

DR. THOMAS GIESEN
RECHTSANWALT
SÄCHSISCHER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER A.D.

GIESEN, AUF DEM GESETZ 5, 56075 KOBLENZ

Tierärztliche Verrechnungsstelle Heide r. V.
Herrn Geschäftsführer J.-D. Hansen
Hans-Böckler-Straße 23
25746 Heide/Holstein

Koblenz, 1.2.2021

Rechtsgutachten
zur Vertragsgestaltung der Tierärztlichen Verrechnungsstelle Heide r. V.

I. Ausgangskonstellation und Auftrag

Der Tierarzt beauftragt unter Mitteilung der Informationen über die Adresse seines Auftraggebers des tierärztlichen Behandlungsvertrags (*Tierbesitzer*) und über die von ihm am Tier dieses Tierbesitzers erbrachten Leistungen und die abgegebenen Medikamente die *TVH*, seine Honorarforderung gegenüber dem Tierbesitzer gegen Zahlung einer Gebühr zu spezifizieren, zu berechnen, zu fakturieren, an diesen abzusenden, sie dem Tierarzt gegenüber zu bevorschussen und sie dann vom Tierbesitzer einzuziehen. Zu diesem Zweck führt die *TVH* für jeden ihrer tierärztlichen Kunden ein Konto. In seiner zuvor abgegebenen "Beitrittserklärung", also dem Abschluss des Abrechnungs- und Kreditierungsvertrags, erklärt der tierärztliche Kunde der *TVH* "*unwiderruflich gemäß § 398 BGB die Abtretung derjenigen meiner künftig entstehenden tierärztlichen Honorarforderungen sowie Forderungen aus Schadensersatzansprüchen oder Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung, die aus Behandlungsverträgen zu Tieren der Tierbesitzer oder anlässlich solcher Behandlungen entstehen werden, an den Verein TVH, welche von mir zu Abrechnungszwecken an den Verein übertragen werden.*" Die *TVH* ihrerseits hat sich vertraglich die Festlegung des Zeitpunktes, an dem sie diese Abtretung annimmt, vorbehalten. Sie nimmt sie an unter der sachlich und zeitlich aufschiebenden Bedingung, dass sie die tierärztliche Abrechnung erstellt hat. Es wird zwischen der *TVH* und ihrem tierärztlichen Kunden ferner vereinbart, dass dieser gegenüber der *TVH* auch nach der wirksamen Abtretung weiterhin das Ausfallrisiko der Forderung trägt.

AUF DEM GESETZ 5, 56075 KOBLENZ
E-MAIL THOMASGIESEN@MAC.COM
TEL 0170 4996 295

Unmittelbar nach Erstellung der Abrechnung und der damit verbundenen Wirksamkeit der Abtretung berechnet die TVH die für ihre Tätigkeit vereinbarte Gebühr (gemäß Gebührenordnung der TVH, ergänzt um einzelvertragliche Vereinbarungen; später evtl. anfallende Leistungen sind ebenfalls vereinbart und werden später berechnet und abgebucht) und zahlt an den tierärztlichen Kunden einen zwischen 30% und 80% des berechneten Honorarbetrages liegenden Vorschuss. Ihre Gebühr vereinnahmt sie von dem bei ihr für den tierärztlichen Kunden geführten Konto. Diese Vorfinanzierung ist neben der Erstellung der tierärztlichen Honorarabrechnung und deren Geltendmachung und Eintreibung der vom Kunden angestrebte Zweck des Vertrags.

Die TVH übersendet die von ihr gefertigte tierärztliche Abrechnung über die Honorarforderung an den Tierbesitzer, teilt ihm mit, dass sie aufgrund der Abtretung Inhaberin dieser Forderung geworden ist und fordert ihn auf, innerhalb einer kalendarisch bestimmten Frist an die TVH zu zahlen. Geschieht dies nicht fristgemäß, erfolgt eine Mahnung, danach wenn erforderlich, die prozessuale Einziehung und Vollstreckung. Im Prozess ist der Tierarzt Zeuge.

Das vorliegende Gutachten untersucht im Auftrag der TVH, ob diese dreiseitigen Verpflichtungen als Geschäftsmodell den *gesetzlichen Vorgaben* sowohl in zivilrechtlicher (BGB), finanzrechtlicher (KWG, RDG) als auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht (StGB, DSGVO, BDSG) entsprechen.

II. Die rechtliche Bedeutung der Abrechnung

Die Forderung des Tierarztes gegen den Tierbesitzer entsteht mit der Erbringung der tierärztlichen Leistung gemäß dem *Behandlungsvertrag*. Er ist zweiseitig-gegenseitig und verpflichtet einerseits den Tierarzt zur ordnungsgemäßen, den aktuellen tiermedizinisch-wissenschaftlichen und berufsrechtlichen Standards entsprechenden ärztlichen Leistungserbringung am Tier und andererseits den Tierbesitzer zur Zahlung des tierärztlichen Honorars. Der Höhe nach gilt entweder ein vereinbartes Honorar oder - wie meist mangels einer solchen Vereinbarung - die Gebührenordnung für Tierärzte (GOT) und ihr Gebührenverzeichnis. Häufig treten Entgelte für die Anwendung oder Überlassung von Medikamenten aus der tierärztlichen Hausapotheke hinzu.

Anders als bei Humanmedizineren (§ 12 Abs. 1 GOÄ) ist die Zustellung der Abrechnung keine formelle Voraussetzung für die Fälligkeit der Honorarforderung. Es bleibt folglich bei den allgemeinen Regelungen des BGB zum Leistungsaustausch. Die Regelungen über den ärztlichen Behandlungsvertrag gemäß §§ 630a ff. gelten nicht für Tierärzte. Denn deren Leistungen werden nicht gegenüber "Patienten" erbracht.¹ Der tierärztliche Behandlungsvertrag ist folglich ein Dienstvertrag im Sinn der §§ 611 ff. BGB ; seine synallagmatisch verbundenen, gegenseitigen Haupt- und Nebenpflichten sind seitens der Vertragspartner Zug um Zug zu erfüllen. Das Honorar als vertraglich vereinbarte Gegenleistung wird somit - auf den ersten Blick - nach Leistungserbringung fällig.

Allerdings ist die Rechnungsstellung zugleich die erste offizielle, genau formulierte und umfangreiche Information des Tierbesitzers über die seitens des Tierarztes erbrachte Leistung. Nur aufgrund dieser Mitteilung kann der Tierbesitzer (wenn gewollt auch mit Hilfe anderer Fachleute) die erbrachte Leistung und die gelieferten Medikamente auf Richtigkeit und Fachqualität erkennen und bewerten. Zudem erfährt er erstmalig, welche Gegenleistung seinerseits, der Höhe nach

¹ Siehe Wortlaut des § 630a Abs. 1 BGB; dazu Palandt/Weidenkaff, 80. Aufl. 2021, Vorb. § 630a Rn. 2.

gemessen an der Honorarvereinbarung oder der GOT, geschuldet wird und wie die Zahlung zu erfolgen hat (Kontoinformationen für die Überweisung, Steuernummer, Leistungszeitraum, Umsatzsteuer).

Folglich ist die Erstellung und Übermittlung der tierärztlichen Abrechnung eine Nebenpflicht des Tierarztes, die insoweit das Gewicht einer Hauptpflicht hat, weil sie neben der eigentlichen tierärztlichen Leistungserbringung die wesentliche Voraussetzung für das Verstehen und die Bewertung der tierärztlich erbrachten Leistung und die Bemessung der Gegenleistung erfüllt. Das geschuldete Honorar kann ohne die Abrechnung nicht vorschriftsgemäß erbracht werden. Sie ist folglich im Regelfall Fälligkeitsvoraussetzung.

Tierärztliche Leistung und Honorarzahung sind gleichgewichtige, synallagmatisch verbundene Gegenleistungen zur beiderseitigen Erfüllung des Dienstvertrags. Austausch und Verarbeitung der dazu beiderseits erforderlichen personenbezogenen Daten - das sind alle Informationen, die mit der aktuellen Berufsausübung im Zusammenhang stehen - begleiten den Abschluss des Vertrags und seine gegenseitige Erfüllung.

III. Die rechtliche Beurteilung der TVH

1. Die TVH als Factoring-Unternehmen

Wenn die Gefahr des Ausfalls der übertragenen Forderung weiterhin beim Abtretenden (Zedent) bleibt, spricht man von einem *unechten Factoring*. Weil die TVH berechtigt bleibt, bei Uneinbringlichkeit der ihr abgetretenen Forderung die von ihr an den Tierarzt gezahlten Vorschüsse von diesem zurückzuverlangen, verbleibt das wirtschaftliche Forderungsausfall-Risiko auch nach dem Übergang der Forderung durch Abtretung vom Tierarzt auf die TVH beim Tierarzt. Er kann von der TVH auf Rückzahlung des ihm gewährten Vorschusses in Anspruch genommen werden, wenn der Tierbesitzer als Schuldner trotz entsprechender Bemühungen um Eintreibung der Honorarforderung ausfällt.

Gemäß dem Merkblatt "Factoring" der BaFin vom 5.1.2009 und gemäß der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist das unechte Factoring den Kreditsicherungsgeschäften zuzuordnen.²

Der Unterschied zwischen dem echten und dem unechten Factoring liegt darin, dass der Zedent (tierärztlicher Kunde) aus der Kreditgewährung des Zessionars (TVH), die in der Bevorschussung der Forderung gegen den Schuldner (Tierbesitzer) liegt, kraft der Darlehensvereinbarung sicherungshalber verpflichtet bleibt; die Zession der Honorarforderung an die TVH hat jedoch keine bloße Sicherungsfunktion, sondern dient in erster Linie der Befriedigung. Zwischen den Parteien des Darlehensvertrags (Vorschuss) wirkt sie gem. § 364 BGB nicht bereits mit der Abtretung an Erfüllung statt, sondern erst mit Eingang der Zahlung bei der TVH *erfüllungshalber* anstelle der Darlehensrückzahlung: Wenn und soweit die TVH ihre Forderungen (Gebühren plus Vorschuss) aus der Zahlung seitens des Tierbesitzers befriedigen kann, erlöschen sie gegenüber dem Tierarzt.³

² Zuletzt BGH Urteil vom 21.3.2018, VIII ZR 17/17, NJW 2018, 2254 ff. Rn. 44; dort weitere Fundstellen, u. a. das Urteil des BGH vom 14.10.1981, VIII ZR 149/80, NJW 1982, 164 ff.

³ Zum Unterschied von Annahme an Erfüllung statt und Zahlung erfüllungshalber siehe Palandt/Grüneberg a.a.O. § 364 Rn. 5 -7.

Die Sicherheiten, die ein Zessionar als Käufer der Forderung (§ 453 BGB) und zugleich als Darlehensgeber (§ 488 BGB), für die Realisierung seiner "Investition" (Kaufpreis bzw. Darlehen sowie Gebühren) erhält, sind beim echten Factoring weit niedriger zu bewerten, weil der Zedent als Schuldner des Zessionars wegfällt, während er beim unechten Factoring hinter dem Schuldner nachrangig als Zweitschuldner steht. Insoweit kann die Sicherheit als verdoppelt angesehen werden. In der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise und gemäß der Erfahrung aus den andauernden Geschäftsbeziehungen der TVH zu ihren tierärztlichen Kunden ist konkret sogar von einem höheren wirtschaftlichen Wert dieser zweiten Sicherheit auszugehen, weil der Tierarzt, dessen wirtschaftliche Verhältnisse der TVH aus den Daten, die sie vor Vertragsschluss bei ihm erhebt und über den Verlauf der Geschäftsbeziehung hin auswertet, bekannt sind, mit seiner beruflichen Bonität und seinem eingerichteten und ausgeübten Praxisbetrieb als Zweitschuldner sicherer einzuschätzen ist, als ein beliebiger, der TVH unbekannter Tierbesitzer als künftiger Erstschuldner.

2. Die TVH als Rechtsdienstleister

a. Der Tierarzt setzt - in der arbeitsteiligen und digitalen Welt mehr und mehr; erwünscht und gefördert als standespolitisches Ziel - zur Erstellung seiner Abrechnung und zur Einziehung seiner Honorarforderung die Fachleute der TVH ein. Dazu benennt er den Tierbesitzer und die von ihm erbrachten tierärztlichen Leistungen und verabreichten und verkauften Medikamente aus seiner Hausapotheke sowie die sonstigen gebührenrechtlich relevanten Daten und die sich daraus ergebenden betragsmäßigen Gebührenpositionen und übermittelt diese Informationen an die TVH. Deren Personal berechnet daraus den korrekten Honorarbetrag sowie die Umsatzsteuer, fertigt daraus die Abrechnung und sendet sie an den Tierbesitzer. Angesichts dessen, dass dabei eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls nicht erfolgt, erfolgt damit (noch) keine Rechtsdienstleistung als fremde Angelegenheit im Sinn des § 2 Abs. 1 RDG.

b. Weil die TVH das Risiko des Forderungsausfalls nicht übernimmt (dies weder vor noch nach dem Eintritt der Wirksamkeit der Abtretung), besorgt sie, wirtschaftlich betrachtet, fremde Angelegenheiten. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise ist geboten.⁴ Deshalb ist die Einziehung ursprünglich fremder Forderungen - die mit Wirksamkeit der Abtretung unmittelbar nach ihrer betragsgenauen Feststellung durch die TVH eigene Forderungen werden - zudem eine Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG.⁵

c. Geht das Risiko des Forderungsausfalls (Delkredererisiko) nach den zwischen der TVH und dem Tierarzt getroffenen Vereinbarungen nicht auf die TVH über, sondern verbleibt es folglich beim Tierarzt (unechtes Factoring), dann wird die Forderungseinziehung für sich genommen dennoch eine Inkassodienstleistung im Sinn von § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG, weil die Forderungsabtretung nicht lediglich sicherungshalber und damit als Nebenleistung, sondern im Rahmen eines eigenständigen Kreditgeschäfts der TVH mit dem wirtschaftlichen Ziel erfolgt, diese abgetretene Forderung einzuziehen und den Erlös als Grund für das Erlöschen der Darlehensschuld an Erfüllung statt zu akzeptieren.⁶ Die TVH zieht die Forderung nach Wirksamkeit der Abtretung als

⁴ Siehe Deckenbrock/Henssler, Kommentar zum RDG, 4.Aufl. 2015, § 2 Rn. 22 unter Hinweis auf die Materialien des Bundestages und die höchstrichterliche Rechtsprechung.

⁵ Argumentum e contrario aus dem Leitsatz a) des Urteils des BGH vom 21.3.2018, VII ZR 17/17, NJW 2018, 2254 ff.; siehe auch Deckenbrock/Henssler a.a.O. Rn. 50 und 52.

⁶ Argumentum e contrario aus Leitsatz b) der vgl. Entscheidung des BGH; siehe auch Deckenbrock/Henssler a.a.O. Rn. 50 ff.; dass es sich um ein eigenständiges Geschäft handelt, unterliegt keinem Zweifel.

eigene Forderung ein. Erst wenn und soweit die üblichen und angemessenen Bemühungen um wirksame Einziehung erfolglos bleiben, rekurriert die TVH auf die Sicherheit, die der Tierarzt selbst aus dem bei ihm verbliebenen Ausfallrisiko schuldet, und fordert die vorgeschossene Summe zurück. Mithin erfolgt die Einziehung - wie geboten wirtschaftlich betrachtet - auf fremde Rechnung.

Nach erfolgter Abtretung bleibt das Delkredererisiko beim Tierarzt; das Schicksal der Forderung - sowohl Gewinn als auch Verlust - trägt er allein; die TVH kann nach wie vor ihre Gebühren als auch den gezahlten Vorschuss bei Ausfall der Forderung vom tierärztlichen Kunden verlangen. Folglich wird die TVH auch aus dem dritten gesetzlich genannten Grund des § 2 Abs. 2, zweite Alternative RDG ein Rechtsdienstleister, denn sie zieht eine ihr zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretene Forderung im eigenständigen Geschäft ein.

3. Die TVH als Finanzdienstleister

Nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG ist *"der laufende Ankauf von Forderungen auf der Grundlage von Rahmenverträgen mit oder ohne Rückgriff (Factoring)"* eine Finanzdienstleistung.

Folglich ist auch das Betreiben eines unechten Factorings eine Finanzdienstleistung. Die BaFin folgert dies in ihrem Merkblatt aus dem angeblich auslegungsbedürftigen Begriff des "Ankaufs" und aus den Materialien zum Gesetz.

Exkurs zur juristisch gebotenen Vervollständigung der Argumentation:

Im Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008⁷ heißt es in der Tat: *"Die Wahrnehmung der Finanzierungsfunktion rechtfertigt es, Factoringunternehmen gleichermaßen unter die Regelung des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG zu ziehen, ob sie nun neben der Finanzierungsfunktion auch die Delcrederefunktion übernehmen (so genanntes echtes Factoring) oder nicht (so genanntes unechtes Factoring). Unbeschadet der zivilrechtlichen Einordnung des unechten Factorings als Darlehen im Sinne des § 488 BGB soll auf dieses Geschäft der Tatbestand des Kreditgeschäfts des § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG entgegen seinem Wortlaut nicht zur Anwendung kommen. In Durchbrechung des in § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG grundsätzlich verankerten Prinzips des Vorrangs des Bankgeschäfts soll das Factoring in dem neuen § 1 Abs. 1a Nr. 9 KWG abschließend geregelt werden."*

In ihrem Regierungsentwurf⁸ hatte die Bundesregierung ausgeführt: *"Unbeschadet der zivilrechtlichen Einordnung des unechten Factorings als Darlehen im Sinne des § 488 BGB soll auf dieses Geschäft der Tatbestand des Kreditgeschäfts des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG entgegen seinem Wortlaut nicht zur Anwendung kommen. In Durchbrechung des in § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG grundsätzlich verankerten Prinzips des Vorrangs des Bankgeschäfts soll das Factoring in dem neuen § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG als Finanzdienstleistungstatbestand abschließend geregelt werden."*

Das ist eine durchaus sachgerechte und pragmatische Haltung der Fachbehörde.

Sie ist allerdings rechtssystematisch - letztlich auch verfassungsrechtlich im Hinblick auf die Bindung der Exekutive an das Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG - problematisch: Die hier zum Ausdruck gebrachte behördliche Anweisung, eine Rechtsvorschrift *entgegen ihrem Wortlaut* anzuwenden oder nicht anzuwenden ist außergewöhnlich. Sie ist weder durch Rechte der Bundesregierung noch durch Rechte des Finanzausschusses des Bundestages oder durch zulässige richterliche Rechtsfortbildung gedeckt. Der Rechtsfortbildung sind Grenzen gesetzt; sie *"überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen, wenn sie deutlich erkennbare, möglicherweise sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte gesetzliche Entscheidungen abändert ... Auch darf sich der Rechtsanwender im gewaltenteilenden Rechtsstaat nicht über den klaren Wortlaut eines Gesetzes hinwegsetzen, um einem vermuteten Ziel des Gesetzgebers Wirkung*

⁷ BT-Drs. 16/11108 S. 54 (in der Fassung der Bundesdruckerei und nicht, wie die BaFin zitiert, S. 66 und 67)

⁸ So zitiert im v.g. "Rundschreiben Factoring" der BaFin unter V.

zu verschaffen", so BVerfGE 118, 212, 214 sowie deutlich und ausführlich der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 31.10.2016, 1 BvR 871/13 und 1 BvR 1833/13. Rechtssystematisch korrekt und mithin rechtsstaatlich betrachtet ist eine solche Rechtsanwendung nicht gestattet. Denn im Rechtsstaat ist eine Auslegung gegen den Wortlaut nicht erlaubt; nur wenn der Wortlaut offen im Sinne vernünftiger sprachlicher Möglichkeiten seines Verständnisses ist, dürfen Systematik, Verfassung und Materialien - jeweils bei verbleibender Auslegungsbedürftigkeit und nacheinander - herangezogen werden. Die Verlässlichkeit und Transparenz des Gesetzestextes in seinem wörtlichen Sinn darf keineswegs in dieser Weise "vergewaltigt" werden.

Weder die Bundesregierung als Spitze der Exekutive und Entwurfsverfasser, noch der beratende Finanzausschuss als bloße, nicht über Gesetze entscheidende Teilmenge des Parlaments sind berechtigt, den Wortlaut einer gesetzlichen Vorschrift zu missachten und "Gebrauchsanweisungen" gegen seinen Wortlaut zu verlautbaren. Ihnen steht eine verfassungsgestützte Zuständigkeit als "authentischer Interpretator" des Gesetzestextes nicht zu. Diese Rolle kann allenfalls vom Bundesverfassungsgericht - etwa zur übergangsweisen Anwendung des Gesetzes - ausgefüllt werden.

Dennoch ist der Text des behördlichen Rundschreibens - es hat das rechtliche Gewicht eines Erlasses/einer Verwaltungsvorschrift - ausnahmsweise wirksam: Es sei zwar angemerkt, dass eine Verwaltungsvorschrift nach außen hin kein Recht setzt; allenfalls die Behörde selbst und die ihr nachgeordneten Behörden haben sich an solche Verwaltungsvorschriften (früher: Erlasse genannt) zu halten. An dieser Selbstbindung - wesentlich bei Kontrollen und deren Folgen - ist trotz der Rechtswidrigkeit (sie wäre vom Gesetzgeber mit einem Federstrich zu reparieren) nicht zu rütteln, weil es den Kreis der Freiheitsberechtigung der TVH erweitert und nicht verengt. Das Rundschreiben setzt einen Rechtsschein, der wegen des verfassungsrechtlichen Gebots der Rechtsanwendungsgleichheit einen verbindlichen und bestandskräftigen *Vertrauensschutz der Rechtsunterworfenen* auslöst (Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I., 13. Aufl. 2017 § 24 Rn. 26): Tatsächlich darf sich ein Unternehmen *zugunsten* seiner Grundrechte (Art. 19 Abs. 3 GG i. V. m. der Vertragsfreiheit und den Rechten aus Art. 12 und 14 GG und zur Aufrechterhaltung seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs auf derartige behördliche Verlautbarungen *verlassen*. Folglich ist der TVH zu raten, für ihr Geschäftsmodell die es stützenden und erhaltenden Verlautbarungen der BaFin anzuwenden und sich gegenüber möglichen behördlichen Einwirkungen (etwa der Bundesbank-Außenstelle) darauf auch im Sinne eines gesicherten und geschützten Rechtsbestandes, ähnlich einer schriftlichen Zusage oder Bestätigung zu berufen.

IV. Zu den Elementen der Vertragsbeziehungen

Ob allerdings die Behauptung, das unechte Factoring sei als Darlehensgeschäft einzuordnen, dieses Geschäft abschließend korrekt beschreibt, bedarf einiger Ergänzung; zwar trifft diese Einordnung einen Kern der Vertragsbeziehung, greift aber zu kurz. Denn es handelt sich um eine *Kombination* mehrerer im BGB angelegter Vertragstypen. Gläubigerwechsel und Schuldnermehrheit prägen das gemischte Geschäft; es hat Elemente des Darlehens, des Kaufs, der Leihe, des Forderungs-Kaufs und der Geschäftsbesorgung, entspricht aber keinem dieser Vertragstypen allein. Unbestreitbar ist nur - und das ist die Botschaft des vg. Rundschreibens der BaFin im Kern -, dass die *Finanzierungsfunktion* das Rechtsgeschäft des unechten Factorings der TVH mit dem Tierarzt prägt. Sie wird erlaubt und geschützt, das ist das Wesentliche.

a. Delkredere

Der Vorschuss wird nach dem eigentlichen Zweck des Geschäfts bei regelhaftem Verlauf nicht zurückgezahlt; vielmehr wird die Rückzahlung nur bedingt geschuldet für den seltenen Fall, dass die vorfinanzierte Honorarforderung vom Honorarschuldner nicht eintreibbar ist (allgemein: *Delkredererisiko*). Dies entweder für den Fall, dass das Honorar (auch teilweise) nicht geschuldet wird, denn der Tierarzt trägt weiterhin die Haftung aus § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB (Verität), haftet also dafür, dass die Forderung entweder mangels wirksamen Vertragsabschlusses, wegen Leistungsstörungen oder wegen Erlöschens nicht besteht, oder dass sie, weil verpfändet oder

abgetreten, nicht abtretbar ist oder einem Dritten (etwa einer kreditierenden Bank) zusteht. Der Tierarzt trägt ferner das Risiko, dass die Forderung mangels Zahlungskraft (Bonität) des Honorarschuldners nicht eintreibbar ist.

Im Vordergrund der Vorschusszahlung der TVH an den Tierarzt steht die *Finanzierung*. Sie ermöglicht dem Tierarzt die schnelle Verfügbarkeit über sein Honorar, die Entlastung von bürokratischen Arbeiten und eine positive Bilanz, weil er seinen Eigengewinn bereits realisiert hat, sowie schneller eine höhere Bonität bei seiner Bank. Dafür gibt der Tierarzt seine eigene Bonität als Sicherheit an die TVH. Daneben erwirbt die TVH mit der Annahme der Abtretungserklärung zusätzlich die Honorarforderung gegen den Tierbesitzer.

b. Darlehen

Stellt der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag als Darlehen zur Verfügung, dann ist dieser verpflichtet, einen geschuldeten *Zins* zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen, § 488 Abs. 1 BGB. Im vorliegenden Fall werden jedoch keine Zinsen geschuldet. Die Rückzahlungspflicht entsteht idealer Weise nicht; nur für den Fall des Ausfalls der abgetretenen Forderung wird sie - zuvor als zusätzliche Sicherheit ruhend - aktiviert. Anders als beim klassischen Kreditvertrag handelt es sich nicht um eine ratenweise Rückzahlungspflicht (Dauerschuldverhältnis), sondern um ein durch den Fall des Unterbleibens einer anderweitigen Befriedigung - nämlich für den Ausfall des Honorars seitens des Tierbesitzers - bedingtes Eintreten der Fälligkeit der gesamten Summe ohne Zusätze.

c. Forderungskauf

Der Begriff des "Ankaufs"⁹ eröffnet nur eng begrenzte Interpretationsräume. Jedenfalls ist der Rechtskauf nach § 453 BGB gemeint, auf den die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden. Als Gegenleistung wird der Kaufpreis aber vertragsgemäß ersetzt durch eine Kredithingabe, sog. Erledigung durch Zahlung erfüllungshalber.

d. Leihe

Der für zinslose Kredite umgangssprachlich benutzte Begriff der *Leihe* scheidet an deren gesetzlichem Begriff, der gemäß § 598 BGB die Nutzung einer entliehenen Sache und die Rückgabe derselben Sache beschreibt; diese Vorschrift spricht ausdrücklich davon, dass der Sachgebrauch "unentgeltlich" gestattet wird. Im vorliegenden Fall wird jedoch ein Entgelt ("Gebühr") erhoben; der "entliehene" Geldbetrag wird vom Tierarzt zudem nicht nur genutzt, sondern verbraucht.

e. Geschäftsbesorgung

Elemente des Auftragsrechts, genauer, des *entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrags* nach § 675 BGB treten hinzu: Der Auftragnehmer nimmt fremde Vermögensinteressen wahr:¹⁰ Bevor

⁹ Der Gesetzgeber spricht im KWG weder vom "Kauf" - mangels einer Sache, die zu übertragen wäre - noch - zu allgemein - vom "Erwerb". Dann rechnet er mit einer Auslegung des Begriffs.

¹⁰ Siehe dazu Palandt/Sprau a.a.O. § 675 Anm. 2.

die THV den Tierarzt auf Rückzahlung des Vorschusses in Anspruch nimmt, hat sie alle rechtsstaatlich üblichen Mittel auszuschöpfen, die ihr abgetretene Honorarforderung beim Tierbesitzer geltend zu machen und einzutreiben, mithin den Tierarzt unbehelligt zu lassen. Sie sorgt damit für eine bevorzugte Inanspruchnahme des Tierbesitzers und nimmt insoweit das wirtschaftliche Interesse des Tierarztes wahr, erst nachrangig dazu auf Rückzahlung des Vorschussbetrags in Anspruch genommen zu werden. Die TVH handelt insoweit also fremdnützig: Vor der Wirksamkeit der Abtretung berechnet sie die Honorarforderung, kreditiert sie und macht sie danach als eigene Forderung geltend; sie fordert die Honorarforderung im eigenen Namen, jedoch zugleich zum Zweck des Erlöschens ihres Kredit-Rückforderungsanspruchs gegenüber dem Tierarzt, also zu dessen Schuldbefreiung.

f. Abtretung

Als reinste Form wird der (auch formlos wirksame) Abtretungsvertrag nach § 398 BGB verwirklicht. Er ist ein Verfügungsgeschäft; sein eigentlicher Rechtsgrund ist die übertragene Honorarforderung aus dem Behandlungsvertrag (der gelegentlich den Kauf von Medikamenten einschließt) als Grundgeschäft. Die abgetretene Forderung ist nach der Abrechnungserstellung der Höhe nach betragsmäßig bestimmt; sie begegnet keinen rechtlichen Bedenken ihrer Bestimmtheit nach. Die *abgetretene Honorarforderung* besichert die Darlehensforderung aus dem Kreditgeschäft, verdrängt sie aber nicht. Erst wenn sie nicht betreibbar ist, wird der tierärztliche Kunde¹¹ nach Maßgabe des Factoringvertrages auf Rückzahlung des Kredits, der in der Bevorschussung der übertragenen Honorarforderung liegt, in Anspruch genommen. Der Darlehensrückforderungsanspruch erlischt erst erfüllungshalber mit der erfolgreichen Eintreibung der abgetretenen Honorarforderung oder, hilfsweise und nachrangig, wenn der tierärztliche Kunde von der TVH direkt in Anspruch genommen wird.

Zivilrechtlich betrachtet erhält die TVH aufgrund der Abtretung neben der bislang bereits bestehenden Sicherheit in Form der Haftung des vorschussnehmenden Tierarztes aus dem Darlehensvertrag eine erstrangig geltend zu machende Befriedigungsmöglichkeit durch Inanspruchnahme des Tierbesitzers in Höhe der Rechnungsforderung.

Soweit der tierärztliche Kunde bereits vor der Übermittlung der Leistungsdaten an die TVH die Abtretung seiner noch nicht errechneten Honorarforderungen (zunächst einseitig) für den Fall der Vorschusszahlung anbietet, ist die Abtretung ein Rechtsgeschäft, das unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen wird. Die von Anfang an mit Rechnungserstellung wirksam vereinbarte Annahmeerklärung der TVH wird mit der Erstellung der Abrechnung auch betragsgenau wirksam. Folglich entstehen keine offenen Fragen zur Bestimmbarkeit.¹²

Zur Abtretung gehört die Pflicht des abtretenden tierärztlichen Kunden, der TVH die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden auszuliefern, § 402 BGB. Dies geschieht, meist abschließend, in einer ersten Phase mit der Datenübermittlung an die TVH als "sonstige Person", also bevor sie ein eigenes Geschäft betreibt.

V. Sicherheiten

¹¹Factoringkunde, auch Zedent oder Anschlusskunde genannt.

¹² Dazu Palandt/Grüneberg a.a.O. § 398 Rn. 14; BGH NJW 2000, 276 und 2011, 2713.

Weder gesetzliche noch untergesetzliche Normen schreiben der TVH vor, wie weit und wie intensiv sie ihre Forderungen gegen den Tierbesitzer für den Fall dessen Ausfalls gegenüber dem tierärztlichen Kunden besichert. Dieses Risiko ist *Gegenstand der Vertragsfreiheit*. Jedoch stellt die BaFin als Aufsichtsbehörde erhebliche Anforderungen an die Installierung von Risikomanagement und intern wirksamen Risikokontrollsystemen. Deren Einhaltung ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

Die rein nominale Höhe der Sicherheiten übersteigt bei jeder vernünftigen Kreditierung das summenmäßige Risiko. Denn jede Sicherheit kann ausfallen.

Zunächst ist zu bewerten, dass die als Vorschuss kreditierte Summe das Besicherungsrisiko insoweit vermindert, als die Höhe der möglichen Kreditgewährung durch die Bemessung der Beleihungswerte und Beleihungsgrenzen - konkret durch prozentuale Abschläge (haircuts) vermindert wird. Der Abschlag tritt neben die "Gebühren" der TVH, die zwischen 2% und 5% der Rechnungssumme liegen. Die Höhe dieses Abschlags - zwischen 20% bei "guten" Kunden und 70% bei unbekanntem Neukunden - wird von der TVH anhand der bisher festzustellenden Zahlungsgeschwindigkeit der Tierbesitzer dieses Tierarztes und der Ausfallquoten innerhalb des letzten Halbjahres oder Jahres festgestellt. Ohne diese Abschläge wäre ein wesentlich schärferes Risikomanagement - etwa durch Selektion der Tierärzte oder durch Selektion ihrer übernommenen Forderungen - erforderlich, um Ausfällen entgegen zu wirken.

Die TVH hat in ihren AGB festgelegt, dass Forderungen nur für 30 Tage vorfinanziert werden. Danach werden die gewährten Vorschüsse gegen die bestehenden Guthaben (aus vergangenen Geschäften und aus zwischenzeitlich eingegangenen Zahlungen der Tierbesitzer) verrechnet.

Die TVH betrachtet außerdem nur diejenigen Forderungen als valide Sicherheiten für den Vorschuss, die nicht älter als 30 Tage sind, denn erfahrungsgemäß sinkt die Erfüllungswahrscheinlichkeit nach diesem Zeitraum rapide, mag auch durch Mahnungen, gerichtlicher Titulierung und jeweils an den Willen des Tierarztes angepasste Vollstreckungsmaßnahmen mit weiteren Eingängen zu rechnen sein.

Die Zahlungsverpflichtung aus der anlässlich der Rechnungserstellung wirksam abgetretenen Honorarforderung entsteht ihrer genauen Höhe nach mit der Herstellung der tierärztlichen Abrechnung; mit ihrer Zusendung erfährt der Tierhalter zudem, dass er an die TVH zu zahlen hat (deren Kontodaten, deren Steuernummer), sowie die datumsgenau angegebene Frist, innerhalb er zu zahlen hat (Fälligkeit nach § 271 BGB). Mit Verstreichen der Frist¹³ und (kumulativ) der folgenden Mahnung gerät der Tierbesitzer in Schuldnerverzug, § 286 BGB. Daneben und zeitgleich entsteht mit der Auszahlung des Vorschusses die Darlehensforderung der TVH gegenüber dem Tierarzt. Es gibt folglich keinen Zeitraum, der unbesichert ist.

Ein kurzer Blick auf die Risiken, die - etwa in Bezug auf die Gebühren der TVH - zwischen der Datenübermittlung und der Wirksamkeit der Abtretung entstehen könnten: Der Tierarzt bietet die Abtretung seiner Forderung ausdrücklich unwiderruflich an. Die Rechtsstellung der TVH als eines bedingt Berechtigten wird als Anwartschaft bezeichnet.¹⁴ Sie ist dadurch als gesicherter Vermögenswert anerkannt, als bereits vor der Zahlung des Vorschusses alle Erfordernisse erfüllt

¹³ Diese Frist ist weder durch Gesetz noch durch Vertrag, sondern einseitig durch die TVH als Gläubigerin festgelegt; sie ist folglich nicht "bestimmt" im Sinn des § 286 Abs. 2 Nr.1 BGB; ihr Verstreichen allein führt nicht zum Verzug, BGH NJW 2008, 50. ff. Folglich bedarf es zusätzlich einer Mahnung.

¹⁴ Siehe Palandt/Ellenberger a.a.O. Einf. § 158 Rn. 9.

sind, dass der Tierarzt die Übertragung seiner Forderung gegen den Tierhalter auf die TVH und damit deren vollberechtigte Gläubigerposition in dieser ersten Phase nicht mehr einseitig zerstören kann. Die abtretungsvertragliche Position der TVH auch vor der Annahme ist folglich eine gesicherte, eigenständige Rechtsposition. Dieses Anwartschaftsrecht ist ein Vermögenswert; er ist vererblich und übertragbar, etwa auch pfändbar. Die Besicherung besteht in ihren Grundzügen bereits vor Eintritt des Risikos, das erst mit der Zahlung des Vorschusses ausgelöst wird, sie wird zeitgleich mit der Zahlung vollwirksam.

Wegen der ausdrücklich und wirksam vereinbarten Unwiderruflichkeit der Anwartschaft führt die bedingte Abtretung einerseits dazu, dass die Honorarforderung bereits bei Datenübertragung nicht mehr zum Vermögen des Tierarztes zu zählen ist; sie darf nicht mehr (doppelt) abgetreten werden, sie ist beim Tierarzt weder pfändbar, noch im Fall seines Todes dem Nachlass zuzurechnen, noch gehört sie im Fall seiner Insolvenz zur Masse; weder der Tierarzt selbst, noch ein Gläubiger, noch ein Nachlass- oder Insolvenzverwalter kann über sie verfügen. Andererseits ist die Abtretung zu diesem Zeitpunkt der Datenübermittlung noch nicht wirksam und vollzogen mit der Folge, dass die TVH beim Datenempfang und ihrer ersten Verarbeitung zur Erstellung der Honorarrechnung noch nicht in eigenem Namen tätig ist. Das geschieht erst in der Phase 2 nach vollzogener Abtretung.

Daneben bleibt es bis zur Erfüllung aller Forderungen bei der Schuldnerposition des Tierarztes selbst, der für die Rückzahlung des erlangten Vorschusses gegenüber der TVH unabhängig vom Schicksal der abgetretenen Forderung gegen den Tierhalter haftet.

Die abgetretene Forderung erlischt also, wenn - was der Regelfall ist - der Tierbesitzer die Rechnung an die TVH auf deren eigenes von ihr angegebenes Konto bezahlt. Damit erlischt zugleich die Vorschussrückforderung gegen den Tierarzt erfüllungshalber. Der den Vorschuss und die Gebühren übersteigende Betrag wird von der TVH dem Verrechnungskonto zugebucht, das die TVH für den einzelnen tierärztlichen Kunden führt und turnusmäßig abrechnet. Bleiben die Bemühungen (Klage, Vollstreckung) zum Einzug der Forderung ergebnislos, erlischt die Vorschussrückforderung durch Inanspruchnahme des Tierarztes bzw. durch Verrechnung mit dessen Kontoguthaben.

VI. Datenschutzrechtliche Betrachtungsweise

1. Strafrechtliche Bewertung

Die bedeutendste datenschutzrechtliche Norm für den Tierarzt ist seine tierärztliche Schweigepflicht, die in § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB normiert ist; die gleiche Pflicht in den Tierärztlichen Berufsordnungen der Länder¹⁵ beruht lediglich auf untergesetzlicher Norm; die Berufsordnungen regeln zudem weder die - naturgemäß unverzichtbare - Einbeziehung anderer Personen in die tierärztliche Tätigkeit, noch enthalten sie Vorschriften und Sanktionen für diesen Personenkreis.

Das Strafgesetzbuch bestimmt: Wer unbefugt ein Geheimnis offenbart, dass ihm als Tierarzt anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist, wird bestraft. Gegenüber seinem Praxispersonal findet keine "Offenbarung" statt, § 203 Abs. 3 Satz 1 StGB. Tierärzte dürfen zudem - seit 2017 - fremde Geheimnisse "*sonstigen Personen*" offenbaren, die an ihrer beruflichen Tätigkeit

¹⁵ Wegweisend für die Landestierärztekammern als Satzungsgeber aufgrund der Heilberufsgesetze der Länder ist § 3 Nr. 8 der Musterberufsordnung der Bundestierärztekammer.

mitwirken, "soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit ... erforderlich ist", § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB.

Diese Regelung ist zugleich eine selbsttragende datenschutzrechtliche Regelung, weil sie die Zweckbindung der Daten des Tierbesitzers zur Durchführung und Abwicklung des beiderseitigen Dienstvertrags schützt.

Diese Befugnis wird häufig, insbesondere in der datenschutzrechtlichen Literatur, falsch interpretiert: Die Frage der Erforderlichkeit ist nicht etwa bezogen darauf zu beantworten, ob die Mitwirkung erforderlich ist, sondern ob die Offenbarung des Geheimnisses für die Tätigkeit des mitwirkenden Personenkreises erforderlich ist. Die Einbeziehung der TVH ist dem Tierarzt folglich freigestellt; diese Organisationsfreiheit ist Teil der freien tierärztlichen Berufsausübung. Alle Geheimnisse (personenbezogene Daten, Informationen) die geeignet, erforderlich und zumutbar für die Erstellung der korrekten Abrechnung und deren erfolgreiche rechtlich einwandfreie Eintreibung sind, dürfen vom Tierarzt an die TVH übermittelt werden.

Zu den geschützten Informationen gehört alles, was den Geheimnisträgern über den Tierhalter, seine Familie und sonstige Personen, aber auch zu den sachlichen, betrieblichen und sonstigen Verhältnissen anlässlich ihrer Berufsausübung bekannt wird. Dabei handelt es sich keineswegs nur um Informationen zum Gesundheitszustand, sondern in gleicher Weise auch um alle anderen Angaben, die dem Tierarzt anlässlich seiner Arbeit bekannt werden oder von ihm genutzt werden, also auch um die Angabe, dass ein Behandlungsverhältnis besteht. Selbst bei gescheiterten Behandlungsvertrags-Anbahnungen sind die Angaben darüber von der Strafbarkeit erfasst.

Zum eingesetzten Kreis "sonstiger Personen" gehört die Belegschaft der TVH. Jeder einzelne Mitarbeiter, der mit den tierärztlich übermittelten oder in der TVH generierten Daten des Tierbesitzers zweckwidrig, also außerhalb der Befugnis der TVH umgeht, *wird bestraft*, vorausgesetzt, er ist ordnungsgemäß über seine Schweigepflicht belehrt. Der Tierarzt selbst hat für diese Belehrung zu sorgen und strafbedroht einzustehen, § 203 Abs. 4 StGB. Damit umfasst der strafrechtliche Schutz des tierärztlichen Berufsgeheimnisses einen geschlossenen Kreis an befugten Personen, gleichgültig, ob sie Mitarbeiter des Tierarztes oder ob sie als Mitarbeiter der TVH selbständig für ihn tätige Personen sind. Voraussetzung für diese Befugnis ist, dass sie an der Tätigkeit des Tierarztes in seinem Auftrag zu Zwecken der Erfüllung des Behandlungsvertrags mitwirken und von ihm auf die Strafbarkeit einer unbefugten Offenbarung nach außen belehrt wurden. Diese Belehrung ist aktenkundig zu machen und nachweisungspflichtig.

Es gehört zu den vertraglichen Vorkehrungen, dass die TVH ihrem tierärztlichen Kunden bestätigt, dass ihre Mitarbeiter über das Bestehen ihrer Schweigepflicht sowie darüber belehrt sind, dass jede Verletzung dieser Pflicht strafbar ist. Dies ist personenbezogen aktenkundig und nachweisbar vorzuhalten. Damit hat zugleich der Tierarzt als Verantwortlicher seine Belehrungspflichten erfüllt.

Ob die Mitarbeiter der TVH außerdem Angehörige einer sog. "*Privatärztlichen Verrechnungsstelle*" (PVS) und damit selbst unabgeleitet Träger eines beruflichen Geheimnisses wie die Ärzte sind, § 203 Abs. 1 Nr. 7 StGB, kann daher letztlich dahinstehen.¹⁶ Dazu folgende Überlegungen:

¹⁶ Strafvorschriften können wegen Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht analog, also ausdehnend, angewendet werden. Andererseits wirkt die Strafvorschrift hier vor allem rechtskreiserweiternd, weil sie eine Schweigepflicht statuiert, die die Anwendung des Art. 9 Abs. 2 Buchstabe h i. V. m. Abs. 3 DSGVO ermöglicht und damit eine neue Befugnis eröffnet. Dieses Dilemma ist die Folge der systematischen Grundlage der Schweigepflicht im Strafrecht.

Tierärzte tragen wie die Ärzte "in hohem Maß Verantwortung für die Gesundheit von Mensch und Tier", § 2 Abs. 1 Musterberufsordnung; sie stehen unter dem gleichen Berufsgeheimnis; ihre Abrechnungen sind ähnlich wie die ärztlichen Abrechnungen gesetzlich fundiert und ebenso kompliziert. Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, Abrechnungsunternehmen so zu behandeln wie angestelltes ärztliches Fachpersonal. Bei der TVH handelt es sich zudem um eine Stelle, die wie die humanmedizinischen PVS als Verein selbständiger (Tier)Ärzte organisiert ist. Wegen der hinreichenden Regelung des § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB besteht kein Bedarf an einer endgültigen Klärung dieser Frage.¹⁷ Festzuhalten ist aber, dass jeder Tierarzt einem Heilberuf nachgeht und wegen der Tiergesundheit und der Verantwortung im Lebensmittelbereich weit über die Fleischverarbeitung hinaus für die menschliche Gesundheit eine hohe Mitverantwortung trägt.¹⁸ Es sprechen gute Gründe dafür, den Tierarzt insoweit als "Unterfall Arzt" und seine Abrechnungsstelle¹⁹ als Privatärztliche Verrechnungsstelle anzusehen. Positiv entschieden ist das aber bisher nicht.

Nimmt der Tierarzt eine Verrechnungsstelle²⁰ in Anspruch, so dürfen diese Personen die personenbezogenen Behandlungsdaten - alle Informationen über die Tierhalter einschließlich der Tierkrankheiten oder finanzielle oder sonstige Verhältnisse - zur Kenntnis nehmen und verarbeiten, allerdings nur, soweit sie damit objektiv und subjektiv den Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung und Abwicklung des Behandlungsvertrags erfüllen. Jegliche Nutzung für andere Zwecke ist ihnen bei Strafe verboten.

Die Übermittlung der Daten - auch derjenigen nach § 402 BGB - erfolgt in einer ersten Phase in dem Stadium, in dem die TVH zur Erstellung der Abrechnung aufgerufen ist und dieses Geschäft als fremdes Geschäft betreibt. Aber auch in der zweiten Phase danach, wenn die TVH nach Wirksamkeit der Abtretung im eigenen Namen tätig wird, erfolgt die Datenübermittlung befugtermaßen.

Die strafrechtliche Befugnisregelung unterscheidet im Ergebnis nicht danach, ob die sonstige Person nach außen hin im eigenen Namen oder im Namen des Berufsgeheimnisträgers auftritt, ob sie dessen Geschäft oder ein eigenes Geschäft wahrnimmt. Deshalb ist es gleichgültig, ob sie als Vertreter oder aus eigenständigem, weil abgetretenen Recht auftritt. Wesentlich ist nur, dass sie im Rahmen der Abwicklung des Behandlungsvertrags handelt.

Exkurs: Zu den Materialien des § 203 StGB

In der Begründung der Bundesregierung zur Änderung des § 203 StGB (Bundestags-Drucksache 18/11936, Seiten 21 bis 23) vom 12.4.2017 hat sich ein folgenschwerer *Druckfehler ereignet*:

Auf Seite 22 muss es im dritten Absatz im dritten Satz statt "Besteht *ein* solcher konkreter Bezug ..." heißen: "Besteht *kein* solcher konkreter Bezug ..." Das hat der Unterzeichner angesichts der ansonsten fehlenden Konsistenz und Sinnhaftigkeit herausgefunden; ausweislich des mir vorliegenden E-Mailverkehrs hat das Bundesministerium der Justiz dies mir gegenüber als bedauerlichen Fehler bestätigt.

Von diesem Vorgang hat der Unterzeichner auch alle Datenschutzaufsichtsbehörden per E-Mail unterrichtet.

¹⁷ Gleiches gilt auch für die - gesundheitspolitisch ebenfalls bedeutenden - zentralen Abrechnungsstellen der Apotheker.

¹⁸ Siehe auch § 2 Abs. 2 und 3 der Musterberufsordnung.

¹⁹ Kargl schließt in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB 5. Aufl. 2017, § 203 Rn. 36 und Fn. 218 unter Hinweis auf OLG Stuttgart NJW 1997, 1491 und andere Autoren die gewerblichen Factoringunternehmen, denen die Forderung ärztlicherseits abgetreten wurden, ein, weil sie funktional und nicht lediglich organisatorisch zu beurteilen seien. Auch das spricht für eine Einordnung als PVS (gleiches Rechtsgut, gleiche Funktion, gleicher Auftraggeber, gleiche Organisation).

²⁰ Gleiches gilt für einen Taxikurier für die Tierärztliche Hausapotheke, einen Administrator für sein digitales Praxisverwaltungssystem, einen Steuerberater für seine Praxisbuchhaltung etc.

Aus den Materialien geht folglich hervor, dass es die Absicht des Gesetzgebers ist, auch Tierärzten die Möglichkeit zu eröffnen, etwa im Rechnungswesen aufgrund eines Vertragsverhältnisses nicht in den Betrieb eingegliederte Personen zu befragen.

Auf die Einzelheiten in der Begründung der Gesetzesänderung darf ich verweisen.

Zur *Definition und Relation der Erforderlichkeit*, die sich ebenfalls aus der Begründung der Bundesregierung ergibt:

Die Offenbarung des geschützten Geheimnisses (das ist das Gleiche wie die Übermittlung) soll nicht rechtswidrig sein, "soweit die Offenbarung für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der mitwirkenden Person erforderlich ist" (S. 22, dritter Absatz). "Das Gleiche gilt", so heißt es dort weiter, "auch für Offenbarungen von mitwirkenden Personen gegenüber weiteren mitwirkenden Personen, wenn die Weitergabe - etwa in mehrstufigen Auftragsverhältnissen - vom Berufsgeheimnisträger zugelassen worden ist."

"Der Entwurf will insoweit keinen möglichen Rechtsgrund, auf dem eine sonstige Mitwirkung beruhen kann, ausschließen." (S. 22 unten).

"Notwendige Einschränkung ... ist das Erfordernis, dass eine Offenbarung von Geheimnissen an die mitwirkende Person nur insoweit nicht der Strafbarkeit unterfällt, als sie erforderlich für die Inanspruchnahme von deren Tätigkeit ist - der Berufsgeheimnisträger darf nicht mehr geschützte Geheimnisse preisgeben, als notwendig ist, damit er die Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Person übertragen kann." (S. 23 zweiter Absatz).

2. Allgemeine datenschutzrechtliche Bewertung

a. Verarbeitung von Gesundheitsdaten

Besonderheit des tierärztlichen - wie des ärztlichen - Berufes ist es, dass die Berufsträger und ihre vorbezeichneten Helfer mit Gesundheitsdaten umgehen. Das sind solche personenbezogenen Informationen (Art. 4 Nr. 1 DSGVO), aus denen Informationen über die Gesundheit einer natürlichen Person (also eines Menschen) hervorgehen.²¹ Wegen der nicht seltenen Krankheiten, die vom Tier auf den Menschen oder vom Menschen auf das Tier übergehen,²² ist damit zu rechnen, dass die tierärztliche Abrechnung zumindest mittelbar auch Informationen im Sinn von Rückschlüssen auf die Gesundheit des Tierbesitzers und seiner Familie enthält.

Das Verwaltungsgericht Mainz ist in seinem rechtskräftigen Urteil vom 20.2.2020²³ davon ausgegangen, es bedürfe zur datenschutzrechtlichen Beurteilung jeweils einer konkreten Feststellung darüber, ob es sich bei den Daten um Informationen zu abstrakt übertragbaren oder bereits übertragene Zoonosen gehandelt habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass schon die Aussetzung einer solchen abstrakten Gefahr ohne Feststellung der konkreten Gefährdung der menschlichen Gesundheit ein Gesundheitsdatum ist.²⁴ Das bedeutet in der Konsequenz, dass das Abrechnungsgeschäft der TVH als Massengeschäft von dem Risiko erfasst ist, dass immer wieder Abrechnungsdaten zugleich Gesundheitsdaten sein können und sind. Eine Differenzierung wäre nur bei genauer Analyse des einzelnen Leistungsvorgangs auf mögliche Zoonosen möglich; zu bedenken

²¹ "Besondere Daten" im Sinn des Art. 9 Abs. 1 DSGVO.

²² Zoonosen (Zoonanthroposen, Antropozoonosen, Amphixenosen) also z. B. auch wechselseitige Infektionen etwa durch Viren. In Betracht kommen auch Bakterien, Kleintiere und andere Überträger und Übertragungsformen.

²³ Das Urteil AZ 1 K 467/19.MZ war für den klagenden Tierarzt und die TVH im Ergebnis günstig, es berief sich auf das Urteil des LG Dortmund vom 9.2.2006, 4 S 176/05. Eine Auseinandersetzung mit dem Urteil des LG Bochum vom 25.11.1992, 10 S 42/92 fand nicht statt; dort wurde die Personenbezogenheit wegen des zwar abstrakten, aber naheliegenden Risikos generell bejaht.

²⁴ So ist die Information, dass sich eine bestimmbare Person in selbstgewählte Quarantäne begeben hat, eine Information zu seiner Gesundheit, auch wenn gänzlich ungewiss ist, ob er infiziert ist oder nicht.

ist dabei, dass die zur Abrechnung übermittelten Daten keineswegs das gesamte zu dieser Analyse nötige Datenmaterial erfasst; diese Differenzierung kann aber weder der Tierarzt leisten, noch gehört sie zum Leistungsumfang der TVH. Es empfiehlt sich folglich, vorsorglich *alle* Abrechnungsdaten dem gesetzlich in Art. 9 DSGVO verordneten höheren, *strengeren Schutzkonzept für Gesundheitsdaten zu unterwerfen*.

b. Datenverarbeitung im Auftrag

Die Auftragsverarbeitung ist kein Vertrag zu Lasten Dritter,²⁵ sondern nur ein Vertrag mit reflexiven Wirkungen auf den Betroffenen (Tierbesitzer), dessen Daten verarbeitet werden. Das Recht des Verantwortlichen, einen Auftragsverarbeiter heranzuziehen, ist in Art. 28 DSGVO voraussetzungslos erlaubt; insbesondere bedarf dieses Recht keiner Einwilligung seitens des Betroffenen. Vielmehr garantieren die zu treffenden Vorkehrungen einen aus Sicht des Gesetzgebers hinreichenden Schutz seiner Rechte. Die gleiche Rechtslage bestand bereits unter Geltung der Datenschutz-Richtlinie und des früheren BDSG.

In der arbeitsteiligen und mehr und mehr digitalisierten Welt - die Digitalisierung des gesamten Gesundheitswesens ist ein Anliegen des Bundestages über die Parteigrenzen hinweg - ist die Auftragsverarbeitung nicht wegzudenken. Dieser Einsicht folgend hat der deutsche Gesetzgeber die oben erwähnte Erweiterung des § 203 Abs. 3 und 4 StGB beschlossen.²⁶

Ein (generell unzulässiger) Vertrag zu Lasten Dritter läge nur dann vor, wenn durch ihn *unmittelbar eine Rechtspflicht* eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten ohne seine Autorisierung entstehen sollte.²⁷ Das ist in Bezug auf den Betroffenen einer Datenverarbeitung nicht der Fall. Vielmehr haben die nachbenannten Vorschriften der DSGVO die Heranziehung eines Dienstleisters ausdrücklich erlaubt, soweit die zu dessen Rechtsschutz beachtlichen begleitenden Schutzvorkehrungen gewahrt und daneben die Verantwortlichkeit des Verantwortlichen gewahrt bleibt, und der Auftragsverarbeiter sowohl ihm als auch dem Betroffenen gegenüber besonderen Pflichten unterliegt.

Das Risiko, dass die Abrechnung Gesundheitsdaten des Tierhalters enthält, ist objektiv hoch. Folglich enthalten die Angaben, die der Tierarzt an die TVH als seine Abrechnungs-, Einziehungs- und Vorfinanzierungsstelle übermittelt, im Zweifel Gesundheitsdaten. Folglich müssen die Daten dort auch entsprechend behandelt werden. Die Rechtsgrundlagen für den datenschutzgerechten Umgang des Tierarztes und der TVH mit den Abrechnungsdaten sind daher in Art. 9 DSGVO zu suchen.

c. Gesetzliche Befugnis zur Verarbeitung

Grundsätzlich ist der Umgang mit Gesundheitsdaten untersagt, Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Die Verarbeitung ist allerdings nach Abs. 2 Buchstabe f gestattet, wenn und soweit sie *"zur Geltendmachung ... von Rechtsansprüchen ... erforderlich"* ist. Auch hier²⁸ bezieht sich das Kriterium der

²⁵ Anders wird das im vgl. Urteil des VG Mainz zwar rechtlich unzutreffend angedeutet, aber nicht ausgeführt.

²⁶ Siehe oben VI. 2.

²⁷ Palandt/Grüneberg a.a.O. Einf. vor § 328 Rn. 10; BGH NJW 2004, 3326 f. auch unter Hinweis auf die Rechtsprechung der Fachgerichtsbarkeit.

²⁸ Siehe oben VI. 2.

Erforderlichkeit keineswegs auf die Einschaltung der Abrechnungsstelle (sie liegt in der Berufsausübungs- und Organisationsfreiheit des Tierarztes in der modernen arbeitsteiligen und spezialisierten Welt, die Arbeitsabläufe selbst zu ordnen und auf die von ihm daran Beteiligten zu verteilen), sondern auf der *Verarbeitung der Daten*. Dabei ist - wenn auch rechtssystematisch verfehlt, weil er als Prinzip des öffentlichen Rechts im Zivilrecht grundsätzlich nicht gilt - der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten: Nur für die Abrechnung und Einziehung *geeignete, erforderliche und zumutbare Daten* dürfen übermittelt und weiterverarbeitet werden. Allerdings sind diese Kriterien nicht objektiv, sondern subjektiv aus Sicht der Beteiligten anzulegen. Nicht der Tierarzt, sondern die TVH hat letztlich die Sachkenntnis, darüber zu entscheiden, welche Einzelangabe abrechnungsrelevant oder für die Einziehung der Forderung sachdienlich ist. Diese Entscheidung objektiviert sich genau genommen erst im Nachhinein, nämlich nachdem der Erfolg, die Erfüllung der Zahlungspflicht, erreicht wurde. Alle Daten, die der Tierarzt ex ante für erforderlich halten darf, sind folglich erfasst; hinzu treten Daten, die seitens der TVH beim Tierarzt angefordert werden, weil sie ihr sachdienlich erscheinen. Die Befugnis des Tierarztes zur Übermittlung der Daten des Tierhalters an die Mitarbeiter der TVH ergibt sich also grundsätzlich aus deren Tätigkeit der Abrechnungserstellung und Honorareinzahlung. Die Befugnis der grundsätzlich schweigepflichtigen TVH zur Datenverarbeitung, auch zur Übermittlung der Daten an Rechtsanwälte, Gericht und Vollstreckungsorgane, ergibt sich - wie ausgeführt - aus Art. 9 Abs. 2 Buchstabe f DSGVO. Wesentlich ist, dass diese Zweckbestimmung aufrechterhalten wird und nicht andere Zwecke angestrebt werden (Funktionalität der Daten, Vertraulichkeit, Missbrauchsverbot, Zweckbindung, siehe Art. 5 DSGVO).

Eine weitere Befugnis enthält Art. 9 Abs. 2 Buchstabe h DSGVO, weil "*die Verarbeitung*" ... "*für Zwecke der ...der Versorgung oder Behandlung im Gesundheits- oder Sozialbereich ... oder aufgrund eines Vertrages mit einem Angehörigen eines Gesundheitsberufs und vorbehaltlich der in Abs. 3 genannten Bedingungen und Garantien erforderlich*" ist. Unter "Versorgung und Behandlung im Gesundheitsbereich" ist die tierärztliche Berufsausübung ebenso zwanglos zu fassen wie unter den Begriff des "Gesundheitsberufs". Abs. 3 bestimmt, dass die personenbezogenen Daten von Fachpersonal verarbeitet werden, das unter einem national geregelten Berufsgeheimnis steht. Das ist, wie wir gesehen haben, bei den Mitarbeitern der TVH der Fall.

Hier schließt sich der Kreis: StGB und DSGVO kennen übereinstimmend keinen strengeren Schutz personenbezogener Daten als die berufliche Schweigepflicht und die Strafbarkeit bei deren Verletzung. Deshalb erlauben sie die Datenverarbeitung im vorliegenden Vertragswerk.

3. Datenschutzrechtliche Aspekte der Abtretung

Zum Verhältnis von tierärztlichem Berufsgeheimnis und Abtretung: Ein Verstoß gegen § 134 BGB i. V. m. § 203 StGB liegt ersichtlich nicht vor, weil die Einschaltung der TVH strafrechtlich betrachtet *befugt* erfolgt.²⁹

Zum Verhältnis von Datenschutzrecht und Abtretung: Die Vorschriften der DSGVO erlangen nur dann Bedeutung, wenn eine Frage aufgrund des Berufsgeheimnisses nicht abschließend beantwortet werden kann.³⁰ Da dies jedoch nicht der Fall ist - das Recht des Berufsgeheimnisses (§

²⁹ Siehe oben VI. 1.

³⁰ Siehe BGH Urteil vom 27.2.2007, XI ZR 195/05, NJW 2007, 2106 Rn. 31 ff., bestätigt durch das BVerfG in seinem Nicht-Aannahmebeschluss vom 11.7.2007, 1 BvR 1025/07.

203 StGB) lässt die Offenbarung/Übermittlung zu - ist für die Anwendung der DSGVO in Bezug auf die Abtretung kein Raum.

Am Rande:

Nach der gefestigten Ansicht des BGH steht das Datenschutzrecht der Wirksamkeit einer Abtretung einer Forderung, mit der die Übermittlung der dazu erforderlichen Daten einhergeht, auch dann nicht entgegen, wenn Schweigepflichten im Raum stehen: *"Selbst im Falle eines Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen lässt sich aus dem Bundesdatenschutzgesetz kein gesetzliches Abtretungsverbot im Sinn des § 134 BGB herleiten. In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass § 134 BGB bei einer gegen die Vorgaben des BDSG verstoßenden Abtretung nicht anwendbar sei. Die Gegenauffassung hält demgegenüber § 28 BDSG für ein Verbotsgesetz. ... Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an."* (Rn. 34). Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass diese Auffassung des BGH zutrifft. Die Abtretung dient der Verkehrsfähigkeit der Forderungen und *"damit einem für die Privatrechtsordnung wesentlichen Allgemeinbelang"*. Die Forderungsabtretung und die damit verbundene Datenübermittlung war auch nach bisherigem Recht (BDSG alt) berechtigt. Rechtsgrundlage war § 28 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe a BDSG (zur damaligen Rechtslage siehe Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 28 Rn. 175 und 176 und Taeger/Gabel BDSG, 2. Aufl. 2013 § 28 Rn. 73). Es ist nichts dafür ersichtlich, dass sich diese Rechtslage mit der Ablösung des BDSG (alt) durch die DSGVO geändert hätte. Auch sie schützt die Einschaltung eines Auftragsverarbeiters in Art. 38 und lässt sie grds. voraussetzungslos zu.

Die Abtretung dient der Marktfähigkeit der Forderung (Fungibilität). Diese Möglichkeit bietet die Rechtsordnung an; sie wahrzunehmen ist legal und weit verbreitet. Das Bedürfnis für solche Abtretungen zur Sicherung der Finanzierung ist rechtlich geschützt. Die Datenschutzregeln haben darauf keinen bestimmenden oder gar verbotenden Einfluss.

In der 1. Phase vor der Annahme des Abtretungsangebots erfolgt die Datenübermittlung befugtermaßen an die TVH als sonstige Person im Sinn des § 203 Abs. 3 StGB. Mit Wirksamwerden der Abtretung beginnt eine 2. Phase: Die Auskunftspflicht gem. § 402 BGB, nämlich die Pflicht des Tierarztes (Zedent) gegenüber der TVH (Zessionar), ihr die zur Geltendmachung nötige Auskunft zu erteilen, ist im Regelfall bereits erfüllt. Es handelt sich dabei um eine typisierende, aber keineswegs zwingende Regelung, die vertraglich abdingbar oder beschränkbar ist.³¹ Selbst wenn ausnahmsweise während des Einziehungsverfahrens auf Nachfrage der TVH ergänzende Daten vom Tierarzt an sie übermittelt werden, berührt dies weder die Wirksamkeit der Abtretung noch stellt dies einen Datenschutzverstoß dar, weil die Datenübermittlung nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. f und h i. V. m. Abs. 3 DSGVO ausdrücklich gestattet ist. Die Daten werden zum identischen Zweck, nämlich zur Begleichung und Einziehung der ursprünglichen tierärztlichen Honorarforderung, verwendet. Ebenso wie das Strafrecht unterscheidet die DSGVO insoweit nicht zwischen Auftragsverarbeitern oder sonstigen Personen.

VII. Ergebnis

Die tierärztliche Abrechnung ist Teil der beiderseitigen Erfüllung des tierärztlichen Dienstvertrages und wird Grundlage der Fälligkeit der Honorarforderung. Die TVH stellt die Abrechnung her, nimmt unmittelbar danach die zuvor seitens ihres tierärztlichen Kunden unwiderruflich angebotene Abtretung der Honorarforderung an, finanziert sie ihm als Vorschusszahlung und zieht sie als Factoringunternehmen im eigenen Namen, aber im wirtschaftlichen Interesse des Tierarztes beim Tierbesitzer ein. Der Tierarzt übernimmt bis zur Erfüllung der Vorschuss-Rückforderung das Ausfallrisiko. Die TVH betreibt folglich unechtes Factoring; sie ist Rechtsdienstleister und Finanzdienstleister.

³¹ BGH a.a.O. Rn. 23.

Die gegen den Tierarzt entstandene Darlehensforderung aus der nach der Rechnungserstellung erfolgten Vorschusszahlung erlischt erfüllungshalber, wenn der Tierbesitzer die Honorarforderung gegenüber der TVH erfüllt. Geschieht dies nicht, haftet der Tierarzt der TVH selbst für die Rückzahlung des erhaltenen Vorschusses.

Der Tierarzt ist befugt, die TVH zur Erstellung seiner Abrechnung aus dem Dienstvertrag und zur Einziehung dieser Honorarforderung gegenüber dem Tierbesitzer einzuschalten. Die Mitarbeiter der TVH sind dann "sonstige Personen" und "Auftragsverarbeiter" für den Tierarzt; die Übermittlung von personenbezogenen Daten, auch von Gesundheitsdaten des Tierhalters, erfolgt gem. § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB und gem. Art. 9 Abs. 2 Buchstaben f und h in Verbindung mit Abs. 3 DSGVO rechtmäßig. Die Mitarbeiter der TVH werden auf ihre strafbewehrte Schweigepflicht belehrt. Die TVH ist sowohl vor der Abtretung als auch danach befugt, die erforderlichen Daten zu erheben und weiter zu verarbeiten; sie wird im Zeitraum nach Erhalt der Abrechnungsdaten und bei der Erstellung der Abrechnung im Auftrag des Tierarztes (1. Phase) und danach mit der Annahme der Abtretungserklärung im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Tierarztes wirtschaftlich zu dessen Gunsten (2. Phase) tätig. Ihre Mitarbeiter stehen von Anfang an strafbewehrt unter der beruflichen Schweigepflicht. Wird das mit der Beauftragung der TVH ausgesprochene unwiderrufliche Angebot zur Abtretung nach der Berechnung der Honorarforderung von der TVH angenommen, bleibt sie auch danach ungebrochen datenverarbeitungsbefugt und weiterhin schweigepflichtig, allerdings mit der Modifikation, dass sie zum Zweck der Geltendmachung und Verteidigung ihrer Forderung alle dazu erforderlichen Daten streng zweckbestimmt verarbeiten darf.

Giesen