

**Ergänzung des datenschutzrechtlichen Gutachtens**

von Dr. Thomas Giesen,  
Rechtsanwalt in Dresden und Sächsischer Datenschutzbeauftragter a.D.  
vom 8. Februar 2016

zur

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

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

**aus Anlass einer Stellungnahme des Hessischen Datenschutzbeauftragten dazu  
vom 7. März 2016**

**I.** Die Stellungnahme des Hessischen Datenschutzbeauftragten bzw. seines Referenten Dr. Gabel gegenüber der Landestierärztekammer Hessen lautet wie folgt:

*"Dem Gutachten von Herrn Dr. Giesen kann ich vom Ergebnis her nicht folgen:*

*Soweit darin als maßgebliches Argument darauf verwiesen wird, dass das Erfordernis einer Einwilligung des Tierhalters auf Grund des § 28 Abs. 7 und Abs. 8 BDSG entfällt, kann ich diese Auffassung nicht teilen. Ich verweise insoweit auf die herrschende Ansicht (siehe hierzu die Hinweise bei Taeger/Gabel, BDSG, § 28, Rdnr. 237, unter anderem auf Plath, BDSG, §28, Rdnr. 216; Simitis, in Simitis, BDSG, § 4a, Rdnr. 10 und 34; Duhr/Naujok/Danker/Seiffert, DuD 2003, S. 5 (11); Art. 29-Gruppe, Entschließung vom 13. 7. 2011 (Opinion 15/2011 EN).*

*Die von Herrn Dr. Giesen vertretene Ansicht ist letztlich eine Mindermeinung, die so bislang gerichtlich nicht bestätigt wurde. Solange dies nicht erfolgt ist, ist die Ärzteschaft dazu angehalten, weiterhin die Einwilligung des Betroffenen einzuholen (siehe hierzu etwa Taeger/Gabel, BDSG Kommentar, § 28, Rdnr. 237).*

*Darüber hinaus wird in meinem Zuständigkeitsbereich ohnehin die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Weitergabe der Abrechnungsdaten an die externen Verrechnungsstellen nicht um eine Auftragsdatenverarbeitung und damit nicht mehr um einen Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit handelt. Vielmehr arbeiten die Abrechnungsstellen vollkommen selbständig und unterliegen bezüglich ihrer Arbeit nicht den Weisungen des Auftraggebers/Arztes.*

*Aus meiner Sicht krankt das Gutachten an dem Umstand, dass die maßgeblichen Urteile, die sich mit der Weiterleitung von Behandlungsdaten an tierärztliche Verrechnungsstellen beschäftigen, lediglich auf einer halben Seite abgehandelt werden (siehe Seite 40 des Gutachtens). Es ist daher ein weiteres Manko, dass sich der Verfasser des Gutachtens nicht ausführlich mit den Urteilen des OLG Celle sowie der Landgerichte aus Bochum und Dortmund auseinandersetzt, die maßgeblich die Auffassung des Hessischen Datenschutzbeauftragten als auch der Landestierärztekammer Hessen stützen.*

*Aus meiner Sicht ist das Gutachten mithin nicht geeignet, die gemeinsam getroffene Regelung zu überdenken. Sollten Sie diesbezüglich anderer Auffassung sein, wäre ich Ihnen dankbar, wenn Sie mich hierzu noch einmal kontaktieren.*

*Gerne können Sie mein Schreiben auch an die Bundestierärztekammer weiterleiten."*

**II.** Dazu kann ich folgendes ergänzen:

**1.** Es versteht sich, dass eine gutachterliche Äußerung eine wissenschaftliche Herangehensweise voraussetzt; das gleiche ist von der Meinungsbildung einer Fachbehörde zu erwarten, deren tägliche Arbeit in der kritischen Betrachtung der Rechtsordnung und der Rechtspraxis

zum Umgang mit personenbezogenen Daten besteht. (Rechts-)Wissenschaft ist die ergebnis-offene Suche nach der Wahrheit.

Die Antwort auf die Frage nach einer Befugnis zum Umgang mit personenbezogenen Daten ist wesentlich von den Ergebnissen wissenschaftlicher Auseinandersetzungen mit der insoweit komplexen Rechtsordnung abhängig. Wenn die Annäherung an Problemlösungen und das Verständnis wissenschaftlich dargelegter Auffassungen im nationalen und übernationalen Recht allerdings "vom Ergebnis her" vollzogen werden, ist von vornherein eher wahrscheinlich, dass statt der offenen wissenschaftlich-kritischen Methode, die ich in meinem Gutachten anzuwenden den Versuch unternommen habe, doch eher der Zirkelschluss die Argumentation beherrscht.

2. Das, was als "herrschende Ansicht" bezeichnet wird, ist in den in der Kritik zitierten Texten wie folgt formuliert:

a) Taeger in Taeger/Gabel (nicht: Gaebel) führt a.a.O. aus: *"Ob entgegen der wohl noch herrschenden Ansicht bei der Übermittlung von Gesundheitsdaten zur Abrechnung an eine zur Geheimhaltung gesondert zu verpflichtende privatärztliche Verrechnungsstelle diese der Sphäre des Arztes so zuzurechnen ist, dass gar keine Offenbarung von Patientengeheimnissen erfolgt und auch die Einschaltung privatärztlicher Verrechnungsstellen über eine Auftragsverarbeitung nach § 11 BDSG von der Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 7 BDSG miterfasst ist, ist demnach noch offen. - Fußnote: Überzeugend Giesen, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2012, S. 122. Siehe auch schon Kilian, Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 295 (297)."*

Ich hatte in meinem zitierten Aufsatz 2012 bereits Teile meiner im hier ergänzten Gutachten dargelegten Rechtsauffassung veröffentlicht. Nun treten aber weitere Argumente sowie die Datenschutz-Grundverordnung hinzu. Taeger irrt aber, soweit er meint, die Abrechnungsstelle müsste gesondert verpflichtet werden; sie ist verpflichtet durch Gesetz (§ 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB).

b) Bei Duhr/Naujok/Dankert/Seifert a.a.O. heißt es zu § 28 Abs. 7 BDSG, die Vorschrift setze Artikel 8 Abs. 3 der EG-Richtlinie um. Dort steht, wie ich auf S. 8 meines Gutachtens zitiert habe (und wie es in der Datenschutzgrundverordnung fortgeführt werden wird), nichts von einem Einwilligungserfordernis.

In der vg. Kommentierung von Duhr pp. heißt es weiter: *"Die Vorschrift ...schafft eine gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Daten, um die Notwendigkeit der Einwilligung verbunden mit der Beachtung des Ausdrücklichkeitserfordernisses nach § 4a BDSG zu vermeiden. Für die Verarbeitung und Nutzung der Daten sind wie bisher gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG Berufs- und besondere Amtsgeheimnisse maßgeblich, die ein solches Ausdrücklichkeitserfordernis nicht kennen. ... Die Verwaltung von Gesundheitsdiensten umfasst auch die Abrechnung ihrer Leistungen."* Diese Auffassungen werden von mir geteilt; sie stützen mein Ergebnis. (Allenfalls kann man einwenden, dass nicht die "Verwaltung von Gesundheitsdiensten", sondern "Gesundheitsversorgung und Behandlung" die Abrechnung der ärztlichen Leistungen umfassen.)

Merkwürdigerweise, nämlich im Gegensatz zu § 1 Abs. 3 BDSG, heißt es in der vg. Kommentierung weiter unten: "Nach den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes ist daher keine Einwilligung der Patienten in die Erhebung der Daten durch eine ärztliche Verrechnungsstelle erforderlich. *Hiervon zu unterscheiden ist allerdings die notwendige Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht nach § 203 StGB durch die Patienten, bevor Gesundheitsdaten zur Abrechnung an die Verrechnungsstellen weitergegeben werden dürfen. Dies hat in der Regel schon zu Beweis Zwecken schriftlich zu erfolgen.*"

An dieser Stelle hätten sich die Kommentatorinnen allerdings auch mit der einwilligungsunabhängigen Datenverarbeitung im Auftrag und der gesetzlichen Schweigepflicht der Verrechnungsstellen befassen müssen. Das ist nicht geschehen.

c) Die zitierten Stellen bei Simitis a.a.O. enthalten lediglich zur Kommentierung des § 4a BDSG die Behauptung, es sei die Einwilligung erforderlich. Simitis verweist dazu auf die zivilrechtliche Rechtsprechung, die ich ausgewertet und als überholt dargestellt habe. In seiner Kommentierung zu § 28 Abs. 7 BDSG erwähnt der Kommentator das Einwilligungserfordernis aber nicht.

d) Plath a.a.O. kommentiert die Vorschrift nur dünn. Auch er erwähnt die Schweigepflicht der privatärztlichen Verrechnungsstellen in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB nicht. Ohne nähere Begründung, nämlich lediglich in einer Fußnote unter Hinweis auf Taeger/Gabel (der meine Auffassung für "überzeugend" hält), meint er, die "Übermittlung" von Daten an eine privatärztliche Verrechnungsstelle bedürfe einer Einwilligung. - Aus dem Begriff der "Übermittlung" ist zu schließen, dass Plath die Verarbeitung im Auftrag nicht im Blick hat, denn innerhalb der Gemeinschaft von Auftraggeber und Auftragnehmer erfolgt keine "Übermittlung", sondern eine Weiterleitung (siehe § 3 Abs. 4 Nr. 3 und Abs. 8 S. 2 BDSG).

e) Die Art. 29-Gruppe als (naturgemäß bislang nur empfehlendes) Gremium der EU-Kommission, bestehend aus Vertretern der nationalen Datenschutzkontrollstellen, verliert a.a.O. zum Einwilligungserfordernis bei der Datenverarbeitung im Auftrag kein Wort. Das wäre auch vorschriftswidrig, weil die Verarbeitung "besonderer Daten" im Auftrag keiner Einwilligung bedarf.

Die Entschließung ist folglich für unser Thema im engeren Sinn irrelevant.

Sie stützt aber an mehreren Stellen meine im Einzelnen dargelegte Auffassung, dass z.B. Schmerzpatienten, Minderjährige oder verwirrte Menschen schwerlich eine wirksame Einwilligung abzugeben in der Lage sein dürften (siehe S. 36 meines Gutachtens). Dies wiederum ist ein Argument dafür, der Einwilligung als Grundlage einer Datenverarbeitung im Gesundheitswesen nur periphere Bedeutung zuzumessen.

Der Gewinn für das Recht des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung ist angesichts seiner Krankheitsbelastung und des disparitätischen Verhältnisses zwischen dem Patienten und seinem Arzt, an den er sich voller Vertrauen wendet, eher mager und gegen Null tendierend, wenn ihm in der Arztpraxis ein Formular zur Unterschrift vorgelegt wird, mit dem er die

schriftliche Einwilligung in eine Abrechnungsform gibt, die üblich ist und die zudem angemessen und fair mit Hilfe spezialisierter und schweigepflichtiger Personen stattfindet. Das wird empirisch belegt, weil es nur sehr selten vorkommt, dass die Einwilligung verweigert wird.

Die Fälle, in denen die fehlende Einwilligung, weil vergessen oder verlegt, moniert wird, sind keine Fälle, in denen es um das Persönlichkeitsrecht des Patienten geht, sondern um Ärger mit den Inhalten der Abrechnung. Fälle von Datenmissbrauch durch Verrechnungsstellen sind mir nicht bekannt.

Man sollte erwarten dürfen, dass überflüssige, weil situativ unangemessene bürokratische Gepflogenheiten keine rechtliche Gestaltungskraft entfalten; dies erst recht nicht innerhalb der Vertrauensbeziehung zwischen (Tier-)Arzt und Patient(enbesitzer).

**Zusammenfassend kann ich feststellen, dass die vom hessischen Datenschutzbeauftragten herangezogene angeblich herrschende Meinung die hier entscheidenden Rechtsfragen entweder nicht behandelt oder eine meinen Argumenten entgegenstehende Rechtsauffassung nicht näher begründet. Eine Durchdringung des Problems jedenfalls findet dort nicht statt.**

3. Eine gerichtliche Bestätigung meiner Auffassung könnte denknotwendig erst erfolgen, wenn sie in der täglichen Praxis ausgeführt würde und sich dennoch ein Staatsanwalt fände, der sie als strafbar anklage. Ob das geschieht, ist jedenfalls nicht gewiss.

Ohnehin ist die Rechtsprechung, wie ich sie beobachte, im Fluss:

So hat der BGH in einem Urteil vom 1. 3. 2007 (IX ZR 189/05) folgendes ausgeführt: § 49b Abs. 4 S. 1 BRAO lautet: *"Die Abtretung von Vergütungsforderungen oder die Übertragung ihrer Einziehung an Rechtsanwälte ... ist zulässig."* Damit, so der BGH, sei die Abtretung ohne die Zustimmung des Mandanten zulässig. Sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei gewahrt, weil der Zessionar ebenfalls schweigepflichtig sei.

Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB die privatärztlichen Verrechnungsstellen ausdrücklich unter die "ärztliche" Schweigepflicht gestellt hat, kann nur eines gefolgert werden: Die Arbeit dieser Stellen im Auftrag und unter der Weisung des Arztes soll ermöglicht werden und erlaubt sein. Die Befugnis, seiner Verrechnungsstelle für ihre Tätigkeit die notwendigen Daten zu geben, wird dem Arzt durch diese Vorschrift deshalb erteilt, weil jegliche Abrechnung ohne diese Daten unmöglich ist. Die Existenz der Verrechnungsstellen setzt folglich ihren Umgang mit ärztlichen Daten voraus. Die Schutzlücke ist durch die Schweigepflicht gänzlich geschlossen.

Wenn der BGH weiter meint (Rn. 28 ff. des vg. Urteils), der Gesetzgeber habe für die Abtretung ärztlicher Honorarforderungen keine entsprechenden Erleichterungen vorgesehen, dann ist das darauf zurückzuführen, dass *der Senat* weder die vg. Norm noch die Datenverarbeitung im Auftrag und deren Folgen überhaupt erwähnt, geschweige denn geprüft hat.

**4.** Ich kann den Hessischen Datenschutzbeauftragten nicht daran hindern, den Sachverhalt zu ignorieren:

a) Natürlich gehört die Abrechnung "zum Kernbereich" der ärztlichen Tätigkeit genauso, wie es etwa bei der ärztlichen Dokumentation der Fall ist. Zudem besteht der Behandlungsvertrag aus den Hauptpflichten, zu denen keineswegs nur die Applikation der ärztlichen Leistung, sondern auch die Abrechnung gehört, weil sie die Honorarforderung des Arztes erst entstehen lässt und zudem die Hauptpflicht der Honorarzahung erst ermöglicht.

b) Die vertraglichen Bindungen der Tierärztlichen Verrechnungsstellen mit den beauftragenden Tierärzten weisen deren Weisungsrecht im Sinn einer fiduziarischen Abtretung aus.

c) Die gesetzlichen Vorschriften (§ 11 BDSG) verbinden Auftraggeber und Auftragnehmer zu einer Verantwortungsgemeinschaft unter der Ägide des Auftraggebers.

d) Die Aufforderung an die Tierärzte, "weiterhin" die Einwilligung des Tierhalters einzuholen, geht meiner Kenntnis nach ins Leere, weil dies traditionell nicht geschieht. Einer Einführung dieser neuen Pflicht stehen meine Ausführungen entgegen.

**5.** Der Rückgriff auf die Einwilligung sozusagen als "Allheilmittel" und Generalbefugnis hat eigentlich mit der notwendigen Idee eines "systemischen", d.h. eines spezifizierten, normenklaren, vorhersehbaren und gesetzlich gesicherten Datenschutzes, wie er im Volkszählungsurteil vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 65,1, 43) verlangt wird, nichts zu tun.

Wird die Einwilligung in die Abrechnungserstellung nicht erteilt, kann der (Tier-)Arzt oder die Tierklinik / das Krankenhaus nicht auf andere Erstellungskräfte zurückgreifen. Die Konsequenz ist folglich die Behandlungsverweigerung. Wie bei jedem Vertrag hängen Formen der Datenverarbeitung an seiner Erfüllung. Wer bei Metro einkaufen will, kann ja auch nicht verlangen, dass die Buchführung der Metro bei einer anderen Steuerberatungsgesellschaft erfolgt.

Die Einwilligung ist sozusagen die einfallslose Allerweltslösung, die aber der situativ- und interesse-gesteuerten sozialen Wirklichkeit in der (Tier-)Arztpraxis oder in der Tierklinik / im Krankenhaus nicht gerecht wird. Es muss eben vermieden werden, dass die Einwilligung, die ja für alles Mögliche eingeholt werden kann (und, das ist empirisch nachzuweisen, sozusagen immer erteilt wird) gerade nicht das ethische Minimum abbildet und dann Verarbeitungsformen erlaubt, die gefährlich sind. Dort muss vielmehr *der Gesetzgeber* für einen berufsethischen Umgang mit Krankheitsdaten der Patienten sorgen. Und genau das hat er getan.

Mit der Unterstellung aller Beteiligten unter die (tier-)ärztliche Schweigepflicht hat das Gesetz einen wesentlich stärkeren und nachhaltigeren Datenschutz garantiert, als dies durch Einwilligung, Verpflichtung, Auftrag oder (nur stichprobenhafte) Kontrolle möglich wäre.

**6.** Die Befassung mit der an sich nur dürftig begründeten zivil- und strafrechtlichen Recht-

sprechung auf den Seiten 39 bis 41 meines Gutachtens (und nicht lediglich auf einer halben Seite, wie das von Herrn Dr. Gaebel vorgetragen wird) kann schlechterdings ihrer Bedeutung nach keinen breiteren Raum einnehmen, weil mein gesamtes Gutachten sich mit den dort möglicherweise bedachten, aber nicht zum Ausdruck gekommenen Argumenten befasst.

Soviel zur Rechtssprechung nun aber doch:

Die Zerfledderung des tierärztlichen Berufsgeheimnisses durch die zitierte Rechtsprechung in Bereiche mit und ohne Zoonosen wird dem tierärztlichen Berufsethos schon deshalb nicht gerecht, weil das geschützte Rechtsgut nicht nur Krankheitsdaten des Patientenbesitzers/Tierhalters erfasst, sondern alles, was der Tierarzt anlässlich seiner Berufsausübung über diesen und von diesem erfährt. Denn damit, also mit der rückhaltlosen Offenheit der Vertrauensbeziehung, steht und fällt die Funktionsfähigkeit des tierärztlichen Berufs. Das Geheimnis erfasst, wie dies auch beim Humanmediziner der Fall ist, auch soziale Daten, hier namentlich familiäre Daten, Informationen zum Tierbestand, zur Hygiene, zum Futter, zu heimlich verabreichten Medikationen etc. Genau genommen wird sogar die Tatsache, dass jemand Patient oder Patientenbesitzer ist, geschützt (zu *alledem Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 203 Rnrn. 2 bis 6*). Anders ist es nicht zu erklären, dass das Ansehen des Tierarztes und vor allem sein absolut vertrauliches Verhältnis zum Patientenbesitzer zum geschützten Rechtsgut gehört, weil nur der angesehene, nämlich total verschwiegene Tierarzt von seinem Patientenbesitzer alles das erfährt, was für die Anamnese und folglich die Diagnose (und die Vertrauenswürdigkeit des Patientenbesitzers bei der Ausführung der Behandlung) wichtig ist, ohne dass der Patientenbesitzer bei einer offeneren Auskunft überlegen müsste, dass seine Angaben weitergetragen werden. Die Verengung des Berufsgeheimnisses auf Zoonosen würde die tierärztliche Kunst erheblich erschweren und das Berufsethos verarmen lassen.

Die insoweit recht oberflächliche Rechtsprechung mag - anders als die Wissenschaft - sich insbesondere im Strafrecht, ein Vehikel suchen, um "passende Ergebnisse" zu erzielen; mit einer rechtssystematisch oder gar rechtsdogmatisch durchdachten Lösung hat das aber nichts zu tun. Zudem kann ich nicht feststellen, dass sich die zitierte Rechtsprechung auch nur mit einem Teil der Rechtsvorschriften befasst hätte, die hier ineinandergreifen.

**III. Zusammenfassend: Die Kritik des Hessischen Datenschutzbeauftragten bestärkt mich in meiner Rechtsauffassung.**

Dresden, 9. Mai 2016

Gez. Giesen