen des Problems der Bestimmbarkeit der Forderung – sie ist dann von Bedeutung, wenn eine Bevorschussung, also die Zahlung einer Quote seitens des Zessionars an den Zedenten vereinbart ist und es dabei zur Unter- oder Übersicherung kommen kann – ist es nicht ungünstig, wenn die Zession erst nach Erstellung der Abrechnung wirksam werden soll. Zudem sollte das Abrechnungsgeschäft für den Tierarzt erfolgen, bevor die errechnete Forderung dann auf die Tierärztliche Verrechnungsstelle (fiduziarisch) übertragen wird.

Der Abschluss einer solchen differenzierenden Vereinbarung wird hier empfohlen.

In ihrer (fiduziarischen) Zweckabrede vereinbaren der Zedent und der Zessionar, dass der Zessionar zwar nach außen hin als Gläubiger aufzutreten berechtigt ist. Im Innenverhältnis soll er aber weiterhin den Weisungen des Zedenten unterliegen: Der Zedent behält sich alle Weisungen vor, ob, wann und mit welchen Mit-

---

53 Dazu und zum Folgenden siehe Palandt/Grüneberg a.a.O. in seiner Kommentierung zu § 398 BGB; unstrittig.

teln der Zessionar gegenüber dem Schuldner vorgeht.<sup>54</sup> Das soll die besondere Vertrauensbeziehung zwischen dem Tierarzt und seinen Patientenbesitzern schützen, die nur im äußersten Fall zugunsten der Forderungsrealisierung aufs Spiel gesetzt werden soll. Zum anderen sollen die finanziellen Risiken einer erfolglosen, aber dennoch aufwändigen Eintreibung vermieden werden: Der Tierarzt kennt seine Patientenbesitzer und entscheidet selbst über Zwangseintreibung. Entscheidet er sich dagegen, erfolgt vereinbarungsgemäß eine Rückabtretung.

Geht man davon aus, dass die Abtretung der Honorarforderung in einem Akt und zugleich mit der Beauftragung zur Rechnungserstellung erfolgt, so wissen die Beteiligten dieses Vertrages nicht, ob und in welcher Höhe die Honorarforderung bestehen mag, wie sie sich zusammensetzt und wie hoch (absolut) die Höhe der Beträge ist, die seitens der Verrechnungsstelle nach Eingang seitens des Patientenbesitzers an den Tierarzt abzuführen sind.

Man könnte daher mit einer einfachen Vertragsbestimmung auch bewirken, dass es zunächst bei dem Auftrag verbleibt, die tierärztliche Abrechnung zu erstellen und erst im Anschluss daran (mit oder ohne eine entsprechende Benachrichtigung des Tierarztes seitens der Verrechnungsstelle) die Abtretung der Forderung zum Zwecke ihrer Eintreibung und ihrer Bevorschussung wirksam werden zu lassen. Diese zeitliche Versetzung würde die Verarbeitungsphasen in vier voneinander getrennte Abschnitte aufteilen: Den ersten Abrechnungsvorgang der „Rechnungserstellung“ vollständig unter der Aufsicht und fachlichen Weisung des Tierarztes ohne jedes eigenes Interesse und ohne jeden inhaltlichen Gestaltungsspielraum der Verrechnungsstelle; eine zweite Phase der „Forderungseintreibung“, in der die Abtretung der Forderung wirksam und nach außen kundgetan wird mit der Folge, dass die Forderung vom Patientenbesitzer mit befreiender Wirkung nur an die Verrechnungsstelle gezahlt wird; eine dritte, bei der Bevorschussung parallel anlaufende Verarbeitungsphase, in der der erwartete oder eingehende Betrag zwischen dem Tierarzt und der Verrechnungsstelle aufgeteilt – „verrechnet“ – wird und in eine vierte, in der nach Rücksprache mit dem Tierarzt und auf dessen Weisung entweder beigetrieben oder rückabgetreten wird.

Das OLG Hamm hat in einer zwar auf viele Vorbilder verweisenden, aber leider nicht zu Ende gedachten Entscheidung,<sup>55</sup> die recht bald auf fundierte Kritik ge-

---

54 Zur Zulässigkeit solcher Vereinbarungen Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Auflage 2016, § 398 Rn. 23 ff. mit vielen Nachweisen; unstreitig.

55 Urteil vom 17. 11. 2006, NJW 2007, 849 ff. Die Entscheidung beruft sich auf die Rechtsprechung des BGH, die nachstehend erörtert wird. Gänzlich systemfremd ist schon die Behauptung, nur eine gesetzliche Vorschrift könne die Befugnis verleihen, denn Befugnisse können sich aus allen möglichen Rechten ergeben (siehe alle strafrechtlichen Kommentierungen).

stoßen ist,<sup>56</sup> die Meinung geäußert, die Abtretung einer Vergütungsforderung eines schweigepflichtigen Leistungserbringers sei ohne die Zustimmung des Patienten nichtig, weil der Leistungserbringer gegen § 203 StGB verstoße. Selbst wenn die Forderung keinen Hinweis auf die Einzelheiten der Behandlung eröffne, so sei zunächst schon die Tatsache, dass eine bestimmte Person Patient eines bestimmten Arztes sei, ein Arztgeheimnis. Ferner sei der Zedent gegenüber dem Zessionar gem. § 402 BGB auskunftspflichtig auch in Bezug auf alle Einzelheiten, aus denen die Forderung resultiere. In der Tat muss er sogar die Urkunden, die die Forderung beweisen, aushändigen. Das können im Fall tierärztlicher Honorarforderungen alle Befunde, Untersuchungsergebnisse, Anzeigen an Behörden etc., also die gesamten Behandlungsakten sein. Die Abtretung und diese Aufklärungspflicht sind untrennbar miteinander verbunden.

Mit seinem Verweis auf § 402 BGB kann das Gericht dogmatisch jedoch nicht überzeugen. Zwar ist höchstrichterlich entschieden, dass eine nur unter Verstoß gegen § 203 StGB zu erfüllende Auskunftspflicht automatisch zur Nichtigkeit der Abtretung führe.<sup>57</sup> Sind der Verrechnungsstelle aber durch die befugte Weitergabe der Daten zum Zweck der Erstellung der Abrechnung bereits alle Umstände, die für die Existenz, Abtretung und Durchsetzung der Forderung erheblich sind, bekannt, entsteht der Anspruch auf Information nach § 402 BGB von vornherein nicht, denn Auskunftsansprüche entstehen nur dann und insoweit, als der angeblich Anspruchsberechtigte über die Umstände, um deren Kenntnis es ihm geht, im Unklaren ist.<sup>58</sup> Hat die Verrechnungsstelle aber alle Informationen schon aus der Abrechnungstätigkeit zur Kenntnis erhalten, dann wird das tierärztliche Berufsgeheimnis durch die Abtretung nicht erneut tangiert. Zudem bleibt es auch nach der Abtretung bei dem Zweck der Datenverarbeitung, die tierärztliche Honorarforderung zu realisieren.

Bezeichnend ist, dass § 28 Abs. 7 BDSG als die zentrale Befugnisnorm in der gesamten Diskussion nicht vorkommt.

### 3. Vertragserfüllung als Befugnis

Ein Teil der datenschutzrechtlichen Literatur<sup>59</sup> behauptet, mit der Befugnis zur Erhebung durch Abrechnungsstellen sei aber nicht die Befugnis der (Tier-)Ärzte zur Weitergabe der Daten an diese Abrechnungsstellen legitimiert. Vielmehr sei für beide Seiten eine Befugnis erforderlich. Das hört sich nur auf den ersten Anblick richtig an, ist es aber nicht (ich darf in diesem Zusammenhang an die Auftragsdatenverarbeitung und die Befugnisse der dort Beteiligten erinnern): Denn

---

56 Lips/Schönberger, Unechtes Factoring im Gesundheitswesen: Ein Geschäftsmodell vor dem Aus? NJW 2007, 1567 ff.

57 BGH NJW 2007, 1196; BGH NJW 1993, 2795; BGH NJW 1996, 2576.

58 Lips/Schönberger a.a.O. FN 16; Palandt/Grüneberg a.a.O. § 260 Rn. 7.

59 Petri in Simitis a.a.O., § 11 Rn. 44 ff.; Gola/Schomerus a.a.O. § 11 Rn. 2.

wenn es der einzige erlaubte Geschäftszweck der medizinischen Verrechnungsstellen ist, patienten(besitzer)bezogene Daten von (Tier-)Ärzten – wohlgermerkt zu Zwecken der Erfüllung des Behandlungsvertrages – entgegenzunehmen und damit umzugehen, dann kann es diesen Ärzten nicht verboten sein, diese Daten an sie weiterzugeben. Mit der Einheitlichkeit und Geschlossenheit der Rechtsordnung wäre eine andere Lösung nicht zu vereinbaren. Mit anderen Worten: Weil die gesetzlich ausdrücklich erlaubte Tätigkeit der Verrechnungsstellen auf der Verarbeitung der ihnen überlassenen Patientendaten beruht, kann die Weitergabe dieser Daten an sie nicht verboten sein. Alles andere wäre winkeladvokatorisches Argumentieren.

Denn es handelt sich bei dieser Datenweitergabe nicht um ein „Offenbaren“: Dieser Begriff wird in der strafrechtlichen Kommentierung überwiegend als „Mitteilung an einen Dritten, der das Geheimnis nicht ... kennt“ bezeichnet.<sup>60</sup> Wenn aber das „Geheimnis“ gar nicht zwischen dem Patienten und seinem Arzt in intimer Zweisamkeit zustande gekommen ist, sondern alles das umfasst, was in der Praxis des Arztes sich an Informationen ansammelt (also Angaben des Patienten selbst, Angaben, die sich über ihn und den Arzt<sup>61</sup> verhalten, also etwa Anamnese, Untersuchungen, Befunde, Diagnosen, Behandlungsschritte, Medikationen, Verläufe etc.), dann „verteilt“ sich das Geheimnis über, besser auf die Mitarbeiter und Kollegen des Arztes, die mit dem Patienten und seinen Daten zu Zwecken seiner Behandlung Kontakt haben, also alle, die an der Entstehung und folglich auch an der Wahrung des Geheimnisses mitwirken. Das Praxis-Team ist beteiligt, nahezu nie lediglich ein einzelner Arzt. Das ist aber nur die halbe Mannschaft der befugten Beteiligten; die anderen sind diejenigen, die in den Kulissen tätig sind, also die Apparate bedienen, die Laborarbeit machen, die Befunde zuordnen und auswerten, als Konsiliarärzte Rat geben, als Pfleger in Bereitschaft sind und als Nachtschwester wachen. Kurz, angesichts der modernen Arbeitsteilung – sie ist der Schlüssel zum medizinischen Erfolg, liegt also im ersten Interesse des Patienten (und des Patientenbesitzers) – kommt es keineswegs darauf an, ob ein Kontakt zum Patienten besteht, ob dieser den Geheimnisbeteiligten kennt oder gar ausdrücklich billigt, dass er beteiligt ist. Weil der Vertrag insgesamt abgewickelt werden muss, gehören auch diejenigen zum Arkanbereich, die sich um die Abrechnungserstellung, deren Fälligkeit (etwa § 12 GOÄ), deren Geltendmachung, Einziehung und die Verrechnung kümmern.

---

60 So auch Fischer a.a.O. § 203 Rn. 30 m.w.N.

61 Nahezu immer sind Patientendaten zugleich auch Angaben über den Arzt, seine Erkenntnisquellen, seine Erkenntnisse und seine Aktivitäten oder Unterlassungen. Diese Doppelbezüglichkeit räumt aber, anders als im allgemeinen Datenschutzrecht, dem mitbetroffenen Arzt als Berufsheimnisträger eben kein Selbstbestimmungsrecht ein. Der Patient seinerseits ist kein Geheimnisträger und darf über seine eigenen und die Daten des mitbetroffenen Arztes frei verfügen.

„Offenbart“ werden die Patientendaten unter all diesen befugt Beteiligten keineswegs.

Ein weiteres kommt hinzu: In § 203 Abs. 3 S. 2 StGB werden die „berufsmäßig“ tätigen Gehilfen (auch hier spielt offenkundig die Erfüllung der beruflichen Pflichten die Hauptrolle) der Ärzte kurzerhand unter die ärztliche Schweigepflicht gestellt; das Gesetz befugt die Ärzte ihrerseits aber nirgends dazu, ihren Gehilfen Daten weiterzugeben; dies ergibt sich vielmehr schlicht aus der Natur der Sache, der Zusammenarbeit, dem Zusammenwirken an der Erfüllung des Behandlungsvertrages.

So steht trotz des Ausschlusses des BDSG (mit Ausnahme seines § 28 Abs. 7) und seiner allgemeinen Befugnisse der Behandlungsvertrag im Mittelpunkt der juristischen Wertung: Alle, die an seiner Realisierung – nach der einseitigen und nicht ausdrücklich vom Patientenwillen getragenen Entscheidung des Arztes – befugt beteiligt werden, sind ihrer Natur nach und in gleicher Weise an dem Arztgeheimnis beteiligt und ihm verpflichtet.

Die Befugnis zur Datenweitergabe ergibt sich nicht aus der Tatsache, dass beide, der Datensempfänger wie der Geber, unter Schweigepflicht stehen<sup>62</sup>, sondern daraus, dass sie als Beteiligte an der Erfüllung des Behandlungsvertrages mitwirken.

Entscheidendes Kriterium ist also nicht die Schweigepflicht, sondern die gesetzlich vorgesehene und folglich befugte Teilnahme an der Erfüllung des Behandlungsvertrages und zusätzlich die gesetzliche Schweigepflicht.

Obwohl also, wie wir oben gesehen haben, die sich aus Vertrag ergebenden Befugnisse, die im Bundesdatenschutzgesetz normiert sind, wegen dessen Bedeutungslosigkeit im Rahmen der Prüfung des Berufsgeheimnisses (§ 203 StGB) keine Rolle spielen können – es bleibt unberührt –, bedeutet das keineswegs, dass das Vertragsrecht, speziell § 28 Absätze 7 und 8 BDSG, ganz allgemein keine Befugnisse bieten könnte. Denn auch das Strafrecht selbst erkennt vertraglich eingeräumte Rechte als Befugnisse an. Jede vertragliche Bindung, aus der sich eine Gestattung ableiten lässt, aber auch jede rechtsgeschäftliche formlose und konkludente Zustimmung<sup>63</sup> eröffnet eine Befugnis im Sinne des § 203 StGB.

---

62 Redet der Arzt beim Skat mit einem andern nicht an der konkreten Behandlung beteiligten Arzt über einen identifizierbaren Patienten, ist dies ein Bruch der Schweigepflicht, weil die Absicht des Gesprächs, der Zweck der Datenübermittlung, nicht die Anwendung der ärztlichen Kunst auf diesen Patienten, sondern ein persönlicher, gesellschaftlicher oder gar der Zweck einer allgemeinen Neugier ist.

63 Die Zustimmung (zuvor: Einwilligung; im Nachhinein: Genehmigung) ist ihrer Rechtsnatur nach eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung

#### 4. § 28 Abs. 8 BDSG als Befugnisnorm

Diese Vorschrift richtet sich ebenfalls an die Geheimnisträger: Denn die „Voraussetzungen“ des § 28 Abs. 7 S. 1 BDSG, auf die diese Norm verweist, bestehen darin, dass erstens die Handelnden (diejenigen, die übermitteln oder nutzen) entweder selbst ärztliches Personal sind oder einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen, und zweitens darin, dass sie die in Abs. 7 S. 1 genannten Zwecke verfolgen. Sie dürfen alle Zwecke verfolgen, soweit sie innerhalb dieses Spektrums bleiben, das Abs. 7 S. 1 – aber eben nur für die Erhebung von Daten – vorgibt. Abs. 8 erweitert also das Spektrum des Umgangs mit Daten und verzichtet zudem auf das strenge Element der Erforderlichkeit. Die Vorschrift erleichtert es so, den Rahmen wirtschaftlicher neuer Modelle etwa in der Abrechnung medizinischer Leistungen durch Verrechnungsstellen auszuweiten. Gesundheitsdaten dürfen von Schweigeberufen zur Erfüllung von Zwecken der Gesundheitsversorgung etc. eben auch übermittelt und genutzt werden, wenn sich die Erforderlichkeit dieser Vorgänge im engeren Sinn nicht beweisen lässt.<sup>64</sup>

Sowohl Simitis als auch Gola/Schomerus<sup>65</sup> versagen in ihren Kommentaren der Vorschrift des § 28 Abs. 8 BDSG jede klare Bedeutung: Simitis führt aus, es handele sich um „eine kaum verständliche, vor allem widersprüchliche Bestimmung“. Das Gesetz erlaube zwar vordergründig eine Übermittlung oder Nutzung für andere Zwecke, lasse sie jedoch nur unter den Bedingungen des Abs. 7 Satz 1 zu. Die Bereitschaft, weitere Verwendungen hinzunehmen, vertrage sich „allerdings nicht“ mit der Entscheidung des Gesetzgebers für einen eindeutig restriktiven Umgang mit sensitiven Daten, die Vorschrift vermeide jede Präzisierung und begnüge sich mit dem ebenso abstrakten wie nichtssagenden Hinweis auf „andere Zwecke“. Gola meint, die Erlaubnis zusätzlicher Zwecke ergebe sich aus Art. 8 Abs. 4 (sic) der DS-Rili: Diese Ausführungen sind angesichts der sprachlichen Unordnung in der Vorschrift zwar verständlich, aber ebenfalls in sich unklar<sup>66</sup> und zu allgemein gehalten, um weiterzuführen.<sup>67</sup>

---

für das Hauptgeschäft, auf das sie sich bezieht; siehe Palandt/Ellenberger, 75.Auflage 2016, vor § 182 Rn. 3. Dieses Hauptgeschäft ist der Behandlungsvertrag.

64 Rein willkürliche Abtretungen, etwa um gegen Schadensersatzansprüche aufrechnen zu können, oder Datenübermittlungen, um eine Praxis und einen Patientenstamm zu veräußern, bleiben aber ebenso untersagt wie Datenübermittlungen an Kreditinstitute oder an Werbeunternehmen, an die Pharmaindustrie etc., eben an alle, die nicht unter der „ärztlichen Schweigepflicht“ im gesetzlich bestimmten Rahmen stehen.

65 Simitis in Simitis (Hrsg.) a.a.O. § 28 Rn. 319 ff; Gola/Schomerus a.a.O. § 28 Rn 81.

66 Gola verweist auf eine Vorschrift, die den Mitgliedstaaten „vorbehaltlich angemessener Garantien aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses weitere Ausnahmen“ von Art. 8 Abs. 3 (das ist die Regelung des § 28 Abs. 7 BDSG) zuzulassen. Ein öffentliches Interesse steht jedoch nur in § 28 Abs. 8 S. 2 (und nicht in Satz 1, um den es hier geht) BDSG zur Debatte. Es handelt sich wahrscheinlich bei Gola um einen Druckfehler; richtig muss es Art 8 Abs. 3 heißen.

In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass das nationale Recht stets unionsfreundlich auszulegen ist. Zudem sind Richtlinien verbindliche Auslegungsregeln. Sie müssen durch den nationalen Gesetzgeber und, wenn dieser seinen Pflichten nicht nachkommt, durch den nationalen Rechtsanwender (dieser im Rahmen seiner erlaubten Auslegung des Rechts<sup>68</sup>) soweit wie möglich zur Geltung gebracht werden. Die Vorschrift des Art. 8 Abs. 4 Ds-Rili zwingt folglich zur Auslegung in ihrem Sinn; Ziel muss es sein, sie umzusetzen.<sup>69</sup>

Dabei ist der Wortlaut der nationalen Vorschrift klarer, als der erste Blick dies vermuten lässt<sup>70</sup>: Er erweitert die Regelung des § 28 Abs. 7 Abs. 1 BDSG um die Tätigkeiten des Übermittels und des Nutzens und nähert sich damit, wenn auch im Wortlaut nur halbherzig, der Mutter-Regelung in Art. 8 Abs. 3 DS-Rili an, die befiehlt, dass die gesamte Verarbeitung (siehe Art. 2 Lit. a DS-Rili: Verarbeiten ist das Erheben, Speichern, Übermitteln etc. kurz, jede Form des Umgangs mit Daten) von Gesundheitsdaten eben nicht dem grundlegenden Verbot des Abs. 1 unterfällt, sondern erlaubt ist, wenn damit die einzeln genannten Zwecke der Gesundheitsversorgung verfolgt werden und dies durch Personen geschieht, die einer Schweigepflicht unterliegen.

Beide Vorschriften, § 28 Abs. 7 und Abs. 8 BDSG, stellen auf die Zwecke der Gesundheitsberufe und deren Schweigepflicht ab; sie legen kein Gewicht auf die Einwilligung des Betroffenen.

Mithin trifft § 28 Abs. 8 S. 1 BDSG genau unsere Fallkonstellation, nämlich die Abtretung: Besondere Daten – solche über die Gesundheit – werden nicht zum Zweck der Erfüllung des Behandlungsvertrags, sondern darüber hinaus zum Zweck der Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche – formell also für einen am Gesundheitsgeschehen unbeteiligten Dritten, jedoch final zugunsten des behandelnden (Tier-)Arztes und stets durch einen Berufsheimnisträger – genutzt, dies unter der Voraussetzung, dass sie befugt, nämlich ausschließlich zum Zweck der Abrechnung und der Durchsetzung, in die Hände der schweigepflichteten Angehörigen der Tierärztlichen Verrechnungsstelle gelangt sind und von diesen nur zum Zweck der Realisierung der Honorarforderung genutzt werden.

---

67 Ähnlich Wolff a.a.O. § 28 Rn. 269ff; Taeger a.a.O. § 28 Rn. 238 mahnt an, den anderen Zweck in den von § 28 Abs. 7 erfassten Bereichen zu lassen. Das aber ist vorliegend garantiert.

68 Dazu Ehlers in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 3. Auflage 2014, § 11 Rn. 46.

69 Ruffert in Calliess/Ruffert, Hrsg. Kommentar zum EUV / AEUV, 4. Auflage 2011, § 288 AEUV, Rn. 77 ff. und Art. 1 AEUV Rn. 24; Ehlers a.a.O. Rn. 43 ff., Borchardt daselbst § 15 Rn. 66 ff.

70 Zugegebenermaßen wäre es das einfachste gewesen, den Text des Art. 8 Abs. 4 der DS-Rili eins zu eins zu übernehmen. Aber dazu waren die deutschen Datenschutzexperten nicht bereit.

Die Vorschrift richtet sich folglich an Berufsheimnisträger, nämlich an die (Tier-)Ärzte und an die schweigepflichtigen Verrechnungsstellen gleichermaßen. Die (Tier-)Ärzte dürfen die Gesundheitsdaten an die Verrechnungsstelle zum Zweck der Abrechnung übermitteln und die Forderung abtreten; die der Schweigepflicht unterstehende Verrechnungsstelle hat die Daten nur zum Zweck der Abrechnung und zu dem legitimen weiteren Zweck der Durchsetzung ihrer Ansprüche zu verarbeiten. Folglich befragen § 28 Abs. 7 und Abs. 8 BDSG beide Seiten, den Tierarzt und die Tierärztliche Verrechnungsstelle, mit den Daten der Patientenbesitzer in dieser Weise umzugehen.<sup>71</sup>

## **VIII. Der europarechtliche Ansatz – die künftige Rechtslage: Nicht der Behandlungsvertrag, sondern die objektive Beteiligung am Gesundheitswesen und die gesetzliche Schweigepflicht entscheiden**

Die Spezialvorschrift des § 28 Abs. 7 BDSG nennt die Zwecke der befugten Datenverarbeitung; es sind alle Zwecke, die sich im hergebrachten und der ärztlichen Kunst angemessenen Rahmen halten. Das Gesetz beschränkt die Zwecke keineswegs auf die Erfüllung des Behandlungsvertrages, sondern zieht den Kreis der Befugnisse wesentlich weiter: Gesundheitsversorgung und Behandlung und die Verwaltung von Gesundheitsdiensten gehen über vertragliche Bindungen zwischen Patient und Arzt weit hinaus, beteiligen den Patienten und seine Willensentschließung nicht, sondern formulieren rein objektiv: Auch der bewusstlose, der unmündige, der nicht geschäftsfähige Patient, derjenige sogar, der einen entgegenstehenden Willen äußert, oder derjenige, der aufgrund eines anfechtbaren oder nichtigen Vertrages behandelt wird, ist Objekt dieser gesetzlich eingeräumten Datenverarbeitungsbefugnisse.

Schon wegen der gesetzlichen oder privaten Solidargemeinschaften, in denen die Patienten verfangen sind, aber auch wegen des Massengeschäftes und wegen der fehlenden Möglichkeit, dass der einzelne Arzt dem jeweiligen Patientenwillen bei der Wahl des Abrechnungsweges Folge leisten könnte – er hat etwas Besseres zu tun, als bei der Organisation seiner Abrechnung und seines Honorareinzuges den Patientenwillen zu erforschen und ihm zu genügen – muss es bei der vom Arzt gewählten Organisation und Einschaltung schweigepflichtiger Dritter sein Bewenden haben. An dieser einfachen und klaren Regelung partizipieren eben auch die Tiermediziner, auch wenn ihre Patientenbesitzer nicht immer versichert sind.

Der europäische Gesetzgeber drängt selbstbestimmende Elemente (Einwilligung) bewusst zugunsten einer einheitlichen und durch die Berufsheimnisträ-

---

<sup>71</sup> Diese Vorschrift gebietet dann aber auch, dass beide Stellen nach außen hin so mit den Daten umgehen, wie es ihre Schweigepflicht gebietet. Das gehört aber zu den Selbstverständlichkeiten der eigenen, traditionell seriösen Berufsauffassung der beteiligten Kreise.

ger organisierten Datenverarbeitung zurück. Diese Wertentscheidung hat das deutsche Recht zu akzeptieren und umzusetzen.

Der Patient und seine informationelle Selbstbestimmung bleiben jedenfalls aus guten Gründen der Vereinheitlichung und Wirtschaftlichkeit, die jeder erkennt, der sich mit ärztlichen Abrechnungen befasst, außen vor. Nicht der behandlungsvertraglich nachvollziehbare oder gar ausdrücklich (und damit zeitraubend) vereinbarte individuell bestimmte Rahmen, sondern der objektiv erkennbare Verarbeitungszweck allein legitimiert die Datenverarbeitung in der ärztlichen Abrechnung. Dieser trockene und von den beteiligten Personen und ihrem Willen abgekoppelte Ansatz ist im Datenschutzrecht, so wie es von vielen deutschen Datenschutz-Autoren gesehen und vertreten wird, etwas Neues; es ist aber der richtige Ansatz. Er entspringt und entspricht dem Recht der Europäischen Union. Zudem wird er künftig der entscheidende Ansatz sein.

Hier soll ehrlich betont werden, dass die Einwilligung – jedenfalls die datenschutzrechtliche, anders als die, die eine Befugnis zum Heileingriff verleiht – wie die Praxis jedenfalls in der Humanmedizin zeigt, nicht selten eine Fiktion bleibt: Mit der Bitte um Einwilligung wird der Patient, der ganz andere Sorgen im Kopf hat, regelmäßig überrascht. Zeit für eine sorgfältige Aufklärung hat keiner der Beteiligten. Der Vorgang wird von allen als lästige Bürokratie angesehen. Der Patient hat andere Sorgen und unterschreibt "blind"; die Aufklärungstexte werden gelesen, aber nicht verstanden; Ärzten, die keinen persönlichen Kontakt zum Patienten haben (Laborärzte, Pathologen, Konsiliarärzte etc.) ist die Einholung der Einwilligung unmöglich. Schon dieser Missetand, aber auch die Minderjährigen-Problematik sollte den Gesetzgeber ermutigen zu handeln. Zudem dürfte in vielen Fällen die Einwilligung nicht wirklich freiwillig erteilt werden: Gerade weil der Patient, wie der Begriff es sagt, leidend ist, und weil er zu seinem Arzt ein häufig grenzenlos-unvernünftiges Vertrauen und aktuell ganz andere Sorgen hat als seine Persönlichkeitsrechte<sup>72</sup> zu bewahren, wird er in den meisten Fällen seine Einwilligung (die Unterschrift) ohne weiteres Nachdenken geben. Kurzformel: Der Patient ist nicht mündig, sondern krank. Und er wird von dem Gedanken beherrscht sein, aus Freundlichkeit gegenüber demjenigen seine Einwilligung zu erteilen, von dem er jetzt Hilfe in seiner Krankheit erbittet. In diesem Sinn ist die Einholung der Einwilligung ein Akt der Würdelosigkeit und Anpassung an eine gänzlich überflüssige bürokratische Notwendigkeit.<sup>73</sup> So erweist sich die Richtlinie 95/46/EG mit Wertentscheidung

---

72 Die Überhöhung ist dem Datenschutz nicht fremd; zu leicht wird vom Persönlichkeitsrecht gesprochen – es ist das einzige Rechtsgut des BDSG, § 1 Abs. 1; das Selbstbestimmungsrecht bleibt im Gesetz unerwähnt – wo eigentlich nur unbedeutende Datennutzungen gemeint sind. Dazu sehr einleuchtend Bull, Sinn und Unsinn des Datenschutzes, 2015.

73 Die jahrelange Praxis des Verfassers ist es, dass der Datenschutz stets nur als Vehikel dann und dazu entdeckt wird, ganz andere Anliegen rein finanzieller Art durchzuboxen, oder Kunstfehler anzugreifen. Die Datenschutzbehörden sollten realisieren, dass nahezu alle Patienten die

als ein vernünftiger Abschied von unsinnigen und leeren deutschen Floskeln. Das Macht-Gefälle der Beteiligten, die situativen Schwierigkeiten, die Einsicht, den Arzt zu brüskieren, wenn die Unterschrift verweigert wird, nehmen der angeblichen Einwilligung ihre Verbindlichkeit und ihren wirklichen Wert.

Das, was vorstehend zum humanmedizinischen Bereich gesagt ist, mag in der tierärztlichen Berufsausübung nicht in dieser Schärfe der Fall sein; systematisch haftet aber auch dort der Einwilligung eine Unsicherheit an; sie ist auch dort im Einzelfall mit dem Vorwurf angreifbar, sie sei unwirksam. Jedenfalls ist die Einwilligung als Befugnis eigentlich eine Notlösung (oder „Allerweltslösung“), die für alle Lebensbereiche gelten mag, jedoch eine systemische Betrachtung eher verwirrt als ermöglicht: Weil der Tierarzt durchaus vergleichbar mit allen anderen Gesundheitsberufen ist, muss er auch wie sie privilegiert sein. Das Gleiche gilt für die Tierärztlichen Verrechnungsstellen.

Nachdem die Kommission ihren Vorschlag als Entwurf einer Datenschutz-Grundverordnung (also direkt geltendes und von allen Mitgliedstaaten gleichermaßen anzuwendendes Unionsrecht, das die nationalen Regelungen verdrängt; allerdings keine delegierte oder Durchführungsverordnung, sondern ein Instrument der grundlegenden Rechtsvereinheitlichung) am 25. 1. 2012 angenommen hatte und das Parlament den von ihm stark veränderten und ergänzten Entwurf am 12. 3. 2014 durch das Plenum bestätigt hat, haben sich die Justizminister der Mitgliedstaaten im Juni 2015 auf einen Text geeinigt, den der Vorsitz des Rates nur noch leicht verändert mit Dokument vom 11. 6. 2015 dem Rat zugeleitet hat mit dem Antrag, den Text so zu verabschieden. Die Datenschutzgrundverordnung ist am 15. 12. 2015 konsentiert worden und wird 2018 in Kraft treten.<sup>74</sup> Sie wird keiner Umsetzung in nationales Recht bedürfen<sup>75</sup> und beansprucht unbedingten Anwendungsvorrang vor allen nationalen Normen, die den gleichen Sachverhalt regeln, auch ehe solche Normen aufgehoben worden sein werden. Deutschland wird alle Anstrengungen unternehmen müssen, um die uneingeschränkte Anwendung zu gewährleisten. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollen kollidierende Normen aufgehoben oder geändert werden.<sup>76</sup>

---

ihnen vorgelegten Einwilligungserklärungen ungelesen unterschreiben. Die Ausnahmefälle, meist in der Eile des Geschehens unterlassene Einwilligungen, werden nicht selten mit, vorsichtig gesagt, merkwürdigen Argumenten und haltlosen Unterstellungen garniert.

74 Englischer Text: Interinstitutional File 2012/0011 (COD) unter dem 15. 12. 2015 AZ 15039/15 im Netz.

75 Allerdings ist das nationale Recht umfänglichst an das höherrangige und direkt geltende Unionsrecht anzupassen.

76 König in Schulze/Zuleeg/Kadelbach Europarecht, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 43 m.w.N; dies wird eine der großen Gesetzesanpassungen in Deutschland auslösen. Dies wird so auch in der Bundesregierung gesehen.

Diesem Text ist Folgendes als künftiges, direkt geltendes Recht der EU zu entnehmen:<sup>77</sup>

Art. 9 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung übernimmt die Regelungssystematik des Art. 8 Richtlinie 95/46/EG. Auch hier wird - von Ausnahmen abgesehen - die Verarbeitung von Daten über die Gesundheit untersagt.

Von diesem Verbot sind zwei Gruppen von Ausnahmen vorgesehen:

In Abs. 2 werden ähnliche Ausnahmen wie bisher in der Richtlinie 95/46/EG formuliert, also unter

a) die ausdrückliche Einwilligung (die ihrerseits durch Gesetze untersagt werden kann), sowie weitere Ausnahmen (Einzelheiten siehe Richtlinie 95/46/EG)

... oder (!)

h) *"die Verarbeitung ist für Zwecke der Gesundheitsvorsorge oder der Arbeitsmedizin, für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers, für die medizinische Diagnostik, die Versorgung oder Behandlung im Gesundheits- und Sozialbereich oder für die Verwaltung von Systemen und Diensten der Gesundheits- oder Sozialfürsorge auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats oder aufgrund eines Vertrages mit einem Angehörigen eines Gesundheitsberufs und vorbehaltlich der in Abs. 4 genannten Bedingungen und Garantien erforderlich..."*

Abs. 4 lautet: *"Die in Abs. 1 genannten personenbezogenen Daten können auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats zu den in Abs. 2 Buchstabe h genannten Zwecken verarbeitet werden, wenn diese Daten von Fachpersonal oder unter dessen Verantwortung verarbeitet werden und dieses Fachpersonal nach Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedsstaats oder den Vorschriften nationaler zuständiger Stellen dem Berufsgeheimnis unterliegt, oder wenn die Verarbeitung durch eine andere Person erfolgt, die ebenfalls nach Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats oder den Vorschriften nationaler Stellen einer Geheimhaltungspflicht unterliegt."*

---

<sup>77</sup> Interinstitutionelles Dossier: 2012/0011 als Anhang zum Schreiben des Rates 9565/15 vom 11. 6. 2015. Eine Verordnung ist ein "Gesetz". Zur direkten Wirkung und zur Verdrängung abweichenden nationalen Rechts (Anwendungsvorrang, nicht Nichtigkeit) siehe Vedder, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV, Rn. 15 ff.

Daraus folgt:

- Gleichberechtigte Geheimhaltungspflichten können sich aus Unionsrecht, nationalem Recht oder aus Landesrecht ergeben.
- Immer müssen gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Zwecke der Heilbehandlung etc. verfolgt werden; dazu gehört auch die ärztliche Abrechnung und ihre Eintreibung, soweit sie den Arztvertrag zu erfüllen hilft, indem die Gegenleistung des Patienten bzw. seiner Krankenkasse/Versicherung berechnet, fällig gestellt und realisiert wird.
- Die Verarbeitung kann durch Fachpersonal, das einer Geheimhaltungspflicht unterliegt, oder unter dessen Verantwortung durch andere Personen erfolgen.
- Die Verarbeitung kann aber auch durch Personen (also nicht durch Fachpersonal und dessen Beauftragte) erfolgen, die einer Geheimhaltungspflicht unterliegen.
- Die Einwilligung des betroffenen Patienten spielt keine, allenfalls eine untergeordnete Rolle im System, sei es denn zum Beispiel, sie legitimiert eine Verarbeitung von Daten über die Gesundheit zu anderen Zwecken und/oder durch Personen, die keiner Geheimhaltungspflicht unterliegen (das dürften vor allem individuelle Fälle oder wissenschaftliche Auswertungen sein).

Wir werden es künftig im Gesundheitswesen folglich mit einem wirklich systemischen Datenschutz zu tun haben, der die Zwecke strikt begrenzt und das Personal privilegiert, das gesetzlicher Berufsheimnisträger ist.

Die Selbstbestimmung jedes einzelnen Patienten, seine Einwilligung oder Nicht-Einwilligung, würde das Abrechnungsgeschäft, das ein Massengeschäft ist, zersplittern und eine Vereinheitlichung unmöglich machen. Deshalb muss die Selbstbestimmung durch einheitliche gesetzliche Bestimmungen, hier die Datenschutz-Grundverordnung, partiell aufgehoben werden, wie das immer der Fall ist, wenn ein Gesetz individuelle Rechte einschränkt.

Angesichts der freien Arztwahl, angesichts des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient, angesichts der gesetzlichen Schweigeverpflichtung der (tier-)ärztlichen Verrechnungsstellen wäre es ein systemwidriger Luxus auf Kosten der Gemeinschaft, die Abrechnungswege einer einseitigen Bestimmung des Patienten zu unterstellen. Datenschutz ist kein Selbstzweck.

Das muss nicht bedeuten, dass der Patientenbesitzer im begründeten Einzelfall gehindert ist, mit dem Tierarzt – u.U. auf eigene Kosten – eine gesonderte, etwa höchstpersönliche Abrechnung zu vereinbaren, zum Beispiel wenn es gilt, einen persönlichen Bekannten in der Abrechnungsstelle zu umgehen oder Leistungen außerhalb des Versicherungspakets zu verabreichen.

Jedenfalls wäre es nicht systemkonform, würde der Patientenbesitzer jeweils frei, also willkürlich, darüber entscheiden können, wer die Abrechnung vor-

nimmt. Er muss sich lediglich darauf verlassen können, dass das spezialisierte Abrechnungsunternehmen Teil des Gesundheitssystems ist und ausschließlich zweckgebunden und schweigepflichtig mit "seinen" (besser: den ihn betreffenden) Daten umgeht.

## IX. Die bisherige Rechtsprechung

Die Befugnis, die in den Ausnahmenvorschriften des § 28 Abs. 7 und Abs. 8 BDSG den (Tier-)Ärzten und ihren Verrechnungsstellen erteilt wird, konnte von der Rechtsprechung vor 2001 nicht berücksichtigt werden; sie wird allerdings danach von ihr und der Kommentarliteratur ignoriert:

a) Der BGH<sup>78</sup> hält die Abtretung einer ärztlichen Honorarforderung an eine gewerbliche Verrechnungsstelle im Zusammenhang mit einem Forderungsverkauf für einen Vorgang, der gegen die ärztliche Schweigepflicht verstoße. Die informationelle Selbstbestimmung sei das Schutzgut. Schon dieser datenschutzrechtliche Ansatz ist systematisch zweifelhaft, weil dieses Recht nur eine Facette eines Grundrechts ist, also das Verhältnis des Einzelnen zu öffentlichen Stellen betrifft;<sup>79</sup> die Datenverarbeitung durch private Dritte ist hingegen nur verboten, weil sie das Persönlichkeitsrecht berührt, das das einzige Schutzgut des BDSG ist, § 1 Abs. 1. Nicht nur dieser falsche Sprachgebrauch ist entlarvend:

Zunächst: Verstößt nur eine Vertragspartei gegen ihre Pflichten aus einem Verbotsgesetz, dann ist der Vertrag in der Regel gültig. Denn ein strafbewehrtes Verbot im Sinne des § 134 BGB erstreckt sich auf ein Rechtsgeschäft als Ganzes nur dann, wenn der Straftatbestand von beiden Vertragspartnern objektiv und subjektiv verwirklicht wird. Davon wird nur abgewichen, wenn es unerträglich erscheint, den Zweck des Vertrages zu billigen.<sup>80</sup> Das könnte aber nur dann der Fall sein, wenn der Missbrauch der Gesundheitsdaten offenkundig und schwer rechtsverletzend wäre. Auch der BGH lässt offen, dass sich eine Sozialadäquanz aus ständiger Übung ergeben kann; genau dies ist in den letzten 25 Jahren erfolgt. Auf die Sozialadäquanz kommt es aber nicht mehr an, weil der Gesetzgeber mit § 28 Abs. 7 und Abs. 8 BDSG eindeutige Rechtsgrundlagen geschaffen hat.

---

78 Allerdings zunächst in einem Urteil, das vor In-Kraft-Treten der Rechtsvorschriften des § 28 Abs. 7 und 8 BDSG erging, nämlich am 10. 7. 1991, NJW 1991, 2955ff. zu OLG Köln NJW 1991, 753 ff. Diese Entscheidungen werden jedoch regelmäßig als Beleg und Grundlage für weitere gerichtliche Entscheidungen auch nach den Gesetzesänderungen 2001 und 2009 genommen. Je mehr sich die Richter mit dem neuen Rechtsgebiet des Datenschutzes befassen würden, umso stärker würde die Kommentierung dieses Rechtsgebiets werden. Allerdings sollten Entscheidungen, die vor den Gesetzesänderungen ergingen, heute nicht mehr herangezogen werden; so sind die Entscheidungen des BGH vom 23. 6. 1993, NJW 1993, 2371 f. und vom 10. 5. 1992, NJW 1992, 2348 überholt.

79 Das Volkszählungsurteil erging im öffentlichen Recht.

80 Palandt/Ellenberger a.a.O. Rnrn. 8 und 9 mw.N.; unstreitig.

Mit dem Bundesverfassungsgericht<sup>81</sup> ist in Konstellationen, in denen Geheimhaltungsvorschriften beim Forderungsübergang verletzt sein können, danach zu fragen, ob die typischen Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten derart schwer beeinträchtigt sind, dass das Interesse an der Verkehrsfähigkeit der Forderung – sie ist ja der Sinn des § 398 BGB – zurücktreten muss. Die Wertung der hier entscheidenden Einzelumstände fällt eindeutig aus: Die Befugnis des Tierarztes, die Befugnis der tierärztlichen Verrechnungsstelle und die Einflussmöglichkeit des Tierarztes auf das Schicksal seiner Gebührenforderung, die sich aus dem fiduziarischen Teil der Sicherungsabtretung ergibt, führen (jedes für sich und selbsttragend) dazu, dass von einem Bruch der Schweigepflicht keine Rede sein kann.

b) Nach einem Urteil des OLG Celle „führt die einwilligungslose Weitergabe von veterinärmedizinischen Behandlungsunterlagen in der Regel nicht zur Unwirksamkeit der Abtretung.“<sup>82</sup> Den Grund dafür sieht das Gericht darin, nur Geheimnisse über die Gesundheit von Menschen seien strafrechtlich geschützt; in der damals in Rede stehenden Abrechnung und der Abtretung der Forderung seien aber keine Zoonosen betroffen gewesen. Diese Rechtsprechung stellt also auf die konkrete Fallkonstellation ab; systematisch enthält sie keine neuen Erkenntnisse. Auch sie ist überholt.

c) Das Landgericht Bochum<sup>83</sup> hält die Abtretung generell für nichtig, wenn der abstrakte Schutz des § 203 verletzt sei. Auch diese Meinung ist durch die neuen Rechtsvorschriften überholt.

d) Das Landgericht Dortmund<sup>84</sup> stellt wiederum auf den Einzelfall ab: Nur wenn aus den Daten über das Tier auf eine Erkrankung eines Menschen geschlossen werden könne, sei ein Verstoß gegen § 203 StGB denkbar; solange dies nicht der Fall sei, seien die Daten nicht besonders geschützt. Die neuen Rechtsvorschriften bleiben unerwähnt.

e) Das LG Lüneburg<sup>85</sup> urteilt, die Befugnis der Verrechnungsstelle ergebe sich aus der Tatsache, dass sie schweigepflichtig nach § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB sei. Anders als mit Hilfe der tierärztlichen Erkenntnisse und folglich patientenbesitzerbezogener Daten sei ihre Aufgabe nun mal nicht zu erfüllen. Der Gesetzgeber habe sie in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB nur deshalb wie die Ärzte selbst

---

81 Beschluss des BVerfG vom 11. 7. 2007, 1 BvR 1025/07, NJW 2007, 3707 zum Urteil des BGH vom 27. 2. 2007, NJW 2007, 2106 ff. Die Daten wandern befugt mit der Abtretung.

82 Urteil vom 10. 8. 1994, NJW 1995, 786; so der Leitsatz der Redaktion.

83 LG Bochum, Urteil vom 25. 11. 1991, NJW 1993, 1535 ff. mit ablehnender Besprechung von Wilhelms, a.a.O. S. 1537; er stellt heraus, dass auch die Verkehrssitte eine Befugnis im Sinn des § 203 StGB schaffen kann.

84 LG Dortmund, Urteil vom 9. 2. 2006, NJW-RR 2006, 779 f.

85 LG Lüneburg, Urteil vom 1. 4. 1993, NJW 1993, 2994.

unter die Schweigepflicht gestellt. Auch hier wird nicht datenschutzrechtlich argumentiert.

Da, wo Schönemann<sup>86</sup> ein „manifestes Bedürfnis nach einer umfassenden Regelung der Gesamtproblematik durch den Gesetzgeber“ anmahnt, ist diese Regelung jedenfalls für die Tierärzte, die Ärzte und die anderen schweigepflichtigen Heilberufe einschließlich der Apotheker mit der Einführung des § 28 Absätze 7 und 8 BDSG längst erfolgt.

---

86 Leipziger Kommentar zum StGB, XXX Auflage Jahr, § 203 Rn. 111.

## **X. Zusammenfassendes Ergebnis:**

Beauftragt ein Tierarzt eine berufsständische Tierärztliche Verrechnungsstelle mit der Anfertigung seiner Abrechnung und dem Einzug der Honorarforderung (mit oder ohne die fiduziarische Abtretung) so bindet er sie in die Verantwortungsgemeinschaft seines tierärztlichen Berufsgeheimnisses (§ 203 StGB) ein. Er ist dazu befugt, weil § 28 Absätze 7 und 8 BDSG ihm dies gesetzlich erlauben. Diese Vorschrift gilt (auch nach dem Willen des Unionsgesetzgebers) ausnahmsweise, obwohl das Bundesdatenschutzgesetz im Grundsatz das tierärztliche Berufsgeheimnis unberührt lässt.

Zudem handelt es sich bei der Weiterleitung der besonders schutzwürdigen Daten des Patientenbesitzers vom Tierarzt an seine Tierärztliche Verrechnungsstelle nicht um ein „Offenbaren“ im Sinne des § 203 StGB, weil jedenfalls die berufsständische Tierärztliche Verrechnungsstelle eine sogenannte Privatärztliche Verrechnungsstelle im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB und folglich nicht anders zu behandeln ist und die gleiche rechtliche Stellung hat, wie ein berufsmäßig tätiger Gehilfe des Tierarztes. Sie sind gemeinsam am Behandlungsgeschehen beteiligt, das ja nicht nur aus der Applikation tierärztlicher Leistungen, sondern auch aus deren Dokumentation und Honorierung besteht. Diese Beteiligten bilden und verantworten gemeinsam den Inhalt des tierärztlichen Berufsgeheimnisses.

Weder die einschlägige Rechtsprechung noch die Kommentierungen des Datenschutzrechts und des Strafrechts erkennen diese Zusammenhänge hinreichend; insbesondere ignorieren sie die Regelungen des § 28 Absätze 7 und 8 BDSG.

Die Tierärzte sind folglich gesetzlich befugt, ihre Gebührenforderungen gegenüber den Patientenbesitzern unter Einschaltung einer berufsständischen Tierärztlichen Verrechnungsstelle abrechnen und nach fiduziarischer Abtretung einziehen zu lassen. Die ausschließlich an diese Zwecke gebundene Überlassung der Daten, die der tierärztlichen Schweigepflicht unterliegen, erfolgt befugt und folglich rechtmäßig, ohne dass es dazu einer (schriftlichen) Einwilligung des betroffenen Patientenbesitzers bedarf.

Dresden, 8. Februar 2016

Gez. Giesen