

Datenschutz in der Medizin

**Straffreiheit für Auftragsverarbeiter: Der neue §203
StGB"**

**Historie, Grundzüge der Vorschrift, Regelwerke,
praktische Umsetzung.**

Rechtsanwältin Ute Bottmann
Fachanwältin für Strafrecht

Wiesbaden, den 22.03.2018

Übersicht

A. Gesetzeshistorie

B. Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 StGB

I. Geheimnisbegriff

II. Tathandlung des Offenbarens

III. Tatbestandsmerkmal der Unbefugtheit

1. Ausdrückliche, konkludente bzw. mutmaßliche Einwilligung

2. Gesetzliche Offenbarungspflichten

3. Rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB

4. Erforderlichkeit der Offenbarung gemäß § 203 Abs. 3 S. 2 StGB

5. Wahrung berechtigter Interessen analog § 193 StGB

IV. Vorsatz

V. Neuer Straftatbestand § 203 Abs. 4 StGB

1. Strafbarkeit der mitwirkenden Personen, sofern sie die ihnen anvertrauten Geheimnisse unbefugt wiederum Dritten offenbaren, § 203 Abs.4 Satz 1 StGB
2. Strafbarkeit des Berufsgeheimnisträgers, wenn er ohne eine Geheimhaltungsvereinbarung tätig wird, es sei denn der sonstige mitwirkende Dritte seinerseits ist ein Berufsgeheimnisträger, § 203 Abs.4 Satz 2 Nr.1 StGB

B. Verhältnis Datenschutz zur Schweigepflicht

- I. Datenerhebung i.S.v. DS-GVO
- II. Pflicht zu besonderen Sicherungs- und Schutzmaßnahme DS-GVO und MBO-Ä
- III. Verhältnis Datenschutz zur Schweigepflicht

A: Gesetzeshistorie

- ⇒ Im digitalen Zeitalter nutzen auch Freiberufler externe IT-Dienste und es war notwendig die Verschwiegenheitspflichten entsprechend zu reformieren
- ⇒ Gesetzesentwurf zur „Neuregulierung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“ wurde erstmals am 27.04.2017 im Bundestag diskutiert und in die Ausschüsse (zur Anpassung der prozessualen Normen etc.) überwiesen
- ⇒ Das Gesetz wurde dann am 29.06.2017 verabschiedet und vom Bundesrat am 22.09.2017 gebilligt und es ist am 09.11.2017 in Kraft getreten

Schweigepflicht gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB

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

Arzt (...)

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

I. Geheimnisbegriff

⇒ Dreigliedriger Begriff des Geheimnisses:

- Eine Tatsache - kein Werturteil oder Gerücht
- Geheime Tatsache
- Geheimhaltungsinteresse des Patienten.

Weite Begriffsauslegung (Anamnese Diagnose Therapiemaßnahmen persönliche, familiäre, berufliche und wirtschaftliche Umstände)

⇒ Berufsspezifischer Konnex der Kenntniserlangung (Informationen, die der Arzt in seiner beruflichen Eigenschaft und nicht im privaten Bereich erlangt)

II. Tathandlung – „Offenbaren“

Mündlichen, schriftliche oder auf sonstige Weise erfolgte Hingabe von geheimen Tatsachen aus dem Kreis der Wissenden

1. Neufassung des § 203 Abs. 3 S. 1 StGB:

- ⇒ schon kein strafbares Offenbaren, wenn berufsmäßig tätige Gehilfen in die Geheimnisse eingeweiht werden (Gehilfen müssen auf Dauer angelegt gewerbsmäßig tätig und berufsmäßig beim Geheimnisträger angesiedelt sein)

2. Neufassung des § 203 Abs. 3 S.2 StGB:

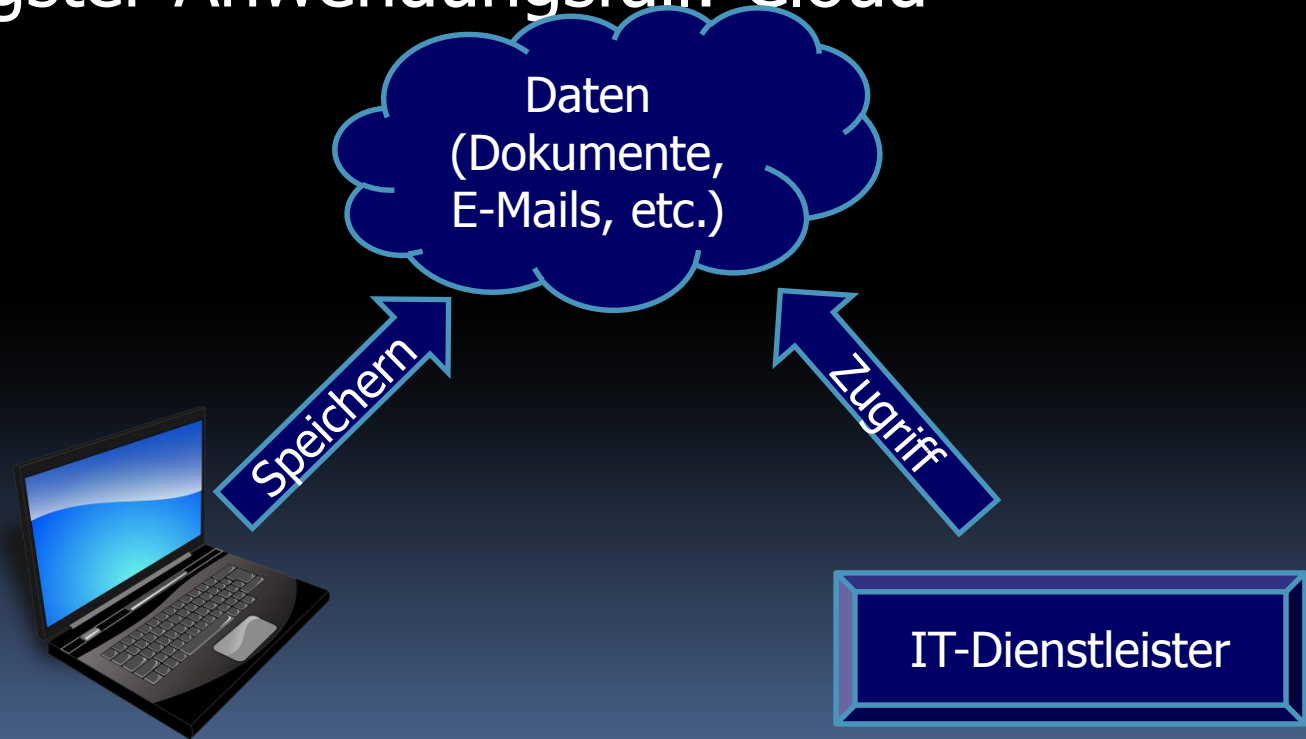
- ⇒ werden Geheimnisse an **sonstige Personen** weitergegeben, die an der Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers/ des Arztes mitwirken, liegt eine Offenbarung vor
- ⇒ sonstige Personen können nur natürliche Personen sein und sind gerade nicht in die Sphäre des Berufsgeheimnisträgers eingegliedert
- ⇒ die Offenbarung kann jedoch gemäß § 203 Abs. 3 S.2 StGB gerechtfertigt sein

3. Offenbarung gegenüber sonstigen Personen, die an der Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers/ des Arztes mitwirken, **ist gerechtfertigt**, soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit erforderlich ist

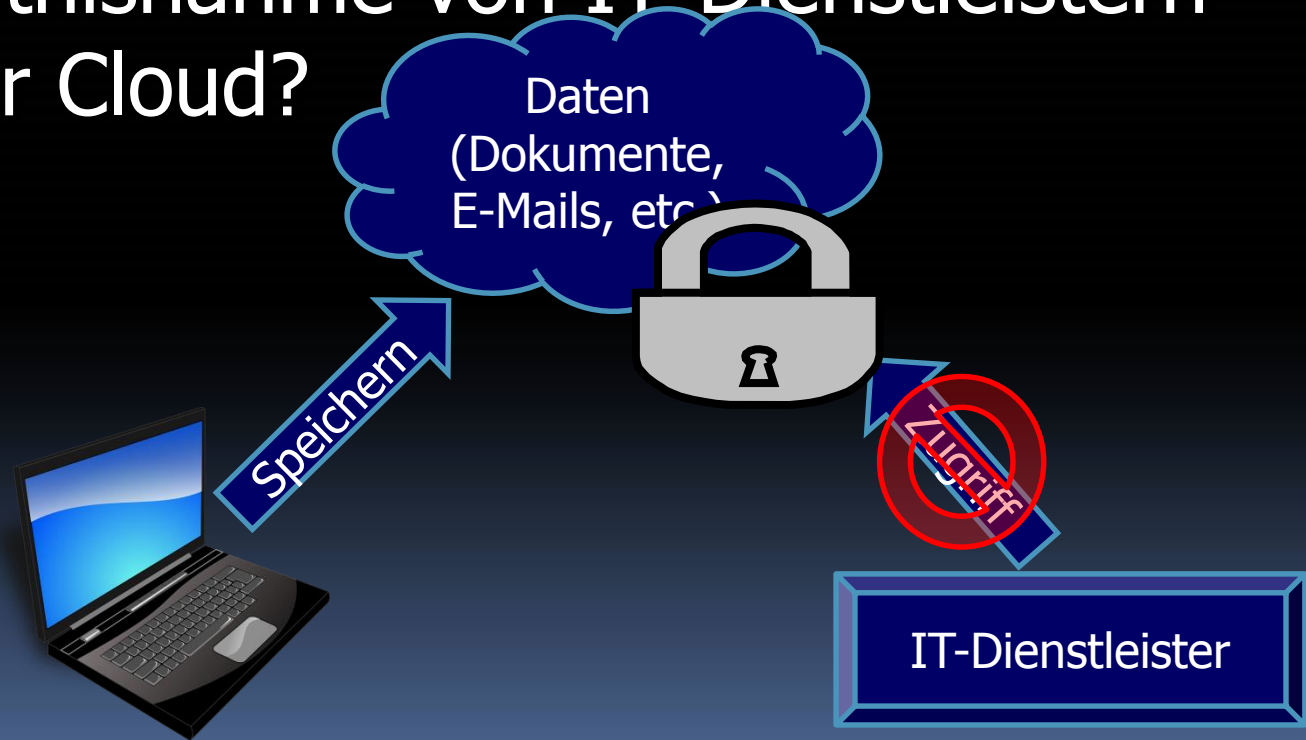
- ⇒ es sollten nicht mehr geschützte Geheimnisse offenbart werden als notwendig (Anonymisierung, Pseudonomisierung oder Verschlüsselung von Daten)
- ⇒ erforderlich, wenn sonstige Person notwendigerweise in Kontakt mit den Geheimnissen kommt und eine Verschlüsselung der Daten ausscheidet (z.B. weil Daten nicht nur gespeichert, sondern auch verarbeitet werden sollen)

IT-Dienstleistungen

Häufigster Anwendungsfall: Cloud



Wie verhindert man Möglichkeit der Kenntnisnahme von IT-Dienstleistern in der Cloud?



- Verschlüsselung ist grundsätzlich geeignet, eine Kenntnisnahme zu verhindern;
- Problem: IT-Dienstleister stellt die Verschlüsselung in der Regel selbst zur Verfügung und kann deshalb auf den Schlüssel zugreifen → Es besteht weiterhin die Möglichkeit des Zugriffs durch den IT-Dienstleister.

- Datenübertragung/-speicherung ohne Verschlüsselung

Zugriff des
Dienstleisters (+)

- Datenübertragung/-speicherung mit Verschlüsselung, aber IT-Dienstleister hat den Schlüssel

Zugriffsmöglichkeit
des Dienstleisters
(+)

- Datenübertragung/-speicherung mit Verschlüsselung und nur der Berufsgeheimnisträger hat Zugriff auf den Schlüssel – nur hier findet keine Offenbarung statt

Zugriff des
Dienstleisters (-)

Bekannte IT-Dienstleister:

Google: Google Apps for Work und Google Cloud Plattform

Microsoft: Office 365 und Microsoft Azure
(Microsoft bietet speziell Datenspeicherung in Deutschland an; Server in Frankfurt am Main und Magdeburg <https://www.microsoft.com/de-de/cloud/deutschland-als-neue-microsoft-rechenzentrumsregion.aspx>)

Amazon: Amazon Web Services (AWS; Datenspeicherung in Deutschland möglich, Server in Frankfurt <https://aws.amazon.com/de/security/?hp=tile>)

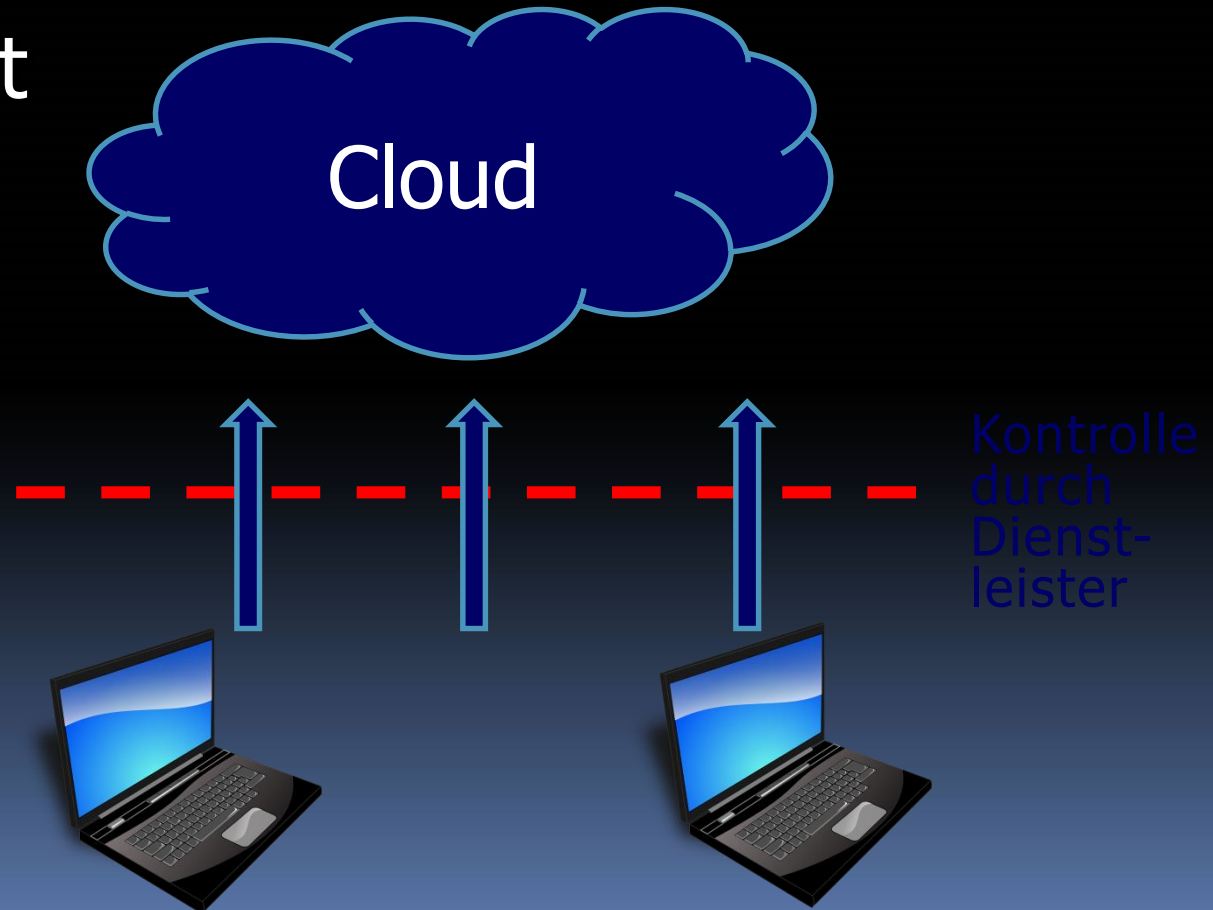
Problem: Standardmäßig bieten die meisten Dienstleister nur Lösungen der Fallgruppe 2 an.

Folge: Rechtliche Unsicherheit bei der Nutzung von IT-Dienstleistungen durch Berufsgeheimnisträger. Diese Unsicherheit soll das neue Gesetz beseitigen.

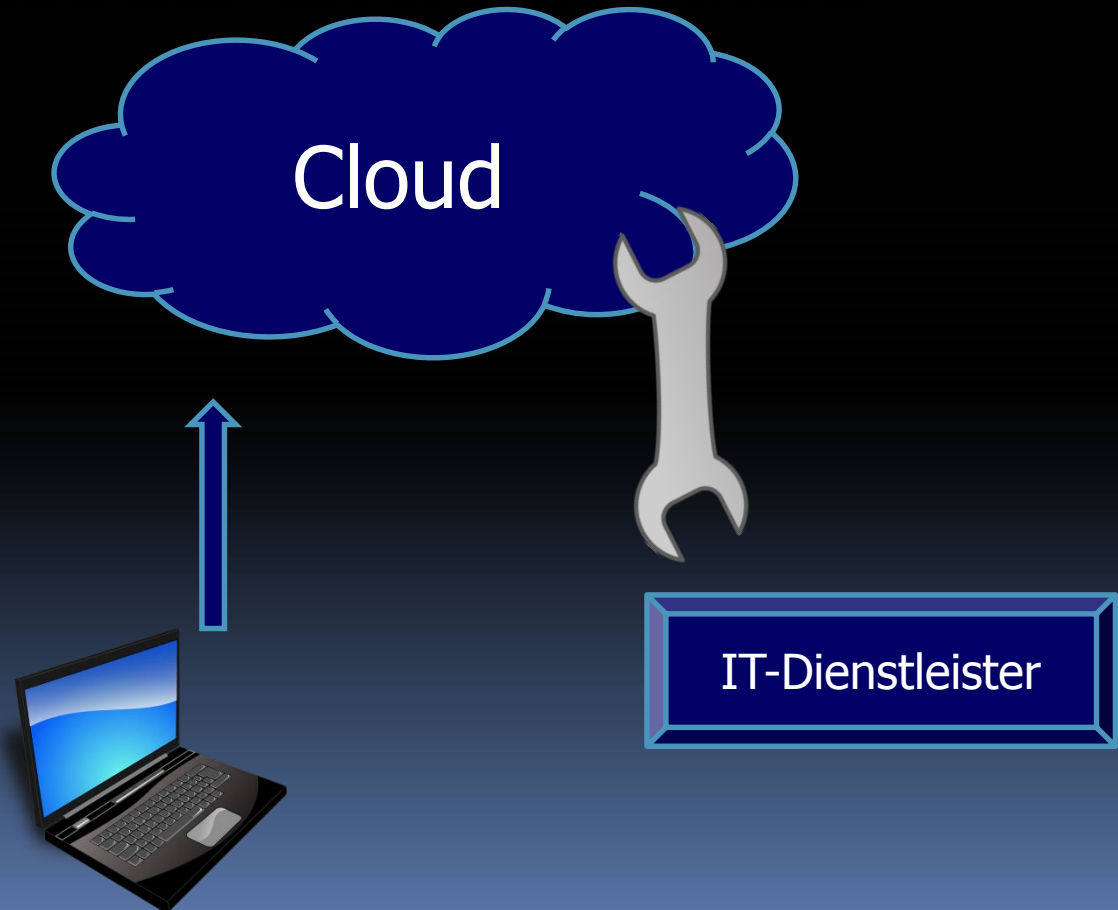
1. Einführung einer Befugnis zur Offenbarung

- Schaffung der „sonstigen mitwirkenden Person“
- Voraussetzung: Offenbarung muss für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich sein
- Gesetzesbegründung: *„Auch gegenüber dem IT-Spezialisten ist somit das Offenbaren im Sinne der Ermöglichung der Kenntnisnahme erforderlich, **damit der Berufsgeheimnisträger dessen Tätigkeit (Wartung, Einrichtung etc. der IT-Anlagen) überhaupt sinnvoll in Anspruch nehmen kann.**“*

Beispielsfälle zur Erforderlichkeit: Sicherheit



Beispielsfälle zur Erforderlichkeit: Wartung



Besonders bei Erforderlichkeit beachten:

Fallkonstellationen in den
Vertrag mit dem Dienstleister
aufnehmen

Wenn Erforderlichkeit nicht
gegeben: Strafbarkeit nach
§ 203 StGB

III. Unbefugtheit

Vier wesentliche Rechtfertigungsgründe:

1. Einwilligung

- a) Ausdrückliche Einwilligung
(Schweigepflichtsentbindungserklärung)
- b) Konkludente/stillschweigende Einwilligung

Praxisrelevante Abgrenzungsbeispiele:

aa) Konsiliarius:

grundsätzlich besteht Verschwiegenheitspflicht der Ärzte untereinander

- anders beim Konsil oder der Nachbehandlung:
konkludentes Einverständnis

Ausnahme: § 73 Abs. 1 b SGB V

- bb) Übermittlung an externes Labor oder Laborgemeinschaft:
 - Pseudonisiert: Einwilligung nicht erforderlich
 - Versandt von Körpermaterial mit Daten: Einwilligung erforderlich
- cc) Übermittlung an privatärztliche Verrechnungsstellen:
Grundsätzlich ein ausdrückliches Einverständnis erforderlich –
Stillschweigen kann nicht als Zustimmung gewertet werden.
- dd) Keine Offenbarungspflicht gg private Krankenversicherungen
oder Lebensversicherungen: I.R. konkludentes Einverständnis
d. Patienten
 - Formularmäßige Schweigepflichtsentbindungserklärungen
nicht für die gesamte Laufzeit wirksam – Aktualisierung
notwendig

- ee) Keine Übermittlung an Arbeitgeber
 - Ausnahme bei Schwangerschaftsbescheinigungen
- ff) Betriebsärzte: unterliegen ebenfalls Schweigepflicht
 - Ausnahme: Einstellungsuntersuchung, Arbeitnehmer erklärt konkludent Einwilligung zur Weitergabe, allerdings keine Einzelheiten zum Befund
 - Datenweitergabe bei allgemeine Vorsorgeuntersuchungen nur mit Einverständnis
- gg) Praxisverkauf: Datenweitergabe des Verkäufers nur mit Einwilligung des Patienten möglich
 - Patientenkartei: Zwei-Schrank-Modell
 - EDV-Archivierung: Sperrung des Altdatenbestands mit Passwort (Mutmaßliche oder stillschweigende Einwilligung scheidet aus)

c) Mutmaßliche Einwilligung

- Wenn ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung nicht möglich (subsidiär)
- Schmalere Anwendungsbereich
- Voraussetzung: Der Patient muss zweifelsfrei und erkennbar kein Interesse an der Geheimhaltung haben.
Beispiele: Bewusstloser Patient oder Komapatienten bzw. bedrohliche Befunde

2. Gesetzliche Offenbarungspflichten
 - a) Pflicht zur Offenbarung bei der Kassenärztliche Abrechnung (§§ 294 ff SGB V)
 - b) Auskunftspflicht zur Wirtschaftlichkeitsprüfung (§§ 12, 106 SGB V)
 - c) Auskunft für Plausibilitätsprüfungen (§ 106 a SGB V)
 - d) Auskunft gegenüber MDK unter Anwendung einer Erforderlichkeitsprüfung
 - e) Offenbarung gegenüber Berufsgenossenschaften (§§ 201, 203 SGB VII), hierüber ist der Patient zu informieren
 - f) Mitteilungspflichten an das Gesundheitsamt nach Infektionsschutzgesetz
 - g) Schutz vor Strahlenbelastung (§ 17 a Abs. 4 RöV)
 - h) Meldepflicht von Substitutionsbehandlungen bei der KV
 - i) Krebsregister-Meldung an Vertrauensstelle;
 - Falls Patient widerspricht, besteht Pflicht zur Unterlassung und Löschung
 - j) Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB)
 - Katalog der Taten wie Mord, Totschlag, erpresserischer Menschenraub, begründet Anzeigepflicht, andere als im Katalog genannte Straftaten rechtfertigen keinen Schweigepflichtsbruch

3. Rechtfertigender Notstand gemäß § 34 StGB zum Schutz eines höherrangigen Rechtsgutes unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und einer ordnungsgemäßen Güter- und Interessenabwägung
 - a) Bei Beschlagnahme von Patientenunterlagen:
Im Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO dürfen seine Krankenakten bei Ermittlungen gegen Patienten nicht gemäß § 97 StPO beschlagnahmt werden
 - anders, wenn sich die Unterlagen beim Patienten befinden;
 - anders, wenn gegen den Arzt, z.B. wegen Abrechnungsbetrug oder Behandlungsfehler ermittelt wird.

- b) Die Neufassung des § 203 StGB hat sich auch auf das Zeugnisverweigerungsrecht und das Beschlagnahmeverbot ausgewirkt.

Gemäß § 53a StPO und nach § 97 Abs. 3 StPO steht nun auch den mitwirkenden Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht und ein Beschlagnahmeprivileg zu.

- c) Bei Gefahren für die Allgemeinheit, z.B. Teilnahme am Straßenverkehr bei Medikamenten- bzw. Alkoholkonsum
- d) Bei Kindesmisshandlung überwiegt Wohl des Kindes
- e) Bei AIDS-Erkrankung ist wegen Infektionsgefahr des Lebenspartners eine Offenbarung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen möglich; werden beide Partner vom gleichen Arzt behandelt besteht die Verpflichtung zur Unterrichtung

4. Wahrung berechtigter Interessen analog § 193 StGB

Bei Nichtzahlung des Honorars oder zur Verteidigung des Vorwurfs der Falschbehandlung

IV. Vorsatz

§ 203 StGB verlangt einen bewussten und gewollten Geheimnisbruch

Darüber hinaus ist die Norm ein absolutes Antragsdelikt gemäß § 77 b Abs. 1 StGB (innerhalb von drei Monaten).

V. Neuer Straftatbestand in § 203 Abs. 4 StGB:

- ⇒ die schon zuvor geltende Strafbarkeit für die mitwirkenden Personen ist nunmehr in § 203 Abs. 4 S. 1 StGB festgelegt (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe)

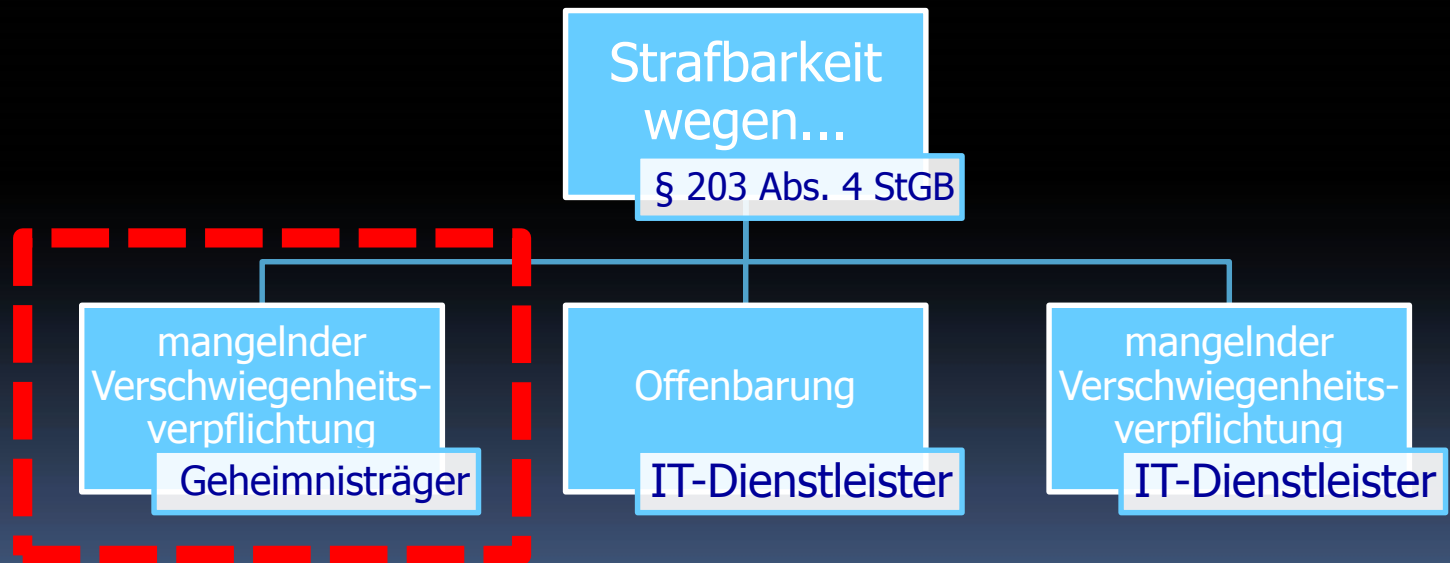
- ⇒ Neuerdings macht sich auch der Berufsgeheimnisträger/ der Arzt selbst gemäß § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar, wenn er nicht dafür Sorge getragen hat, dass die mitwirkende Person zur Geheimhaltung verpflichtet wurde
 - **Ausnahme:** mitwirkende Person ist selbst Berufsgeheimnisträger
 - bei mehrstufigen Auftragsverhältnissen muss der Berufsgeheimnisträger/ der Arzt das Unternehmen verpflichten, die eingesetzten Mitarbeiter zur Geheimhaltung zu verpflichten

Zwei wesentliche Änderungen im Strafrecht

Befugnis zur Offenbarung

Strafbewehrte Pflicht zur
Verschwiegenheitsverpflichtung

2. Einführung strafbewehrter Pflicht zur Geheimhaltungsverpflichtung der sonstigen mitwirkenden Person



Umgehung der Strafbarkeit von mitwirkenden Personen, indem mehr ausländische externe Dienstleister beauftragt werden?

Nein, gemäß § 5 Nr. 7 StGB bleibt deutsches Recht anwendbar, sofern das Geheimnis einen deutschen oder von Deutschland aus gesteuerten Betrieb betrifft.

B. Schweigepflicht und EDV

Komplexität der EDV-Entwicklung und die damit verbundene Notwendigkeit des Aufbaus von IT-Sicherheitsstandards bzw. Behebung entsprechender Lücken

I. Art. 9 DSGVO i.V.m. § 22 BDSG

- Berechtigung des Arztes zur digitalen Dokumentation im Rahmen der Zweckbestimmung des ärztlichen Behandlungsvertrages
- Zweck der Gesundheitsvorsorge

II. Pflicht zu besonderen Sicherungs- und Schutzmaßnahme gem. §§ 9 ff. MBO- Ä, § 22 BDSG und Art. 9 DSGVO (Gesundheitsdaten)

➤ Regeln bei Verarbeitung von Gesundheitsdaten:

- Vertraulichkeit
- Authentizität
- Integrität
- Verfügbarkeit
- Trennung
- Rechtssicherheit
- Nutzungsfestlegung

III. Verhältnis Datenschutz zur Schweigepflicht

- Überschneidung aber keine Deckungsgleichheit
- Unterschiedliche Schutzzwecke (Geheimnisse von nat. und jur. Personen vs. personenbezogene Daten von nat. Personen)
- Konfliktpotential bei unterschiedlichen Anforderungen: z.B. bei Auftragsdatenverarbeitung, wenn sie nicht erforderlich ist i.S.v. § 203 Abs.3 S. 2 StGB, dann gilt die Subsidiarität des allgemeinen Datenschutzrechts
- Verstöße gegen Schweigepflicht sind Straftaten
- Mit der DSGVO wird der Bußgeldrahmen drastisch erhöht bis zu 10.000.000 EUR oder bis zu 2% eines gesamten weltweit erzielten Unternehmens-Jahresumsatzes