

SK-Nr. 06/363

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Schnell (Präsidentin i.V.), Oberrichter Weber und
Oberrichter Zihlmann sowie Kammerschreiber Feigenwinter

vom 18. Januar 2007

in der Strafsache gegen

1. **M.**,
vertreten durch Fürsprecher ...
2. **Sch.**
vertreten durch Fürsprecher ...
3. **S.**
vertreten durch Fürsprecherin ...

wegen Widerhandlung gegen das Datenschutzgesetz, Anstiftung zur Verletzung des
Berufsgeheimnisses etc.

Privatklägerin:

T.
vertreten durch Fürsprecherin ...

Regeste

*Unbefugte Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten i.S.v. Art. 35 DSG:
Lässt ein Haftpflichtversicherer bei einem externen Arzt ohne Einwilligung des Geschädigten
ein Aktengutachten erstellen, bedarf es eines Rechtfertigungsgrundes. (E. III. 1)
Verletzt der Aktengutachter durch Erstattung des Gutachtens an seinen Auftraggeber das
ärztliche Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB? (E. III. 2)*

Auszug aus den Erwägungen:

II. Sachverhalt

Der Sachverhalt ist klar und unbestritten: Am 23. November 1995 erlitt die Privatklägerin unverschuldet einen Verkehrsunfall. Sie stand mit ihrem Personenwagen vor einer auf rot stehenden Ampel und erlitt durch den nachfolgenden Fahrzeuglenker eine Heckauffahrkollision. Dabei zog sie sich im Wesentlichen ein Distorsionstrauma der Halswirbelsäule zu. Haftpflichtversicherer des unfallverursachenden Fahrzeuglenkers ist die Versicherungs-Gesellschaft Y.. In die Schadensregulierung involviert sind im Weiteren die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) als obligatorischer Unfallversicherer und die Invalidenversicherung (IV). Zuständiger Sachbearbeiter bei der Y. ist der Angeschuldigte M.. Der Angeschuldigte Dr. iur. Sch. ist Personenschadensleiter der Y.. Am 15. November 2004 gaben die Herren M. und Sch. bei Dr. med. S. die Erstellung eines Aktengutachtens in Auftrag. Das Gutachten wurde in Auftrag gegeben, weil bei der Bearbeitung des Personenschadens von Frau T. die Genese von Mikroläsionen kontrovers diskutiert wurde und weil die Y. diesbezüglich erhebliche Zweifel an der Unfallkausalität hatte. Im Zentrum des Interesses stand deshalb für die Y. die Frage, ob die Mikroläsionen gemäss Magnetresonanztomographie (MRI von „*Magnetic Resonance Imaging*“) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Heckauffahrkollision vom 23. November 1995 herrühren. Die SUVA hatte ihre Rente aufgrund dieser Läsionen gesprochen. Um die offenen Fragen zu beantworten, gelangte man an einen Neuroradiologen. Dem Gutachtensauftrag lagen Abzüge der Original-MRI und medizinische Unterlagen bei, alles in anonymisierter Form (vgl. zur Anonymisierung der Dokumente die von Dr. S. eingereichten Unterlagen, die er in Fotokopie bei sich behalten hat, pag. 182 und 187 ff., und zur Anonymisierung des bildgebenden Materials die von M. eingereichten Duplikate der fraglichen MRI, pag. 303, sowie unten E. III. 1. d) cc)). Über eine Einwilligung der Privatklägerin zur Einholung dieses Gutachtens beim Angeschuldigten 3 verfügte die Y. nicht. Vielmehr hatte die Privatklägerin bereits vor der Erteilung des Gutachtensauftrages schriftlich mitgeteilt, dass sie mit der Erstellung allfälliger Aktengutachten nicht einverstanden sei (pag. 39). Dr. S. erstattete am 23. Dezember 2004 aufgrund der ihm zur Verfügung gestellten Akten sein Gutachten und beantwortete die ihm von der Y. gestellten Fragen. Am 27. Dezember 2004 schrieb die Y. der Privatklägerin, dass das Aktengutachten eingetroffen sei. Die Privatklägerin erstattete am 4. März 2005 mit gleichzeitiger Strafantragstellung und Konstituierung als Privatklägerin Strafanzeige gegen die drei Angeschuldigten sowie gegen "Unbekannt" wegen Verletzung des Datenschutzgesetzes, des ärztlichen Berufsgeheimnisses und der unbefugten Datenbeschaffung.

III. Rechtliches

1. Widerhandlungen gegen das eidgenössische Datenschutzgesetz

a) Den Angeschuldigten M. und Sch. wird vorgeworfen, durch das Einholen des Aktengutachtens beim Angeschuldigten S. ohne Einwilligung der Privatklägerin gegen Art. 35 Abs. 1 DSG verstossen zu haben. Der Angeschuldigte S. soll durch Erstellen des Gutachtens gegen das DSG verstossen haben.

Gemäss Art. 35 Abs. 1 DSG macht sich strafbar, wer vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt, von denen er bei der Ausübung seines Berufes, der die Kenntnis solcher Daten erfordert, erfahren hat.

b) Die Vorinstanz verneinte im vorliegenden Fall eine Verletzung von Art. 35 Abs. 1 DSG. Anlehnend an die in einem – einen analogen Fall betreffenden – Urteil der Einzelrichterin des Kreisgerichts des Kantons St. Gallen vom 1. Dezember 2005 (publiziert in SJZ 102 (2006) S. 522 ff.) enthaltene Argumentation führte die Vorinstanz (pag. 359-363) dabei zunächst aus, die Frage, ob ein Versicherer berechtigt sei, ohne Einwilligung des Geschädigten ein externes Gutachten einzuholen, sei in den letzten Jahren in Lehre und Praxis kontrovers beantwortet worden und wies dabei auf den in HAVE 2004, S. 50 ff. (pag. 125) wiedergegebenen Diskussionsstand hin (vgl. dort insbesondere die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz [S. 50], die Rechtsgutachten von NIKLAUS SCHMID [S. 52] und PETER ALBRECHT [S. 60] sowie das Merkblatt des Eidg. Datenschutzbeauftragten, EDBS [S. 65]). Zusammengefasst argumentierte die Vorinstanz sodann, es gehe vorliegend um die Grundsatzfrage, ob der Beizug des Angeschuldigten S. mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 DSG zulässig gewesen sei. Der EDSB verneine diese Frage mit der Begründung, dass der Versicherer selber keinen Rechtfertigungsgrund für die Datenbearbeitung habe, weshalb auch der extern beigezogene Experte keine Datenbearbeitung vornehmen dürfe. Er stütze sich darauf, dass besonders schützenswerte Personendaten – wozu auch solche über die Gesundheit einer Person gehörten – nach Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG Dritten nur bekannt gegeben werden dürften, wenn dafür ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG vorliege. Der EDSB sehe keinen der in dieser Bestimmung genannten Rechtfertigungsgründe als erfüllt an, insbesondere könne er keine überwiegenden Interessen des Versicherers erkennen. Er komme deshalb zum Schluss, dass der Versicherer nicht gestützt auf Art. 14 DSG einen Dritten mit der Datenbearbeitung beauftragen könne. Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG würde nach dieser Auffassung eine Einschränkung von Art. 14 DSG darstellen. Diese Auffassung, so die Vorinstanz weiter,

bedeute im praktischen Ergebnis, dass Haftpflichtversicherer im Bereich von Gesundheitsdaten ohne Einwilligung des Geschädigten generell keine externen Hilfspersonen zur Datenbearbeitung beiziehen dürften. Dass das Datenschutzgesetz im Bereich solcher Daten jede Arbeitsteilung ausschliessen wolle, sei aber weder aus dem Gesetz selber noch aus der Botschaft dazu ersichtlich. Sodann ergebe sich weder aus der Systematik des DSG noch aus den diesem Gesetz zugrunde liegenden datenschutzrechtlichen Wertungen, dass der Gesetzgeber eine formale Gleichsetzung der in Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG anvisierten „Dritten“ mit den in Art. 14 DSG erwähnten „Dritten“ beabsichtigt habe. Gegen die Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 14 DSG spreche insbesondere, dass Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG die Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten an Dritte nicht kategorisch ausschliesse, sondern bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes ausdrücklich zulasse. Aus der in Art. 13 Abs. 1 DSG enthaltenen Auflistung der möglichen Rechtfertigungsgründe gehe hervor, dass die Einschränkung von Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG nicht gelte, sofern eine gesetzliche Grundlage bestehe, welche die Datenweitergabe erlaube. Art. 14 DSG stelle nun aber einen solchen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund dar. Im Ergebnis schränke damit der Rechtfertigungsgrund von Art. 14 DSG den Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG ein. Die umgekehrte Auffassung der Privatklägerin sei abzulehnen. Art. 14 Abs. 1 DSG sei damit grundsätzlich auch im Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG anwendbar. Entscheidend sei, dass gemäss Art. 14 Abs. 1 DSG eine externe Hilfsperson immer beigezogen werden dürfe, solange sie die Daten so bearbeite, wie der Auftraggeber dies datenschutzrechtlich dürfe. Es frage sich daher, was die Y. als Auftraggeberin datenschutzrechtlich mit den Gesundheits- und Unfallinformationen über die Privatklägerin habe machen dürfen. Dass eine Bearbeitung solcher besonders schützenswerter Persönlichkeitsdaten grundsätzlich unzulässig wäre, gehe zu weit. Dann hätte der Angeschuldigte M. nicht einmal eine eigentliche Beurteilung dieses Materials vornehmen dürfen, um die Interessen der Y. im Rahmen der Schadensregulierung für den nicht gedeckten Schaden zu wahren. In der nicht abschliessenden Definition des „Bearbeitens“ von Daten gemäss Art. 3 lit. e DSG sei auch das Interpretieren und Auswerten von Daten enthalten. Nach Art. 12 Abs. 1 DSG sei diese Art der Bearbeitung von Personendaten im Grundsatz aber zulässig. Der Y. bzw. den Angeschuldigten wäre es daher datenschutzrechtlich erlaubt gewesen, ihre rechtmässig erworbenen Unterlagen über die Privatklägerin einem versicherungsinternen medizinischen oder unfalltechnischen Dienst zur aktenmässigen Beurteilung zu überlassen. Da ihnen dies datenschutzrechtlich erlaubt gewesen sei, sei auch die extern beigezogene, spezialisierte Hilfsperson gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a DSG dazu befugt gewesen. Art. 14 Abs. 1 lit. b DSG stelle nun das zusätzliche Erfordernis auf, dass keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht die

Personendatenbearbeitung durch den Dritten verbietet. Gemeint sei damit, dass übergeordnete gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflichten des Auftraggebers Vorrang vor dem Grundsatz der Übertragungsfreiheit der Datenbearbeitung durch Dritte haben. Eine solche vertragliche oder gesetzliche Geheimhaltungspflicht habe für die Y. im Verhältnis zur Privatklägerin nicht bestanden. Ein Vertrag bestehe zwischen den Parteien nicht. Mit gesetzlichen Geheimhaltungspflichten seien spezialgesetzliche Geheimhaltungsregelungen gemeint, die Vorrang vor dem DSG als Rahmengesetz haben, wie etwa das ärztliche Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Keine gesetzliche Geheimhaltungspflicht im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. b DSG bilde deshalb insbesondere Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG, da es sich dabei um keine spezialgesetzliche Regelung handle, die Art. 14 DSG übergeordnet sei. Deshalb sei die Beauftragung des Angeschuldigten S. mit dem Gutachten auch unter diesem Gesichtspunkt zulässig gewesen.

Zusammenfassend sei damit festzuhalten, dass den Angeschuldigten M. und Sch. kein Verstoß gegen Art. 35 DSG zur Last gelegt werden könne. Gleiches gelte für den Angeschuldigten S.. Dieser habe die Daten ohne sein Zutun erhalten, diese interpretiert und in Erledigung eines Auftrages an die Y. zurückgesandt. Er habe demnach die Daten nicht unbefugt weitergegeben, sondern ganz einfach zurückgegeben. Auch er sei deshalb freizusprechen.

c) Die Appellantin führte zusammengefasst aus (pag. 441-445), nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG und von Art. 3 DSG liege auch eine Datenbearbeitung vor, wenn eine Versicherung bzw. einer ihrer Mitarbeiter ein Gutachten erstelle. Ebenso, wenn ein Mitarbeiter Personendaten an einen externen Arzt weiter leite, wenn er einen Gutachtensauftrag erteile und wenn er ein erstelltes Gutachten empfange. Eine Datenbearbeitung in diesem Sinn liege auch vor, wenn die Daten in anonymisierter Form weiter geleitet würden und diese dann spätestens nach Erhalt des medizinischen Gutachtens bei der Versicherung wieder bestimmbar gemacht würden. Aus Art. 12 Abs. 2 DSG ergäbe sich ferner, dass Personendaten nicht gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person bearbeitet werden und dass besonders schützenswerte Personendaten einer Person nicht Dritten bekannt gegeben werden dürften, es sei denn, es liege ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 DSG vor. Da es sich bei den vorliegend in Frage stehenden Gesundheitsdaten zweifelsohne um besonders schützenswerte Personendaten handle und die Privatklägerin zudem das ausdrückliche Verbot erteilt habe, weitere Gutachten in Auftrag zu geben, d.h. die Daten weiter zu bearbeiten, sei die Gutachtenserteilung an Dr. S. nicht zulässig gewesen, sofern kein Rechtfertigungsgrund

vorgelegen habe. Aus Art. 35 DSG ergebe sich, dass in diesem Bereich an das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes erhöhte Anforderungen zu stellen seien. Vorliegend sei kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG gegeben. So läge weder eine Einwilligung der Betroffenen noch ein überwiegendes öffentliches Interesse vor. Insbesondere sei aber auch ein überwiegendes privates Interesse zu verneinen, da die unbefugte Bekanntgabe der Daten nicht notwendig gewesen sei. Einerseits hätten bereits sehr umfangreiche medizinische Abklärungen und Beurteilungen der SUVA und der IV vorgelegen, auf welche sich die Versicherung hätte stützen können. Andererseits bestreite die Versicherung die von der Privatklägerin geltend gemachte Forderung, weshalb es entsprechend der Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB der Privatklägerin – und nicht der Versicherung – obliege, den Nachweis des Schadens und der Unfallkausalität zu erbringen. Bei dieser klaren Beweislage würden die Interessen der Versicherung bereits genügend geschützt. Ihr könne kein Nachteil entstehen, da sie den Schadensnachweis der Privatklägerin zu überlassen habe. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz könne auch die Datenbearbeitung im Auftrag gemäss Art. 14 DSG nicht als zusätzlicher Rechtfertigungsgrund oder als Ausnahmetatbestand herangezogen werden. Dieser Schluss lasse sich auch aus dem Gutachten von SCHMID ziehen, wo als Rechtfertigungsgründe lediglich die Einwilligung des Verletzten und überwiegende Interessen der Versicherung, nicht aber die Bestimmung von Art. 14 DSG genannt würden. Entgegen der Vorinstanz seien auch die in Art. 14 Abs. 1 DSG genannten Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht gegeben. So sei erstens eine Datenverarbeitung im Auftrag nur dann möglich, wenn der Versicherer dafür Sorge, dass die Daten nur so bearbeitet würden, wie er das selber tun dürfte. Auch das Einholen und Erstellen eines Gutachtens durch die Versicherung selber würde eine Datenbearbeitung im Sinne des Gesetzes darstellen und bedürfe demnach eines Rechtfertigungsgrundes. Für die Erstellung eines Gutachtens oder die Beauftragung eines Arztes mit einem Gutachten habe die Privatklägerin ihre Einwilligung nie erteilt. Die Y. hätte auch selber die Daten nicht in der getätigten Weise bearbeiten dürfen und sei daher auch nicht berechtigt gewesen, einen entsprechenden Auftrag an einen Dritten zu erteilen. Zweitens dürfe auch keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht eine Datenbearbeitung durch Dritte verbieten. Eine solche gesetzliche Geheimhaltungspflicht sei indessen aber in Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG, welcher als *lex specialis* Art. 14 DSG vorgehe, zu erblicken. Wenn die Vorinstanz vorbringe, dass in einem derartigen Fall ohne Einwilligung des Geschädigten keine externe Hilfspersonen mehr zur Datenbearbeitung beigezogen werden können, sei dies – sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliege – zutreffend und vom Gesetzgeber so vorgesehen. Der von der Verteidigung angeführte BGE 131 II 413 ff. lasse sich nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichen, sei es dort doch nicht wie vorliegend um privatrechtliche Verhältnisse, sondern um eine Krankenkasse mit hoheitlichen Befugnissen

gegangen. Diese habe den Sachverhalt im Gegensatz zum Haftpflichtversicherer von Amtes wegen abzuklären gehabt. Auch für die Weiterleitung von Daten in diesem Bereich habe es einer formell gesetzlichen Grundlage bedurft, welche im Bereich der Krankenkassen mit Art. 84 KVG extra geschaffen worden sei. Im rein privatrechtlichen Verhältnis zu Haftpflichtversicherern fehle eine derartige gesetzliche Grundlage aber eben gerade. Die Angeschuldigten M. und Sch. hätten somit vorsätzlich unbefugt besonders schützenswerte Personendaten an einen Dritten weitergeleitet und sich damit nach Art. 35 DSG strafbar gemacht. Auch eine Datenbearbeitung im Auftrag bleibe strafbar, wenn der Arzt nicht seinerseits durch die Einwilligung des Geschädigten gerechtfertigt sei. Da dies vorliegend nicht der Fall sei, habe sich auch der Angeschuldigte Dr. S. der Widerhandlung gegen Art. 35 DSG schuldig gemacht.

d) Die Kammer hält zu den divergierenden Auffassungen der Vorinstanz und der Appellantin unter Berücksichtigung der von den Angeschuldigten vorgebrachten Argumentationen Folgendes fest:

aa) Zunächst ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass Art. 14 DSG den Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG einschränkt – und nicht umgekehrt. So gilt das gesetzliche Bekanntgabeprivileg von Art. 14 DSG, womit die Bekanntgabe von Personendaten an „Dritte“ zum Zweck des Outsourcings erlaubt ist, auch dann, wenn die in Frage stehenden Daten unter anderen Umständen – eben beispielsweise im Fall von Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG – an andere „Dritte“ i.S. des DSG nicht bekannt gegeben werden dürften. Dies ergibt sich aus der unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten einem Arbeitnehmer vergleichbaren Stellung des Beauftragten nach Art. 14 DSG (THOMAS BRÄNDLI, Outsourcing – Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Diss. Bern 2001, S. 213). Mit der Vorinstanz kann daher festgehalten werden, dass vom Gesetzgeber nicht eine Gleichsetzung der mit der externen Datenbearbeitung beauftragten Dritten im Sinne von Art. 14 DSG mit den in Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG (und zahlreichen anderen Bestimmungen dieses Gesetzes, vgl. dazu die Auflistung bei BRÄNDLI, a.a.O.) erwähnten Dritten beabsichtigt war. Somit findet das Verbot der Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG im Rahmen von Art. 14 DSG keine Anwendung, da es sich bei letzterer Bestimmung um eine *lex specialis* zu ersterer handelt (RAMPINI in Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, N 18 zu Art. 14 mit Hinweisen auf die Lehre; ders. a.a.O. N 15 zu Art. 12).

bb) Entscheidend ist daher im vorliegenden Fall, ob die Voraussetzungen von Art. 14 DSGVO erfüllt sind. Nach dieser Bestimmung kann das Bearbeiten von Personendaten einem Dritten übertragen werden, wenn der Auftraggeber dafür sorgt, dass die Daten nur so bearbeitet werden, wie er es selbst tun dürfte (lit. a), und wenn keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht es verbietet (lit. b). Daneben darf – als vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte dritte Voraussetzung – die Übertragung der Datenbearbeitung an Dritte nicht gegen die allgemeinen Datenschutzgrundsätze verstossen. Als diese gelten die Gewährleistung der Datensicherheit sowie die Vereinbarkeit mit Treu und Glauben und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (BSK DSGVO-RAMPINI, N 17 zu Art. 14). Fehlt es an einer der Voraussetzungen von Art. 14 DSGVO, ist die Übertragung auf einen Dritten persönlichkeitsverletzend und damit widerrechtlich, es sei denn, der Auftraggeber könne sich auf einen Rechtfertigungsgrund wie insbesondere die Einwilligung der betroffenen Person berufen (BSK DSGVO-RAMPINI, N 4 zu Art. 14).

cc) Vorab kann festgehalten werden, dass die Voraussetzung von Art. 14 Abs. 1 lit. b DSGVO klar erfüllt ist. Die Vorinstanz hat zutreffend begründet, dass und weshalb die Übertragung der Datenbearbeitung an Dr. S. weder gegen eine gesetzliche noch eine vertragliche Geheimhaltungspflicht verstiesse (pag. 362 mitte). Offensichtlich unzutreffend ist nach dem oben Gesagten hingegen die Argumentation der Privatklägerin, welche aus – dem hier nach richtiger Auffassung eben gar nicht zur Anwendung gelangenden – Art. 12 Abs. 2 lit. c DSGVO eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht herleiten will.

Auch die im Gesetz nicht explizit erwähnte Voraussetzung der Einhaltung der allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze ist gegeben. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass an den beauftragten Dritten nicht mehr Daten übertragen werden dürfen, als dieser für die Erfüllung seiner Aufgaben braucht. Diesem Erfordernis ist die Y. nachgekommen, indem sie Dr. S. alle Unterlagen unter Einschluss des bildgebenden Materials in anonymisierter Form zugestellt hat. Indem die Y. auch auf den MRI-Bildern den Namen der Privatklägerin mit Tipp-Ex abgedeckt hat, hat sie das ihr Zumutbare unternommen, damit keine für die Auftragserledigung nicht benötigten Informationen weitergegeben werden. Der Einwand der Privatklägerin, wenn man die Bilder gegen das Licht hielte, sei es möglich, ihren Namen zu erkennen, ändert daran nichts. Zumal Dr. S. selber keinerlei Interesse daran haben dürfte, die Identität der von den von ihm erstellten Aktengutachten betroffenen Personen in Erfahrung zu bringen und er überdies auch über allfällige derartige Wahrnehmungen gegenüber Dritten aufgrund des Berufsgeheimnisses zum Stillschweigen verpflichtet wäre, erschiene es

unverhältnismässig, von der Y. noch weitergehende, technisch aufwendige Anonymisierungsmassnahmen zu verlangen.

dd) Was die unter Art. 14 Abs. 1 lit. a DSG genannten Voraussetzungen betrifft, ist zunächst festzuhalten, dass eine Verletzung der durch diese Bestimmung unter anderem statuierten *cura in eligendo, instruendo und custodiendo* (BSK DSG-RAMPINI N 11 zu Art. 14) durch die Appellantin weder behauptet wird, noch eine solche Pflichtverletzung ersichtlich ist. In Frage steht damit einzig, ob das Erfordernis erfüllt ist, *dass die Datenbearbeitung für den Auftraggeber selber zulässig war*, d.h. ob die Y. selber eine Datenbearbeitung hätte vornehmen dürfen wie sie Dr. S. vorgenommen hat. Die Vorinstanz geht davon aus, dass es der Y. datenschutzrechtlich erlaubt gewesen wäre, ihre rechtmässig erworbenen Unterlagen einem versicherungsinternen medizinischen oder unfalltechnischen Dienst zur Beurteilung zu überlassen, mit der Begründung, nach Art. 12 Abs. 1 DSG sei eine Bearbeitung im Sinn von Art. 3 lit. e DSG im Grundsatz nach zulässig. Von der Vorinstanz nicht thematisiert wird dabei allerdings die Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen eine Datenbearbeitung im vorliegenden Fall zulässig ist, und ob hierbei ein Rechtfertigungsgrund erforderlich ist.

Sowohl im Gutachten SCHMID als auch seitens des EDSB wird scheinbar mit Selbstverständlichkeit davon ausgegangen, dass auch ein internes Aktengutachten einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 DSG voraussetze (pag. 125, HAVE-Heft S. 54 u. 65). Dies setzt die Annahme voraus, dass eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 DSG vorliegt (vgl. zum datenschutzrechtlichen Widerrechtlichkeitskonzept: MARCEL SÜSSKIND, Datenschutz in der Versicherungswirtschaft in HAVE 2004 S. 193 ff., S. 194). Eine Persönlichkeitsverletzung, deren Widerrechtlichkeit nur durch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes entfällt, liegt nach Art. 12 Abs. 2 DSG insbesondere dann vor, wenn Personendaten entgegen den Grundsätzen von Art. 4, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 7 Abs. 1 DSG bearbeitet werden (lit. a), Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeitet werden (lit. b) oder besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile Dritten bekanntgegeben werden (lit. c).

Da – wie bereits erwähnt – Art. 14 DSG eine *lex specialis* zu Art. 12 Abs. 1 lit. c DSG darstellt, kommt diese Bestimmung im vorliegenden Zusammenhang nicht zur Anwendung. Ohne Bedeutung ist vorliegend auch die Verletzung der allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze gemäss lit. a. Unbestritten ist jedoch, dass die Beauftragung von Dr. S. mit der Erstellung eines Aktengutachtens gegen den ausdrücklichen Willen der Privatklägerin erfolgte. Damit liegt klarerweise die Voraussetzung von Art. 12 Abs. 2 lit. b

DSG nicht vor, weshalb die Datenbearbeitung widerrechtlich erfolgt ist, sofern kein Rechtfertigungsgrund gegeben war. Die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung setzt unter diesem Gesichtspunkt somit einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 DSG voraus. Entgegen der Vorinstanz hilft es nicht, sich in diesem Zusammenhang wieder auf Art. 14 DSG – diesmal als gesetzlichen Rechtfertigungsgrund – zu berufen, da dies einen Zirkelschluss darstellen würde. Als Rechtfertigungsgrund kommt vorliegend aber auch nicht einzig eine gesetzliche Grundlage in Betracht, wie es in dem in BGE 131 II 413 ff. zu beurteilenden Sachverhalt der Fall war. Wie von der Verteidigung der Angeschuldigten nämlich ganz zu Recht eingewendet wurde, ging es in jenem Entscheid um öffentlich-rechtliche Verhältnisse, wo das Legalitätsprinzip spielt. Im hier anwendbaren Art. 13 DSG wird aber im Gegensatz zu Art. 17 Abs. 1 DSG, der für die Datenbearbeitung durch Private nicht gilt, nicht zwingend eine gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung verlangt, sondern das Vorliegen eines überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses genügt als Rechtfertigungsgrund.

ee) Ob ein solches überwiegendes privates oder öffentliches Interesse an der Datenbearbeitung gegeben ist, ist durch Abwägung der privaten und öffentlichen Interessen an der Datenbearbeitung (Datenbearbeitungsinteresse) einerseits und der Diskretions- und Integritätsinteressen der betroffenen Person, d.h. dem Interesse, nicht in der Persönlichkeit verletzt zu werden (Datenschutzinteresse) andererseits zu ermitteln, unter wertender Abwägung der Interessen und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Überwiegende private Interessen dürfen nicht vorschnell angenommen werden; nur gewichtige Interessen an der Datenverarbeitung dürfen höher bewertet werden als die Datenschutzinteressen der betroffenen Person. Bei der Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, dass die Bearbeitungsart und der Bearbeitungsumfang in der Regel variiert werden kann. So kann im Rahmen einer Datenbearbeitung die Bearbeitung bestimmter Daten, können bestimmte Bearbeitungsarten gerechtfertigt sein, während andere es nicht sind (vgl. zum Ganzen BSK DSG-RAMPINI N 20 ff. zu Art. 13). Gemäss dem EDSB ist Grundvoraussetzung für die Annahme eines überwiegenden Interesses der Versicherung das Vorliegen einer hohen Schadenssumme (pag. 125, HAVE-Heft S. 65).

Im vorliegenden Fall geht es unbestrittenermassen um eine sehr hohe Schadenssumme. Laut Anzeige wurde bei der Y. mit Eingabe vom 1. April 2003 eine Forderung von rund Fr. 620'000.-- geltend gemacht (pag. 3). In der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gab der Angeschuldigte Sch. an, dass sich der Gesamtschaden inkl. Regress auf ca. 2,5 Millionen Franken belaufe (pag. 345). Sodann ist festzuhalten, dass die Versicherung selbstverständlich berechtigt und – im Interesse der Versichertengemeinschaft

(Prämienzahler) – auch faktisch verpflichtet ist, die Forderung des Geschädigten einer umfassenden und gründlichen Prüfung zu unterziehen, um die Berechtigung der Ansprüche und den Umfang der geschuldeten Leistungserbringung zu eruieren. Zu Recht führte der Verteidiger der Angeschuldigten M. und Sch. in diesem Zusammenhang aus, dass das Interesse des Haftpflichtversicherers – jedenfalls im Fall berechtigter Ansprüche – nicht darin bestehe, keine oder eine möglichst kleine Leistung zu erbringen, da die Leistungsberechtigten ansonsten ihre Ansprüche auf dem für die Versicherungen kosten- und zeitaufwendigen Prozessweg einfordern würden, sondern das Interesse der Versicherung auf eine *korrekte* Leistungserbringung gerichtet sei. Zum von der Privatklägerin vorgebrachten Argument, aufgrund der Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB obliege ihr es, im Prozessfall den Nachweis für den Schaden zu erbringen, wurde seitens der Verteidigung sodann mit Recht entgegengesetzt, dass es der Versicherung im Hinblick auf einen allfälligen Prozess nicht verwehrt sein dürfe, rechtzeitig von ihrem Recht auf Gegenbeweis Gebrauch zu machen. Mit anderen Worten kann es weder im Interesse der Versicherung selber noch in demjenigen der Prämienzahler liegen, die nötigen Abklärungen in einen Zivilprozess zu transferieren, sondern es muss der Haftpflichtversicherung möglich sein, bereits vorprozessual die erforderlichen Abklärungen zu treffen. Bei der Interessenabwägung ebenfalls mit zu berücksichtigen ist der Umstand, dass der durch die Datenbearbeitung in Form eines Aktengutachtens bewirkte Eingriff gering ist, da diesfalls keine neuen Personeninformationen erhoben werden und sich der Vorgang auf das Auswerten vorhandener Daten beschränkt. Diese Bearbeitungsart minimiert den Grad der Datenschutzwürdigkeit.

In Gesamtwürdigung der aufgeführten Umstände lässt sich feststellen, dass die privaten – durch die Betroffenheit der Prämienzahler verbunden mit öffentlichen – Interessen an der Datenbearbeitung den Datenschutzinteressen der Privatklägerin im vorliegenden Fall überwiegen.

ff) Als Fazit kann damit festgehalten werden, dass die Angeschuldigten M. und Sch. den Tatbestand von Art. 35 DSG nicht erfüllt haben, da sie dem Angeschuldigten S. die Daten der Privatklägerin nicht unbefugt bekanntgegeben haben. Weil die Übertragung der Daten zum Bearbeitung an den Angeschuldigten S. im Sinne von Art. 14 Abs. 1 DSG rechtmässig war und weil sich der Dritte nach Art. 14 Abs. 2 DSG auf die gleichen Rechtfertigungsgründe berufen kann wie der Auftraggeber, liegt eine Strafbarkeit nach Art. 35 DSG auch seitens des Angeschuldigten S. nicht vor. Damit sind die diesbezüglichen erstinstanzlichen Freisprüche der Angeschuldigten M., Sch. und S. zu bestätigen.

2. Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses bzw. Anstiftung dazu

a) Dem Angeschuldigten S. wird vorgeworfen, durch die Erstattung des Aktengutachtens an die Y. gegen Art. 321 StGB verstossen zu haben. Die Angeschuldigten M. und Sch. sollen dabei als Anstifter mitgewirkt haben, indem sie den Auftrag zur Gutachtenserstellung erteilt haben.

Nach Art. 321 StGB machen sich u.a. Ärzte strafbar, wenn sie ein Geheimnis offenbaren, welches ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben. Die Strafbarkeit entfällt, wenn die Geheimnisoffenbarung auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer Bewilligung der zuständigen Behörde erfolgt.

b) Die Vorinstanz hat den Tatbestand von Art. 321 StGB nicht als erfüllt betrachtet. In ihren Erwägungen zum Tatvorwurf der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses – welche wiederum weitgehend mit jenen des bereits erwähnten Urteils aus dem Kanton St. Gallen übereinstimmen – hat sie Folgendes festgehalten (pag. 363-368):

Die Frage, ob ein ärztlicher Gutachter, der seine Expertise ohne Einwilligung des Exploranden einem Dritten zugänglich macht, das durch Art. 321 StGB geschützte ärztliche Berufsgeheimnis verletzt, wird in Lehre und Rechtsprechung kontrovers beantwortet (siehe insbesondere das von der Versicherungswirtschaft in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten von Prof. NIKLAUS SCHMID vom 2. April 2003, HAVE 2004, S. 52 ff, und das von Geschädigtenvertretern initiierte Gegengutachten von Prof. PETER ALBRECHT vom 15. September 2003, HAVE 2004, S. 60ff; Stellungnahme des Chefs der Sektion Strafrecht des Bundesamtes für Justiz, HAVE 2004, S. 50 ff; CARLO SANTI [Winterthur Versicherungen], Die Sonderstellung des Arztes beim Aktengutachten, HAVE 2004, S. 68ff; Stellungnahme von EVA POUGET-HÄNSELER [Zürich Versicherungen], Datenschutz und Gutachten durch Haftpflichtversicherer: Eine Ergänzung, HAVE 2004, S. 152 ff; MARCEL SÜSSKIND [Winterthur Versicherungen], Datenschutz in der Versicherungswirtschaft, HAVE 2004, S. 193 ff; Urteil des Obergerichtes Aargau vom 31. März 2005 [pag.306-318], Urteil der Einzelrichterin des Kreisgerichtes St. Gallen vom 1.12.2005 [pag. 319-340]).

Zentrale Frage ist, ob der ärztliche Gutachter, der ohne Einwilligung des Exploranden ein Gutachten für einen Privatversicherer erstellt, im Sinne von Art. 321 StGB unberechtigterweise ein Geheimnis offenbart, das ihm infolge seines Berufes anvertraut worden ist oder das er in Ausübung seines Berufes wahrgenommen hat. SCHMID betont in seinem Gutachten, dass Art. 321 StGB nichts anderes als das Arzt-Patienten-Verhältnis

schütze. Geschützt seien alle Informationen, die ein Arzt im Rahmen dieser Beziehung erfahre, gegen die Offenlegung gegenüber Dritten. Bei der Erstellung eines Aktengutachtens, das ein Privatversicherer bei einem Arzt in Auftrag gibt, fehlt es nach SCHMID am ärztlichen Vertrauensverhältnis zum Exploranden. Deshalb stelle die Bekanntgabe der aus den medizinischen Unterlagen gewonnenen Diagnosen an den Versicherer keine Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses dar. Demgegenüber betont ALBRECHT, dass das ärztliche Berufsgeheimnis auch gegenüber Versicherern bestehe, da auch mit der Erstattung eines Aktengutachtens höchst sensible persönliche Daten berührt werden, die unter Umständen vom Versicherer gegen den Geschädigten verwendet werden können. ALBRECHT räumt zwar ein, dass Art. 321 StGB primär auf die von SCHMID betonte Arzt-Patientenbeziehung zugeschnitten sei, aber sich nicht darauf beschränke und nicht zwingend diese Sonderbeziehung verlange. Dies ergebe sich allein schon aus dem Wortlaut von Art. 321 StGB, der nicht nur die anvertrauten Geheimnisse, sondern auch die in Ausübung seines Berufes als Arzt wahrgenommenen Geheimnisse schütze. Der vom Gesetz verlangte inhaltliche Bezug zur ärztlichen Berufstätigkeit bestehe schon, wenn dem Arzt ein Zugang zum Geheimnis gewährt oder möglich geworden sei, weil er Arzt sei. Wäre die Auffassung von SCHMID richtig, würde sich gemäss ALBRECHT der Aktengutachter für das Ausplaudern seiner Erkenntnisse gegenüber einer Drittperson nach Art. 321 StGB nicht strafbar machen. Demgegenüber stellt das Bundesamt für Justiz wesentlich darauf ab, ob die Erkenntnisse des Aktengutachters lediglich die Bestätigung einer dem Versicherer grundsätzlich bereits bekannt gewesenen Diagnose darstellen. Vermittelt der Gutachter ihm neue Erkenntnisse, sieht das Bundesamt darin die strafbare Offenbarung eines Geheimnisses.

Zunächst muss geklärt werden, ob der Aktengutachter überhaupt als Arzt gemäss Art. 321 StGB anzusehen ist.

Wird nach der ratio legis von Art. 321 StGB gefragt, so verfolgt diese Strafnorm mehrere Schutzzwecke. Die Verpflichtung wichtiger Berufsstände auf die Verschwiegenheit soll zum einen das öffentliche Vertrauen in unverzichtbare Dienstleistungen sicherstellen (BGE 87 IV 108; BGE 102 Ib 606). Berufe wie Arzt oder Anwalt können nur einwandfrei ausgeübt werden, wenn das Publikum aufgrund einer unbedingten Garantie der Verschwiegenheit das unentbehrliche Vertrauen zum Berufsinhaber hat. Ein anderer Schutzzweck besteht im Schutz der Geheimsphäre des Einzelnen, der etwa ärztliche Dienstleistungen in Anspruch nimmt (TRECHSEL, a.a.O., N 1 zu Art. 321 StGB). So oder anders geht es aber typischerweise um den Schutz von Dritten, die Dienstleistungen eines der in Art. 321 StGB aufgezählten Berufe in Anspruch nehmen. Da Art. 321 StGB nicht nur das privatrechtliche Arzt-Patienten-Verhältnis schützen soll, sondern grundsätzlich dem Schutz der

Geheimsphäre des Einzelnen dient, können nach einer erweiterten Definition als Ärzte im Sinne von Art. 321 StGB generell Mediziner gelten, die therapeutisch oder diagnostisch an Menschen tätig sind. Der Strafnorm unterstehen damit auch etwa der Anstaltsarzt, Rechtsmediziner oder Pathologe (BK-OBERHOLZER, N 5 zu Art. 321 StGB), die nicht aufgrund eines frei gewählten Vertrauensverhältnisses an einem Menschen tätig werden (nach Keller, a.a.O., S. 97 ff, unterstehen beamtete Ärzte je nach Funktion nur bzw. auch dem Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB). Soweit diese ihre Erkenntnisse nicht unbefugten Dritten zugänglich machen, können sie sich auf die Erfüllung von Amtspflichten oder Vertrag als straffausschliessenden Rechtfertigungsgrund berufen.

Es stellt sich die Frage, ob Art. 321 StGB über den Kreis der diagnostisch oder therapeutisch am Menschen tätigen Mediziner hinaus auch auf Ärzte ausgedehnt werden soll, die ihre Erkenntnisse ausschliesslich aus ihnen zur Verfügung gestellten Akten gewinnen. Grundsätzlich muss dies bejaht werden, da auch in dieser Konstellation schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Exploranden auf dem Spiel stehen. Der Schutz der Geheimsphäre beschränkt sich nicht nur auf privatrechtlich begründete, frei gewählte Vertrauensverhältnisse, sondern schliesst auch Konstellationen mit stark gelockertem Vertrauensbezug ein, wie dargelegt worden ist. Mit ALBRECHT ist daher zu folgern, dass auch ein Aktengutachter grundsätzlich an das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB gebunden ist und keinen Freipass hat, seine Erkenntnisse beliebig gegenüber Dritten zu verbreiten. Die Unterscheidung zwischen Ärzten, die am Menschen tätig sind, und solchen, die aufgrund von Akten über Menschen gutachterlich tätig sind, taugt als strafrechtlich relevantes Abgrenzungskriterium nicht. Als Arzt im Sinne von Art. 321 StGB muss daher nicht nur ein Mediziner gelten, der diagnostisch oder therapeutisch tätig ist, sondern auch ein ärztlicher Gutachter (vgl. TRECHSEL, a.a.O., N 9 zu Art. 321 StGB). Die datenschutzrechtliche Verbotsnorm gemäss Art. 35 DSG, die ein solches Verhalten lediglich als Übertretung ahndet, würde dem unter Umständen schwerwiegenden Charakter eines solchen Eingriffs in die Privatsphäre des Exploranden nicht gerecht werden, und zeigt die Notwendigkeit, dass ein solches Verhalten ebenfalls der Strafnorm von Art. 321 StGB untersteht.

Der Strafnorm Art. 321 StGB unterstehen somit auch Ärzte, die ihre Erkenntnisse über Patienten ausschliesslich aus ihnen zur Verfügung gestellten Akten gewinnen. Wäre dem nicht so, so könnte der Angeschuldigte 3 heute seine medizinischen Kenntnisse über die Privatklägerin z.B. in einem Radiointerview veröffentlichen, was nicht sein darf.

Als nächstes ist die Frage zu beantworten, ob ein Aktengutachter, der seine Erkenntnisse ohne Einwilligung des Betroffenen einer Drittperson eröffnet, ein Geheimnis offenbart, das er in Ausübung seiner Tätigkeit als Mediziner über eine individuelle Person gewonnen hat?

Dies trifft zu, wenn er solche Erkenntnisse bei beliebigen Dritten verbreitet. Es ist aber zu verneinen, wenn der Gutachter seine Erkenntnisse einem Dritten eröffnet, der als Geheimnisherr zu gelten hat. Geheimnisherr ist dabei nicht nur der Betroffene selber, sondern kann auch ein Versicherer sein, der rechtmässig im Besitz von medizinischen Geheimnissen über den Betroffenen ist. Die Geheimnisherrschaft des Versicherers ist zwar nicht so umfassend wie jene des Betroffenen selber, der beispielsweise seine Daten einem beliebigen Dritten bekannt geben darf. Die Geheimnisherrschaft verleiht dem Versicherer, der rechtmässig im Besitz von medizinischen Geheimnissen über einen Betroffenen ist, ebenfalls gewisse Rechte im Umgang mit diesen Informationen. Diese Rechte umfassen insbesondere den Anspruch auf eine sachgerechte Interpretation der Daten, die für die Schadenregulierung benötigt werden. Reicht dazu der Sachverstand des Schadensachbearbeiters nicht aus, dürfen diese medizinischen Daten einem versicherungsinternen medizinischen Dienst zur Beurteilung überlassen werden. Teilt der versicherungsinterne Mediziner seine Schlussfolgerungen dem Schadensachbearbeiter mit, würde er als Konsequenz aus dem Gutachten ALBRECHT bereits ein medizinisches Geheimnis gegenüber einem unbefugten Dritten offenbaren, von dem er als Arzt Kenntnis genommen hat, und damit den Tatbestand von Art. 321 StGB erfüllen. Wäre dies so, könnte ein Haftpflichtversicherer medizinische Daten eines Geschädigten ohne dessen Einwilligung nicht einmal durch seinen internen medizinischen Dienst beurteilen lassen. Dies würde zu einer sachlich ungerechtfertigten Überdehnung des ärztlichen Berufsgeheimnisschutzes führen. In diesem Fall erscheint es als sachgerecht, nicht von der Preisgabe eines Geheimnisses zu sprechen, da der Haftpflichtversicherer Geheimnisherr ist und der versicherungsinterne Arzt nur dem zuständigen Schadensachbearbeiter berichtet.

Entscheidet sich der Haftpflichtversicherer dafür, die medizinischen Abklärungen nicht intern vorzunehmen – etwa weil es an den notwendigen hausinternen Spezialisten fehlt –, liegt keine grundsätzlich andere Situation vor. Geheimnisherr bleibt auch hier der Haftpflichtversicherer, und der als Hilfsperson beigezogene Experte begeht keinen Geheimnisverrat, wenn er ausschliesslich auf der Basis der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen seinem Auftraggeber seine Schlüsse daraus mitteilt (TRECHSEL, a.a.O., N 9 zu Art. 321 StGB, betrachtet es als zulässig, dass der Experte an den Auftraggeber berichtet). Die Geheimnisherrschaft eines Versicherers über medizinische Unterlagen beschränkt sich nicht auf die Erkenntnisse, die ein Schadensachbearbeiter als medizinischer Laie daraus ableiten kann, sondern umfasst auch alle implizit darin enthaltenen Gesundheitsinformationen, die nur vom ärztlichen Spezialisten erkannt werden können.

Anders wäre es, wenn der Gutachter zusätzlich aus anderer Quelle erworbene Kenntnisse mit medizinischem Geheimnischarakter seinem Auftraggeber mitteilen würde. Die Rechtsprechung, wonach eine strafbare Offenbarung eines ärztlichen Berufsgeheimnisses vorliegt, wenn der Adressat kein verlässliches und vollständiges Wissen über den Sachverhalt hat (vgl. BGE 106 IV 131), ist auf die Situation zugeschnitten, dass ein Arzt unaufgefordert einem Dritten gegenüber, der nicht Geheimnisherr ist, berichtet, so etwa einer Amtsstelle. Dieser Dritte ist nicht berechtigt, sein Wissen zu vervollständigen. Anders ist es, wenn ein ärztlicher Gutachter seinem Auftraggeber auf der Basis jener Unterlagen berichtet, die dieser ihm für das Aktengutachten zur Verfügung gestellt hat. Der Auftraggeber ist als Geheimnisherr berechtigt, alle Erkenntnisse zu erlangen, die sich aus seinen Unterlagen gewinnen lassen, auch wenn er dafür auf die Unterstützung externer Hilfspersonen angewiesen ist. TRECHSEL a.a.O., N 23 zu Art. 321 StGB, geht soweit, dass ein Gutachter seinerseits einen Sachverständigen beiziehen darf. Umso mehr wird es ihm ohne Verletzung des Berufsgeheimnisses erlaubt sein, seinem Auftraggeber zu berichten.

Abgesehen davon verfügen die Haftpflichtversicherer – wie im Rahmen der Ausführungen zum Datenschutz gezeigt worden ist – mit Art. 14 DSGVO über eine Rechtsgrundlage, die es ihnen erlaubt, unter bestimmten Voraussetzungen externe Datenbearbeitungen vornehmen zu lassen – auch im Bereich sensibler Persönlichkeitsdaten. Der externe Aktengutachter handelt gestützt auf Art. 14 DSGVO als Hilfsperson des Versicherers und kann sich in dieser Eigenschaft gemäss Art. 32 StGB auf das Gesetz als Rechtfertigungsgrund für seine Tätigkeit stützen.

Es trifft zu, dass der Aktengutachter dem Versicherer möglicherweise zu entscheidenden Informationen verhilft, die jener gegen den Geschädigten verwenden kann. Dies ist sachlich aber gerechtfertigt, da der Aktengutachter vom Versicherer gerade als Hilfsperson beigezogen wird, um mit seinem Fachwissen idealerweise zur Klärung der Frage beizutragen, ob die beanspruchten Versicherungsansprüche gerechtfertigt sind. Als Hilfsperson steht der medizinische Aktengutachter in einem Auftragsverhältnis zum Versicherer und in keinem Loyalitätsverhältnis zum Geschädigten. Dass es den Versicherern mit solchen externen Gutachten evtl. nicht um die unvoreingenommene Klärung eines medizinischen Sachverhaltes, sondern um die Beschaffung einer für sie günstigen Stellungnahme bei Experten geht, ist möglich, aus strafrechtlicher Sicht jedoch irrelevant und daher vorliegend kein Beweisthema. Denn die Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses ist nicht davon abhängig, welche verhandlungstaktischen Ziele Versicherer mit einem solchen medizinischen Gutachten allenfalls verfolgen.

c) Die Kammer kann sich den in jeder Hinsicht zutreffenden rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz vollumfänglich anschliessen, weshalb an dieser Stelle in erster Linie auf die oben wiedergegebenen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden kann.

Lediglich ergänzend dazu hält die Kammer fest, dass die Vorinstanz bei der Frage der Anwendbarkeit des ärztlichen Berufsgeheimnisses zu Recht nicht der – auch von den Verteidigern der Angeschuldigten vertretenen – Auffassung von SCHMID gefolgt ist, der die Erstattung von Aktengutachten durch Ärzte für Versicherungen von vornherein dem Anwendungsbereich des Art. 321 StGB entziehen will. Wie wenig überzeugend hier die Argumentation von SCHMID ist, zeigt sich darin, dass er dem Bundesamt für Justiz (BJ) eine vereinfachende Betrachtungsweise vorwirft mit der Begründung, das BJ hätte sich eigentlich bewusst sei müssen, dass jedem Berufsgeheimnis Grenzen gesetzt seien. Bekannt seien beispielsweise die Schranken des Anwaltsgeheimnisses, welches nur im berufsspezifischen Bereich der Anwaltstätigkeit, also etwa der Beratung und der Vertretung vor Behörden gelte, aber nicht beansprucht werden könne, wenn sich der Anwalt als Vermögensverwalter, Verwaltungsrat u.ä. betätige (pag. 125, HAVE-Heft S. 55). Was bei dieser Argumentation nicht zur Sprache kommt, ist, dass sich just beim Anwaltsberuf Abgrenzungsprobleme ergeben können, indem es hier darauf ankommt, in welcher Eigenschaft ihm das Geheimnis anvertraut worden ist; überwiegt das kaufmännische Element der Tätigkeit des Anwalts derart, dass sie nicht mehr als anwaltliche betrachtet werden kann, so erstreckt sich das Berufsgeheimnis darauf nicht mehr umfassend (vgl. hierzu BSK StGB II-OBERHOLZER, Art. 321 N 13 sowie BGE 115 Ia 199). Daraus ergibt sich e contrario der Schluss, dass das Berufsgeheimnis zum Tragen kommt, wenn nicht das kaufmännische, sondern das anwaltliche Element überwiegt. In der hier vorliegenden Konstellation steht evidentermassen einzig das ärztliche Element zur Debatte. In diesem Zusammenhang führt ALBRECHT zu Recht aus, dass die Versicherungen die Experten im Hinblick auf deren Fähigkeiten als Mediziner beiziehen, und dass diese folglich in ihrer spezifischen Berufsrolle tätig werden (pag. 125, HAVE-Heft S. 52). Entzöge man die Aktengutachter der Strafnorm von Art. 321 StGB, dessen Strafandrohung Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe lautet, würden sich geradezu stossende Strafbarkeitslücken ergeben, welche sich mit der blossen Übertretungsstrafnorm von Art. 35 DSG – hier ist nach der seit 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Revision des Strafgesetzbuches nur noch die Aussprechung einer Busse möglich – höchst unzureichend schliessen liessen. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht zum Schluss gelangt, dass der Strafnorm von Art. 321 StGB auch Ärzte unterstehen, die ihre Erkenntnisse über Patienten ausschliesslich aus ihnen zur Verfügung stehenden Akten gewinnen.

Sodann ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass es vorliegend an der Tathandlung der Geheimnisoffenbarung fehlt. Die Vorinstanz hat insbesondere zutreffend dargelegt, warum die von der Privatklägerin erwähnte Rechtsprechung, wonach eine Offenbarung des ärztlichen Berufsgeheimnisses vorliegt, wenn der Adressat kein verlässliches und vollständiges Wissen über den Sachverhalt hat, nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar ist. Zu Recht hat die Vorinstanz hierbei ausgeführt, es müsse der Versicherung möglich sein, im Zusammenhang mit der Schadensregulierung ihr bereits vorliegende medizinische Daten durch einen internen medizinischen Dienst sachgerecht interpretieren zu lassen, ohne dass eine Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses vorliege. Sodann wurde zu Recht festgestellt, dass sich diese Situation nicht grundsätzlich von jener unterscheide, wo die Versicherer – z.B. mangels entsprechender Ressourcen – statt auf einen internen medizinischen Dienst zurückzugreifen, einen externen medizinischen Experten beauftragt. Wie zutreffend diese Überlegungen sind, wird auch unter folgendem Aspekt deutlich: Würde man mit ALBRECHT bereits ein intern angefertigtes medizinisches Aktengutachten bereits als unter den Tatbestand von Art. 321 StGB fallend betrachten, müsste Art. 321 StGB, welcher bekanntlich nicht nur das ärztliche Berufsgeheimnis regelt, konsequenterweise auch dann zur Anwendung gelangen, wenn interne Unternehmensjuristen rechtmässig dem Haftpflichtversicherer zugegangenen Akten einer rechtlichen Analyse unterziehen. Dass dies selbst dann nicht sein könnte, wenn man Unternehmensjuristen grundsätzlich der Strafnorm von Art. 321 StGB unterstellen würde (zum diesbezüglichen Diskussionsstand vgl. SCHWARZ in Anwaltsrevue 9/2006 S. 338 ff.) bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Ganz wesentlich erscheint der Kammer schliesslich auch der Hinweis der Vorinstanz darauf, dass auch hier ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 32 aStGB bzw. Art. 14 StGB vorliegt (pag. 367). Wenn wie hier die Datenbearbeitung durch einen Dritten nach Art. 14 DSG erlaubt ist, muss es selbstverständlich auch zulässig sein, dass der Dritte dem Auftraggeber das Aktengutachten aushändigt. Lässt der Gesetzgeber das Outsourcing unter bestimmten – hier vorliegenden – Voraussetzungen zu, impliziert dies, dass der Dritte dem Auftraggeber das Ergebnis der Datenbearbeitung mitteilt.

Aufgrund des Gesagten ist der Freispruch des Angeschuldigten S. vom Vorwurf der Verletzung des Berufsgeheimnisses zu bestätigen. Mangels strafbarer Haupthandlung sind auch die Angeschuldigten M. und Sch. vom Vorwurf der Anstiftung zur Verletzung des Berufsgeheimnisses freizusprechen.

3. unbefugtes Beschaffen von Personendaten (Art. 179^{novies} StGB)

Als Folge des freisprechenden Erkenntnisses betreffend Art. 35 DSG und Art. 321 StGB bleibt auch kein Raum für einen Schuldspruch nach Art. 179^{novies} StGB, da hierbei eine *unbefugte* Datenbeschaffung vorausgesetzt wird. Damit kann vorliegend offen bleiben, ob im vorliegenden Fall überhaupt ein „Beschaffen“ der besonders schützenswerten Personendaten im Sinne dieser Bestimmung vorgelegen hätte, wird hierbei doch ein Überwinden oder Umgehen der Zugangssperre verstanden (BSK StGB II-VON INS/WYDER, N 18 zu Art. 179^{novies}).