

DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz

Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Adrian Schneider, Philipp Quiel, Tilman Herbrich

Datenschutz im Fokus

WhatsApp in der Arztpraxis: Genickbruch auf Rezept

Risiken und Nebenwirkungen auf Kosten des Patienten: Warum vom Einsatz des Messengers zur Kommunikation mit Patienten abzuraten ist.

Seite 71

Rechtsgrundlagen und Zweckbindung beim „Betrieblichen Eingliederungsmanagement“

Ist eine Einwilligung erforderlich oder sind andere Rechtsgrundlagen anwendbar? Dürfen die erhobenen Daten auch für andere Zwecke verwendet werden?

Seite 73

Mitarbeiterfotografie im Spagat zwischen KUG, DSGVO und BAG-Rechtsprechung

Neue Anforderungen an die Einwilligungserklärung für Bildnisse im Beschäftigungsverhältnis.

Seite 75

Schlussanträge des Generalanwalts: „We use cookies“ zukünftig nur noch mit ausdrücklicher Einwilligung?

Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Szpunar im EuGH-Verfahren „Planet49“ und Empfehlungen für die Praxis.

Seite 77

Fragen aus der Praxis

Anpassung bereits abgeschlossener Standardvertragsklauseln unter der DSGVO?

Mit Art. 28 DSGVO existieren erstmals unmittelbar verbindliche Vorgaben zur Auftragsverarbeitung auf europäischer Ebene. Hat dies auch Auswirkungen auf bereits abgeschlossene EU-Standardvertragsklauseln?

Seite 80

Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

Cookie Walls sind nach Ansicht der „Dutch Data Protection Authority“ nicht DSGVO-konform

Seite 82

Was ist eine „Verarbeitungstätigkeit“ im Sinne der DSGVO?

Seite 83

Rechtsprechung

Apple-Datenschutzrichtlinie teilweise rechtswidrig

Seite 85

Stichwort

Artikel 13

Seite 87

■ Nachrichten Seite 66 ■ Service Seite 87

Maria Fetzer

WhatsApp in der Arztpraxis: Genickbruch auf Rezept

Für eine valide Diagnose ist die persönliche Untersuchung eines Patienten unabdingbar. Um Zeit und Kosten zu sparen, greifen Ärzte und Patienten auf eine Kommunikation über Messenger zurück. Neue Services bieten sogar an, sich via WhatsApp krankschreiben zu lassen. Die Standard-IT-Ausstattung sowie Telematikinfrastruktur von Arztpraxen gibt eine derart niedrigschwellige Kommunikation jedoch nicht her. Immer mehr Ärzte greifen daher auf unsichere IT-Services zurück, die sie und ihre Mitarbeiter aus dem Privatleben kennen und schätzen. Der Einsatz solcher Schatten-IT im stark regulierten Gesundheitswesen verstößt jedoch in der Regel gegen Datenschutz- und Strafvorschriften und birgt aus Sicht der Informationssicherheit erhebliche Folgerisiken.

Risiken im Einsatz von WhatsApp

Aufsichtsbehörden ist der Einsatz von WhatsApp im Gesundheitsbereich seit Jahren ein Dorn im Auge. Regelmäßig warnen sie vor einer Verwendung zur Kommunikation mit Patienten oder unter ärztlichen Kollegen. Die Begründung für diese deutliche Positionierung liegt auf der Hand: Das Arzt-Patientenverhältnis ist von einer gesteigerten Vertrauensbeziehung geprägt, in welcher berufsgemäß höchst sensible personenbezogene Daten ausgetauscht werden, mit der Folge, dass dieses Verhältnis keine Rechtsunsicherheiten verträgt.

Zwar ist es Ärzten mit Änderung der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte durch die Lockerung des Fernbehandlungsverbots im Dezember 2018 nicht mehr verboten, Kommunikationsmedien zur Unterstützung der Behandlung des Patienten einzusetzen, vgl. § 7 Abs. 4 MBO-Ä. Angesichts der bereits bekannten datenschutz- und strafrechtlichen Risiken, die in der Verwendung von WhatsApp liegen, kann es jedoch nicht im Sinne des Patienten sein, z. B. Laborbefunde oder Röntgenbilder abzufotografieren und über einen rechtlich angreifbaren Dienst zu versenden. Erste Praxiserfahrungen zeigen, dass die in Arztpraxen eingesetzten Messenger-Dienste wie WhatsApp Gegenstand routinemäßiger Datenschutzprüfungen nach Art. 58 Abs. 1 DSGVO durch Aufsichtsbehörden sind.

Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 I Nr. 1 StGB)

Ärzte, die WhatsApp als Kommunikationskanal zur Betreuung von Patienten eröffnen und z. B. medizinische Befunde über WhatsApp versenden, machen sich in aller Regel bereits nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar. Diese Strafvorschrift ist keine Bagatelle, sie sieht bei der „Verletzung von Privatgeheimnissen“ durch Berufsheimnisträger eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe vor. Den Straftatbestand erfüllen Ärzte, wenn sie fremde Geheimnisse, zu denen Gesundheitsdaten ihrer Patienten zählen, gegenüber Dritten offenbaren. Beim Versenden einer Nachricht oder eines Befundes über Whats-

App kann der Diensteanbieter gerade nicht garantieren, dass Nachrichteninhalte oder Metadaten der Kommunikation, die bereits für sich ein schützenswertes Geheimnis darstellen, nicht durch ihn selbst und weitere Dritte zur Kenntnis genommen werden. Bereits die Tatsache, dass ein Patient einen bestimmten Arzt konsultiert, auf die sich durch Kommunikationsmetadaten ohne weiteres schließen lässt, stellt bereits ein besonders sensibles Datum dar, das nach Art. 9 DSGVO besonderen Schutz genießt. Kurz: Bei der Nutzung von WhatsApp schwingt die Gefahr einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht des Arztes immer mit.

Datenschutz

Die Datenübermittlung via WhatsApp stellt einen nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO datenschutzrechtlich relevanten Verarbeitungsvorgang dar, der gleich mehrere datenschutzrechtliche Risiken birgt:

Zum einen werden die Kontaktdaten aus dem Adressbuch deutscher Nutzer an Anbieter aus einem Drittland, meist die USA, übertragen. Diese Nutzerdaten bzw. Account-Informationen, wie z. B. Profilname, Profilbild und Handynummer werden von WhatsApp zusätzlich auch anderen Unternehmen der Facebook-Unternehmensgruppe trotz gegenteiliger Gerichtsentscheidungen zur Verfügung gestellt, da WhatsApp seit dem Jahr 2014 Teil des Facebook-Konzerns ist. WhatsApp hält selbst keine Möglichkeit bereit, die regelmäßige Übertragung von Kontaktdaten aus dem Telefonbuch der Nutzer an WhatsApp zu verhindern bzw. zu konfigurieren oder auf einzelne Nutzergruppen einzugrenzen. Stattdessen werden mit Synchronisation des Adressbuchs sogar Kontaktdaten von Personen übertragen, die WhatsApp selbst nicht nutzen. Unter Berücksichtigung der Zielsetzung der DSGVO, die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten durchzusetzen, muss bereits die Initialisierung der WhatsApp-Applikation auf Endgeräten in der Arztpraxis als klarer Verstoß gegen das Prinzip der datenschutzfreundlichen Technikgestaltung (vgl. Art. 25 und

Art. 32 DSGVO) angesehen werden. Die Regelungen der DSGVO verpflichten den Verantwortlichen zur Ergreifung geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen, um insbesondere die nach Art. 5 Abs. 1 DSGVO bestehenden Grundsätze zum Schutz der Rechte betroffener Personen wirksam umzusetzen. Hierzu zählen auch die Grundsätze der Datenminimierung und Speicherbegrenzung. Auch der Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen rät in einem „Merkblatt für die Nutzung von „WhatsApp“ in Unternehmen“ vom Einsatz von WhatsApp ab und ordnet die Auswahl des Messengers als Verarbeitungsmittel als Verstoß gegen Art. 25 Abs. 1 DSGVO ein, da die Kontaktübermittlung aus dem Adressbuch dem Prinzip der Datensparsamkeit zuwiderlaufe, vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO. Darüber hinaus ist der einzelne Nutzer, also auch der Arzt, der WhatsApp zur Kommunikation mit Patienten oder ärztlichen Kollegen einsetzt, als datenschutzrechtlich Verantwortlicher gemäß Art. 4 Nr. 7 DSGVO anzusehen. Dieser hat sicherzustellen, dass die Verarbeitung auf rechtmäßige Weise erfolgt, die betroffenen Personen umfassend und transparent über die Datenverarbeitung informiert werden und auch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergriffen werden, um ein angemessenes Schutzniveau für die Betroffenen zu gewährleisten. Diese Transparenz kann der Verantwortliche bezüglich WhatsApp jedoch gar nicht leisten, da die Datenflüsse zwischen WhatsApp und Facebook intransparent sind. Die von dem Diensteanbieter vorgehaltenen Informationen zur Datenverarbeitung erfüllen nicht die Anforderungen von Art. 13, 14 DSGVO. Das macht es dem behandelnden Arzt praktisch unmöglich, die eigenen Informationspflichten gegenüber seinen Patienten zu erfüllen.

Vermeintliche Ende-zu-Ende-Verschlüsselung

In der täglichen Beratungspraxis wiegen sich Ärzte beim Einsatz von WhatsApp bisher leider zu Unrecht in Sicherheit, wenn sie auf die beworbene „Ende-zu-Ende-Verschlüsselung“ (E2E) von WhatsApp vertrauen. Damit wird jedoch definitionsgemäß nur gewährleistet, dass Nachrichteninhalte während des Übermittlungsvorgangs vom Gerät des Versenders zum Empfänger verschlüsselt sind, sodass eine Kenntnisnahme der Inhalte nur durch die Kommunikationspartner möglich ist. Wie genau die E2E-Verschlüsselung tatsächlich abläuft, ist unbekannt, WhatsApp bleibt auch an dieser Stelle eine Black Box. Unabhängig davon erhält der Diensteanbieter jedoch die stets anfallenden Metadaten jeder Kommunikation, die Auskunft darüber geben, welcher Nutzer wann mit wem und wie oft kommuniziert. Auch diese Daten werden außerhalb der EU verarbeitet, was wiederum mangels anderer Ausnahmetatbestände der informierten und freiwilligen Einwilligung des betroffenen Patienten bedarf. Zwar ist die generelle Kommunikation des Arztes mit Patienten oder mitbehandelnden Kollegen grundsätzlich von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO

gedeckt, da die Kontaktaufnahme jedenfalls zur Erfüllung des Behandlungsvertrags erforderlich ist. Allerdings ist die Nutzung von WhatsApp u. a. nach Ansicht der Kassenärztlichen Vereinigung Mecklenburg-Vorpommern gerade nicht mehr zur Erfüllung des Behandlungsvertrages erforderlich.

Besonderheit: Übertragung von Gesundheitsdaten

Gesundheitsdaten verdienen als besondere Kategorie personenbezogener Daten gemäß Art. 9 DSGVO besonderen Schutz (vgl. ErwG. 52 DSGVO). Die Verarbeitung dieser „sensiblen“ Daten ist grundsätzlich verboten, es sei denn, es greift einer der Ausnahmetatbestände des Art. 9 Abs. 2 DSGVO. Für die Übertragung dieser Daten via WhatsApp, z. B. unter ärztlichen Kollegen im Rahmen der Vor- und Nachbehandlung, kommt Art. 9 Abs. 2 lit. h), Abs. 3 DSGVO i. V. m. § 22 Abs. 1 Nr. 1 b, Abs. 2 BDSG als Erlaubnistatbestand in Betracht. Hiernach dürfen Gesundheitsdaten dann verarbeitet werden, wenn dies für Zwecke der Gesundheitsvorsorge oder [...] für die medizinische Diagnostik (vorbehaltlich geeigneter Garantien) erforderlich ist. Doch auch in diesem Fall ist die Datenübermittlung via WhatsApp nicht erforderlich, wenn und soweit datenschutzrechtlich sicherere Kommunikationswege zur Verfügung stehen, die geeignet sind, Diagnostik und Behandlung des Patienten ebenso umfassend zu gewährleisten.

Alternativen zu WhatsApp

Datenschutz wird immer wieder als Innovationsmotor gerühmt, zuletzt vom Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit. Zumindest für das Angebot von Messengerdiensten für Berufsgeheimnisträger trifft dies zu, denn das Angebot an datenschutzkonformen Diensten wächst ständig. Der Umstieg auf Messenger-Dienste wie Threema, Stashcat oder die speziell auf die Kommunikation im Gesundheitswesen zugeschnittene Lösung von „Silo“, ist Ärzten und ärztlichem Fachpersonal dringend anzuraten, um strafrechtliche Sanktionen sowie Maßnahmen von Aufsichtsbehörden und nicht zuletzt Ansprüchen von Patienten vorzubeugen.

Autorin: Maria Fetzer ist Rechtsanwältin in Bereich Technologie- und Datenschutzrecht sowie Prozessführung bei Spirit Legal LLP Rechtsanwälte.

