

Die Vertraulichkeit der Arzt-Patienten-Beziehung – Doppelt geschützt hält besser?

Benedikt Buchner

Die EU Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) hat in der ärztlichen Profession für erhebliche Unsicherheit und Unruhe gesorgt. Sichtbarster Ausdruck dieser Verunsicherung ist der Umstand, dass Ärzte zunehmend unter Berufung auf das „neue Datenschutzrecht“ von ihren Patienten verlangen, vorgefertigte datenschutzrechtliche Einwilligungserklärungen zu unterschreiben, weil ansonsten eine – rechtskonforme – ärztliche Behandlung nicht mehr möglich sei.¹ Bemerkenswert ist dieser Umstand nicht nur deshalb, weil die DS-GVO mitnichten eine solche Vorgehensweise einfordert, sondern auch schon deshalb, weil vorgelagert zunächst einmal geklärt werden müsste, ob und inwieweit die Verarbeitung von Patientendaten überhaupt von der DS-GVO erfasst wird oder hier nicht vorrangig die Grundsätze der ärztlichen Schweigepflicht zu beachten sind.

I. Informationelle Selbstbestimmung und ärztliche Schweigepflicht

Grundsätzlich lässt sich die Vertraulichkeit der Arzt-Patienten-Beziehung auf zwei Säulen stützen: die informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die Schweigepflicht des Arztes.² Erstere Säule findet ihre rechtliche Ausgestaltung zuvorderst in der DS-GVO, ergänzt durch das Bundes- und Landesdatenschutzrecht sowie bereichsspezifische Datenschutzvorschriften. Die Schweigepflicht des Arztes

¹ S. dazu etwa den aktuellen Tätigkeitsbericht des LfDI Baden-Württemberg, 34. Tätigkeitsbericht Datenschutz, 2018, S. 48 ff.

² Ausgeblendet bleibt im Folgenden eine dritte Säule des Gesundheitsdatenschutzes: das Sozialgeheimnis nach § 35 Abs. 1 S. 1 SGB I.

B. Buchner (✉)

Universität Bremen, Fachbereich Rechtswissenschaft, Bremen, Deutschland

wiederum findet ihre Rechtsgrundlage in erster Linie im ärztlichen Berufsrecht sowie in § 203 StGB.

An dem potenziellen Nebeneinander von Datenschutzrecht und ärztlicher Schweigepflicht ändert sich auch durch die DS-GVO nichts, diese mag zwar im Ausgangspunkt einen umfassenden Regelungsanspruch verfolgen, im Ergebnis bleibt jedoch die Regulierung des Gesundheitsdatenschutzes auch weiterhin weitestgehend dem nationalen Gesetzgeber überlassen.³ Im deutschen Recht wiederum ist dann die zentrale Vorschrift für das Verhältnis von allgemeinem Datenschutzrecht und ärztlicher Schweigepflicht § 1 Abs. 2 S. 3 BDSG. Nach dieser Vorschrift soll die „Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, [...] unberührt“ bleiben. Auch die ärztliche Schweigepflicht gehört zu diesen gesetzlich nicht explizit kodifizierten Berufsgeheimnissen und bleibt demgemäß von den datenschutzrechtlichen Vorschriften „unberührt“. Was dies konkret bedeutet, wird in Literatur und Rechtsprechung allerdings unterschiedlich gedeutet.

Teilweise wird hierzu vertreten, dass der ärztlichen Schweigepflicht ein „Vorrang“ gegenüber den datenschutzrechtlichen Vorschriften zukommt.⁴ Dies wiederum hätte zur Folge, dass derjenige, der die Grundsätze der ärztlichen Schweigepflicht wahrt, zugleich auch die Regeln des Datenschutzes einhält.⁵ Die eingangs angesprochenen Einwilligungserfordernisse, wie sie die DS-GVO – tatsächlich oder vermeintlich – neu begründet, würden bei diesem Ansatz von vornherein keine Rolle spielen, weil sich der vertrauliche Umgang mit Patientendaten auch unter der DS-GVO in erster Linie nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht bestimmt. Nach anderer Ansicht gilt dagegen für das Zusammenspiel zwischen Datenschutz und ärztlicher Schweigepflicht das sog. Zwei-Schranken-Prinzip. Danach sind für eine Datenverarbeitung, die sowohl unter das Datenschutzrecht als auch unter die ärztliche Schweigepflicht fällt, beide Regelungsregime unabhängig voneinander anwendbar.⁶ Es muss dann also eine zweistufige Prüfung stattfinden: Der Umgang mit Patientendaten ist nur dann rechtmäßig, wenn sowohl die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen als auch die Anforderungen nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht erfüllt sind.

Im praktischen Ergebnis werden diese unterschiedlichen Ansichten zum Verhältnis von Datenschutz und ärztlicher Schweigepflicht oftmals ohne Relevanz sein, weil die Regelungen des Datenschutzrechts und die Grundsätze der ärztlichen Schweigepflicht in ihrem Schutzzweck und ihrer grundsätzlichen Ausgestaltung weitestgehend vergleichbar sind (s. dazu im Folgenden II). Der Unterschied steckt

³Vgl. Art. 9 Abs. 3 und Abs. 4 DS-GVO; dazu *Weichert*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 9 DS-GVO, Rdnrn. 139 und 150.

⁴So etwa *Lippert*, in: *Ratzel/Lippert/Prütting*, MBO-Ä, 7. Aufl. 2018, § 9, Rdnr. 82; *Gusy/Eichenhofer*, in: *Wolff/Brink*, BeckOK Datenschutzrecht, 29. Ed. 2018, § 1 BDSG, Rdnr. 83; *Wronka*, RDV 2017, 129, 131.

⁵In diesem Sinne etwa *Lippert*, in: *Ratzel/Lippert/Prütting*, MBO-Ä, 7. Aufl. 2018, § 9, Rdnr. 82.

⁶*Dochow*, MedR 2019, 363, 366; *Kühling*, MedR 2019, 611, 619; *Weichert*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 9 DS-GVO, Rdnr. 146.

aber im Detail – sowohl was Regelungstiefe als auch was Regelungsinhalt angeht. Mitunter sind diese Unterschiede dann doch so erheblich, dass es einer Klärung bedarf, in welchem Verhältnis die beiden Regelungsregimes zueinander stehen und welches der beiden im Fall eines Regelungskonflikts vorrangig zu berücksichtigen ist (unten III). Dies gilt auch für die eingangs aufgeworfene Frage, auf welcher Legitimationsgrundlage Patientendaten überhaupt verarbeitet werden dürfen.

II. Gemeinsamkeiten

Soweit es um Schutzzweck und zentrale Regelungsansätze geht, bringt das Nebeneinander von Datenschutzrecht und ärztlicher Schweigepflicht zunächst einmal keine gravierenden Regelungskonflikte mit sich, da beide Regelungsregimes grundsätzlich vergleichbar sind.

1. *Schweigegebot bzw. Datenverarbeitungsverbot*

Im Datenschutzrecht wie bei der ärztlichen Schweigepflicht ist Ausgangspunkt zunächst einmal, dass Patientendaten nicht frei kommuniziert werden dürfen.

a) **Rechtlicher Ausgangspunkt**

So verpflichtet das ärztliche Berufsrecht dazu, dass Ärztinnen und Ärzte über alles, was ihnen in ärztlicher Eigenschaft anvertraut oder bekannt geworden ist, zu „schweigen“ haben.⁷ Zulässig ist eine Offenbarung von Patientendaten nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht nur dann, wenn dies entweder gesetzlich vorgesehen ist oder wenn der Patient selbst darin eingewilligt hat. Gleiches Grundmuster liegt auch dem Datenschutzrecht zugrunde. Auch hier dürfen personenbezogene Daten nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO grundsätzlich zunächst einmal nicht verarbeitet werden – es sei denn, dies ist ausnahmsweise gesetzlich erlaubt oder die betroffene Person hat eingewilligt (sog. Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt). Soweit es um die Verarbeitung sog. besonderer Kategorien personenbezogener Daten wie Gesundheitsdaten geht, findet sich in Art. 9 DS-GVO nochmals das Verbotsprinzip normiert. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO „untersagt“ eine Datenverarbeitung u. a. dann, wenn es sich um Gesundheitsdaten handelt. Art. 9 Abs. 2 DS-GVO zählt sodann diverse Fallkonstellationen auf, in denen dieses Verbot nicht gilt, u. a. dann, wenn die betroffene Person in eine Datenverarbeitung ausdrücklich eingewilligt hat.

⁷Vgl. § 9 Abs. 1 S. 1 der Musterberufsordnung (MBO-Ä) in der Fassung der Berufsordnungen der jeweiligen Landesärztekammern; dazu *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. IX, Rdnr. 4 f.

b) Kommunikationsverbot?

Dass Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht eine Kommunikation von (Patienten-)Daten zunächst einmal umfassend verbieten, ist keineswegs selbstverständlich – und auch nicht unumstritten. Im Datenschutzrecht geht die ganz grundlegende Kritik dahin, dass das Verbotsprinzip die Grundrechtspositionen der Datenverarbeitenden Stelle verkenne, namentlich deren sog. „Kommunikationsfreiheit“, und dass damit alle Datenverarbeiter pauschal gleich behandelt würden, der harmlose „Bäcker um die Ecke“ genauso streng wie das global agierende IT-Unternehmen.⁸ Allerdings fällt diese Kritik am Verbotsprinzip ihrerseits viel zu pauschal aus. Insbesondere blendet sie aus, dass das Datenschutzrecht sehr wohl ein ausdifferenziertes System der Erlaubnistatbestände bereithält, mittels dessen auch der Risikoträchtigkeit einer Datenverarbeitung im konkreten Einzelfall Rechnung getragen wird.⁹

Ebenso gilt auch die ärztliche Schweigepflicht nur im Ausgangspunkt umfassend, um dann aber in der rechtlichen Ausgestaltung im Einzelnen wieder relativiert zu werden. Zwar werden zunächst einmal alle denkbaren Kommunikationsvorgänge differenzierungslos von der ärztlichen Schweigepflicht erfasst, insbesondere gilt diese auch für die Weitergabe von Patientendaten im Verhältnis Arzt zu Arzt, das „reine Arztsein“ allein kann eine Offenbarung von Patientendaten gerade noch nicht rechtfertigen.¹⁰ Selbstredend wäre aber im Rahmen eines konkreten Behandlungsfalls, der verschiedene Ärzte involviert, eine solche Mauer des Schweigens auch zwischen den behandelnden Ärzten nur wenig sachgerecht. Teils existieren daher gesetzliche Erlaubnistatbestände im bereichsspezifischen Recht, die eine Datenweitergabe von Arzt zu Arzt im Rahmen eines Behandlungsauftrags erlauben.¹¹ Darüber hinaus sieht § 7 Abs. 7 MBO-Ä sogar eine Pflicht zur Weitergabe von Behandlungsdaten für den Fall der Patientenüberweisung vor – allerdings unter der Voraussetzung, dass ein Einverständnis des betroffenen Patienten vorliegt oder zumindest anzunehmen ist. Letztere Variante, die konkludente Einwilligung, spielt regelmäßig im Rahmen der ärztlichen Schweigepflicht eine zentrale Rolle, um den Umgang mit Patientendaten zu legitimieren (s. dazu sogleich).

⁸ *Schneider/Härting*, ZD 2012, 199, 202; *Veil*, ZD 2015, 347; *Kramer*, DuD 2013, 380 f.

⁹ Ausführlicher dazu *Buchner*, DuD 2016, 155, 157 f.; *Weichert*, DuD 2013, 246 ff.; *Karg*, DuD 2013, 75, 78 ff.; *Eckhardt/Kramer*, DuD 2013, 287, 289.

¹⁰ *Lippert*, in: *Ratzel/Lippert/Prütting*, MBO-Ä, 7. Aufl. 2018, § 9, Rdnr. 27; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 145, Rdnr. 1.

¹¹ Etwa in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BremKHDSG (soweit „erforderlich ... zur Erfüllung des Behandlungsvertrages“); § 10 Abs. 1 Nr. 1 HmbKHG („erforderlich ... für die Behandlung“); Art. 27 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 BayKrG (soweit „im Rahmen des Behandlungsverhältnisses“).

2. *Einwilligung des Patienten*

Sowohl im Datenschutzrecht als auch nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht ist die Einwilligung der betroffenen Person in eine Preisgabe ihrer Daten seit jeher von zentraler Bedeutung,

a) **Rechtlicher Ausgangspunkt**

Im Datenschutzrecht ist die Einwilligung in Art. 6 Abs. 1 lit. a und in Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO an erster Stelle der Erlaubnistatbestände normiert. Und auch für die ärztliche Schweigepflicht sieht § 9 Abs. 2 MBO-Ä ausdrücklich vor, dass ein Arzt zur Offenbarung von Patientendaten befugt ist, soweit er von der Schweigepflicht entbunden worden ist. Die Grundidee ist insoweit jeweils, dass es in erster Linie auf den Willen des betroffenen Patienten ankommen soll, wie mit den ihn betreffenden Daten umzugehen ist. Dies gilt auch für die Weitergabe von Patientendaten im Verhältnis von Ärzten untereinander, auch hier kommt es – soweit nicht ausnahmsweise eine gesetzlich normierte Offenbarungsbefugnis bzw. -pflicht einschlägig ist – für die Zulässigkeit einer Preisgabe von Patientendaten auf die Einwilligung des betroffenen Patienten an. § 9 Abs. 5 MBO-Ä unterstreicht diese zentrale Bedeutung des Patientenwillens, indem er regelt, dass Ärzte, die gleichzeitig oder nacheinander einen Patienten behandeln, untereinander von der Schweigepflicht nur insoweit befreit sind, „als das Einverständnis der Patientin oder des Patienten vorliegt oder anzunehmen ist“.

b) **Selbstbestimmung des Patienten**

Zunächst einmal sprechen auch gute Gründe dafür, die Zulässigkeit einer Preisgabe von Patientendaten primär von der Einwilligung des betroffenen Patienten abhängig zu machen. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive ist die Einwilligung genuiner Ausdruck informationeller Selbstbestimmung, die die betroffene Person in die Position versetzt zu entscheiden, ob und wenn ja, in welchen Grenzen sie eine bestimmte Nutzung ihrer personenbezogenen Daten erlauben möchte oder nicht.

Ebenso ist auch für das Arzt-Patienten-Verhältnis die Selbstbestimmung des Patienten *die zentrale* Maxime, nicht nur für das Ob und Wie einer Behandlung als solcher, sondern auch für die Vertraulichkeit der Behandlung. Und wie für die Behandlungsmaßnahmen selbst gilt auch für die Kommunikation, dass der Wille des Patienten auch dann an erster Stelle steht, wenn dieser möglicherweise aus ärztlicher oder gesundheitlicher Perspektive nicht „vernünftig“ oder „hilfreich“ ist. Verwiesen sei insoweit nur auf die Beispiele der elektronischen Gesundheitskarte oder des Informationsaustauschs mit dem Hausarzt: Aus medizinischer Sicht würde viel dafür sprechen, auf der elektronischen Gesundheitskarte so umfassend wie möglich alle verfügbaren Patientendaten abzuspeichern, angefangen bei den Notfalldaten

über den Medikationsplan bis hin zur vollständigen Patientenakte. Ebenso spricht viel dafür, den Hausarzt als zentrale „Dokumentationsstelle“ zu etablieren, bei dem alle relevanten Behandlungsdaten zusammengeführt werden. Gleichwohl ist aber auch in diesen und vergleichbaren Konstellationen stets rechtlicher Ausgangspunkt, dass es entscheidend vom Willen des betroffenen Patienten abhängt, ob er diese Form der Datenverarbeitung akzeptieren möchte oder nicht.¹²

c) Wirksamkeit der Einwilligung

Legitimationsgrundlage für eine Nutzung von Patientendaten ist die Einwilligung nur dann, wenn sie wirksam erteilt worden ist, was insbesondere voraussetzt, dass sie bewusst, frei und informiert erteilt worden ist. Sowohl allgemein bei der Datenverarbeitung als auch spezifisch im medizinischen Behandlungskontext ist das Problem allerdings oftmals, dass diese Wirksamkeitsvoraussetzungen nur „auf dem Papier“ erfüllt sind, tatsächlich aber die Einwilligung eben nicht auf einer bewussten, freien und informierten Entscheidung der betroffenen Person beruht. Gerade im Gesundheitsbereich hat der Einzelne, der in eine Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten „einwilligt“, oftmals gar keine andere Wahl als einzuwilligen, teils ist er sich der Erteilung einer Einwilligung schon nicht bewusst oder aber versteht gar nicht, in was er einwilligt.

Geht man bei der Einwilligung als Legitimationsgrundlage für eine Datenverarbeitung vom oben angesprochenen Zwei-Schranken-Prinzip aus, so folgt daraus, dass für das Einverständnis des Patienten in eine Verarbeitung der ihn betreffenden Daten zwischen der Einwilligung nach Datenschutzrecht und der Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht zu differenzieren ist. Selbst wenn man nicht so weit geht, in der Konsequenz zwei Erklärungen für die Zulässigkeit einer Weitergabe von Patientendaten zu fordern – zum einen für die Datenverarbeitung im datenschutzrechtlichen Sinne und zum anderen für die Offenbarung eines Patientengeheimnisses i. S. v. § 203 StGB –, müssten nach dem Zwei-Schranken-Prinzip aber auch im Falle einer einheitlichen Erklärung sowohl die datenschutzrechtlichen Anforderungen als auch die Anforderungen nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht erfüllt sein.¹³ Durchgängig wird sich eine solche konsequente Durchsetzung von zwei Schranken allerdings nicht aufrechterhalten lassen – je nach spezifischer Behandlungskonstellation kann es vielmehr angebracht sein, dass allein auf die (großzügigeren) Vorgaben des einen oder anderen Regelungsregimes abgestellt wird (s. dazu unten III).

¹² S. für die elektronische Gesundheitskarte § 291a Abs. 5 S. 1 SGB V; für die Datenübermittlung an den Hausarzt § 73 Abs. 1b SGB V.

¹³ Dazu Weichert, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 9 DS-GVO, Rdnr. 49; so im Ergebnis auch Dochow, MedR 2019, 363, 366 und Kühling, MedR 2019, 611, 619, allerdings ohne Bezugnahme auf eine einheitliche Erklärung.

3. Erlaubnistatbestände

Ein Verstoß gegen Datenschutzrecht und/oder ärztliche Schweigepflicht scheidet von vornherein aus, wenn eine Pflicht oder Befugnis zur Datenpreisgabe rechtlich vorgesehen ist. Für die ärztliche Schweigepflicht stellt § 9 Abs. 2 S. 2 MBO-Ä explizit klar, dass gesetzliche Aussage- und Anzeigepflichten von der ärztlichen Schweigepflicht unberührt bleiben. Ebenso fehlt es an einem „unbefugten“ Offenbaren von Patientendaten auch dann, wenn gesetzliche Offenbarungsbefugnisse eingreifen.

Allerdings lassen sich all die Vorschriften, die als Erlaubnistatbestände für eine Datenverarbeitung im Gesundheitswesen in Betracht kommen, nur schwer oder gar nicht überblicken.¹⁴ Das Nebeneinander von ärztlicher Schweigepflicht und allgemeinem Datenschutzrecht ist vor allem auch dadurch geprägt, dass es eine Vielzahl einschlägiger Regelungen für die verschiedensten Bereiche und auf den verschiedensten Regelungsebenen gibt: neben DS-GVO und BDSG sowie Landesdatenschutzgesetzen auch die Landeskrankenhausgesetze, kirchliche Datenschutzbestimmungen, eine Vielzahl medizinspezifischer Gesetze mit Einzelvorschriften zur Datenverarbeitung, SGB V und SGB X und viele andere Gesetze. Auch unter der DS-GVO wird sich an diesem Flickenteppich potenziell einschlägiger Regelungen nichts ändern, weil die DS-GVO – obwohl als Verordnung an sich unmittelbar geltend und vorrangig gegenüber dem nationalen Recht – mit ihren Öffnungsklauseln dem nationalen Gesetzgeber gerade für den Gesundheitsbereich in weitem Umfang Spielraum für eine nationale Regulierung des Datenschutzes belässt.¹⁵

Unabhängig von diesem Regelungsdickicht lässt sich jedoch – als zumindest ganz grobe Richtschnur – für die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung festhalten, dass jedenfalls all diejenigen Kommunikationsvorgänge, die für die Herbeiführung des angestrebten Heilerfolgs unbedingt erforderlich sind, stets erlaubt sind, ohne dass es hierfür auf ein ausdrückliches Einverständnis des jeweils betroffenen Patienten ankommt.¹⁶ Entweder findet sich insoweit ein gesetzlich festgeschriebener Erlaubnistatbestand oder aber die Datenpreisgabe ist zumindest durch eine konkludente oder mutmaßliche Einwilligung des Patienten legitimiert.¹⁷

¹⁴ S. beispielhaft den Überblick bei *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. IX, Rn. 26.

¹⁵ S. dazu schon oben I.

¹⁶ Vgl. *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. IX, Rn. 21 mit Verweis darauf, dass der Austausch von Patientendaten infolge der arbeitsteiligen Differenzierung von Behandlungsabläufen oftmals unvermeidlich ist.

¹⁷ *Buchner*, in: *ders.*, *Datenschutz im Gesundheitswesen*, 2. Aufl. 2019, A/3.1, S. 55.

III. Friktionen im Detail

Ungeachtet aller grundsätzlichen Gemeinsamkeiten weichen Datenschutzrecht und ärztliche Schweigepflicht im Einzelnen bei den rechtlichen Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung doch in vielerlei Hinsicht voneinander ab. Stets ist daher zu klären, ob sich im Fall einer solchen Abweichung dann – getreu dem Zwei-Schranken-Prinzip – das strengere Regelungsregime durchsetzen soll oder aber stattdessen maßgeblich auf nur ein Regelungsregime abzustellen ist, auch wenn dieses in seinen Anforderungen hinter denen des anderen Regelungsregimes zurückbleibt.

1. Legitimationsgrundlage für eine Datenpreisgabe

Die Frage, ob nur ein Regelungsregime – und wenn dann welches – für die Arzt-Patienten-Beziehung maßgeblich sein soll, stellt sich vor allem mit Blick auf die Legitimationsgrundlage für eine Datenverarbeitung.

a) Namentlicher Aufruf von Patienten

Kontrovers beurteilt werden insoweit schon vergleichsweise harmlose Fragestellungen wie die, ob der namentliche Aufruf im Wartebereich einer Gesundheitseinrichtung überhaupt zulässig ist. Unstreitig fällt bereits der Umstand, dass sich jemand in ärztliche Behandlung begibt, unter die ärztliche Schweigepflicht – und dieses Schweigen wird durchbrochen, wenn ein Patient in der Öffentlichkeit eines Wartebereichs durch namentlichen Aufruf auch für Dritte identifizierbar wird. Ebenso ist der namentliche Aufruf auch ein erlaubnispflichtiger Vorgang nach datenschutzrechtlichen Maßstäben, weil dadurch der Name des aufgerufenen Patienten dritten Personen, die sich ebenfalls im Wartebereich befinden, zugänglich gemacht wird.¹⁸

Wird diese Konstellation allein nach datenschutzrechtlichen Maßstäben beurteilt, bedarf es für den namentlichen Aufruf eines Patienten im Wartebereich im Ergebnis einer entsprechenden Einwilligung, die nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO noch dazu „ausdrücklich“ erteilt werden muss. Diesen – ausschließlich datenschutzrechtlichen – Weg geht etwa der Thüringer Landesdatenschutzbeauftragte in seinem Tätigkeitsbericht 2018 und fordert dementsprechend, von Patienten bereits bei der Anmeldung eine entsprechende Einwilligung einzuholen oder anderenfalls künftig von einem namentlichen Aufruf abzusehen und stattdessen etwa ein Nummernsystem einschließlich zugehörigen Anzeigedisplays zu installieren.¹⁹ Das Bayerische

¹⁸Vgl. LfDI Thüringen, 1. Tätigkeitsbericht Datenschutz, 2018, Ziff. 7.6.

¹⁹Vgl. LfDI Thüringen, 1. Tätigkeitsbericht Datenschutz, 2018, Ziff. 7.6.; allerdings ohne Art. 9 DS-GVO zu berücksichtigen.

Landesamt für Datenschutzaufsicht geht demgegenüber in seinem Tätigkeitsbericht 2017/2018 von einer Zulässigkeit der namentlichen Ansprache von Patienten aus; diese sei „gesellschaftsüblich“ und diene dazu, „dass sich Patienten als Menschen wahrgenommen fühlen“. Daher sei es auch nicht erforderlich, ein Nummernsystem einzuführen oder auf eine unpersönliche Ansprache auszuweichen.²⁰

Worauf das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht seine Auffassung rechtlich stützen möchte, wird nicht so recht ersichtlich. Im Rahmen des Datenschutzrechts könnten die Aspekte der Gesellschaftsüblichkeit und der Selbstwahrnehmung allenfalls im Rahmen einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO Berücksichtigung finden. Jedoch ist, da bereits der Patientename zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten zu zählen ist, für eine Heranziehung des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO als Erlaubnistatbestand kein Raum. Einschlägig ist vielmehr allein Art. 9 Abs. 2 DS-GVO, der aber eine Interessenabwägung als Legitimationsgrundlage für eine Datenverarbeitung nicht vorsieht. Berücksichtigt werden könnten die Aspekte der Gesellschaftsüblichkeit und der Selbstwahrnehmung jedoch nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht, wenn man davon ausgeht, dass diese Aspekte für die Annahme einer konkludenten Einwilligung seitens des Patienten in einen namentlichen Aufruf sprechen. Anders als nach datenschutzrechtlichen Maßstäben könnte nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht eine solche Einwilligung dann auch in *konkludenter* Form erteilt werden, um wirksam zu sein. Um zu dieser – sicherlich interessengerechteren – Lösung zu kommen, ist es dann allerdings erforderlich, insoweit das Zwei-Schranken-Prinzip zu relativieren und für die Frage der Wirksamkeit einer Einwilligung nicht auch zusätzlich noch auf die (strengeren) datenschutzrechtlichen Vorgaben abzustellen.

b) Keine Behandlung ohne Einwilligung?

Die meisten Kontroversen hat der Geltungsbeginn der DS-GVO sicherlich dadurch ausgelöst, dass seitdem immer wieder die Auffassung vertreten worden ist, eine ärztliche Behandlung sei künftig nur noch dann möglich, wenn sich Patienten zuvor mit der mit einer ärztlichen Heilbehandlung einhergehenden Datenverarbeitung einverstanden erklären.²¹ Diese – weit verbreitete, aber nichtsdestotrotz falsche – Sichtweise beruht auf zwei Prämissen: zum einen, dass die Zulässigkeit einer ärztlichen Datenverarbeitung überhaupt nach Datenschutzrecht zu beurteilen ist, und zum anderen, dass, wenn erstere Annahme zutrifft, eine ärztliche Datenverarbeitung nur durch eine Einwilligung seitens des Patienten legitimiert werden kann.

Bereits die erste Prämisse, dass die Zulässigkeit einer ärztlichen Datenverarbeitung nach Datenschutzrecht zu beurteilen ist, kann man durchaus hinterfragen. Die Öffnungsklauseln des Art. 9 Abs. 2 lit. h und des Art. 9 Abs. 3 und Abs. 4 DS-GVO würden es auch erlauben, die Zulässigkeit einer solchen Datenverarbeitung

²⁰ BayLDA, 8. Tätigkeitsbericht Datenschutz, 2017/2018, Ziff. 16.3.

²¹ S. dazu den schon eingangs erwähnten Tätigkeitsbericht des LfDI Baden-Württemberg, 34. Tätigkeitsbericht Datenschutz, 2018, S. 48 ff.

ausschließlich nach den nationalen bereichsspezifischen rechtlichen Vorgaben zu beurteilen. Im deutschen Recht findet sich sowohl in § 630f BGB als auch im ärztlichen Berufsrecht eine Rechtsgrundlage für die Behandlungsdokumentation, die bereits als ausreichende Legitimationsgrundlage für eine ärztliche Datenverarbeitung erachtet werden kann. Selbst wenn man jedoch zusätzlich auch noch die datenschutzrechtlichen Vorgaben heranziehen möchte, würde daraus nicht folgen, dass Ärzte die Daten ihrer Patienten nur noch mit deren Einwilligung verarbeiten dürfen. Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung wäre dann vielmehr der Behandlungsvertrag mit dem jeweiligen Patienten, welcher nach Art. 9 Abs. 2 lit. h und Abs. 3 DS-GVO eine Datenverarbeitung im für die ärztliche Behandlung erforderlichen Maße erlaubt.²²

c) Datenweitergabe an Dritte

Auch diejenigen, die für die (datenschutzrechtliche) Zulässigkeit einer Dokumentation der Behandlungsdaten keine Einwilligung fordern, stellen doch spätestens dann auf den Erlaubnistatbestand der Einwilligung ab, wenn es um eine Übermittlung der Patientendaten seitens des Arztes an Dritte geht, etwa an eine privatärztliche Verrechnungsstelle oder vergleichbare Empfänger.²³ Lange Zeit war eine solche Einwilligung auch unstreitig Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Datenweitergabe – dies allerdings nicht aus datenschutzrechtlichen Gründen, sondern aus Gründen der ärztlichen Schweigepflicht nach § 203 StGB.

Datenschutzrechtlich betrachtet fallen viele Konstellationen, in denen ein externer Dienstleister eingebunden wird (z. B. für die Abrechnung, aber auch für die Archivierung oder EDV-Wartung) und es dabei zu einer Preisgabe personenbezogener Daten gegenüber dieser externen Stelle kommt, unter die Regelungen der sogenannten Auftragsverarbeitung (früher § 11 BDSG a. F., nunmehr Art. 28 DS-GVO). In einer solchen Konstellation der Auftragsverarbeitung werden dann aber Auftraggeber (Gesundheitseinrichtung) und Auftragnehmer (externer Dienstleister) ohnehin als rechtliche Einheit behandelt – mit der Konsequenz, dass die wechselseitige Weitergabe personenbezogener Daten zwischen beiden datenschutzrechtlich als irrelevant eingestuft wird und es folglich auch keines datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestands wie der Einwilligung für die Datenweitergabe bedarf.

Anders war die Einbindung externer Dienstleister allerdings bis zur Novellierung des § 203 StGB nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht zu beurteilen. Gemäß § 203 StGB a. F. war eine Datenpreisgabe infolge einer Einbindung externer Dienstleister in den meisten Fällen als unbefugt im Sinne dieser Vorschrift einzuordnen. Nach herrschender Meinung sollte die – datenschutzrechtliche – Privilegierung der Auftragsverarbeitung gerade nicht reichen, um auch eine Befugnis

²² LfDI Baden-Württemberg, 34. Tätigkeitsbericht Datenschutz, 2018, Ziff. 1.8.

²³ *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 146, Rdnr. 52; LfDI Baden-Württemberg, 34. Tätigkeitsbericht Datenschutz, 2018, Ziff. 1.8.

zur Datenpreisgabe nach § 203 StGB zu begründen.²⁴ Erst mit der Neuregelung des § 203 StGB Ende 2017 wurde in dessen Abs. 3 eine Befugnis zur Offenbarung von geschützten Geheimnisdaten auch gegenüber externen Dienstleistern aufgenommen. Seitdem dürfen Ärzte Patientendaten nicht mehr nur gegenüber den klassischen Gehilfen im Sinne des § 203 Abs. 3 StGB offenbaren, sondern auch gegenüber sonstigen Personen, die an der ärztlichen Tätigkeit mitwirken, „soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist“. Zu solchen mitwirkenden Tätigkeiten im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB zählt die Gesetzesbegründung unter anderem Schreiarbeiten, das Rechnungswesen, die Annahme von Telefonanrufen, die Aktenarchivierung und -vernichtung, die IT-Unterstützung oder auch die Mitwirkung an der Erfüllung von Buchführungs- und steuerrechtlichen Pflichten.²⁵

Daraus folgt dann aber im Ergebnis, dass eine Einbindung externer Dienstleister weder aus Gründen des Datenschutzrechts noch aus Gründen der ärztlichen Schweigepflicht einer Einwilligung der betroffenen Patienten bedarf. Vielmehr ist nach den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht eine Datenpreisgabe gegenüber diesen Dienstleistern bereits nach § 203 Abs. 3 S. 2 StGB „befugt“, soweit diese für die Inanspruchnahme der Tätigkeit dieser Dienstleister erforderlich ist. Inzwischen ist diese Erweiterung des § 203 StGB auch in der MBO-Ä entsprechend umgesetzt worden.²⁶ Datenschutzrechtlich betrachtet wiederum ist eine Einbindung externer Dienstleister dann nicht erlaubnispflichtig, wenn sich die externe Dienstleistung im Rahmen einer Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO bewegt, der Dienstleister also weisungsgebunden für die Gesundheitseinrichtungen handelt und insoweit bei der Datenverarbeitung keinen eigenen Wertungs- und Entscheidungsspielraum hat.²⁷

Was wiederum das Zusammenspiel von Datenschutzrecht und ärztlicher Schweigepflicht angeht, ist zunächst einmal festzuhalten, dass sich der bisherige Wertungswiderspruch zwischen beiden Regelungsregimes dank der Novellierung des § 203 StGB aufgelöst hat. War unter dem alten § 203 StGB noch die ärztliche Schweigepflicht strenger, weil sie eine Einwilligung des Patienten erforderlich machte, geht nunmehr der Blick umgekehrt in Richtung Datenschutzrecht, ob und inwieweit dessen Vorgaben über die der ärztlichen Schweigepflicht hinausgehen und entsprechend zusätzlich zu berücksichtigen sind. Jedenfalls die Datenschutzaufsichtsbehörden gehen davon gemäß dem Zwei-Schranken-Prinzip aus – mit der praktischen Konsequenz, dass im Rahmen einer Auftragsverarbeitung stets ein entsprechender Vertrag mit dem externen Dienstleister nach Maßgabe des Art. 28 DS-GVO abzuschließen ist.²⁸

²⁴ S. ausführlich zur neuen und alten Rechtslage *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2017, § 203 StGB, Rdnrn. 129 ff. m. w. N.

²⁵ BT-Dr. 18/11936, S. 22.

²⁶ § 9 Abs. 4 MBO-Ä in der Fassung der Beschlüsse des 121. Deutschen Ärztetages 2018 in Erfurt.

²⁷ *Martini*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 28 DS-GVO, Rdnr. 2; *Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 28 DS-GVO, Rdnr. 3.

²⁸ S. etwa Berliner Datenschutzbeauftragte BlnBDI, Jahresbericht 2017, Ziff. 7.6; BayLDA, Auslegungshilfe Auftragsdatenverarbeitung Arzt, 2019, abrufbar unter https://www.lda.bayern.de/media/veroeffentlichungen/FAQ_Auftragsverarbeitung_Arzt.pdf, Zugegriffen am 31.10.2019.

2. Betroffenenrechte, insb. Auskunftsrecht

Von zentraler Bedeutung für das Datenschutzrecht sind auch die sogenannten Betroffenenrechte, etwa Auskunfts-, Berichtigungs- oder Lösungsansprüche. Diese sollen sicherstellen, dass die betroffene Person nicht zum bloßen „Objekt“ einer Datenverarbeitung wird. Gerade im Gesundheitsbereich ist es besonders wichtig, dass der einzelne Patient die Verarbeitung der ihn betreffenden Daten nachvollziehen und kontrollieren kann, um so der Daten verarbeitenden Stelle (Arzt, Krankenhaus etc.) auf gleicher Augenhöhe gegenüberzutreten zu können.

Das praktisch wichtigste Betroffenenrecht, das Recht auf Auskunft, ist zunächst einmal in Art. 15 DS-GVO normiert, hat aber auch außerhalb des Datenschutzrechts gesetzliche Anerkennung gefunden. Aus dem Behandlungsvertrag ist der Arzt gemäß § 630g BGB verpflichtet, seinen Patienten Einsicht in die Behandlungsdokumentation zu gewähren. Berufsrechtlich folgt die gleiche Verpflichtung aus § 10 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä. Von der grundsätzlichen Ausgestaltung und Zielrichtung her ist dabei zunächst einmal ein Gleichlauf zwischen Datenschutzrecht und ärztlicher Schweigepflicht zu verzeichnen. Was hingegen die Ausgestaltung im Einzelnen angeht, finden sich wieder voneinander abweichende Vorgaben, die die Frage aufwerfen, ob und wie diese in Einklang gebracht werden können bzw., wenn dies nicht möglich ist, welche Vorgaben sich letztlich durchsetzen sollen. Beim Recht auf Auskunft stellen sich diese Fragen in erster Linie mit Blick auf mögliche Einschränkungen des Auskunftsrechts sowie mit Blick auf die Kosten.

a) Einschränkungen

Nach den Regelungen zum Behandlungsvertrag und zum ärztlichen Berufsrecht gilt das Recht des Patienten auf Einsichtnahme in die Behandlungsdokumentation nicht uneingeschränkt. Ärzte können sich vielmehr zum einen auf sog. therapeutische Vorbehalte stützen, zum anderen in Ausnahmefällen auch auf ihre eigenen entgegenstehenden Interessen. Im Rahmen des therapeutischen Vorbehalts darf ein Arzt seinem Patienten ausnahmsweise die Einsichtnahme in dessen Behandlungsunterlagen verweigern, wenn sich bei Herausgabe und Kenntnis des Patienten von diesen Aufzeichnungen in therapeutischer Hinsicht negative gesundheitliche Konsequenzen für den Patienten ergeben könnten.²⁹ Des Weiteren kann ein Recht des Patienten auf Akteneinsicht ausnahmsweise auch dann ausgeschlossen sein, wenn „erhebliche Rechte der Ärztin, des Arztes oder Dritter entgegenstehen“ (§ 10 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä). In Betracht kommt dies in erster Linie bei subjektiven Beurteilungen des Krankheitsbildes durch den Arzt, soweit deren Aufzeichnung auch Einblick in die Persönlichkeit des Arztes selbst gewährt und die Offenlegung daher dessen Persönlichkeit berühren könnte.

²⁹Zum therapeutischen Vorbehalt s. *Rehborn/Kern*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, 5. Aufl. 2019, Handbuch des Arztrechts, § 62, Rdnr. 5.

Fraglich ist, ob und inwieweit diese Beschränkungen aus dem ärztlichem Berufsrecht auch auf das Datenschutzrecht durchschlagen. Im Ausgangspunkt steht dem Patienten – neben dem klassischen Auskunftsrecht nach Art. 15 Abs. 1 DS-GVO – auf Grundlage des Art. 15 Abs. 3 DS-GVO auch ein „Recht auf Kopie“ zu, mittels dessen er eine vollständige Datenauskunft über sprichwörtlich „alles“ verlangen kann, was eine Gesundheitseinrichtung über ihn gespeichert hat. Dieser datenschutzrechtliche Anspruch ist bewusst weit gefasst, um keine „Auskunfts-lücken“ entstehen zu lassen.³⁰

Einschränkend heißt es dann allerdings in Art. 15 Abs. 4 DS-GVO, dass dieses Recht auf Kopie nicht die „Rechte und Freiheiten anderer Personen“ beeinträchtigen darf. Überdies hat der europäische Gesetzgeber in Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO eine Öffnungsklausel zugunsten des nationalen Rechts dahingehend normiert, dass einschränkende nationale Regelungen zum „Schutz der betroffenen Person oder der Rechte und Freiheiten anderer Personen“ zulässig sind. Da zu diesen „anderen Personen“ im Sinne der Art. 15 Abs. 4 und Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO nicht nur Dritte, sondern auch die Daten verarbeitenden Stellen selbst zählen,³¹ und zudem letztere Norm auch den Schutz der betroffenen Person selbst erfasst, können im Ergebnis die bis dato berufsrechtlich anerkannten Beschränkungen des Patientenauskunftsrechts auch unter Geltung der DS-GVO weiterhin bestehen bleiben.³² Insoweit gilt also gerade nicht, dass getreu dem Zwei-Schranken-Prinzip die beiden Regelungsregimes Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht unabhängig voneinander gelten und sich damit im Ergebnis stets das strengere (oder anders formuliert, das für die betroffene Person günstigere) Regelungsregime durchsetzt. Vielmehr zieht sich hier die DS-GVO mit ihrem an sich umfassend und unmittelbar geltenden Regelungsanspruch ausdrücklich zugunsten bereichsspezifischer Regelungen zurück.

b) Kosten

Aktuell wird die Frage nach dem Zusammenspiel zwischen Datenschutzrecht und ärztlichem Berufsrecht vor allem unter dem Aspekt der Kostenpflicht einer Auskunft diskutiert. Während das datenschutzrechtliche Recht auf Kopie unentgeltlich ausgestaltet ist (Art. 12 Abs. 5 S. 1 DS-GVO), geht das berufsrechtlich verankerte

³⁰ Riemer, DuD 2019, 799.

³¹ Bäcker, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 23 DS-GVO, Rdnr. 32; Kamalah, in: Plath, DS-VO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 15 DS-GVO, Rdnr. 20; Paal, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 23 DS-GVO, Rdnr. 42.

³² So auch Ärztekammer Berlin, Merkblatt Auskunftsrecht und Einsichtnahme in Patientenunterlagen, August 2019, S. 3, abrufbar unter https://www.aerztekammer-berlin.de/10arzt/30_Berufsrecht/08_Berufsrechtliches/04_Praxisorga/25_Merkblatt_Einsichtsrechte_in_Patientenunterlagen.pdf, Zugriffen am 31.10.2019; Franck, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 15, Rdnr. 36; s. a. Dix, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 23 DS-GVO, Rdnr. 33, der eine Beschränkung des Patientenauskunftsrechts jedoch nur bei „erheblichen therapeutischen Gründen“ zulässt.

Patientenrecht auf eine Kopie der Patientenunterlagen mit einer Gebührenpflicht einher (§ 10 Abs. 2 S. 2 MBO-Ä).³³

Es bleibt abzuwarten, wie sich Aufsichtsbehörden und Gerichte zu diesem Widerspruch positionieren werden. Gute Gründe sprechen dafür, dass sich insoweit – anders als gerade oben bei den Beschränkungen des Auskunftsrechts – die datenschutzrechtlichen Vorgaben durchsetzen. Ausgangspunkt muss stets der grundsätzliche Geltungsvorrang des europäischen Datenschutzrechts in Gestalt der DS-GVO sein. Die DS-GVO mag sich dann im Einzelfall in Form von Öffnungsklauseln wieder zugunsten des nationalen, bereichsspezifischen Rechts zurücknehmen, wie sie das für die Beschränkungen des Patientenauskunftsrechts getan hat. Die insoweit normierten Voraussetzungen (Schutz der betroffenen Person oder der Rechte und Freiheiten anderer Personen) sind jedoch, soweit es nur um die Frage der Kostentragung geht, nicht einschlägig, weshalb es im Ergebnis beim Geltungsvorrang der DS-GVO bleiben muss und damit bei der Kostenfreiheit des Auskunftsverlangens.³⁴

IV. Fazit

Das gerade angesprochene Beispiel des Patientenauskunftsrechts macht noch einmal deutlich, dass es auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen Datenschutz und ärztlicher Schweigepflicht bzw. ärztlichem Berufsrecht keine einfache und allgemeingültige Antwort gibt. Mal nimmt sich das Datenschutzrecht zugunsten bereichsspezifischer Vorschriften ausdrücklich zurück, mal gilt aber auch ein strenges Zwei-Schranken-Prinzip mit der Konsequenz, dass sich die – strengeren – datenschutzrechtlichen Vorgaben durchsetzen, ungeachtet der zahlreichen Öffnungsklauseln in der DS-GVO für Gesundheitsdaten und ungeachtet der Subsidiaritätsklausel im nationalen Recht (§ 1 Abs. 2 S. 3 BDSG). Die ursprünglich einmal gehegte Hoffnung, dass mit Einführung der DS-GVO das seit jeher überkomplizierte und fragmentierte Recht des Gesundheitsdatenschutzes in einen konsistenteren und einheitlichen Regelungsrahmen überführt wird, hat sich bedauerlicherweise nicht erfüllt. Im Gegenteil ist die Herausforderung, bei Fragen des Gesundheitsschutzes die einschlägigen rechtlichen Rahmenbedingungen zu identifizieren, noch komplexer geworden, weil mit der unmittelbaren Geltung der DS-GVO nochmals eine neue Regelungsebene hinzugekommen ist, die bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen ist.³⁵

³³Ebenso sieht auch § 630g Abs. 2 S. 2 BGB eine Kostenerstattungspflicht zulasten des Patienten vor.

³⁴Kommt es in diesem Zusammenhang zu unverhältnismäßigen Belastungen der Daten verarbeitenden Stelle, wird dem durch die Ausnahmeregelung in Art. 12 Abs. 5 S. 2 und 3 DS-GVO ausreichend Rechnung getragen.

³⁵So auch *Kühling*, MedR 2019, 611, 622.