

6 Berufliche Schweigepflicht

Berufsgeheimnisse sind nicht ausdrücklich im GG oder in der GRCh garantiert. Wohl aber haben sowohl das BVerfG wie auch der EuGH³⁶¹ einen verfassungsrechtlichen Schutz solcher Geheimnisse anerkannt. Für bestimmte Berufs- und Personengruppen ist von Verfassungen wegen einer besonderen Vertraulichkeit Voraussetzung für eine wirksame Tätigkeit. Dies hat rechtliche Grenzen bei Eingriffen in die Sphäre der Berufsausübenden zur Folge. Die Rechtsprechung gesteht **keine absolute Vertraulichkeit** bei der Berufsausübung zu. Zur Rechtfertigung von informationellen Eingriffen wird aber der Schutz hochrangiger Güter verlangt.³⁶²

Der Schutz beruflich begründeter Vertraulichkeit findet in Art. 339 AEUV eine normative Konkretisierung für EU-Institutionen.³⁶³ Zur Begründung von Berufsgeheimnissen wird nicht nur auf das Recht auf Datenschutz bzw. auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückgegriffen, sondern zudem auf weitere **Verfassungsprinzipien**.³⁶⁴ Zentrales Begründungsmuster für den gesteigerten verfassungsrechtlichen Schutz von Berufsgeheimnissen ist aber das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw.

361 EuGH 08.04.2014 – C-293/12 u. C-594/12 (Vorratsdatenspeicherung), Rn. 58, NJW 2014, 712; Hatje in Schwarze Art. 6 EUV Rn. 3.

362 BVerfG 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 Rn. 131–133, NJW 2016, 1788; MVVerfG 18.5.2000 – IVerfG 5/98, NVwZ 2000, 1038; SächsVerfGH 14.5.1996 – Vf. 44-II/94, NJW 1996, 1954 = DuD 1996, 496f.; Weichert 2018, Kap. 6.17.

363 BGH 10.08.1995 – IX ZR 229/94, NJW 1995, 2916; Wronka RDV 2017, 129; Eisele in Schönke/Schröder, § 203 Rn. 3.

364 Zur anwaltlichen Schweigepflicht BVerfG 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02, NJW 2005, 1919; BVerfG 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 u. 1 BvR 1140/09, Rn. 257, DVBl 2016, 779; Dochow, 802ff.

das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Person, die Hilfe bei der berufsausübenden Person in Anspruch nimmt.³⁶⁵ Bei einem Seelsorger hat das BVerfG sogar auf den Schutz des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ zurückgegriffen.³⁶⁶ Das BVerfG hat in Bezug auf die berufliche Tätigkeit eines Anwalts dargelegt, dass das Mandatsverhältnis nicht mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet sein darf. Dies leitet es auch aus der Schutzwirkung der Berufsfreiheit des Art. 12 GG ab. Die Notwendigkeit des Schutzes wird dabei nicht nur mit der Wahrung der Vertraulichkeit des Berufsgeheimnisträgers begründet, sondern auch mit den sich daraus ergebenden beschränkenden Auswirkungen auf dessen wirtschaftliche Entfaltung.³⁶⁷ Wird das Vertrauensverhältnis im Rahmen der Telekommunikation beeinträchtigt, so wird Art. 10 GG herangezogen.³⁶⁸ Vertrauensverhältnisse können eine stark kommunikative, demokratisch und wissenschaftlich meinungsbildende Relevanz haben, sodass die entsprechenden Grundrechte (Art. 5 GG, Art. 11, 13 GRCh) tangiert sein können.³⁶⁹

Das **Patientengeheimnis** (ärztliche Schweigepflicht) geht im Gesundheitsbereich auf den Eid des Hippokrates (um 460 bis um 370 vor Christus) zurück, der weiterhin Aktualität hat.³⁷⁰ Das Patientengeheimnis hat neben dem Datenschutz seine Grundlage im Schutz der Unversehrtheit des Patienten (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 3 GRCh), dem Schutz der Berufsausübung des medizinischen Helfers (Art. 12 GG, Art. 15 GRCh)³⁷¹ sowie im Sozialstaatsprinzip (Art. 20 GG bzw. Art. 34, 35 GRCh).³⁷² Er beruht auf der Erwägung, dass eine Hilfe suchende Person sich einem potenziellen Helfenden nur umfassend anvertrauen wird, wenn sich für sie hieraus keine nachteiligen Folgen ergeben können. Das umfassende Anvertrauen ist für den Helfenden nötig, um adäquat – individuell, kompetent, situationsbezogen und ausreichend – Hilfe leisten zu können. Dies gilt insbesondere, wenn die Hilfe dem Schutz der Unversehrtheit dient und eine staatliche Schutzpflicht besteht, wie dies im Hinblick auf die Gesundheit gegenüber der Allgemeinheit der Fall ist (s.u. Kap. 6.1). Die gesellschaftliche Funktion der Berufsgeheimnisse ändert nichts an dem Umstand, dass bei der Auslegung wie der bei konkreten Anwendung der Regelungen der Individualrechtsschutz bestimmend ist.

6.1 Rechtsgrundlagen

Die berufliche Schweigepflicht ist u. a. in § 203 StGB geregelt und gilt für eine Vielzahl von Berufen, bei denen eine besondere Vertrauensbeziehung der Berufsausübenden zu Betroffenen erforderlich ist. Im Rahmen der medizinischen Forschung sind

365 BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2017/02, MMR 2007, 93f. = DuD 2006, 818f.; Dochow, 802.

366 BVerfG 25.1.2007 – 2 BvR 26/07.

367 BVerfG 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02, NJW 2005, 1919.

368 BVerfG 30.4.2007 – 2 BvR 2151/06, NJW 2007, 2752f.

369 Zu Journalisten und die Pressefreiheit BVerfG 10.12.2010 – 1 BvR 2020/04, NJW 2011, 1863f.; BVerfG 27.2.2007 – 1 BvR 538/06 u. a., NJW 2007, 1118; allgemein Weichert 2018, Kap. 6.8.

370 Weichert DuD 2014, 831; Dochow, 800.

371 Ruffert in Callies/Ruffert, Art. 15 GRCh Rn. 24: „Vertrauensschutz“.

372 Bernsdorff in Meyer Art. 15 Rn. 12; vgl. Hatje in Schwarze Art. 339 Rn. 6; Wegener in Callies/Ruffert, Art. 339 AEUV Rn. 2; zum Vertraulichkeitsschutz des Sozialarbeiters BVerfG 19.7.1972 – 2 BvL 7/71, NJW 172, 2214.

insbesondere folgende in § 203 Abs. 1 StGB genannten **Berufsausübenden im Gesundheitsbereich** relevant:

„Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als

1. Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker oder Angehörigen eines anderen Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert,

2. Berufspsychologen mit staatlich anerkannter wissenschaftlicher Abschlussprüfung, ...

6. staatlich anerkanntem Sozialarbeiter oder staatlich anerkanntem Sozialpädagogen oder

7. Angehörigen eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen ... Verrechnungsstelle

anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

Der § 203 StGB ist als **strafrechtlicher Tatbestand** formuliert. Durch die Digitalisierung und die zunehmende Arbeitsteilung in der beruflichen Praxis von Berufsgeheimnisträgern und durch die damit unbegrenzten Möglichkeiten zur Verarbeitung von Geheimnissen und eine oft unbedachte Praxis des Austauschs hierüber ist die soziale Wirklichkeit des § 203 StGB zu einem in ihrer Häufigkeit kaum überbietbaren Massendelikt geworden. Beim Austausch unter Berufsgeheimnisträgern werden oft, z.B. wegen des Kosten- und Zeitdrucks, nicht nur die erforderlichen Daten weitergegeben, so wie dies § 203 StGB erfordert.³⁷³ Bei der Kommunikation über das Internet wird oft nicht die technisch mögliche und von § 203 StGB geforderte Ende-zu-Ende-Verschlüsselung eingesetzt.³⁷⁴ Bis zur rechtlichen Zulassung der Mitwirkung von technischen Dienstleistern im Jahr 2017 war eine Kenntnissgabe von Patientendaten nach § 203 StGB verboten, aber dennoch gängige, oft alternativlose Praxis.³⁷⁵

Eine **ernsthafte strafrechtliche Verfolgung** findet zumeist nicht statt. Die Rechtsgemeinschaft begnügt sich eher mit symbolischen Akten. Die rechtspraktische Bedeutung des § 203 StGB liegt in seinem Verbotsausspruch und dessen Auswirkung auf zivil-, verwaltungs-, sozial- und berufsrechtliche Regelungssysteme³⁷⁶, also auch auf die rechtliche Bewertung der personenbezogenen Datenverarbeitung im Bereich der medizinischen Forschung. So ist nicht nur eine strafrechtliche, sondern auch eines standesrechtliche Sanktionierung möglich. Aus einer Verletzung der Schweigepflicht können sich Haftungsansprüche oder kann sich die Unwirksamkeit von Verträgen ergeben (§ 134 BGB).³⁷⁷

373 Eisele in Schönte/Schröder, § 203 Rn. 41, 51, 52.

374 8. TB Sächsischer Datenschutzbeauftragter, 2000, 102f.; a.A. Schöttle, BRAK-Mitteilungen 3/2018, 131.

375 Dochow, 815 m.w.N. auch für die Gegenmeinung.

376 Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl. 2019, § 203 Rn. 5; im Jahr 2017 kam es zu lediglich 7 Verurteilungen nach § 203 StGB in Deutschland, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege Strafverfolgung, 2017, 502.

377 Grundlegend BGH 10.10.1991 – VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123; BGH 10.10.2013 – III ZR 325/12, Rn. 22f. m.w.N., NJW 2014, 141 = MDR 2013, 1388 = VersR 2014, 1220; Fechtner/Haßdenteufel CR 2017, 356.

Im Medizinrecht findet die Schweigepflicht als Berufsgeheimnis bzw. als **Patientengeheimnis** weitere Ausformungen.³⁷⁸ So findet sich in § 9 MBOÄ die folgende Musterformulierung für die konkret geltenden Berufsordnungen der Landesärztekammern:

„(1) Ärztinnen und Ärzte haben über das, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Ärztin oder Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist – auch über den Tod der Patientin oder des Patienten hinaus – zu schweigen. Dazu gehören auch schriftliche Mitteilungen der Patientin oder des Patienten, Aufzeichnungen über Patientinnen und Patienten, Röntgenaufnahmen und sonstige Untersuchungsbefunde.

(2) Ärztinnen und Ärzte sind zur Offenbarung befugt, soweit sie von der Schweigepflicht entbunden worden sind oder soweit die Offenbarung zum Schutze eines höherwertigen Rechtsgutes erforderlich ist. Gesetzliche Aussage- und Anzeigepflichten bleiben unberührt. Soweit gesetzliche Vorschriften die Schweigepflicht der Ärztin oder des Arztes einschränken, soll die Ärztin oder der Arzt die Patientin oder den Patienten darüber unterrichten.

(3) Ärztinnen und Ärzte dürfen ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der ärztlichen Tätigkeit teilnehmen, Informationen über Patienten zugänglich zu machen. Über die gesetzliche Pflicht zur Verschwiegenheit haben sie diese zu belehren und dies schriftlich festzuhalten.

(4) Gegenüber den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von Dienstleistungsunternehmen sowie sonstigen Personen, die an der beruflichen Tätigkeit mitwirken, sind Ärztinnen und Ärzte zur Offenbarung befugt, soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der mitwirkenden Personen erforderlich ist. Ärztinnen und Ärzte haben dafür zu sorgen, dass die mitwirkenden Personen schriftlich zur Geheimhaltung verpflichtet werden. Diese Verpflichtung zur Geheimhaltung haben Ärztinnen und Ärzte vorzunehmen oder auf das von ihnen beauftragte Dienstleistungsunternehmen zu übertragen.

(5) Wenn mehrere Ärztinnen und Ärzte gleichzeitig oder nacheinander dieselbe Patientin oder denselben Patienten untersuchen oder behandeln, so sind sie untereinander von der Schweigepflicht insoweit befreit, als das Einverständnis der Patientin oder des Patienten vorliegt oder anzunehmen ist.“

Entsprechende Regelungen bestehen z. B. für Psychotherapeuten³⁷⁹, Apotheker³⁸⁰ oder Hebammen und Entbindungspfleger³⁸¹.

Die berufliche Schweigepflicht kann dadurch aufgehoben werden, dass eine **Schweigepflichtentbindung** erfolgt. Dabei handelt es sich um eine Einwilligung zur Preisgabe des Patientengeheimnisses.³⁸² Einer solchen Schweigepflichtentbindung bedarf es nicht, wenn die Adressaten der Offenbarung Gehilfen oder Mitwirkende i. S. v. § 203 StGB sind (s. u. Kap. 6.6, vgl. § 9 MBOÄ). Untersuchen oder behandeln mehrere Ärzte gleichzeitig oder hintereinander denselben Patienten, so sind sie untereinander von der Schweigepflicht insoweit befreit, als das Einverständnis anzunehmen ist (vgl. § 9 Abs. 4 MBOÄ). Nicht ausreichend als Legitimation für eine Offenbarung ist

378 Generell zum Verhältnis des § 203 StGB zu Befugnisnormen in Berufsordnungen Eisele JR 2018, 82f.

379 § 8 Abs. 1 der Musterberufsordnung der Bundespsychotherapeutenkammer.

380 Z. B. § 14 Berufsordnung der Landesapothekerkammer Baden-Württemberg.

381 Z. B. § 5 Berufsordnung für Hebammen und Entbindungspfleger NRW.

382 Dochow, 830ff.

es, dass der Adressat selbst einer beruflichen Schweigepflicht unterliegt oder vertraglich hierzu verpflichtet wurde, wenn keine Einbindung in die berufliche Tätigkeit erfolgt ist (s.u. Kap. 6.6).³⁸³

Gegenüber dritten Stellen gewährt das Gesetz Berufsgeheimnisträgern ein **Aussageverweigerungsrecht** sowohl im Zivilprozess (§§ 383 Abs. 1 Nr. 6, 385 Abs. 2 ZPO) als auch im Strafverfahren (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) oder im Verwaltungsprozess (§ 98 VwGO).

6.2 Forschung durch Berufsgeheimnisträger

Damit ein Geheimnis als fremd im Sinne der beruflichen Schweigepflicht eingestuft werden kann, muss es dem Geheimnisträger „in seiner beruflichen Tätigkeit anvertraut oder sonst bekannt geworden sein“. Grundlage des Geheimschutzes ist ein **Vertrauensakt**.³⁸⁴ Es muss ein innerer Zusammenhang mit der Ausübung des Berufes bestehen.³⁸⁵ Nicht zwingend nötig ist, dass die Vertrauensbeziehung direkt zwischen dem Betroffenen und dem Berufsausübenden besteht, diese kann durch andere Vertrauenspersonen vermittelt sein. Was konkret zur beruflichen Tätigkeit gehört, ergibt sich „aus dem beruflichen Rollenbild“ des Berufsausübenden. Berufsfremd sind Tätigkeiten, „die überwiegend von anderen Personen professionell wahrgenommen werden“.³⁸⁶

Die **forschende Tätigkeit eines Berufsgeheimnisträgers**, etwa eines Arztes, ist als berufliche Tätigkeit i.S.d. § 203 StGB zu bewerten, wenn die Forschung im Rahmen der beruflichen Funktion erfolgt. Die Forschungstätigkeit eines Arztes mit den von ihm erhobenen Daten ist seiner beruflichen Tätigkeit zuzurechnen, unabhängig davon, ob er in einem Universitätskrankenhaus, einem sonstigen Krankenhaus oder in einer ambulanten Arztpraxis tätig ist.³⁸⁷ Etwas anderes gilt, wenn ein Arzt nicht im medizinischen Kontext forscht.³⁸⁸

Medizinische Forschung erfolgt nicht mehr nur mit den Daten der eigenen Patienten; Gesundheitsdaten werden dabei regelmäßig aus einer Vielzahl von Quellen zusammengeführt und ausgewertet. Voraussetzung ist, dass der Forschende „als Arzt“ tätig wird und die forschende Tätigkeit seiner **Berufsausübung zuzurechnen** ist. Insofern ist auf § 1 MBOÄ zu verweisen:

„Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung [Abs. 1 S. 1]. Aufgabe der Ärztinnen und Ärzte ist es, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten und an der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Gesundheit der Menschen mitzuwirken [Abs. 2]“.

383 Rehborn in Prütting, § 9 MBO-Ä Rn. 8.

384 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 234; Clernlack/Niehaus in MüKo StGB, § 203 Rn. 48.

385 Lenckner/Eisele in Schönke/Schröder, § 203 Rn. 13; Dochow, 823.

386 Kargl in Kindhäuser/Neumann/Paefgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 203 Rn. 13.

387 Vgl. § 303e Abs. 4 S. 2, 3 SGB V für medizinische Forschung mit Daten des Transparenzregisters.

388 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 237ff.; a.A. Dierks in Dierks/Roßnagel, 72, wonach anders als bei einem Arzt in einer Uni-Klinik bei einem Vertragsarzt die Forschung nicht zur beruflichen Tätigkeit gehört.

Verfolgt die forschende Tätigkeit eines Arztes nicht diese Zielsetzungen, so sind das ärztliche Schweigerecht und die entsprechende Pflicht nicht anwendbar. Fraglich kann dies etwa im Bereich der Kosmetik sein.³⁸⁹ Benutzt ein Arzt sein medizinisches Wissen und seine Forschung, um Menschen zu schaden, so kann er sich bei seiner Forschungstätigkeit nicht auf seine ärztliche Geheimnisprivilegierung berufen. Dies gilt auch, wenn ein Arzt nicht in einem medizinischen, sondern einem anders garteten Kontext forscht.³⁹⁰

Wird ein medizinisches Forschungsprojekt **von einem Arzt durchgeführt** bzw. geleitet, ohne dass er eine Behandlung der Betroffenen durchführt, so kann er auch der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen. Dies gilt, wenn er als ärztlicher Forscher der Daten erhebt, die ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut worden oder bekannt worden sind, indem er nicht nur die Daten des Betroffenen erhebt, sondern ihn hierbei zugleich berät.³⁹¹ Maßgebliches Kriterium der Zuordnung zum Geheimnisbereich ist das individuelle Interesse des Patienten, dass bestimmte Informationen geheim gehalten werden.³⁹² Der rein forschende Arzt, der unabhängig von einer individuellen Beziehung zum Betroffenen ärztlich wirkt, soll nicht vom Schutzbereich des Patientengeheimnisses erfasst sein.³⁹³

6.3 Materielles Verhältnis zum Datenschutzrecht

Das neue BDSG enthält ebenso wie im alten Recht (§ 1 Abs. 3 S. 2 BDSGaF) in § 1 Abs. 2 S. 2 eine ausdrückliche Regelung zum Verhältnis des Datenschutzrechts zu den Berufs- und besonderen Amtsgeheimnissen. Entsprechendes ist für das Sozial(datenschutz)recht in § 35 Abs. 2a SGB I geregelt³⁹⁴:

„Die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, bleibt unberührt.“

Danach sind Rechtsvorschriften, die einen Sachverhalt regeln, für die das BDSG (bzw. das SGB) nicht abschließend ist, neben den Regelungen des BDSG (bzw. des SGB) anwendbar. Datenschutzrecht und Geheimnispflichten sind parallel anzuwenden (sog. **Zwei-Schranken-Prinzip**).³⁹⁵

Trotz großer Übereinstimmungen **unterscheiden** sich das Datenschutzrecht und das Recht der Berufsgeheimnisse in Bezug auf die Schutzziele, den materiellen Inhalt, die Verpflichteten (s.u. Kap. 6.4), die Vorkehrungen und Maßnahmen, die Aufsicht

389 Rehborn in Prütting, § 1 MBO-Ä Rn. 6a.

390 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 240.

391 Dierks 2008, B31 in Bezug auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 und den Beschlagnahmenschutz nach § 97 StPO.

392 Dochow, 821.

393 Dierks 2008, B31.

394 Bieresborn NZS 2017, 891f.

395 Hauser/Haag, 13; Dierks in Dierks/Roßnagel, 14; Dierks 2019, 76; Weichert in Kühling/Buchner Art. 9 Rn. 141, 146; Graf von Kielmansegg in TmF, 115; a.A. Wronka RDV 2017, 131.

und die Sanktionen.³⁹⁶ So sind die Anforderungen an eine datenschutzrechtliche Einwilligung in mancher Hinsicht strenger als die an eine Entbindung von der beruflichen Schweigepflicht.³⁹⁷

Oft ist unklar, inwieweit **datenschutzrechtliche Befugnisregelungen** eine Legitimation zur Offenbarung von Berufsgeheimnissen geben. Dies ist zweifellos der Fall, wenn eine Regelung sich ausdrücklich auf ein Berufsgeheimnis bezieht (so z.B. § 76 SGB X³⁹⁸). Eindeutig sind auch die Fälle, in denen die datenschutzrechtliche Befugnisregelung typischerweise Daten erfasst, die einem Berufsgeheimnis unterliegen, etwa in Krankenhausgesetzen.³⁹⁹ So legitimieren z.B. die Regelungen des SGB V die Offenbarung von Patientengeheimnissen durch Leistungserbringer v.a. an die Krankenkassen oder die Kassenärztlichen Vereinigungen für Zwecke der Abrechnung, der Abrechnungskontrolle, aber auch für Maßnahmen im Bereich der Wirtschaftlichkeitskontrolle oder der Qualitätssicherung.

Erfasst eine Datenschutzregelung Fallgestaltungen, die sowohl innerhalb wie außerhalb des Bereichs des Berufsgeheimnisschutzes anwendbar sind, so ist es regelmäßig nicht die Absicht des Gesetzgebers, damit eine Offenbarungsbefugnis zu begründen. Es muss geprüft werden, ob mit der Regelung eine derartige Absicht verfolgt wurde. Ein Indiz hierfür ist, dass beim Empfänger eines Berufsgeheimnisses ein **gesteigerter rechtlicher Schutz** vorgesehen ist, z.B. in Form einer strengen Zweckbindung oder eines Weitergabe- oder Beschlagnahmeverbots, und wenn organisatorische, technische oder prozedurale Sicherungen eine Anhebung des Schutzniveaus bewirken. Wegen den Anonymisierungspflichten, der strengen Zweckbindung sowie weiterer Anforderungen (z.B. Genehmigungsvorbehalten) können die Forschungsregelungen im Datenschutzrecht eine Übermittlung bzw. eine Erhebung von Berufsgeheimnissen rechtfertigen, auch wenn kein gleichwertiger Beschlagnahmeschutz gesichert ist. Bestehen also Forschungsregelungen im nationalen Recht, die eine Zweckänderung für die Wissenschaft erlauben und zugleich einen gesteigerten Schutz dieser Daten vorsehen, so können diese Regelungen auch auf Patientengeheimnisse angewendet werden. Im Zweifel bleibt der Berufsgeheimnisschutz aber von der datenschutzrechtlichen Regelung unberührt.⁴⁰⁰

6.4 Personelles Verhältnis zum Datenschutzrecht

Hinsichtlich der Verpflichteten bzw. der Adressaten unterscheiden sich die Berufsgeheimnisse vom Datenschutzrecht. Straf- und standesrechtlich verpflichtet sind nicht auch die juristischen, sondern die handelnden natürlichen Personen. Diese Pflicht trifft vorrangig den Leiter der medizinischen Einrichtung, also z.B. den

396 Kircher in Kingreen/Kühling, 204f.; Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 232f.; ausführlich zur Wechselbeziehung und zu unterschiedlichen Theorien Dochow, 577ff.

397 Fechtner/Haßdenteufel CR 2017, 362.

398 Kühling, 73f.; Dierks in Dierks/Roßnagel, 15, 62ff.; Dierks will auf § 76 SGB X die Mitwirkungsregelung des § 203 Abs. 3, 4 StGB wegen „erheblichen Subsumtionsproblemen“ nicht anwenden; dies ist nicht nachvollziehbar.

399 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 233; Graf von Kielmansegg in TMF, 115.

400 Weichert in Kühling/Buchner Art. 9 Rn. 148; enger Schneider 2015, 76ff. zu den Befugnisregelungen des BDSGaf generell.

leitenden Arzt, im Krankenhaus den ärztlichen Direktor, oder sonstige Personen, die den Status eines originären **Berufsgeheimnisträgers** innehaben.

Von der Geheimnispflicht des Berufsgeheimnisträgers abgeleitet ist die der „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ (§ 203 Abs. 3 S. 1 StGB), also der **Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter**, die in der Sphäre des Geheimnisträgers tätig sind.⁴⁰¹ Der Begriff des „Gehilfen“ orientiert sich daran, dass ein Beschäftigungsverhältnis besteht. Das Beschäftigungsverhältnis, also eine arbeitsrechtliche Beziehung, muss nicht mit der Person des Berufsgeheimnisträgers bestehen, sondern kann auch mit einer juristischen Person vorliegen, der sowohl der Berufsgeheimnisträger wie auch der Mitarbeiter angehört. Weitere Voraussetzung ist, dass der Berufsgeheimnisträger zum Mitarbeiter in Bezug auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses ein **Weisungsrecht** hat. Die Mitarbeiterfunktion erstreckt sich damit auch auf das gesamte Verwaltungspersonal z.B. eines Krankenhauses bis zum Verwaltungsdirektor.⁴⁰²

Die Berufsgeheimnisträger trifft in Bezug auf die Geheimhaltung nicht nur eine Pflicht zur persönlichen Verschwiegenheit, sondern auch eine **technisch-organisatorische Pflicht**. Durch Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen kann es zu Offenbarungen kommen.⁴⁰³ Offenbaren i.S.v. § 203 StGB ist schon das bloße Eröffnen der Möglichkeit der Kenntniserlangung.⁴⁰⁴ Auch das Verschaffen von Gewissheit mit der Möglichkeit der Kenntniserlangung ist ein Offenbaren.⁴⁰⁵ Die Pflicht zum technischen Schutz der Berufsgeheimnisse obliegt i.d.R. und insbesondere dem hierarchisch obersten Berufsgeheimnisträger, also in einem Krankenhaus z.B. dem ärztlichen Direktor.

Es besteht somit ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem Datenschutzrecht, das letztlich die Leitung einer verantwortlichen Stelle verpflichtet, und Berufsgeheimnissen, die insbesondere personell den leitenden Berufsausübenden zur Vertraulichkeit verpflichtet. Dieses Spannungsverhältnis wird durch den zwischen dem datenschutzrechtlich Verantwortlichen und dem Berufsausübenden bestehenden **Arbeitsvertrag** aufgelöst, der beide Seiten dazu verpflichtet, bei der Umsetzung der Pflichten die jeweils andere Seite zu unterstützen.

6.5 Geheimnis

Gegenstand (Tatobjekt) der Geheimhaltungspflicht ist ein **fremdes Geheimnis**. Voraussetzung ist, dass der Geheimnisträger oder der Betroffene ein sachlich begründetes Geheimhaltungsinteresse hat. Darunter fallen im medizinischen Bereich Angaben zur Krankheit (Art, Verlauf, Anamnese, Diagnose, Therapie, Prognose), festgestellte Auffälligkeiten und Mängel, Patienten betreffende Dokumente, Akten und Daten, Untersuchungsmaterial und Untersuchungsergebnisse, Angaben über persönliche, familiäre, berufliche, wirtschaftliche oder finanzielle Umstände. Es muss sich nicht um zum persönlichen Lebensbereich gehörende Geheimnisse handeln,

401 BT-Drs. 18/11936, 23; dazu Ruppert K&R 2017, 612.

402 Tsambikakis in Prütting, § 203 StGB Rn. 21; Hauser/Haag, 27f., OLG Oldenburg 10.06.1082 – 2 Ws 204, 82, NJW 1982, 2616; ebenso, aber zweifelnd Eisele in Schönke/Schröder, § 203 Rn. 70; Eisele JR 2018, 80f.

403 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 233; Pohle/Ghaffari CR 2017, 490, 493.

404 BT-Drs. 18/11936, 28; Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 230; Ruppert K&R 2017, 610.

405 Eisele JR 2018, 80.

möglich sind auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Erfasst wird schon der Umstand einer medizinischen Behandlung oder dass eine Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung abgeschlossen wurde.⁴⁰⁶

6.6 Geheimhaltung der mitwirkenden Person

Angesichts der Digitalisierung der Berufstätigkeit von Berufsgeheimnisträgern stellte sich in immer stärkerem Maße die Frage, inwieweit deren informationstechnische (IT-)Dienstleister Kenntnis von Berufsgeheimnissen erlangen dürfen. Die von diesen installierten und administrierten Geräte und Programme verarbeiten die Geheimnisse, ohne dass die **Dienstleister** die Befugnis zur Kenntnisnahme hatten und auch keiner Pflicht zur besonderen Geheimhaltung unterworfen waren. Zugleich bestand zunehmend die Notwendigkeit einer entsprechenden Kenntnisnahme, zumal die Berufsgeheimnisträger regelmäßig nicht über die nötigen technischen Kenntnisse verfügen, um die von ihnen verantwortete Datenverarbeitung zu installieren, zu administrieren und insbesondere auch die Geheimnisse technisch abzusichern.⁴⁰⁷

Die herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ging davon aus, dass eine Offenbarung an externe (IT-)Dienstleister nicht von dem **bisher verwendeten Gehilfenbegriff in § 203 StGB** abgedeckt wird, da sie nicht der Sphäre des Berufsgeheimnisträgers zugehören.⁴⁰⁸ Voraussetzung für eine zulässige Mitteilung innerhalb des eigenen Wirkungsbereichs ist, dass diese in einem inneren funktionalen Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit steht.⁴⁰⁹ Teilweise wurde dies weniger eng gesehen und externe Dienstleister wurden als Gehilfen behandelt, denen im Rahmen des Erforderlichen Geheimnisse offenbart werden durften.⁴¹⁰ Teilweise wurde die Meinung vertreten, dass kein „Offenbaren“ vorliegt, wenn eine Weitergabe zu reinen Verarbeitungszwecken erfolgt.⁴¹¹ Die beiden letztgenannten Ansichten waren aber nicht in der Lage, eine hinreichende Eingrenzung vorzunehmen und die mit der Offenbarung verbundenen Risiken einzugrenzen.⁴¹² Zugleich verstärkte sich mit zunehmender Arbeitsteilung z.B. im Medizinbereich unter Einbindung Externer immer mehr die Diskrepanz zwischen praktischer Notwendigkeit und normativer Festlegung. Diese rechtliche Diskrepanz ließ sich in der Praxis auch nicht mit der Einwilligung der Betroffenen aufheben.⁴¹³ Das Problem sollte mit dem „Gesetz zur Neuregelung des

406 BGH 10.02.2010 – VIII ZR 53/09, NJW 2010, 2511; Eisele in Schönke/Schröder, § 203 Rn. 5; Hauser/Haug, 32; Pohle/Ghaffari CR 2017, 490; Dochow, 817ff.

407 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 232; Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 98; Härtling MDR 2018, 2.

408 Z.B. LG Flensburg 05.07.2013 – 4 O 54/11; Eisele in Schönke/Schröder, § 203 Rn. 25; Jandt/Roßnagel MedR 2011, 140ff.; Gödeke/Ingewersens VersR 2010, 1155; Kroschwald/Wicker CR 2012, 761; möglich wäre aber eine Arbeitnehmerüberlassung oder eine Anstellung auf Abruf, dazu Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 106; Pohle/Ghaffari CR 2017, 491.

409 Eisele JR 2018, 81, 86.

410 I.BerufsG ZÄ Stuttgart 14.06.1975 – IQs 1/75, NJW 1975, 2255; Otto wistra 1999, 205; Heghmann/Niehaus NStZ 2008, 59; Jahn/Palm AnwBl 2011, 621; Kort NStZ 2011, 194; Schuster medstra 2015, 283f.; Ruppert StraFo 2016, 333ff.; Hartung VersR 2012, 408ff.; Lensdorf/Mayer-Wegelin/Mantz CR 2009, 64f.

411 Ziegler-Jung DuD 1980, 136; dagegen die h.M. BGH 10.08.1995 – IX 220/94, MDR 1005, 1169f = NJW 1995, 2916.

412 So auch die Bundesregierung in ihrer Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11936, 18; zu dem früheren Meinungsstreit auch Fechtner/Haßdenteufel CR 2017, 357.

413 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 228f.

Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“⁴¹⁴ behoben werden.

Die Notwendigkeit einer Ausweitung der Berufsgeheimnisse auf (IT-)Dienstleister, auf die über Jahre hinweg immer wieder fachlich hingewiesen wurde⁴¹⁵, hat 2017 dazu geführt, dass eine **Änderung des § 203 StGB** erfolgte. Das Offenbarungsrecht wird in § 203 Abs. 3 S. 2 StGB im Rahmen der Erforderlichkeit auf Dienstleister erweitert. Zugleich werden die „mitwirkenden Personen“ in § 203 Abs. 4 StGB im Fall eines durch sie bewirkten unbefugten Offenbarens mit Strafe bedroht.⁴¹⁶

In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass mitwirkende Personen zur Geheimhaltung aufgrund **eines spezifischen Gesetzes** verpflichtet sein können (§ 203 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 StGB). Derartige Verpflichtungen enthalten die §§ 476, 487 Abs. 4 StPO. Darin wird die Übermittlung von Akten oder sonstigen Daten aus der Strafverfolgung an Hochschulen, andere Einrichtungen, die wissenschaftliche Forschung betreiben, und öffentliche Stellen für Forschungszwecke erlaubt und zugleich begrenzt. Außerdem sind gemäß § 16 Abs. 7 BStatG Personen, die statistische Einzelangaben vom Statistischen Bundesamt erhalten sollen, vor der Übermittlung zur Geheimhaltung zu verpflichten, soweit sie nicht Amtsträger oder Amtsträgerinnen oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sind. Das Verpflichtungsgesetz gilt entsprechend.⁴¹⁷ Danach kann eine Person, die nicht Amtsträger ist, förmlich zur gewissenhaften Erfüllung ihrer Obliegenheiten verpflichtet werden, was strafrechtliche Folgen im Fall der Pflichtverletzung zur Folge haben kann.⁴¹⁸ Derart können Personen, die keine öffentlichen Aufgaben wahrnehmen, in den Kreis besonders geschützter Geheimnisträger einbezogen werden.⁴¹⁹

In der Gesetzesbegründung zur Änderung von § 203 Abs. 3, 4 StGB werden **Beispiele für „mitwirkende Tätigkeiten“** gegeben. Darunter fallen:

„Schreibarbeiten, Rechnungswesen, Annahme von Telefonanrufen, Aktenarchivierung und -vernichtung, Einrichtung, Betrieb, Wartung – einschließlich Fernwartung – und Anpassung informationstechnischer Anlagen, Anwendungen und Systeme aller Art, Bereitstellung von informationstechnischen Anlagen und Systemen zur externen Speicherung von Daten sowie Mitwirkung an der Erfüllung von Buchführungs- und steuerrechtlichen Pflichten des Berufsgeheimnisträgers“.⁴²⁰

Ein zentraler Anwendungsfall soll die Datenverarbeitung in einer Cloud sein.⁴²¹ Der Katalog in der Gesetzesbegründung ist nicht abschließend.

414 G. v. 30.10.2017, BGBl. I S. 3618; zu den Positionen im Gesetzgebungsverfahren Fechtner/Haßdenteufel CR 2017, 360ff.

415 Nachweise bei Fechtner/Haßdenteufel CR 2017, 358, Fn. 37.

416 Momsen/Savić, KriPoZ 2017, 303.

417 Eisele in Schönke/Schröder, § 203 Rn. 95.

418 Verpflichtungsgesetz v. 02.03.1974, BGBl. I S. 469, 547, 1942.

419 Kubsch, Staats- und Kommunalverwaltung 1974, 279f.; § 31 Abs. 2 S. 2 EIRD sowie § 303e Abs. 4 S. 4 SGB V sehen nun auch die (entsprechende) Anwendung des Verpflichtungsgesetzes für forschende Datenempfänger vor.

420 BT-Drs. 18/11936, 22; Härting MDR 2018, 2.

421 Zu den weiteren Anforderungen Momsen/Savić, KriPoZ 2017, 302.

Das neue Gesetz will „*keinen möglichen Rechtsgrund, auf dem eine sonstige Mitwirkung beruhen kann, ausschließen*“.⁴²² Typischerweise wird ein Vertragsverhältnis bestehen. Notwendig ist die **Einbindung in die berufliche Tätigkeit** und das Einvernehmen hierüber mit dem Berufsgeheimnisträger. Diese soll sich nicht auf informationstechnische Aktivitäten beschränken, sondern umfassend Unterstützungsleistungen einbeziehen.⁴²³ In Bezug auf externe Dienstleister für den öffentlichen Dienst (§ 203 Abs. 2 StGB) weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass ein Offenbarungsbedarf auch für Ausschuss- und Ratsmitglieder (Nr. 4) oder öffentlich bestellte selbstständige Sachverständige (Nr. 5) bestehen kann.⁴²⁴

Bei der **helfenden Tätigkeit** soll eine weite Auslegung möglich sein. Es genügt, dass die Gehilfen „in irgendeiner Weise“ in den Umgang mit den Geheimnissen eingebunden sind. Obgleich die Digitalisierung das zentrale Motiv für die Gesetzesänderung war, erstreckt sich die zulässige Hinzuziehung auch auf „analoge“ Tätigkeiten, etwa Übersetzungen oder das Erstellen von Gutachten.⁴²⁵ Aufgrund eigenständiger Entscheidungsbefugnisse der Handelnden ist die Tätigkeit solcher Personen datenschutzrechtlich zumeist als Funktionsübertragung einzuordnen (s.o. Kap. 5.8).⁴²⁶ Nicht dazu zählen sollen z.B. Pförtner, Hausmeister, Reinigungskräfte oder Fahrer.⁴²⁷

Auch bei einer **Mitwirkung an einer ärztlichen Forschungstätigkeit** ist eine weite Auslegung geboten. Die Mitwirkung muss sich nicht auf die Behandlungs- und Beratungstätigkeit des Arztes beziehen. Da zu den originären beruflichen Tätigkeitsbereichen eines Arztes auch dessen Forschungstätigkeit gehört, ist eine ausschließlich hierauf bezogene Tätigkeit eine hinreichende Legitimation für die Offenbarung von Patientengeheimnissen. Notwendig ist ein innerer Bezug der Tätigkeit der mitwirkenden Person zur Forschungstätigkeit.⁴²⁸

Durch die Neuregelung des § 203 StGB ist es möglich, dass auch **Treuhänder** zu Mitwirkenden des Arztes werden. Unterstützen diese den Arzt bei seiner forschenden Arbeit und sind die rechtlichen Voraussetzungen für die Mitwirkung gegeben⁴²⁹, so unterliegen sie insofern auch der beruflichen Schweigepflicht. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Treuhänder als Notar, Anwalt oder Arzt bzgl. ihrer originären Tätigkeit beruflich begründet schweigepflichtig sind. Eine solche sonstige berufliche Tätigkeit kann aber zusätzlich – nicht juristisch begründet – vertrauensfördernd sein. Sind die rechtlichen Voraussetzungen für eine Mitwirkung nicht gegeben, so kommt für öffentliche Stellen eine Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz in Betracht, um dem Treuhänder eine besondere Geheimnispflicht aufzuerlegen (s.o.).

§ 203 StGB unterscheidet zwischen (**internen**) **Gehilfen und sonstigen (externen) mitwirkenden Personen** dogmatisch dadurch, dass bei einer Mitteilung eines Geheimnisses an einen internen Gehilfen keine Offenbarung erfolgt, bei einer Mittei-

422 BT-Drs. 18/11936, 22f.; Eisele JR 2018, 83.

423 Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 99.

424 BT-Drs. 18/11936, 19; dazu Eisele JR 2018, 83.

425 Eisele JR 2018, 83f.

426 Petri in Simitis, § 11 Rn. 28; Gola/Klug/Körffer in Gola/Schomerus, 12. Aufl. § 11 Rn. 11; Pohle/Ghaffari CR 2017, 492; Wronka RDV 2017, 130.

427 BT-Drs. 18/11936, 18; Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 236; Eisele JR 2018, 81; zur Offenheit der Regelung Dochow, 1346ff.

428 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 239.

429 Siehe oben sowie weiter unten: Erforderlichkeit, Einbindung, Auswahl, Verpflichtung.

lung an einen externen Mitwirkenden dagegen eine rechtfertigungsbedürftige Offenbarung. Bei der Mitteilung an interne Gehilfen genügt es, dass diese im Rahmen der Berufsausübung stattfindet. Die Offenbarung an den Mitwirkenden ist nur zulässig, „soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist“. ⁴³⁰

Es wird gefordert, dass die Tätigkeit, bei der ein Geheimnis zur Kenntnis genommen wird oder werden kann, erforderlich ist. Gegen diese Regelung ist aus Bestimmtheitsgründen nichts einzuwenden; eine präzisere Eingrenzung ist angesichts der vielfältigen möglichen Fallgestaltungen, die von der Neuregelung erfasst werden sollen, nicht möglich. ⁴³¹ Die **Erforderlichkeit der Dienstleistung** setzt voraus, dass diese nicht ohne Kenntnis des fremden Geheimnisses durchgeführt werden kann. Bei der Feststellung der Erforderlichkeit muss eine Prüfung des konkreten Einzelfalls erfolgen. Es kann kein strenger Maßstab angelegt werden. ⁴³² Es liegt in der Freiheit des forschenden Berufsgeheimnisträgers, seine Methoden selbst festzulegen. Hierzu gehört auch die Einbindung externer Unterstützung. Insofern genügt eine gesteigerte „Dienlichkeit“. ⁴³³ Es ist zu unterscheiden zwischen der Erforderlichkeit der Dienstleistung und der Erforderlichkeit der Offenbarung. Die Dienstleistung ist erforderlich, wenn sie von dem Forschenden und seinem Team nicht erbracht werden kann und keine zumutbare Alternative besteht. Gründe dafür, dass die Leistung nicht erbracht werden kann, können in fehlenden materiellen oder kognitiven Ressourcen liegen. Der Geheimnisträger hat einen weitgehenden Ermessensspielraum. ⁴³⁴ Auch das Ziel der Kostenersparnis sowie Qualitäts- und Verfügbarkeitsgründe können eine Erforderlichkeit begründen, wenn diese Gründe erheblich sind. ⁴³⁵

Hinsichtlich der **Erforderlichkeit der konkreten Offenbarungen** muss dagegen ein strenger Maßstab angelegt werden. Die Grundsätze der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO) sind anwendbar, wobei wegen der Sensitivität der Daten besonders hohe Anforderungen zu stellen sind. ⁴³⁶ Verfügbare technische Mittel der Datenminimierung, etwa der Verschlüsselung oder der Ano- bzw. der Pseudonymisierung, sind einzusetzen. ⁴³⁷ Bei der Verarbeitung von Berufsgeheimnissen kommt hinzu, dass möglichst wenige Personen bei einem externen Dienstleister eingebunden werden.

Die Tätigkeit eines **externen Treuhänders** lässt sich als mitwirkende Tätigkeit im Rahmen eines medizinischen Forschungsprojektes ausgestalten, wenn dieses selbst unter dem Schutz des Berufsgeheimnisses steht. Die Erforderlichkeit sowohl der Einbindung des Treuhänders generell wie auch der einzelnen Offenbarungen bei der konkreten Umsetzung des Projektes lässt sich als technisch-organisatorische Maßnahme i. S. v. Art. 89 Abs. 1 DSGVO, §§ 27 Abs. 1, 22 Abs. 2 S. 2 BDSG einordnen.

⁴³⁰ Momsen/Savić, KriPoZ 2017, 302.

⁴³¹ Härting MDR 2018, 3; Eisele JR 2018, 6; a.A. Fechtner/Haßdenteufel CR 2017, 360.

⁴³² Ruppert K&R 2017, 612–613.

⁴³³ Strenger Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 102.

⁴³⁴ Eisele JR 2018, 84.

⁴³⁵ Momsen/Savić, KriPoZ 2017, 301; weitergehend Pohle/Ghaffari CR 2017, 493, die die wirtschaftliche Beurteilung vollständig dem Berufsgeheimnisträger überlassen; ähnlich die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/11936, 17f.

⁴³⁶ Dochow, 1355ff. m.w.N.

⁴³⁷ Eisele JR 2018, 84f.; Weichert in DWWS, Art. 5 Rn. 48.

Die Berufsgeheimnisträger müssen die mitwirkenden Personen **sorgfältig auswählen** und die Zusammenarbeit sofort beenden, wenn die Einhaltung der gemachten Vorgaben nicht gewährleistet ist. Im Ausland ansässige Dienstleister oder von im Ausland erbrachte Dienstleistungen dürfen die Berufsgeheimnisträger nur in Anspruch nehmen, wenn der dortige Schutz der Geheimnisse dem Schutz im Inland vergleichbar ist (s.u. Kap. 13).⁴³⁸ Im Rahmen der Auswahl ist auf die fachliche Eignung und Zuverlässigkeit sowie auf sonstige Qualifikationsnachweise zu achten. Die Qualifikation muss sich auch auf die sichere Verarbeitung der Berufsgeheimnisse durch Ergreifen der nötigen technisch-organisatorischen Maßnahmen erstrecken.⁴³⁹ Hierbei kann auf Zertifikate sowie auf persönliche Dokumente über die Aus- und Fortbildung sowie zu Qualifikationen zurückgegriffen werden. Ein Zertifikat nach Art. 42 DSGVO kann als Nachweis verwendet werden, wenn darin ausdrücklich die Geheimhaltung von Berufsgeheimnissen als Zertifizierungsgegenstand aufgenommen ist.⁴⁴⁰ Bei sonstigen Nachweisen gilt dies ebenso.⁴⁴¹

Unklar ist, inwieweit die Tätigkeit der mitwirkenden Personen durch den Berufsgeheimnisträger kontrolliert werden muss. Eine solche **Überwachung der mitwirkenden Personen** war im Referentenentwurf noch vorgesehen, wurde aber nicht Gesetz.⁴⁴² Berufsgeheimnisträger müssen eine Zusammenarbeit beenden, wenn die Einhaltung der dem Dienstleister gemachten Vorgaben nicht gewährleistet ist, also wenn der Dienstleister unbefugt Daten weitergibt oder sich Kenntnis von fremden Geheimnissen verschafft, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist. Auch wenn eine Kontrollpflicht nicht gesetzlich konkretisiert wurde, so besteht die Pflicht zu technisch-organisatorischen Maßnahmen, was durch ein „Managementsystem für Geheimschutz“ umgesetzt wird. Eine gesetzliche Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung ist ausdrücklich in Art. 35 DSGVO in den dort vorgesehenen Fällen vorgesehen. Diese konkretisiert sich bei medizinischen Forschungsprojekten in der Notwendigkeit der Erstellung eines Datenschutzkonzeptes, dessen Umsetzung regelmäßig überwacht werden muss (s.u. Kap. 11.4), wozu auch die Kontrolle der mitwirkenden Personen gehört.⁴⁴³

§ 203 Abs. 3 StGB legitimiert eine Mitteilung eines Berufsgeheimnisträgers an eine mitwirkende Person. Dies gilt generell für im Rahmen der Berufstätigkeit anvertraute Informationen. Doch können insofern materiell-rechtliche Einschränkungen gelten. Die wesentlichste Beschränkung besteht, wenn der Betroffene sein Anvertrauen **auf den Schweigepflichtigen persönlich beschränkt** hat. Generell kann davon ausgegangen werden, dass ein Anvertrauen alle mitwirkenden Personen miteinschließt. Sowohl aus einer expliziten Erklärung des Betroffenen wie auch durch die äußeren Umstände kann die „Einwilligung“ an eine Mitteilung an Mitwirkende aber eingeschränkt oder gar völlig ausgeschlossen sein. Dies ist der Fall, wenn ein Patient im Rahmen eines Behandlungs- oder Beratungskontakts ausdrücklich darauf hinweist, dass die anvertraute Information nicht an Personen auch innerhalb des Behandlungs-

438 Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 99–100.

439 Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 99, 102.

440 Weichert in DWSt, Art. 42 Rn. 47.

441 Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 101.

442 Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 104; Pohle/Ghaffari CR 2017, 494.

443 A.A. Pohle/Ghaffari CR 2017, 494, die eine ausdrücklich gesetzliche Überwachungspflicht verlangen, wie sie z.B. in § 43e Abs. 2–5 BRAO oder in § 26a Abs. 2–5 BNotO geregelt ist.

und Beratungszusammenhangs weitergegeben werden darf. Auch ist es möglich, dass zwar der Mitteilung an Mitwirkende generell zugestimmt wird, hiervon aber ausdrücklich genannte Mitwirkende ausgeschlossen werden. Oder ein Patient besteht darauf, dass weitergehende Offenbarungen an mitwirkende Dritte nur durch den Berufsgeheimnisträger persönlich erfolgen und nicht durch Gehilfen.⁴⁴⁴

Rechtsfolge einer wirksamen Einbindung als mitwirkende Person ist, dass diese gemäß § 53a StPO ebenso wie die diese einbindenden Berufsgeheimnisträger zeugnisverweigerungsberechtigt ist. Über die Ausübung dieses Rechts entscheidet der Berufsgeheimnisträger. Es handelt sich um ein abgeleitetes **Zeugnisverweigerungsrecht**.⁴⁴⁵

6.7 Mitwirkung und Auftragsverarbeitung

Zentraler faktischer Anknüpfungspunkt für die Änderung des § 203 StGB war die Einbindung von IT-Dienstleistern in die Tätigkeit von Berufsgeheimnisträgern. Diese IT-Dienstleister sind regelmäßig als Auftragsverarbeiter gemäß Art. 28 DSGVO tätig, indem sie die informationsverarbeitenden Systeme der Berufsgeheimnisträger installieren, programmieren und administrieren und damit reine Hilfstätigkeiten ausüben. Es handelt sich auch dann um eine Auftragsverarbeitung, wenn bestimmte Formen der beruflichen **Datenverarbeitung „as a service“** ausgelagert werden, also die Datenspeicherung, der Betrieb einer Software oder gar der Betrieb einer komplexen Verarbeitungsinfrastruktur.⁴⁴⁶

Schon im klassischen Bereich der Berufsausübung können die **Anforderungen des Art. 28 DSGVO** nicht immer eingehalten werden. Dies gilt immer dann, wenn von der mitwirkenden Person derart komplexe Tätigkeiten bei der Datenverarbeitung notwendig werden, dass selbst abstrakte Weisungen nicht genügen, um die Aktivitäten des Auftragsverarbeiters zu dirigieren, und wenn diesem eigene wesentlich bestimmende Entscheidungen in Bezug auf die Art der Verarbeitung abverlangt werden. In diesem Fall ist datenschutzrechtlich Art. 28 DSGVO nicht mehr anwendbar. Es besteht entweder eine gemeinsame Verantwortlichkeit oder eine allein verantwortete Funktionsübertragung (s.o. Kap. 5.2–5.6, Kap. 5.8).

Für die berufsrechtliche Geheimhaltung kommt es auf diese **datenschutzrechtlichen Unterscheidungen** nicht an. Die Mitwirkung gemäß § 203 Abs. 3, 4 StGB kann als Auftragsverarbeitung oder als gemeinsame Verantwortlichkeit ausgestaltet sein. Eine Funktionsübertragung mit ausschließlicher Verantwortlichkeit des „Auftragnehmers“ ist unwahrscheinlich, weil mit der Einbindung eines Dienstleisters ein gemeinsames Ziel verfolgt wird, das zumeist in der Datenverarbeitung liegt. Ist dies aber nicht der Fall, etwa wenn Berufsgeheimnisse für die Funktionswahrnehmung übertragen werden müssen, ohne dass eine weitere arbeitsteilige Verarbeitung erfolgt, so kommt selbst eine Funktionsübertragung in Betracht.

⁴⁴⁴ Eisele JR 2018, 86.

⁴⁴⁵ Neubeck in Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand 2018, § 53a Rn. 3; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 62. Aufl. 2019, § 53a Rn. 11.

⁴⁴⁶ Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 99, 103.

Bei einer Auftragsverarbeitung ist ein Vertrag erforderlich (Art. 28 Abs. 3 DSGVO), bei dem ein Auftragnehmer zumeist als juristische Person vom verantwortlichen Auftraggeber verpflichtet wird. Erstreckt sich die Auftragsverarbeitung auf Berufsgeheimnisse, so muss eine rechtliche Bindung zwischen dem Berufsgeheimnisträger und der mitwirkenden Person hergestellt werden. Dies ist im Rahmen eines Vertrags nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO möglich, wobei jedoch eine weitergehende Präzisierung der eingebundenen Personen erfolgen muss, die dann gemäß § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB **persönlich zur Geheimhaltung zu verpflichten** sind.⁴⁴⁷ Der Berufsgeheimnisträger muss für die Belehrung „Sorge tragen“. Es genügt, dass die konkrete Geheimnisverpflichtung nicht durch ihn, sondern durch den Auftragnehmer oder im Fall einer Unterbeauftragung durch den Unterauftragnehmer erfolgt. Wird die Verpflichtung der mitwirkenden Person zur Geheimhaltung unterlassen, so macht sich der Verpflichtete strafbar, wenn der Mitwirkende gegen seine Geheimhaltungspflichten verstößt.⁴⁴⁸ Dies gilt auch, wenn der Mitwirkende trotz der unterlassenen Verpflichtung seine eigene Schweigeverpflichtung kannte.⁴⁴⁹ Eine formlose Verpflichtung genügt.⁴⁵⁰ Aus Beweisgründen ist aber eine Dokumentation der erfolgten Verpflichtung sinnvoll. Bei wiederkehrenden Beauftragungen genügt eine einmalige Belehrung.⁴⁵¹ Keine ausdrückliche Geheimhaltungsverpflichtung per Vertrag muss erfolgen, wenn die sonstige mitwirkende Person selbst ein Berufsgeheimnisträger nach § 203 Abs. 1 oder 2 ist (§ 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB am Ende).

Erfolgt eine Unterbeauftragung durch den Auftragnehmer, so ist dies gemäß Art. 28 Abs. 4 DSGVO möglich, wobei die inhaltlichen Anforderungen der Auftragsverarbeitung sich von denen des Erstauftrags nicht unterscheiden. Werden beim **Unterauftragnehmer** Geheimnisse an Mitarbeitende offenbart, so kann auch diese Offenbarung nach § 203 StGB befugt sein, wenn bei den handelnden Personen die Anforderungen der § 203 Abs. 3, 4 StGB erfüllt sind. Mehrstufige Mitwirkungsverhältnisse sind möglich. Es bedarf nicht einer direkten Rechtsbeziehung zwischen Berufsgeheimnisträger und Unterauftragnehmer, wohl aber muss gewährleistet werden, dass die handelnden mitwirkenden Personen persönlich zur Geheimhaltung verpflichtet und insofern ein Weisungsrecht des Berufsgeheimnisträgers hergestellt wird. Eine lückenlose Weiskette zwischen dem Berufsgeheimnisträger und der tatsächlich mitwirkenden Person ist nötig, nicht eine direkte Beziehung.⁴⁵²

Zum Verhältnis zwischen den neuen Regelungen zur Mitwirkung Externer bei der Berufsausübung von Schweigepflichtigen nach § 203 StGB und zur Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO kann also festgehalten werden, dass sich bzgl. der Regulationsintentionen wie auch der Regelungsinhalte Art. 28 DSGVO und die Mitwirkungsregelungen in § 203 Abs. 3, 4 StGB unterscheiden:

- Während Art. 28 DSGVO sich auf **personenbezogene Datenverarbeitungen** beschränkt, erstreckt sich § 203 StGB weitergehend auch auf sonstige anvertraute Informationen, etwa Berufs- und Geschäftsgeheimnisse (s.o. Kap. 6.5).

⁴⁴⁷ Zu den Anforderungen an die Geheimhaltungsverpflichtung Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 100.

⁴⁴⁸ Eisele in Schönke/Schröder, § 203 Rn. 101, 104; Eisele JR 2018, 86f.

⁴⁴⁹ Kritisch hierzu Eisele JR 2018, 87.

⁴⁵⁰ BT-Drs. 18/11936, 29.

⁴⁵¹ Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 100.

⁴⁵² BT-Drs. 18/11936, 23; Pohle/Ghaffari CR 2017, 492; Eisele JR 2018, 84.

- Während in Art. 28 eine **juristische Person** als Auftragsverarbeiter verpflichtet wird, zielt § 203 auf die konkret mitwirkenden natürlichen Personen, die Mitarbeiter eines Auftragsverarbeiters sein können (s.o. Kap. 6.4).
- Während Art. 28 DSGVO **jede Form der Datenverarbeitung** im Auftrag nach Weisung legitimiert, ist § 203 StGB enger und gilt nur für solche Formen der Datenverarbeitung, die für die Berufsausübung erforderlich sind. Das Erforderlichkeitskriterium ist jedoch nicht streng anzuwenden.
- Die **Weisungsgebundenheit** bei Art. 28 DSGVO unterscheidet sich von der der Mitwirkung nach § 203 StGB: Bei der Auftragsverarbeitung besteht insbesondere in Bezug auf die technisch-organisatorischen Maßnahmen ein Ermessensspielraum für den Auftragsnehmer. Bei der Mitwirkung kann der Spielraum des Mitwirkenden bzgl. seiner Entscheidungsmacht größer sein und muss sich nicht auf reine Hilfstätigkeiten beschränken. Zwar werden dem Mitwirkenden von Schweigepflichtigen die Zwecke der Mitwirkung und damit regelmäßig auch der Datenverarbeitung vorgegeben, doch können insofern Entscheidungsspielräume verbleiben. Bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit kann der einzelne Verantwortliche die von ihm genutzten Mittel eigenständig bestimmen, muss hierüber aber den anderen Verantwortlichen lediglich Rechenschaft ablegen, damit diese hierfür die Verantwortung mit übernehmen können. Bei einer Mitwirkung nach § 203 StGB kann eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach § 26 DSGVO gegeben sein kann. Eine gemeinsame Zweckfestlegung auf Forschungsfragestellungen durch den behandelnden Arzt und die Forschenden führt zu einer gemeinsamen Verantwortlichkeit, wobei die Einbindung der Forschenden von der Mitwirkungsregelung des § 203 StGB erfasst wird.

Ein gewisser Unterschied besteht zudem bei einer Auftragsverarbeitung mit **pseudonymen Daten**. Besteht die Möglichkeit der Reidentifizierung über den Auftraggeber, bleibt das Datenschutzrecht anwendbar. Demgegenüber ist keine Offenbarung nach § 203 StGB gegeben, wenn der Auftragnehmer selbst keine Identifizierung der verarbeiteten Datensätze vornehmen kann. Dies bedeutet, dass nicht auf die Mitwirkungsregelung in § 203 Abs. 3, 4 StGB zurückgegriffen werden muss, wenn der Auftragnehmer nicht über eine Zuordnungsfunktion verfügt. Dies gilt selbst, wenn bei der pseudonymen Datenverarbeitung wegen der generellen Zuordnungsmöglichkeit der Datensätze noch ein Personenbezug anzunehmen ist.⁴⁵³

6.8 Komplexe Mitwirkungsbeziehungen

Die ärztliche Behandlung von Patienten wird durch Arbeitsteilung und Digitalisierung zunehmend komplexer. Der **ärztlichen Leitung** kommt insofern eine koordinierende Funktion zu. Sie ist für den gesamten Komplex der individuellen medizinischen Behandlung federführend und damit auch verantwortlich für die Beachtung des Patientengeheimnisses bzw. der Schweigepflicht. Dieser Verpflichtung wird dadurch entsprochen, dass durch technisch-organisatorische Maßnahmen die Daten-

453 Fechtner/Haßdenteufel CR 2017, 357f.; Dierks in Dierks/Roßnagel, 64, unsicher Graf von Kielmansegg in TMF, 115; s.u. Kap. 10.3 am Ende.

verarbeitung der Behandlung abgeschottet wird. Mitwirkende Personen sind auf ihre Verschwiegenheitspflicht hinzuweisen (§ 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB). Die Kontrolle über die mitwirkenden Personen muss zumindest im Einzelfall gewährleistet sein. Eine solche hierarchische Strukturierung ist bei medizinischen Forschungsprojekten oft nicht möglich.

Medizinische Forschungsvorhaben setzen zudem oft voraus, dass große Datenbestände aus unterschiedlichen Quellen zusammengeführt werden. In der digitalen Agenda der Bundesregierung wird als ein Ziel formuliert, dass Wissenschaftler „*unkompliziert wissenschaftliche Informationen austauschen und über Ländergrenzen hinweg zusammenarbeiten*“.⁴⁵⁴ Es geht also letztlich darum, Forschenden einen möglichst offenen Zugang (**Open Access**) zu relevanten Daten (Open Data) zu verschaffen. Die Forschenden sollen komplexe Analyse-Werkzeuge (Big Data Analytics) einsetzen können, um neue Erkenntnisse zu erlangen, ohne dass hierbei der Datenschutz und die Vertraulichkeitserwartungen der Betroffenen verletzt werden.⁴⁵⁵

Bei Kooperationen zwischen Krankenhäusern oder niedergelassenen Ärzten mit Forschungseinrichtungen erfolgt i. d. R. eine Offenbarung von Patientengeheimnissen. Hierfür bedarf es einer Offenbarungsbefugnis sowie einer datenschutzrechtlichen Legitimation. Die ärztliche Behandlungstätigkeit und eine Forschungstätigkeit erfolgen unabhängig voneinander. Unabhängige Forschung setzt ein weitgehendes selbstständiges Bestimmungsrecht der Leitung des Forschungsprojektes bzw. der Forschungseinrichtung voraus (s.o. Kap. 3.3). Damit nicht vereinbar wäre es, dass die Forschungsdaten anliefernden Ärzte ein Bestimmungsrecht über die Durchführung des Forschungsvorhabens in Anspruch nähmen. Als Legitimation für die Offenbarung bzw. Datenübermittlung bedarf es dann entweder einer **Einwilligung bzw. Schweigepflichtentbindung oder einer gesetzlichen Grundlage**.

Eine besondere Form der Kooperation kann in der **Personalüberlassung** liegen. Dabei stellt eine Forschungseinrichtung einer ärztlich geleiteten Stelle Mitarbeiter zur Verfügung, damit diese unter der ärztlichen Aufsicht Patientendaten sichten und auswerten, um diese dann als Originalunterlagen oder in ausgewerteter Form für das Forschungsvorhaben zur Verfügung zu stellen, also zu offenbaren bzw. zu übermitteln. Die Personalüberlassung wird gewählt, wenn der Daten haltenden, also hier der ärztlichen Stelle weder das Personal noch die sonstigen Ressourcen zur Verfügung stehen, um die Sichtung und Auswertung der Patientenunterlagen vorzunehmen.⁴⁵⁶ Die Möglichkeit einer Personalüberlassung für Forschungszwecke kann ausdrücklich gesetzlich zugelassen sein.⁴⁵⁷ Nach der Änderung des § 203 StGB bedarf es für eine Einschaltung externen Personals bei der Erfassung oder Auswertung von Behandlungsdaten nicht mehr einer ausdrücklichen Anstellung bei der ärztlich geleiteten Stelle. Möglich ist auch eine Beauftragung und Verpflichtung als externe mitwirkende Person.

454 Bundesregierung, Digitale Agenda 2014–2017 – Bildung, Forschung, Wissenschaft, Kultur und Medien, 2014, 27, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/digitale-agenda.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

455 Schaar ZD 2016, 225f.; Thüsing/Rombey NZW 2019, 201f.

456 Landesbeauftragter für Datenschutz Schleswig-Holstein, 21. TB 1999, Kap. 4.9.4.; Landesbeauftragter für den Datenschutz Brandenburg, 6. TB 1998 (LT-Drs. 2/5253), 93; ausführlich Metschke/Wellbrock, 49–51.

457 So z.B. ehemals § 22 Abs. 2 LDSG SH v. 09.02.2000, GVObI. 2000, 169.

Eine solche rechtliche Vorgehensweise ist aber problematisch, wenn sich die „Mitwirkung“ nicht auf die Wahrnehmung der ärztlichen Aufgaben bezieht, sondern ausschließlich im Interesse der Forschungsauswertung eines Dritten erfolgt. Zwar legitimiert die neue Mitwirkungsregelung in § 203 StGB die Offenbarung von Patientengeheimnissen gegenüber einem Externen zur Unterstützung bei einer medizinischen Forschungstätigkeit. Davon nicht abgedeckt ist aber die Nutzung dieser Daten durch den **Externen für die eigene Forschung**. Die Offenbarungsbefugnis beschränkt sich auf das Erforderliche hinsichtlich der Unterstützung des berechtigten Berufsgeheimnisträgers. Ein eigenes Forschungsvorhaben des Mitwirkenden wird damit nicht mehr abgedeckt. Die Mitwirkung muss gemäß der Weisung des primär zur Geheimhaltung Verpflichteten erfolgen. An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn der Mitwirkende selbst Arzt ist und nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB geheimhaltungspflichtig ist. Die Legitimation zu der Offenbarung liegt in diesem Fall nicht im beruflichen Status, sondern in der mitwirkenden Funktion.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass mit der Forschungsnutzung keine neue Offenbarung erfolgt, weil der Datenumfang für die Forschung des Mitwirkenden nicht über den hinausgeht, den er als Mitwirkender am Forschungsprojekt des Arztes erlangt. Das Berufsgeheimnis schützt die Vertrauensbeziehung des beruflichen Helfers hinsichtlich der Hilfstätigkeit für den Betroffenen. Dieses Vertrauen wird verletzt, wenn mit den Daten Forschung durchgeführt wird, die nicht mehr unter der **Verantwortung des beruflichen Helfers** erfolgt.

Dem Berufsgeheimnisschutz liegt eine eigene **Zweckkomponente** inne. Diese liegt in der Wahrung der Vertraulichkeit im Rahmen des **Behandlungs- oder Beratungs-verhältnisses**. Diese Zweckkomponente kann nicht durch eine allgemeine datenschutzrechtliche Zweckänderungsregelung aufgehoben werden. Art. 9 Abs. 3 DSGVO erlaubt zwar eine zweckändernde Nutzung sensibler Daten, wenn der Nutzende nach nationalem Recht selbst einer Berufsgeheimnispflicht unterliegt. Diese Regelung ist aber nicht als eigenständige Zweckänderungsregelung zu verstehen, mit der weitere Zwecke der Datenverarbeitung zugelassen werden, sondern als Öffnungsklausel für den nationalen Gesetzgeber zur Erhöhung des Vertraulichkeitsschutzes.

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 27 Abs. 1 BDSG geregelt, dass eine Zweckänderung für die wissenschaftliche Forschung im Rahmen der Erforderlichkeit⁴⁵⁸ erlaubt ist, wenn die Forschungsinteressen die Betroffeneninteressen „erheblich überwiegen“ und wenn „angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person gemäß § 22 Absatz 2 Satz 2“ BDSG vorgesehen werden. Damit soll die datenschutzrechtliche Privilegierung von Forschung gemäß der DSGVO nationalrechtlich umgesetzt werden.⁴⁵⁹ Diese wird nach § 27 Abs. 3 BDSG auch auf sensitive Daten erstreckt, wenn eine frühestmögliche Anonymisierung erfolgt. Der deutsche Gesetzgeber hat von der Öffnungsklausel in der DSGVO zur Regelung von Berufsgeheimnissen Gebrauch gemacht. Nach § 1 Abs. 2 S. 2 BDSG finden Vorschriften Anwendung, für die das BDSG nicht abschließend ist. Gemäß § 1 Abs. 2 S. 3 BDSG bleibt die Verpflichtung zur Wahrung von Berufsgeheimnissen unberührt. Dies hat zur Folge, dass die in Deutschland geltenden Normen zu Berufsgeheimnissen parallel zum BDSG und zur

458 Zur Problematik des Begriffs der Erforderlichkeit Graf von Kielmansegg in TMF, 104ff.

459 Krohm in Gola/Heckmann, § 27 Rn. 13; Weichert in DWWS, § 27 BDSG Rn. 8; kritisch zum „erheblichen Überwiegen“ schon Schneider 2015, 344f.

DSGVO anwendbar bleiben (Zwei-Schranken-Prinzip, s.o. Kap. 6.3).⁴⁶⁰ Die Regelungen zum Patientengeheimnis sehen keine Aufhebung der Schweigepflicht für eigene Forschungsnutzungen des Mitwirkenden vor. Der Patient soll sich darauf verlassen können, dass die dem Arzt anvertrauten Daten zur Behandlung und Beratung verwendet werden und im Verfügungsbereich des Arztes verbleiben. Daher kann nicht auf § 27 BDSG als Legitimation für eine vom behandelnden Arzt unabhängige Forschungsnutzung zurückgegriffen werden.⁴⁶¹

Anders ist der Fall zu behandeln, dass der mitwirkende Arzt zugleich **mitbehandelnder Arzt** ist und insofern direkt aus § 203 Abs. 1 StGB verpflichtet und als Offenbarungsempfänger (vgl. § 9 Abs. 4 MBOÄ) berechtigt ist. Die in dieser Funktion erlangten Daten darf er auch für eigene Forschungsaktivitäten nutzen.

6.9 Gemeinschaftsbetrieb

Der Schutz und der Austausch von Berufsgeheimnissen in einem medizinischen Forschungsprojekt lassen sich rechtlich dadurch realisieren, dass für das jeweilige Forschungsprojekt ein ärztlich geleiteter Gemeinschaftsbetrieb eingerichtet wird. Ein solcher gemeinsamer Betrieb besteht, „wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen [...] Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird“.⁴⁶² Nach § 1 Abs. 2 BetrVG wird ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen vermutet. Die dort enthaltene Auflistung ist nicht abschließend. So besteht ein gemeinsamer Betrieb, wenn sich mehrere Unternehmen zur Führung eines gemeinsamen Betriebs rechtlich verbunden haben. Dies kann ausdrücklich, aber auch konkludent erfolgen. Dabei kommt es auf die tatsächlichen Umstände im Einzelfall an. Nicht nötig ist die Benutzung gemeinsamer Betriebsmittel oder ein Austausch der Beschäftigten. Relevant sind vor allem ein **einheitlicher Zweck und eine einheitliche Leitung** in personalen und sozialen Angelegenheiten.⁴⁶³ Dabei können und müssen die beteiligten Unternehmen auch einen betrieblichen Zweck verfolgen; wichtig ist, dass im Gemeinschaftsbetrieb ein gemeinsames Ziel verfolgt wird. In diesem Fall wird ein abgrenzbarer Teil der jeweiligen unternehmerischen Tätigkeit ausgegliedert, wodurch jeweils neben dem eigenständigen Betrieb ein gemeinsamer Betriebszweck entsteht. Auf die konkrete Rechtsform kommt es nicht an. Diese arbeitsrechtliche Bewertung hat zur Folge, dass die im gemeinsamen Betrieb Beschäftigten als Gehilfen i.S.v. § 203 StGB behandelt werden können.⁴⁶⁴

Hinsichtlich der **datenschutzrechtlichen Einordnung** eines Gemeinschaftsbetriebs ist ausschlaggebend, dass dieser als Verantwortlicher eingestuft werden kann. Art. 4 Nr. 7 DSGVO lässt insofern einen weiten Spielraum, als er eine „juristische Person“ oder eine „Einrichtung oder andere Stelle“ zulässt. Damit können selbst nicht-rechtsfähige Vereine oder sonstige Vereinigungen wie z.B. eine BGB-Gesellschaft Verant-

⁴⁶⁰ Weichert in DWWS, § 1 BDSG Rn. 13f.; Dierks in Dierks/Roßnagel, 14.

⁴⁶¹ Weichert in DWWS, § 27 Rn. 14.

⁴⁶² BAG 11.02.2004 – 7 ABR 27/03, Rn. 14; NZA 2004, 618.

⁴⁶³ BAG 11.02.2004 – 7 ABR 27/03, Rn. 16, 25.

⁴⁶⁴ Grosskopf/Momsen CCZ 2018, 107.

wortliche sein.⁴⁶⁵ Möglich wäre auch eine Festlegung durch nationales Recht.⁴⁶⁶ Welche Art von personenbezogenen Daten verarbeitet wird, ist unerheblich; so können also auch sensitive Daten, also z.B. genetische oder medizinische Daten, verarbeitet werden.

Ein Gemeinschaftsbetrieb kann sowohl als privatrechtliches wie auch als öffentlich-rechtliches Unternehmen geführt werden. Aus berufs-, arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht möglich ist selbst eine Kooperation von **öffentlichen und privaten Stellen**. Die datenschutzrechtliche Einordnung als öffentliches oder privates Unternehmen richtet sich nach § 2 Abs. 3 BDSG. Danach handelt es sich um eine öffentliche Stelle des Bundes, wenn diese über den Bereich eines Landes hinaus tätig ist und dem Bund die absolute Mehrheit der Anteile oder der Stimmen zusteht.⁴⁶⁷

465 Petri in SHS, Art. 4 Nr. 7, Rn. 16; Hartung in Kühling/Buchner, Art. 4 Nr. 7, Rn. 9; Raschauer in Sydow, Art. 4 Rn. 131; Schwartmann/Mühlenbeck in SJTK, Art. 4 Rn. 115.

466 Klabunde in Ehmann/Selmayr, Art. 4 Rn. 37.

467 Weichert in DWWS, § 2 Rn. 11; zum insofern kompatibel zu gestaltenden Landesrecht Schulz in Gola/Heckmann, § 2 Rn. 29f.