

**Stellungnahme**

**der Arbeitsgruppe**

**„Datenschutz in**

**Gesundheitsinformationssystemen“ (DGI)**

**der**

**Deutschen Gesellschaft für Medizinische**

**Informatik, Biometrie und Epidemiologie e.V.**

**(GMDS)**

An der Erarbeitung waren direkt oder indirekt beteiligt (alphabetische Nennung):

- Alkemade, Jan
- Blobel, Bernd
- Schwanke, Jens
- Schütze, Bernd

# Der Gehilfe des Arztes – Überlegungen zum Gehilfenbegriff im Sinne des §203 StGB

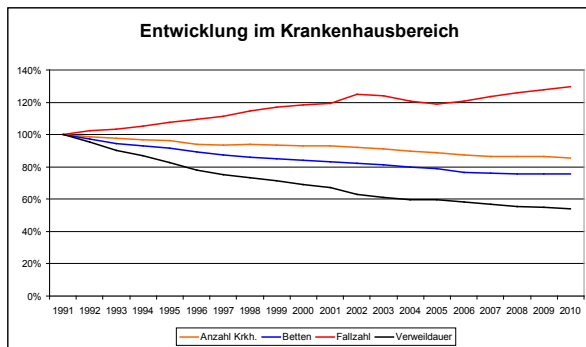
---

## 1 Editorial

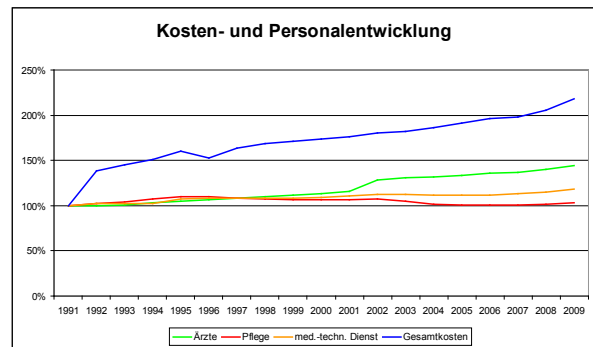
Eine Auswertung der vom Statistischen Bundesamt zur Verfügung gestellten Zahlen der Jahre 1991 bis 2010<sup>1</sup> zeigt, dass in diesen zwanzig Jahren die Anzahl deutscher Krankenhäuser ständig abnahm, die daraus resultierende reduzierte zur Versorgung der Patienten zur Verfügung stehenden Bettenzahl wurde jedoch von einer (politisch gewollten) Verkürzung der Verweildauer bei einem Anstieg der Fallzahlen begleitet (siehe Abbildung 1). Daraus resultierte eine Verdoppelung der Gesamtkosten in deutschen Krankenhäusern, begleitet von einem moderaten Anstieg im Bereich des medizinisch tätigen Personals in deutschen Krankenhäusern (siehe Abbildung 2).

---

<sup>1</sup> Quelle Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Datenreport 1999, ISBN 3-89331-422-9; Statistisches Jahrbuch 2001 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 3-8246-0640-2; Statistisches Jahrbuch 2002 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 3-8246-0657-7; Statistisches Jahrbuch 2003 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 3-8246-0688-7; Statistisches Jahrbuch 2008 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0822-5 ; Statistisches Jahrbuch 2012 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0990-1; Statistisches Jahrbuch 2010 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0898-0; Statistisches Jahrbuch 2011 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0913-0; Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0476-0; Statistisches Jahrbuch 1998 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0556-2; Statistisches Jahrbuch 1993 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0360-8; Statistisches Jahrbuch 1994 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0375-6; Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0476-0; Statistisches Jahrbuch 1996 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0540-6; Statistisches Jahrbuch 1997 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-0550-3; Statistisches Jahrbuch 2013 für die Bundesrepublik Deutschland, ISBN: 978-3-8246-1007-5; Online unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Krankenhaeuser/Tabellen/PersonalkrankenhaeuserJahre.html>

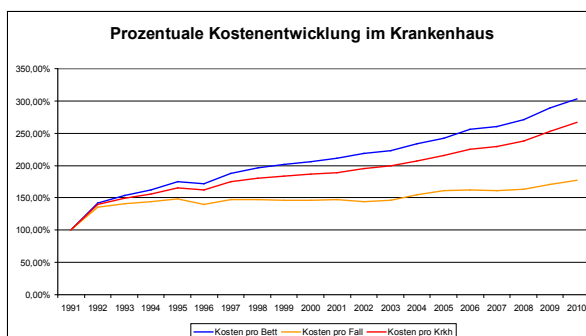


**Abbildung 1: Entwicklung der Krankenhausanzahl im Vergleich zu Fall- und Bettenzahl sowie der Krankenhaus Verweildauer**

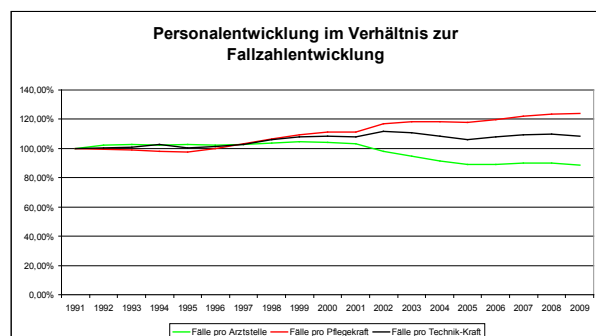


**Abbildung 2: Personal- und Kostenentwicklung im Krankenhaus**

Während sich die Kosten für ein Krankenhaus bzw. für ein zur Patientenversorgung zur Verfügung gestelltes Krankenhausbett mehr als verdoppelten, erfuhren die Kosten für den jeweiligen Behandlungsfall nur einen moderaten Anstieg (siehe Abbildung 3). Dabei konnte die Anzahl Fälle, welche von einer ärztlichen Personalkraft betreut wird, im Verlauf der letzten zwanzig Jahre sogar reduziert werden (siehe Abbildung 4), was unter dem Aspekt einer patientengerechten Versorgung auf Grund der immens gestiegenen Komplexität und Morbidität der heutigen Erkrankung auch zwingend notwendig erscheint. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Entwicklung des Personals im pflegerischen Bereich jedoch besorgniserregend: weder den gestiegenen Anforderungen der pflegerischen Versorgung noch dem Aufwand, welchen ein solcher Anstieg der Fallzahl bzgl. den von der Pflege erbrachten Leistungen bei Entlassung und Aufnahme bedeutet, wird bzgl. der Personalentwicklung in der Pflege Rechnung getragen (siehe Abbildung 4); hier zeichnet sich ein deutlicher Nachholbedarf in der Personalentwicklung ab, dem die Krankenhäuser allerdings nur Rechnung tragen können, wenn seitens der politischen Entwicklung auch finanzielle Ressourcen bereitgestellt werden.



**Abbildung 3: Kostenentwicklung im Krankenhaus von 1991 bis 2010**



**Abbildung 4: Anzahl Fälle, die eine Personalkraft betreut**

Der enorme Anstieg der Fallzahlen in den letzten zwanzig Jahren, welcher zudem von einer unglaublichen Verkürzung der Fallzahlen begleitet wird, konnte von den deutschen Krankenhäusern nur geleistet werden, weil die Krankenhäuser in die Zukunft investierten:

- Es wurde in modernste Technik investiert, um ärztliches und pflegerisches Personal zu entlasten.
- Es wurden Kooperationen zwischen Krankenhäusern gegründet: heute versorgen nur noch wenige Krankenhäuser alle Erkrankungen, vielmehr erfolgte eine Spezialisierung

der Krankenhäuser und daraus resultierend weisen sich die Krankenhäuser Patienten entsprechend ihren Spezialgebieten zu.

- Es wurden enge Kooperationen zwischen niedergelassenen Arztpraxen und Krankenhäuser gegründet, sodass die Versorgungsgrenzen heute eher fließend sind.

Gerade die letzten beiden Punkte erforderten eine Änderung der IT-Landschaft. Während Anfang der 90er Jahre die Daten eines Patienten nur von einem Krankenhaus benötigt werden, ist die heutige Versorgungsstruktur ohne einen digitalen Datenaustausch nicht denkbar.

Diese Anforderungen seitens Krankenhäuser wie auch dem niedergelassenen Versorgungsbereich begegneten die Hersteller von Informationssystemen im Gesundheitswesen, indem sie ihre Systeme dahingehend änderten, dass vermehrt internationale Standards genutzt werden, welche den geforderten Datenaustausch ermöglichen. Es wurden seitens der Hersteller verschiedene Initiativen gestartet, wie z.B. die Entwicklung des VHitG-Arztbriefes, welcher den sektorenübergreifenden Informationsaustausch ermöglichte, oder das IHE-Cookbook, welches zeigt, wie einrichtungsübergreifende Patientenakten in Deutschland aufgebaut werden können.

Diese Weiterentwicklung der IT-Systeme im Gesundheitswesen bedingt jedoch einen deutlichen Zuwachs in der Komplexität der eingesetzten Systeme. Kein Krankenhaus und keine Arztpraxis ist heute in der Lage, diese Systeme ohne die Unterstützung durch den jeweiligen Hersteller zu betreiben. Dies bedingt jedoch, dass die Hersteller mitunter Einblick in Patientendaten bekommen müssen. Ohne Änderung des §203 StGB ist dies jedoch eine Straftat. Daher muss hier eine Änderung dieses Paragraphen durch den Gesetzgeber erfolgen.

## 2 Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Editorial</b>	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>5</b>
<b>3</b>	<b>Einleitung</b>	<b>6</b>
<b>4</b>	<b>Allgemeine Rechtsfragen</b>	<b>6</b>
<b>4.1</b>	<b>Datenschutz und Outsourcing</b>	<b>6</b>
4.1.1	Funktionsübertragung	6
4.1.2	Auftragsdatenverarbeitung	7
4.1.3	Landesgesetzliche Regelungen	8
<b>4.2</b>	<b>Offenbarung im Sinne §203 StGB</b>	<b>10</b>
4.2.1	Offenbarung und Auftragsdatenverarbeitung	11
<b>4.3</b>	<b>Gehilfe im Sinne von §203 StGB</b>	<b>12</b>
<b>4.4</b>	<b>Diskussion</b>	<b>13</b>
4.4.1	Datenschutzrechtliche Betrachtung	13
4.4.2	Strafrechtliche Betrachtung	14
<b>5</b>	<b>Fazit</b>	<b>16</b>
<b>6</b>	<b>Abkürzungen</b>	<b>19</b>
<b>7</b>	<b>Weiterführende Literatur</b>	<b>19</b>
<b>7.1</b>	<b>Zeitschriften</b>	<b>19</b>
<b>7.2</b>	<b>Urteile</b>	<b>21</b>

### 3 Einleitung

Outsourcing-Vorhaben von Krankenhäusern oder Klinikkonzernen werden durch § 203 StGB behindert. Der Gesetzestext dieses Paragraphen steht einer Datenbe- oder verarbeitung bzw. einer Übermittlung von Privatgeheimnissen durch bzw. an externe Dienstleister entgegen, auch wenn es sich hierbei um eine konzerninterne Service- oder IT-Tochtergesellschaft handelt, denn beim Outsourcing erfolgt häufig eine Offenbarung von Patientengeheimnissen an externe Dienstleister, welche diesem Gesetzestext zufolge wahrscheinlich unbefugt ist: Das ärztliche Personal begeht damit strafrechtlich einen Gesetzesverstoß.

Die im Krankenhaus bzw. in der Arztpraxis eingesetzten IT-Systeme werden immer komplexer. Eine Betreuung durch ärztliches Personal ist, unabhängig von allen anderen Gesichtspunkten, schon auf Grund dieser Komplexität nicht möglich. Selbst speziell ausgebildetes IT-Personal des Krankenhauses bzw. der Arztpraxis ist häufig darauf angewiesen, bei der Betreuung dieser Systeme durch den Hersteller unterstützt zu werden. Eine gewisse Form des Outsourcings der IT-Betreuung ist damit heute unvermeidbar, wenn man nicht die Gefährdung der Patientenbehandlung und ggfs. sogar des Patientenlebens durch nicht funktionierende IT-Systeme auf sich nehmen möchte.

## 4 Allgemeine Rechtsfragen

### 4.1 Datenschutz und Outsourcing

Datenschutzrechtlich werden hinsichtlich der Beauftragung externer Mitarbeiter, also Mitarbeiter, die nicht bei der verantwortlichen Stelle im Beschäftigungsverhältnis stehen, zwei Möglichkeiten der Auftragsvergabe unterschieden:

- a) Funktionsübertragung
- b) Auftragsdatenverarbeitung (ADV)

#### 4.1.1 Funktionsübertragung

Bei der Funktionsübertragung wird die komplette Verarbeitung an einen externen Bearbeiter (Auftragnehmer) vergeben. Der Auftragnehmer ist vollständig weisungsunabhängig hinsichtlich der Art und Weise, wie die Verarbeitung erfolgt. Dementsprechend liegt die datenschutzrechtliche Verantwortung beim Auftragnehmer. Bedingt durch die Übertragung der datenschutzrechtlichen Verantwortung handelt es sich hierbei zugleich um eine Übermittlung, welche nur zulässig ist, wenn entweder eine gesetzliche Grundlage die Übermittlung legitimiert oder eine Einwilligungserklärung seitens des Betroffenen für diese Übermittlung vorliegt. Typische Anzeichen für das Vorliegen einer Funktionsübertragung sind:

- Weisungsfreiheit des Dienstleisters bezüglich dessen, was mit den Daten geschieht
- Überlassung von Nutzungsrechten an den Daten
- Eigenverantwortliche Sicherstellung von Zulässigkeit und Richtigkeit der Daten durch den Dienstleister, einschließlich des Sicherstellens der Rechte von Betroffenen (Benachrichtigungspflicht, Auskunftsanspruch)
- Handeln des Dienstleisters (gegenüber dem Betroffenen) im eigenen Namen

- Entscheidungsbefugnis des Dienstleisters in der Sache

#### 4.1.2 Auftragsdatenverarbeitung

Die Auftragsdatenverarbeitung ist eine „privilegierte“ Form der Funktionsübertragung, für welche der Gesetzgeber vertragsrechtliche Anforderungen (§11 BDSG, §80 SGB X) stellt. Auf Grund der gesetzlich vorgeschriebenen vertragsrechtlichen Gestaltung bleibt der Auftraggeber datenschutzrechtlich verantwortlich. Als „privilegiert“ wird diese Form der externen Datenverarbeitung deswegen angesehen, weil es sich hierbei nicht um eine datenschutzrechtliche Übermittlung der Daten handelt und damit keine Einverständniserklärung des jeweiligen Patienten für die Bearbeitung durch externe Dienstleister eingeholt werden muss. Typische Erkennungsmerkmale für Auftragsdatenverarbeitung sind:

- Fehlende Entscheidungsbefugnis des Auftragnehmers
- Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers bezüglich dessen, was mit den Daten geschieht
- Umgang nur mit Daten, die der Auftraggeber zur Verfügung stellt; es sei denn, der Auftrag ist auch auf die Erhebung personenbezogener Daten gerichtet
- Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung der Daten zu eigenen Zwecken des Auftragnehmers
- Keine (vertragliche) Beziehung des Auftragnehmers zum Betroffenen
- Auftragnehmer tritt (gegenüber dem Betroffenen) nicht in eigenem Namen auf

Einen Sonderfall bildet die Prüfung oder Wartung automatisierter Verfahren oder von Datenverarbeitungsanlagen. Solche Tätigkeiten sind z. B.

- Installation, Wartung, Pflege und Prüfung von Netzwerken, Hardware (einschließlich Telekommunikationsanlagen) und Software (u. a. Betriebssysteme, Middleware, Anwendungen)
- Parametrisieren von Software
- Programmentwicklungen/-anpassungen/-umstellungen, Fehlersuche und Tests
- Durchführung von Migrationen im Produktivsystem

Sie können direkt vor Ort oder per Fernwartung durchgeführt werden. Die Tätigkeiten sind nicht auf den Umgang mit personenbezogenen Daten gerichtet, allerdings ist die Kenntnisnahme von personenbezogenen Daten nicht immer ausgeschlossen. Daher unterwirft der Bundesgesetzgeber im Bundesdatenschutzgesetz (§11 Abs. 5 BDSG, §80 Abs. 7 SGB X) gänzlich und der Landesgesetzgeber weitgehend die Erbringung von Wartungs- und Pflegearbeiten den Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung, soweit bei diesen Tätigkeiten ein Zugriff auf personenbezogene Daten unvermeidlich ist.

Vertraglich wird bei der Auftragsdatenverarbeitung folgende gefordert:

Zu regelnder Vertragsbestandteil	BDSG	SGB X
Der Gegenstand und die Dauer des Auftrags	§11 Abs. 2 Ziff. 1 BDSG	§80 Abs. 2 Ziff. 1 SGB X
Der Umfang, die Art und der Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, die	§11 Abs. 2 Ziff. 2 BDSG	§80 Abs. 2 Ziff. 2 SGB X

Zu regelnder Vertragsbestandteil	BDSG	SGB X
Art der Daten und der Kreis der Betroffenen		
Die nach § 9 BDSG zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen	§11 Abs. 2 Ziff. 3 BDSG	
Die nach § 78a SGB X zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen		§80 Abs. 2 Ziff. 3 SGB X
Die Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten	§11 Abs. 2 Ziff. 4 BDSG	§80 Abs. 2 Ziff. 4 SGB X
Die bestehenden Pflichten des Auftragnehmers, insbesondere die von ihm vorzunehmenden Kontrollen	§11 Abs. 2 Ziff. 5 BDSG	§80 Abs. 2 Ziff. 5 SGB X
Die etwaige Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen	§11 Abs. 2 Ziff. 6 BDSG	§80 Abs. 2 Ziff. 6 SGB X
Die Kontrollrechte des Auftraggebers und die entsprechenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers	§11 Abs. 2 Ziff. 7 BDSG	§80 Abs. 2 Ziff. 7 SGB X
Mitzuteilende Verstöße des Auftragnehmers oder der bei ihm beschäftigten Personen gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten oder gegen die im Auftrag getroffenen Festlegungen	§11 Abs. 2 Ziff. 8 BDSG	
Mitzuteilende Verstöße des Auftragnehmers oder der bei ihm beschäftigten Personen gegen Vorschriften zum Schutz von Sozialdaten oder gegen die im Auftrag getroffenen Festlegungen		§80 Abs. 2 Ziff. 8 SGB X
Der Umfang der Weisungsbefugnisse, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält	§11 Abs. 2 Ziff. 9 BDSG	§80 Abs. 2 Ziff. 9 SGB X
Die Rückgabe überlassener Datenträger und die Löschung beim Auftragnehmer gespeicherter Daten nach Beendigung des Auftrags	§11 Abs. 2 Ziff. 10 BDSG	§80 Abs. 2 Ziff. 10 SGB X

### 4.1.3 Landesgesetzliche Regelungen

In Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein bestehen zurzeit keine bereichsspezifischen datenschutzrechtlichen Regelungen hinsichtlich der Verarbeitung von Patientendaten in einem Krankenhaus. In Nordrhein-Westfalen existiert ein Gesundheitsdatenschutzgesetz, in Bremen ein Krankenhausdatenschutzgesetz und in Brandenburg eine Krankenhausdatenschutzverordnung. In allen anderen Bundesländern werden die datenschutzrechtlichen Anforderungen in einem Landeskrankehausgesetz geregelt, eine Funktionsübertragung ist i. d. R. nicht vorgesehen.

In einem Bundesland ohne bereichsspezifische Erlaubnisnorm kann eine Auftragsdatenverarbeitung (oder auch Funktionsübertragung) nur durch Einholung einer Patienteneinwilligung, die vom Patienten jederzeit widerrufen werden kann, durchgeführt werden.



#### **4.1.3.1 Baden-Württemberg**

Dem Auftragnehmer muss eine dem §203 StGB entsprechende Schweigepflicht auferlegt werden (§ 48 LKHG BW).

#### **4.1.3.2 Bayern**

Patientendaten können unter entsprechenden Vereinbarungen durch Dienstleister verarbeitet werden (Art. 27 Absatz 4 Satz 5, Absatz 6 BayKHG), insbesondere muss gewährleistet sein, dass Patientendaten nicht unberechtigt verwendet oder übermittelt werden können.

#### **4.1.3.3 Berlin**

Wartungs- und Administrationstätigkeiten bei medizintechnischen Geräten sind entsprechend §24 Abs. 6 LKG möglich. Jegliche andere Auftragsdatenverarbeitung darf nur geschehen, wenn der Auftraggeber durch technische Schutzmaßnahmen sichergestellt hat, dass der Auftragnehmer keine Möglichkeit hat, beim Zugriff auf Patientendaten den Personenbezug herzustellen.

#### **4.1.3.4 Brandenburg**

Eine Auftragsdatenverarbeitung ist nicht vorgesehen.

#### **4.1.3.5 Bremen**

Eine Auftragsdatenverarbeitung zur Prüfung oder Wartung von Datenverarbeitungsanlagen und von automatisierten Verfahren ist entsprechend § 10 BremKHDSG möglich.

#### **4.1.3.6 Hamburg**

Patientendaten können entsprechend § 9 HmbKHG durch Dienstleister verarbeitet werden, wenn der Dienstleister sich verpflichtet, die für das Krankenhaus geltenden Datenschutzbestimmungen einzuhalten.

#### **4.1.3.7 Hessen**

§§ 11,12 HKHG i. V. m § 4 Abs. 2 letzter Satz HDSG erlaubt keine Auftragsdatenverarbeitung.

#### **4.1.3.8 Mecklenburg-Vorpommern**

Patientendaten können unter den Voraussetzungen von § 21 LKHG M-V durch Dienstleister verarbeitet werden.

#### **4.1.3.9 Niedersachsen**

Niedersachsen hat keine bereichsspezifische Regelung für Krankenhäuser.

#### **4.1.3.10 Nordrhein-Westfalen**

7 Abs. 3 GDSG verlangt, dass bei einer Auftragsdatenverarbeitung die ärztliche Schweigepflicht beim Auftragnehmer gewährleistet sein muss.

#### **4.1.3.11 Rheinland-Pfalz**

§ 36 Abs. 9 LKG erlaubt eine Auftragsdatenverarbeitung, wenn eine § 203 StGB entsprechende Schweigepflicht beim Auftragnehmer sichergestellt ist.

#### **4.1.3.12 Saarland**

§ 13 Abs. 7 Saarländisches KHG erlaubt eine Auftragsdatenverarbeitung, wenn anders Störungen im Betriebsablauf nicht vermieden oder Teilvorgänge der Datenverarbeitung hierdurch kostengünstiger besorgt werden können.

#### **4.1.3.13 Sachsen**

§ 33 Abs. 10 SächsKHG erlaubt eine Auftragsdatenverarbeitung, wenn sichergestellt ist, dass der Auftragnehmer die Datenschutzbestimmungen des SächsKHG und eine § 203 Strafgesetzbuch entsprechende Schweigepflicht einhält.

#### **4.1.3.14 Sachsen-Anhalt**

Eine Auftragsdatenverarbeitung ist nicht vorgesehen.

#### **4.1.3.15 Schleswig-Holstein**

Eine Auftragsdatenverarbeitung ist nicht vorgesehen.

#### **4.1.3.16 Thüringen**

§ 27b des Thüringer Krankenhausgesetzes gestattet unter Auflagen eine Auftragsdatenverarbeitung.

### **4.2 Offenbarung im Sinne §203 StGB**

Der Tatbestand des § 203 StGB setzt voraus, dass einer der in Abs. 1 genannten Geheimnisverpflichteten ein fremdes Geheimnis, welches ihm anvertraut worden ist, unbefugt offenbart. Schutzzweck der Vorschrift ist vorrangig die Geheimsphäre des Einzelnen, daneben auch das Allgemeininteresse an der Verschwiegenheit einzelner Berufsgruppen<sup>3</sup>. Ein Offenbaren im Sinne des § 203 StGB ist demnach zunächst jede Mitteilung über die geheim zu haltende Tatsache an einen Dritten<sup>2</sup>.

Der Vorschrift liegt die Vorstellung zugrunde, dass nur der Geheimnisverpflichtete mit den Geheimnissen in Berührung kommen muss. Wenn ein Patient oder Mandant seinen Arzt oder Anwalt aufsucht, geht § 203 StGB somit davon aus, dass lediglich dieser einen Einblick in den persönlichen Lebensbereich bekommen soll<sup>3</sup>. Dem Wortlaut nach würde bereits die Weitergabe der Geheimnisse an das Pflegepersonal oder Sprechstundenhilfe eine Offenbarung bedeuten. Da dies jedoch jeglichen Funktionsablauf in einer Arztpraxis oder einem Krankenhaus zum Erliegen bringen würde, entspricht es herrschender Ansicht, dass es möglich ist, derartige Hilfskräfte einzuschalten, ohne dass ein Offenbaren im Sinne des § 203 StGB vorliegt. Begründet wird dies mit § 203 Abs. 3 S. 2 StGB, der auch diejenigen zur Verschwiegenheit verpflichtet, die den Schweigepflichtigen in Bezug auf dessen berufliche Tätigkeit unterstützen. Eine Weitergabe an einen solchen Dritten kann nach einhelliger Ansicht grundsätzlich straflos erfolgen.

Ein Offenbaren liegt ebenfalls dann nicht vor, wenn der Empfänger des Geheimnisses „zum Kreis der zum Wissen Berufenen“ gehört, beispielsweise wenn ein weiterer Arzt (Radiologe, Labormediziner, ...) im Behandlungsprozess des Patienten integriert ist.

Werden im Rahmen eines Outsourcings hingegen „externe“ Dienstleister mit diesen Aufgaben betraut, so werden die Geheimnisse nicht an interne Mitarbeiter weitergegeben,

---

<sup>2</sup> Ehrmann, Outsourcing von medizinischen Daten – strafrechtlich betrachtet-, 2008,S. 60

<sup>3</sup> Bräutigam P. (2011) §203 StGB und der funktionale Unternehmensbegriff - Ein Silberstreif am Horizont für konzerninternes IT-Outsourcing bei Versicherern. CR: 411-416

sondern über die Grenzen von juristischen Personen hinweg ausgetauscht. Unklar ist derzeit, inwieweit diese zum Kreis der Gehilfen im Sinne des §203 StGB gezählt werden dürfen.

#### 4.2.1 Offenbarung und Auftragsdatenverarbeitung

Die Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung entsprechend § 11 BDSG begründen keine Offenbarungsbefugnis im Sinne des § 203 StGB<sup>4</sup>. Vielmehr wird hier beschrieben, dass der Datenfluss zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber rechtlich nicht als Datenübermittlung, sondern als sonstige Art der Datenweitergabe (Datennutzung) angesehen wird: „Dritte sind nicht der Betroffene sowie Personen und Stellen, die im Inland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum personenbezogene Daten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen“ (§3 Abs. 3 Satz 3 BDSG). § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG stellt klar:

„Die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, bleibt unberührt“. Daher können die Regelungen des BDSG nicht als Erlaubnisnorm gewertet werden.

Eine Offenbarung im Sinne des §203 StGB liegt nicht vor, wenn:

- a) Jede Zugriffsmöglichkeit des beauftragten Dritten auf die Patientendaten ausgeschlossen wird. Beispiele:
  - Wartungsarbeiten an Praxisrechnern durch externe Mitarbeiter sind dadurch möglich, dass von einem Geheimnisträger (oder dessen Gehilfen entsprechend §203 StGB) die Arbeiten überwacht werden und dieser darauf achtet, dass kein Zugriff auf Patientendaten erfolgt.
  - Bei einer externen Entsorgung ist ein beaufsichtigendes Begleiten von Transport und Vernichtung möglich.
- b) Die Daten vor ihrer Bearbeitung durch externe Mitarbeiterinnen/Mitarbeiter durch den Geheimnisträger oder dessen Gehilfen anonymisiert oder pseudonymisiert werden.
- c) Eine weitere Möglichkeit zur Verhinderung einer unzulässigen Offenbarung könnte darin bestehen, dass der Auftragnehmer nicht als externer Dritter angesehen wird, sondern als Gehilfe. In der Offenbarung an einen Berufsgehilfen liegt keine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht nach § 203 StGB. Auch bei dem Berufsgehilfen des Arztes ist das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes (§ 53 StPO) und der Beschlagnahmeschutz für ärztliche Unterlagen (§ 97 StPO) gewährleistet. Entsprechendes gilt für das zivilrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO).

---

<sup>4</sup> Tröndle/Fischer, 50 Aufl. 2001, § 203 StGB, Rd.-Nr. 28, Auernhammer, 3. Aufl. 1993, § 11 BDSG, Rd.-Nr. 10; Gola/Schomerus, 6. Aufl. 1997, § 11 BDSG, Tz. 1.1; Walz in: Simitis/Dammann, § 11 BDSG, Rd.-Nr. 32 f.; Hamburgischer Datenschutzbeauftragter, 16. Tb. 1997, Tz. 18.1.1

Die Bestimmungen von bereichsspezifischen Gesetzen, die explizit die Auftragsdatenverarbeitung von im Krankenhaus anfallenden Daten – Patientendaten eingeschlossen – regeln, wie beispielsweise §7 GDSG NRW sind hingegen anders zu bewerten. Auf Grund der Tatsache, dass hier explizite Bestimmungen zur Auftragsdatenverarbeitung von Patientendaten getroffen werden, werden diese Bestimmungen von diversen Autoren als spezial-gesetzgeberische Offenbarungsbefugnis entsprechend §203 StGB angesehen.

### 4.3 Gehilfe im Sinne von §203 StGB

Voraussetzung für die Annahme eines Gehilfenstatus ist, dass der Schweigepflichtige in seiner Funktion nach § 203 StGB unmittelbar unterstützt wird<sup>5</sup>. Die Qualifikation des Tätigwerdenden ist dabei richtigerweise nicht maßgeblich. Erfasst werden nicht nur einfache Hilfstätigkeiten, sondern ein Gehilfe i.S.v. § 203 StGB kann auch jemand sein, der hoch qualifizierte Tätigkeiten erbringt<sup>6</sup>. Insofern ist der Begriff Gehilfe nicht mit dem allgemeinen Sprachgebrauch zu erklären.

Der Gehilfe muss nicht zwingend eine der Aufgaben erledigen, die als spezifische Hauptaufgaben des Schweigepflichtigen bezeichnet werden können, also beispielsweise bei einem Arzt die Behandlung und Untersuchung des Patienten. Ausreichend ist auch das Erledigen von Nebenaufgaben, zu denen der Schweigepflichtige verpflichtet ist, beispielsweise das Ausstellen von Rechnungen oder das Verarbeiten von Daten. Zu fordern ist aber, dass die Aufgaben unmittelbar der Berufsausübung dienen und hinreichend eingebunden in die Vertrauensbeziehung zwischen Schweigepflichtigen und Geheimnisträger erfolgen.

Der Schweigepflichtige muss gegenüber dem Gehilfen weisungsberechtigt sein, denn ohne ein solches Weisungsrecht wäre eine Zuordnung zu einer Funktionseinheit bzw. zum Geheimnisverpflichteten willkürlich und unbeständig<sup>7</sup>. Eine Zuordnung ohne ein tatsächliches Weisungsrecht wäre vor dem Hintergrund des geschützten Rechtsgutes nicht hinnehmbar und würde das Geheimnis vollkommen von der Person des Schweigepflichtigen abkoppeln. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der über die Einschränkung in § 203 Abs. 1 StGB aufgrund der enumerativen Aufzählung von Schweigepflichtigen auch der Person des Schweigepflichtigen Bedeutung zumessen wollte.

Ein Weisungsrecht ist aber zutreffend dann entbehrlich, wenn sich die Zuordnung zu einer Funktionseinheit schon erkennbar aus anderen Umständen ergibt. Wird beispielsweise innerhalb eines Krankenhauses ein weiterer Arzt in die Behandlung eingeschaltet, ergibt sich schon aus der Zugehörigkeit zu derselben Organisation eine eindeutige Zuordnung, sodass es nicht auf ein vereinbartes oder tatsächliches Weisungsrecht ankommt. Der Patient kann mit solch einer Einschaltung von Personen aus einem von vornherein abgegrenzten Bereich rechnen. Werden aber Personen außerhalb eines solchen Bereichs herangezogen, wie dies

---

<sup>5</sup> Schönemann, in: Leipziger Kommentar StGB, § 203 Rn. 77; Cierniak, in: Münchener Kommentar StGB, § 203 Rn. 114; Tröndle/Fischer, StGB, § 203 Rn. 21; zu den unterschiedlichen, sachlich sich kaum unterscheidenden Formulierungen vgl. Sieber, in: Handbuch Multimedia Recht, Teil 19 Rn. 488

<sup>6</sup> Cierniak, in: Münchener Kommentar StGB, § 203 Rn. 118; Klöcker/Meister, Datenschutz im Krankenhaus, S. 36; OLG Oldenburg NStZ 83, S. 39, das auch die Verwaltungsleitung als Gehilfen ansieht

<sup>7</sup> Schönemann, in: Leipziger Kommentar StGB, § 203 Rn. 77; Cierniak, in: Münchener Kommentar StGB, § 203 Rn. 115; Ehmman, CR 91, S. 295

beim Outsourcing der Fall ist, dann kann auf ein tatsächliches Weisungsrecht als weiteres notwendiges Kriterium für eine eindeutige Zuordnung nicht verzichtet werden<sup>8</sup>.

Dabei ist es unerheblich, ob die Personen die Tätigkeit nur gelegentlich oder als Haupt- bzw. Nebenberuf ausüben, sofern sie weisungsgebunden in das Vertrauensverhältnis eingebunden sind. Damit wird auch Kongruenz zum Strafprozessrecht erzielt, da § 53a StPO nach im Vordringen befindlicher Auffassung derart eingebundene Personen ebenfalls als Gehilfen erfasst und über § 97 Abs. 4 StPO Beschlagnahmefreiheit für Gegenstände, die im Gewahrsam der Gehilfen sind, gewährleistet<sup>9</sup>. Werden hingegen Aufgaben von gleichgeordneten Personen selbstständig erfüllt, sind diese als externe Dritte und nicht als Gehilfen zu bezeichnen<sup>10</sup>.

Als Gehilfen sind dabei nach herrschender Meinung solche Personen einzuordnen, deren unterstützende Tätigkeit in einem inneren Zusammenhang mit der besonderen Tätigkeit nach § 203 Abs. 1, 3 S 1 StGB steht. Diese Tätigkeit ist durch die Beziehung zur ärztlichen Tätigkeit mit der Kenntnisnahme von Geheimnissen verbunden, Beispiele hierfür sind die Tätigkeiten von Sekretärinnen, Krankenschwestern oder internes EDV-Personal<sup>11,12</sup>. Tätigkeiten, die sich lediglich auf die äußeren Bedingungen der jeweiligen Tätigkeit beziehen (Boten, Reinigungspersonal, Chauffeure usw.) fallen hingegen nicht darunter.

Umstritten ist, wie die gesetzliche Formulierung „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ bzgl. des Passus „berufsmäßig tätig“ auszulegen ist. Der Ausdruck umschreibt, wie zuvor beschrieben, den inneren Zusammenhang zwischen der unterstützenden und der besonderen beruflichen, in diesem Fall also der ärztlichen, Tätigkeit. Dies hat zur Konsequenz, dass der Gehilfe seine Tätigkeit nicht als berufliche Haupterwerbsquelle ausüben muss, sondern auch Nebentätigkeiten und ehrenamtliche Aktivitäten erfasst werden<sup>13</sup>. Durch diese Auslegung wird eine Übereinstimmung zum Gehilfenbegriff in § 53a stopp erzielt, welcher sich lediglich allgemein auf „Gehilfen“ bezieht.<sup>13</sup>

## 4.4 Diskussion

### 4.4.1 Datenschutzrechtliche Betrachtung

Datenschutzrechtlich ist ein Outsourcing der Verarbeitung personenbezogener oder personenbeziehbarer Daten durch die Möglichkeit der Funktionsübertragung oder Auftragsdatenverarbeitung möglich. Im Rahmen der Verarbeitung von Patientendaten erlauben das Sozialrecht und auch viele die Datenverarbeitung im Krankenhaus regelnde Landesgesetze nur eine Auftragsdatenverarbeitung. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist diese Einschränkung zu begrüßen, da unter dem Gesichtspunkt der Vielzahl der Verträge zur Funktionsübertragung der Patient seine informationelle Selbstbestimmung nicht wahrnehmen könnte, beispielsweise hinsichtlich Auskunftsanfragen bzgl.

---

<sup>8</sup> Taupitz, MedR 1993, S. 375

<sup>9</sup> Fritzemeyer, in Söbbling: IT-Outsourcing, S. 755

<sup>10</sup> Cierniak, in: Münchener Kommentar StGB, § 203 Rn. 114; Neubeck, in: KMR StPO, § 53a Rn. 2ff

<sup>11</sup> Lensdorf L, Mayer-Wegelin C, Mantz R. (2009) Outsourcing unter Wahrung von Privatgeheimnissen - Wie das mögliche Hindernis des § 203 Abs. 1 StGB überwunden werden kann. CR: 62-68

<sup>12</sup> Heghmanns M, Niehaus H. (2008) Outsourcing im Versicherungswesen und der Gehilfenbegriff des §203 III 2 StGB. NSTZ: 57ff

<sup>13</sup> Weidemann in Beck'scher Online-Kommentar StGB (2013) Gleichgestellter Täterkreis des § 203 Abs. 3 StGB. Rn 21-24

gespeicherter/verarbeiteter Daten. Aber auch aus Sicht des Krankenhauses ist die auf eine Einwilligungserklärung des Patienten beruhende Funktionsübertragung abzulehnen: Da eine Einwilligung eines Patienten nur freiwillig geschehen kann und ein Nicht-Vorliegen einer Einwilligung keinerlei Auswirkung auf die Behandlung beinhalten kann, ist diese Form der Auftragsvergabe im Workflow eines Krankenhauses in den meisten Fällen schlicht nicht integrierbar.

#### 4.4.2 Strafrechtliche Betrachtung

In der Literatur wird das Erfordernis eines Arbeitsvertrages für die Gehilfentätigkeit überwiegend verneint<sup>14</sup>. Für die fehlende Notwendigkeit eines Arbeitsvertrages kann auch ein Vergleich mit § 53a StPO angeführt werden<sup>15</sup>. Bei dieser Vorschrift wird nach h. M. der Begriff „Gehilfe“ ebenfalls dahingehend interpretiert, dass derjenige, der nur faktisch tätig wird, ein Gehilfe sein kann<sup>16</sup>. Als maßgeblich wird die Veranlassung der Tätigkeit durch den Hauptberufsgeheimnisträger gesehen. Lediglich Tätigkeiten, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Berufstätigkeit stehen, werden nicht vom Begriff des Gehilfen erfasst<sup>17</sup>. Wohl aber bedarf es der Existenz überhaupt einer vertraglichen Vereinbarung, durch die eine eindeutige Ausgestaltung der Beziehung im Sinne einer weisungsgebundenen, unmittelbaren Unterstützung erfolgt.

Dies gilt aber dann nicht, wenn Personal eines rechtlich und organisatorisch selbständigen Unternehmens für den Outsourcer tätig wird. Auch wenn der Einsatz des Fremdpersonals kontinuierlich über längere Zeit erfolgen soll, steht doch das Fremdpersonal in zwei Beziehungen: zum einen Teil in der Tätigkeitsbeziehung zum Outsourcer und zum anderen Teil in der arbeitsvertraglichen Beziehung zum anbietenden Dienstleistungsunternehmen. Daher bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Outsourcingnehmer hinsichtlich des Tätigwerdens des eingesetzten Fremdpersonals. Darin ist das Direktionsrecht hinsichtlich der auszuführenden Tätigkeit sowie die organisatorische Einbindung in den Bereich des Outsourcers so zu regeln, dass eine klare Zuordnung zum Outsourcer möglich ist. Durch das Direktionsrecht muss sichergestellt sein, dass hinsichtlich des Umgangs mit medizinischen Daten der Schweigepflichtige eindeutig die Kontrolle und die Steuerung der Tätigkeiten behält. Das Fremdpersonal muss in diesem Punkt einem Arbeitnehmer des Outsourcers gleichgestellt sein.

Aus dem Angeführten ergibt sich, dass eine vertraglich begründete Zusammenarbeit zwischen Outsourcer und privatem IT-Dienstleistungsunternehmen, ein sog. „joint venture“, nicht ausreicht, um den Personen des IT-Dienstleistungsunternehmens einen Gehilfenstatus zu verschaffen. In solchen Fällen erfolgt lediglich eine Verbindung zweier rechtlich selbstständiger Institutionen, aber keine Einbindung. Entsprechendes gilt für mit dem Outsourcer verbundene Unternehmen oder für Tochterunternehmen des Outsourcers, da auch hier grundsätzlich rechtlich selbstständige Unternehmen bestehen, die nicht über

---

<sup>14</sup> Schünemann, in: Leipziger Kommentar StGB, § 203 Rn. 77; Cierniak, in: Münchener Kommentar StGB, § 203 Rn. 115

<sup>15</sup> Für eine „harmonisierte Auslegung des Gehilfenbegriffs in StGB und StPO“ Hoenike/Hülsdunk, MMR 2004, S. 789

<sup>16</sup> Meyer-Goßner, StPO, § 53a Rn. 2; Senge, in: Karlsruher Kommentar StPO, § 53a Rn. 2; Rogall, in: Systematischer Kommentar StPO, § 53a Rn. 8; Lemke, in: Heidelberger Kommentar StPO, § 53a Rn. 2

<sup>17</sup> Senge, in: Karlsruher Kommentar StPO, § 53a Rn. 2

gesellschaftsrechtliche Qualifikationen zu i.S.v. § 203 StGB maßgeblichen Funktionseinheiten werden.

Um externe Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter als Gehilfen des Outsourcers anzusehen, ist die Überlassung des Arbeitnehmers durch den Dienstleister an den Outsourcer entsprechend dem Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) der beste Weg zu sein.

Allerdings bilden auch die vertraglichen Anforderungen der Auftragsdatenverarbeitung die Kriterien für einen Gehilfen ab:

<b>Anforderung an einen Gehilfen</b>	<b>Bestandteil eines ADV-Vertrages</b>
Berufsmäßig tätig	– Vertragsgestaltung
Ausübung der unterstützenden Tätigkeit innerhalb des beruflichen Wirkungskreises des Schweigepflichtigen	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Der Gegenstand und die Dauer des Auftrags</li> <li>– Der Umfang, die Art und der Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, die Art der Daten und der Kreis der Betroffenen</li> <li>– Die bestehenden Pflichten des Auftragnehmers, insbesondere die von ihm vorzunehmenden Kontrollen</li> </ul>
Unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Unterstützers und derjenigen des Schweigepflichtigen	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Der Umfang, die Art und der Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, die Art der Daten und der Kreis der Betroffenen</li> <li>– Der Umfang der Weisungsbefugnisse, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält</li> </ul>
Es bedarf einer qualifizierten Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen Berufsheimnisträger und Gehilfe <sup>18</sup>	– Der Umfang der Weisungsbefugnisse, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält
Generelle Erfordernis eines Direktionsrechts bzw. einer effektiven Steuerungsmacht	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Die bestehenden Pflichten des Auftragnehmers, insbesondere die von ihm vorzunehmenden Kontrollen</li> <li>– Der Umfang der Weisungsbefugnisse, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält</li> </ul>

<sup>18</sup> Vogelsberg CC (2010) Rechtsgutachten zur Frage der straf- und berufsrechtlichen Bewertung des Service es „Anwaltssekretariats“ der ebuero AG, Berlin [Online, zuletzt besucht 2013-09-05] verfügbar unter [http://www.rak-berlin.de/site/DE/int/PDF\\_Mitglieder\\_Skripten/280610\\_Rechtsgutachten\\_ProfJahn.pdf](http://www.rak-berlin.de/site/DE/int/PDF_Mitglieder_Skripten/280610_Rechtsgutachten_ProfJahn.pdf)



## 5 Fazit

Weder Wortlaut, noch Gesetzssystematik, noch der Schutzzweck des § 203 StGB schließen per se aus, selbständige Dritte als Gehilfen im Sinne von § 203 anzusehen<sup>19</sup>. Einige Autoren setzen allerdings für die Annahme einer Gehilfentätigkeit voraus, dass sich der Auftragsdatenverarbeiter in der engen Sphäre der Person des Berufsheimnisträgers verbleibt und deshalb davon auszugehen ist, dass der jeweils tätige Gehilfe dem Berufsheimnisträger zumindest persönlich bekannt sein muss<sup>20</sup>.

Es ist festzuhalten, dass aus datenschutzrechtlicher Sicht eine entsprechend den rechtlichen Anforderungen vertraglich beauftragte Auftragsdatenverarbeitung nicht zu beanstanden ist. In den Bundesländern, die für die Bearbeitung von Gesundheitsdaten im Krankenhaus explizit eine Auftragsdatenverarbeitung vorsehen, der Gesetzgeber für die Bearbeitung von Patientendaten also ausdrücklich auch nicht im Krankenhaus angestellte (= „externe“) Dienstleister eine Erlaubnisnorm schafft, erfüllt - eine ordnungsgemäße Vertragsgestaltung vorausgesetzt – die Auftragsdatenverarbeitung alle Anforderungen, die nach §203 StGB an einen Gehilfen stellt. Damit kann der Auftragsdatenverarbeitende in den ärztlichen Arbeitskreis so angebunden werden, dass aus objektiv-normativer Sicht von einer tatbestandlichen Verantwortungseinheit gesprochen und der Auftragsdatenverarbeitend somit als Gehilfe angesehen werden kann.

Eine Stellungnahme des Düsseldorfer Kreises zu diesem Thema existiert nicht. Einige Aufsichtsbehörden wie die Aufsichtsbehörden von Hamburg oder Mecklenburg-Vorpommern sehen die Erlaubnisnorm zur Auftragsdatenverarbeitung aus den Landesgesetzen auch als Legitimationsgrund für die Offenbarung an<sup>21,22</sup>.

Andere Datenschutzaufsichtsbehörden wie beispielsweise das ULD interpretieren die Anforderungen an einen Gehilfen als eine erforderliche Einbindung der Person in die Organisation der ärztlichen Organisation bzw. Institution<sup>23</sup>. Die Einbindung muss nach Ansicht dieser Aufsichtsbehörden tatsächlich bestehen und kann nicht formal vertraglich, etwa durch die abstrakte Einräumung von Weisungsbefugnissen, begründet werden.

Sowohl die Ansicht einzelner Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder wie auch die in dieser Ausarbeitung vertretene Meinung, dass Auftragnehmer im Rahmen eines Auftragsdatenverarbeitungsvertrages als Gehilfen des Arztes angesehen werden können, stellen eine Interpretation des Gesetzes dar. Mit der BDSG-Novelle II 2009 hat der Gesetzgeber die Anforderungen für Auftraggeber bei der Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG verschärft und die angesprochenen vertraglichen Regelungen bei Vorliegen einer

---

<sup>19</sup> Heghmanns M, Niehaus H (2008) Outsourcing im Versicherungswesen und der Gehilfenbegriff des § 203III 2 StGB. NStZ: 57-62

<sup>20</sup> Kroschwald S, Wicker M (2012) Kanzleien und Praxen in der Cloud – Strafbarkeit nach § 203 StGB. CR: 758-764

<sup>21</sup> Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Mecklenburg-Vorpommern (2011) Datenschutz im Krankenhaus. [Online, zuletzt besucht 2013-09-05] verfügbar unter <http://www.lfd.mv.de/datenschutz/publikationen/informat/dsimkh/dsimkh.pdf>

<sup>22</sup> 16. Tätigkeitsbericht des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten Berichtsjahr 1997 [Online, zuletzt besucht 2013-09-05] verfügbar unter [http://www.datenschutz-hamburg.de/uploads/media/16.\\_Taetigkeitsbericht\\_1997.pdf](http://www.datenschutz-hamburg.de/uploads/media/16._Taetigkeitsbericht_1997.pdf)

<sup>23</sup> Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (2002) Patientendatenverarbeitung im Auftrag. [Online, zuletzt besucht 2013-09-05] Verfügbar unter <https://www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gesund/patdvia.htm>



Auftragsdatenverarbeitung gefordert. Eine kritische Wertung des seitdem veröffentlichten juristischen Schriftguts zeigt, dass die herrschende Meinung zu dieser Frage wohl dazu tendiert, die Möglichkeit Auftragnehmer im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung als Gehilfen im Sinne des §203 StGB anzusehen. Insbesondere in Bundesländern, in welchen eine spezialgesetzliche Regelung zur Auftragsdatenverarbeitung im Krankenhaus existiert, muss diese Gesetzgebung als Offenbarungsbefugnis angesehen werden, da ansonsten die Anwendung und Nutzung dieser Gesetze eine Straftat verursachen würde. Spezialgesetzliche Vorgaben zur Auftragsdatenverarbeitung in Krankenhäusern gibt es in folgenden Bundesländern:

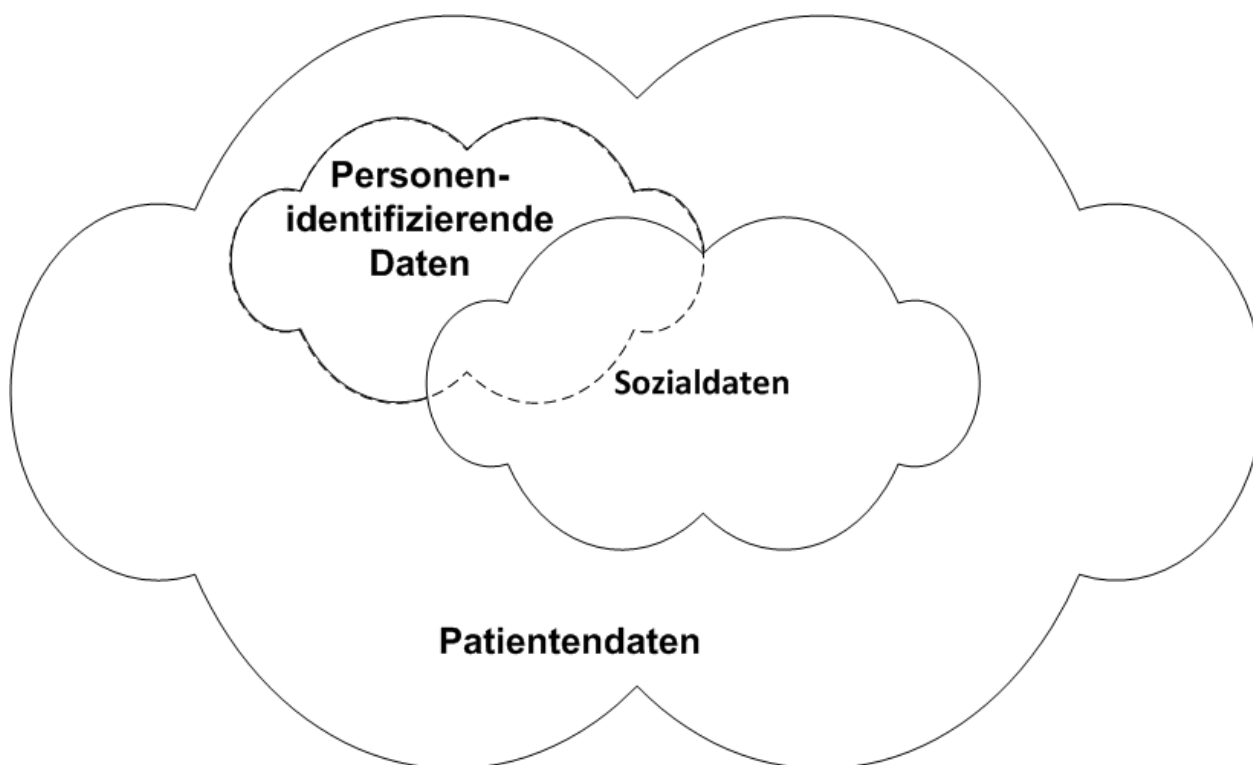
1. Baden-Württemberg (Landeskrankenhausgesetz)
2. Bayern (Bayerisches Krankenhausgesetz)
3. Berlin (Landeskrankenhausgesetz)
4. Bremen (Bremisches Krankenhausdatenschutzgesetz)
5. Hamburg (Hamburgisches Krankenhausgesetz)
6. Mecklenburg-Vorpommern (Landeskrankenhausgesetz)
7. Nordrhein-Westfalen (Gesundheitsdatenschutzgesetz)
8. Rheinland-Pfalz (Landeskrankenhausgesetz)
9. Saarland (Krankenhausgesetz)
10. Sachsen (Sächsisches Krankenhausgesetz)
11. Thüringen (Thüringer Krankenhausgesetz)

Keine spezialgesetzliche Regelung bzgl. einer Auftragsdatenverarbeitung gibt es in folgenden Bundesländern:

1. Brandenburg
2. Hessen
3. Niedersachsen
4. Sachsen-Anhalt
5. Schleswig-Holstein

In diesen Bundesländern kann das BDSG bedingt durch die in § 1 Abs. 3 S. 2 erfolgte Abgrenzung nicht als eine Offenbarungsbefugnis angesehen werden.

Allerdings legitimiert auch §80 SGB X als spezialgesetzliche Gesetzgebung die Auftragsdatenverarbeitung für Sozialdaten. Gemäß § 67 Abs. 1 SGB X sind Sozialdaten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener), die von einer in § 35 des Ersten Buches genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach diesem Gesetzbuch erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. D. h. Sozialdaten stellen eine Teilmenge der Patientendaten dar. Demgemäß kann §80 SGB X nicht als allgemeine Legitimation zur Auftragsdatenverarbeitung von Patientendaten angesehen werden, demzufolge auch nicht als allgemeine Erlaubnisnorm zur Auftragsdatenverarbeitung für durch §203 StGB geschützte Geheimnisse herangezogen werden. Für den Sonderfall der Verarbeitung von personenbezogenen Sozialdaten kann §80 SGB X dem Normadressaten des SGB X eine spezialgesetzliche Offenbarungsbefugnis im Sinne des §203 StGB bieten. Normadressat des SGB X ist gemäß §1 SGB X jede Stelle, welche eine öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit im Rahmen der Wahrnehmung einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.



**Abbildung 5: Verhältnis von Sozialdaten zu Patientendaten**

Unter diesen Umständen ist die Auftragsdatenverarbeitung von Patientendaten eines Krankenhauses als Erlaubnistatbestand bzgl. einer Offenbarung an externe Gehilfen eines Arztes im Sinne von §203 StGB wohl nur in den elf oben genannten Bundesländern anzusehen, in denen eine spezialgesetzliche Regelung zur Auftragsdatenverarbeitung in Krankenhäusern existiert.

Hingegen gelten diese Gesetze für Arztpraxen nicht, sondern es gelten BDSG und SGB; die Auftragsdatenverarbeitung entsprechend BDSG kann für Arztpraxen entsprechend § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG nicht als Erlaubnisnorm angesehen werden. Dementsprechend kann eine Auftragsdatenverarbeitung von Arztpraxen nur bei erfolgter Schweigepflichtentbindung durch den jeweils Betroffenen durchgeführt werden. Im Zuge der heutigen Technisierung kann eine Arztpraxis ohne Auftragsverarbeitung nicht betrieben werden. Die IT-Systeme müssen gewartet werden und eine eigene IT-Abteilung ist für die meisten Arztpraxen nicht finanzierbar. Die Wartung von IT-Systemen durch Fremdfirmen muss entsprechend §11 Abs. 5 als Auftragsdatenverarbeitung vertraglich vereinbart werden, konsequenterweise sollte der Gesetzgeber hier auch die gesetzliche Regelung für eine befugte Offenbarung schaffen<sup>24</sup>.

Da bzgl. der Legitimierung durch die gesetzlich erlaubte Auftragsdatenverarbeitung der Offenbarung von Berufsgeheimnissen, die durch §203 StGB geschützt sind, bis heute jedoch keine abschließende Rechtsprechung existiert, ist eine endgültige Wertung, welche Rechtsansicht die Richtige ist, derzeit nicht möglich. Auch das Urteil vom Europäischen Gerichtshof 22. November 2012 (C-119/12) bzgl. der Verarbeitung von Verkehrsdaten für Gebührenabrechnung und Forderungseinziehung durch einen Dienstleister zeigt indirekt die Diskrepanz zwischen Datenschutzrecht und Strafrecht an. Im angesprochenen Urteil wird zwar „nur“ auf das Telekommunikationsrecht Bezug genommen, aber der EuGH zeigt hier,

<sup>24</sup> Jandt S, nebel M (2013) Die elektronische Zukunft der Anwaltstätigkeit- Rechtsprobleme beim Outsourcing von Scan-Dienstleistungen. NJW: 1570-1576

dass eine ordnungsgemäße, vertraglich geregelte Auftragsdatenverarbeitung die Grundlage für eine befugte Offenbarung sein kann<sup>2526</sup>.

## 6 Abkürzungen

Abs	Absatz
ADV	Auftragsdatenverarbeitung
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BayKHG	Bayerisches Krankenhausgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BremKHDSG	Bremisches Krankenhausdatenschutzgesetz
GDSG	Gesundheitsdatenschutzgesetz
HDSG	Hessisches Datenschutzgesetz
HKHG	Hessisches Krankenhausgesetz
HmbKHG	Hamburgisches Krankenhausgesetz
IT	Informationstechnik
KHG	Krankenhausgesetz
LKG	Landeskrankenhausgesetz
LKHG	Landeskrankenhausgesetz
Rn	Randnummer
S	Satz
SächsKHG	Sächsisches Krankenhausgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
ZPO	Zivilprozessordnung

## 7 Weiterführende Literatur

### 7.1 Zeitschriften

**2013**

---

<sup>25</sup> EuGH: Erforderliche Verkehrsdaten für Gebührenabrechnung und Forderungseinziehung. ZD 2013, 77-79

<sup>26</sup> Vander S. (2013) Möglichkeiten und Grenzen weisungsgebundener Datenweitergabe - Beauftragung von IT-Leistungen in geheimnisschutzrelevanten Geschäftsfeldern nach der EuGH-Rechtsprechung. ZD: 492 - 497

- Buchner B. (2013) Outsourcing in der Arztpraxis – zwischen Datenschutz und Schweigepflicht. MedR: 337 - 342
- Conrad I, Fechtner S. (2013) IT-Outsourcing durch Anwaltskanzleien nach der Inkasso-Entscheidung des EuGH und dem BGH, Urteil vom 7.2.2013 - Datenschutzrechtliche Anforderungen. CR: 137-148
- Menzel HJ. (2013) Auftragsdatenverarbeitung im Sozial- und Gesundheitswesen. RDV: 59 - 66

## **2012**

- Giesen T. (2012) Zum Begriff des Offenbarens nach § 203 StGB im Falle der Einschaltung privatärztlicher Verrechnungsstellen. NStZ: 122ff
- Kroschwald S, Wicker M. (2012) Kanzleien und Praxen in der Cloud – Strafbarkeit nach §203 StGB. CR: 758-764
- Paul JA, Gendele B. (2012) Outsourcing von Krankenhausinformationssystemen - Praxishinweise zur rechtskonformen Umsetzung. ZD: 315-321
- Szalai S, Kopf R. (2012) Verrat von Mandantengeheimnissen - Ist Outsourcing strafbar nach §203 StGB? ZD: 462-468
- Ulmer CD. (2012) Datenverarbeitung und Datenschutz im Gesundheitswesen – technische Möglichkeiten und rechtliche Grundlagen. RDG: 272-278

## **2011**

- Bräutigam P. (2011) §203 StGB und der funktionale Unternehmensbegriff - Ein Silberstreif am Horizont für konzerninternes IT-Outsourcing bei Versicherern. CR: 411-416
- Jandt S, Roßnagel A, Wilke D. (2011) Outsourcing der Verarbeitung von Patientendaten - Fragen des Daten- und Geheimnisschutzes. NZS: 641ff
- Kort M. (2011) Strafbarkeitsrisiken des Datenschutzbeauftragten nach § STGB § 203 StGB beim IT-Outsourcing, insbesondere in datenschutzrechtlich „sichere“ Drittstaaten. NstZ: 193 - 195

## **2010**

- Klein H. (2010) Schweigepflicht versus Offenbarungspflicht. RDG: 172ff
- Leisner W. (2010) Einschaltung Privater bei der Leistungsabrechnung in der Gesetzlichen Krankenversicherung - Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine anstehende gesetzliche Neuregelung. NZS: 129 -136

## **2009**

- Lensdorf L, Mayer-Wegelin C, Mantz R. (2009) Outsourcing unter Wahrung von Privatgeheimnissen - Wie das mögliche Hindernis des § 203 Abs. 1 StGB überwunden werden kann. CR: 62-68

## **2008**

- Heghmanns M, Niehaus H. (2008) Outsourcing im Versicherungswesen und der Gehilfenbegriff des §203 III 2 StGB. NStZ: 57ff

- Welke WA. (2008) Zulässigkeit von Durchsuchungen in Arztpraxen - Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 21. 1. 2008 – 2 BvR 1219/07. MedR: 732 – 734

## 7.2 Urteile

- Keine Schweigepflicht für Inhaber von Zahnlaboren. OLG Köln. 19.09.2011. 5 U 42/11. Kommentiert in VersR 2012, 62. online unter dejure <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20K%F6ln&Datum=18.07.2011&Aktenzeichen=5%20U%2042/11> openjur <http://openjur.de/u/449955.html>
- Kein Ordnungsgeld gegen Zeugen bei Berufung auf Zeugnisverweigerungsrecht. OLG Düsseldorf. 04.12.2009. 17 W 7/10. Kommentiert in NJOZ 2010, 2384. online unter dejure <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20D%FCsseldorf&Datum=23.02.2010&Aktenzeichen=17%20W%207/10> openjur <http://openjur.de/u/147760.html>
- Zeugnisverweigerungsrecht einer Krankenschwester. OLG Hamm. 20.01.2009. 5 Ws 24/09. Kommentiert in NSTz 2010, 164; RDG 2009, 266. online unter dejure <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Hamm&Datum=20.01.2009&Aktenzeichen=5%20Ws%2024/09> openjur <http://openjur.de/u/137030.html>
- Die ärztliche Schweigepflicht bezieht sich auch auf die Identität des Patienten. OLG Karlsruhe. 11.08.2006. 14 U 45/04. Kommentiert in VersR 2007, 245. online unter dejure <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=14%20U%2045/04> openjur <http://openjur.de/u/354901.html>
- Kein Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht bei der Vorlage von Patientenunterlagen an die Ärztliche Stelle. VG Frankfurt/Main. 13.02.2008. 4 E 1892/07 Kommentiert in MedR 2008, 237. online unter dejure <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=VG%20Frankfurt/Main&Datum=13.02.2008&Aktenzeichen=4%20E%201892/07> openjur <http://openjur.de/u/299986.html>
- Archivierung von Behandlungsunterlagen durch private Unternehmen. OLG Düsseldorf. 20.08.1996. 20 U 139/95. Online unter dejure <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20D%FCsseldorf&Datum=20.08.1996&Aktenzeichen=20%20U%20139/95>
- Zum Umfang der Schweigepflicht eines im Strafvollzug tätigen Anstalts(zahn)arztes. OLG Karlsruhe. 07.04.1993. 2 Ws 13/93. Kommentiert in MDR 1993, 998; NSTz 1993, 405; NSTz 1993, 406. Online unter dejure

<http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Karlsruhe&Datum=07.04.1993&Aktenzeichen=2%20Ws%2013/93>

- Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts des Arztes und seiner Berufsgehilfen. BGH. 20.02.1985.- 2 StR 561/84.  
Kommentiert in NJW 1985, 2203; MDR 1985, 597; NStZ 1985, 372; StV 1985, 265. online unter  
dejure  
<http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=20.02.1985&Aktenzeichen=2%20StR%20561/84>
- Zeugnisverweigerungsrecht des Verwaltungsdirektors eines Krankenhauses. OLG Oldenburg. 10.06.1982. 2 Ws 204/82.  
Kommentiert in NStZ 1983, 39. online unter  
dejure  
<http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=20.02.1985&Aktenzeichen=2%20StR%20561/84>
- Umfang der ärztlichen Schweigepflicht. OVG Lüneburg. 29.07.1975. II OVG A 78/73.  
Kommentiert in NJW 1975, 2263
- Schweigepflicht ärztlicher Gehilfen. LG Köln. 02.04.1959. 34 Qs 76/59.  
Kommentiert in NJW 1959, 1598