

Daten- und Geheimmissschutz bei Outsourcing-Projekten im  
Krankenhausbereich

von

Dr. Sven Sosna

1. Auflage

Nomos 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 8487 1701 9

Sven Sosna

# Daten- und Geheimnisschutz bei Outsourcing-Projekten im Krankenhausbereich



**Nomos**

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Marion Albers  
Prof. Dr. Ivo Appel  
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner  
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 18

Sven Sosna

# Daten- und Geheimmnisschutz bei Outsourcing-Projekten im Krankenhausbereich



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1701-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-5753-2 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

A.	Outsourcing im Krankenhaus als Datenschutzproblem	17
I.	Die Bedeutung von Outsourcing für das Krankenhauswesen	17
	1. Begriffsbildung und Begriffsverständnis	17
	2. Aktualität des Themas	17
II.	Rechtliche Problemstellungen bei der Umsetzung	19
	1. Undurchsichtige Gesetzeslandschaft	19
	a) Staatliches Datenschutzrecht	19
	b) Einfluss des Europarechts	20
	c) Kirchliches Datenschutzrecht	21
	d) Strafrecht	21
	e) Bevorstehende Reform des europäischen Datenschutzrechts	22
	2. Besondere Schutzbedürftigkeit von Patientendaten	22
	a) Datenschutzrechtliche Behandlung sensibler Daten	22
	b) Strafrechtliche Absicherung von Geheimnissen	23
	3. Datenschutzrechtliche Überlegungen zur Realisierung der Auslagerung	24
	a) Auslagerungsobjekte	24
	b) Chancen und Risiken bei der Umsetzung von Outsourcing-Projekten	25
	aa) Chancen	25
	bb) Risiken	27
	(1) Verlust von Know-how und Abhängigkeit vom Anbieter	27
	(2) Einflussverlust	27
	(3) Sicherheitsrisiken	28
	c) Auswirkungen der Wahl des Kooperationspartners	29
	d) Streit um die Abgrenzung zwischen Auftragsdaten- verarbeitung und Funktionsübertragung	30
	e) Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien	31
B.	Datenschutzrechtlicher Rahmen für Outsourcing-Projekte in Krankenhäusern	32
I.	Schutzziele und Schutzgüter des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	33
	1. Datenschutz als Schutz des Individuums	33

*Inhaltsverzeichnis*

a)	Verfassungsebene	33
b)	Kontextbezogene Bestimmung des Schutzbedarfs	34
c)	Einfachgesetzliche Zielvorgaben	35
2.	Schutz natürlicher Personen	36
3.	Das Datum als Schutzobjekt	37
II.	Verfassungsrechtliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen	38
III.	BDSG und Landesdatenschutzgesetze	40
IV.	Bereichsspezifisches Landesrecht	41
V.	Sonstige Vorschriften	42
1.	Sozialrecht	42
2.	Strafrecht	43
VI.	Normenhierarchie im Krankenhausbereich	43
1.	BDSG und Landesdatenschutzgesetze	43
2.	Landesdatenschutzgesetze und bereichsspezifische Landesregelungen	44
3.	BDSG und bereichsspezifische Landesregelungen	44
4.	Datenschutzrecht und sonstige Geheimnisschutzvorschriften	48
VII.	Sonderfall: Kirchliches Datenschutzrecht	50
1.	Die kirchlichen Datenschutzregelungen	50
2.	Das Verhältnis zwischen staatlichem und kirchlichem Datenschutzrecht	51
a)	Grundsätzliche Anwendbarkeit des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auf Krankenhäuser	52
b)	Anwendbarkeit staatlichen Datenschutzrechts auf Religionsgemeinschaften	52
aa)	Möglichkeiten gesetzgeberischer Einflussnahme im kirchlichen Bereich	52
bb)	Datenschutzrechtliche Bestimmungen als »für alle geltendes Gesetz«	53
(1)	Der Begriff des »für alle geltenden Gesetzes«	54
(2)	Anwendung auf datenschutzrechtliche Normen	56
cc)	Kirchliche Einrichtungen als öffentliche bzw. nicht-öffentliche Stellen	62
(1)	Grundsatz	62
(2)	Ausnahme: Erfüllung hoheitlicher Aufgaben	64
3.	Exemtion kirchlicher Krankenhäuser auf Landesebene	64
4.	Zwischenergebnis	66

C.	Datenschutzrechtliche Anforderungen an Outsourcing-Projekte im Krankenhausbereich	68
I.	Die Stellung des Krankenhauses	68
1.	Die Krankenhausbegriffe in den Fachgesetzen	68
2.	Krankenhäuser als Adressaten des Datenschutzrechts	69
a)	Trägerpluralität der deutschen Krankenhauslandschaft	69
b)	Einordnung der Krankenhäuser nach datenschutzrechtlichen Grundsätzen	70
aa)	Anknüpfungspunkt für die Einordnung	70
bb)	Definition öffentlicher und nicht-öffentlicher Stellen	71
cc)	Einordnung der Krankenhäuser als öffentliche bzw. nicht-öffentliche Stellen	72
(1)	Private und freigemeinnützige Krankenhäuser	72
(2)	Öffentliche Krankenhäuser	72
dd)	Das öffentliche Krankenhaus als Wettbewerbsunternehmen	75
c)	Kooperationsformen zwischen Krankenhaus und Provider	76
aa)	Gesellschaftsrechtliche und vertragsrechtliche Kooperationsformen	76
bb)	Public Private Partnerships	78
II.	Sensitive Daten im Krankenhausbereich	80
1.	Figur der »sensitiven Daten«	80
a)	Europarechtlicher Rahmen und Umsetzung im BDSG	80
b)	Vereinbarkeit mit dem Regelungsansatz des deutschen Datenschutzrechts	82
c)	Reichweite des Schutzes	85
2.	Begriff der Patientendaten	88
III.	Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung als datenschutzrechtliche Kooperationsformen	90
1.	Stellenbegriff im Datenschutzrecht	91
a)	Verantwortliche Stelle	91
b)	Empfänger und Dritter	93
2.	Auftragsdatenverarbeitung	94
a)	Wirkungen der Auftragsdatenverarbeitung	95
b)	Pflichten der Parteien	96
aa)	Pflichten des Auftraggebers	96
bb)	Pflichten des Auftragnehmers	98
(1)	Pflichtenspektrum	98
(2)	Vertragswidrige Datenverwendung durch den Auftragnehmer	100



*Inhaltsverzeichnis*

3.	Funktionsübertragung	102
a)	Generelle Zulässigkeit der Übermittlung von Daten	102
b)	Pflichten der Beteiligten	106
4.	Grenzziehung zwischen Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung	106
a)	Funktionstheorien	108
aa)	Strenge Funktionstheorie	109
bb)	Eingeschränkte Funktionstheorien	109
b)	Vertragstheorie	111
c)	Beurteilung	112
aa)	Strenge Funktionstheorie	112
bb)	Eingeschränkte Funktionstheorien	114
cc)	Vertragstheorie	116
d)	Gefahrenkompensationstheorie als Alternative	118
aa)	Erfordernis eines einzelfallbezogenen Entscheidungssystems	118
bb)	Auslegung der Vorschriften zur Auftragsdaten- verarbeitung	119
(1)	Wortlaut	120
(2)	Historisch	121
(3)	Systematisch	121
(4)	Teleologisch	127
(5)	Zwischenergebnis	131
cc)	Kriterien für die Aufrechterhaltung des daten- schutzrechtlichen Risikogleichgewichts	131
(1)	Indizien bezüglich einer Gefahrerhöhung	132
(2)	Indizien für bzw. gegen die Überwachbarkeit einer Tätigkeit	137
IV.	Möglichkeiten datenschutzrechtlich zulässiger Auslagerung	141
1.	Definition des Betrachtungsumfangs	142
2.	Datenschutzrechtliche Umsetzung unter besonderer Betrachtung der externen Archivierung	143
a)	Ausgangsproblem: Langfristige Aufbewahrungspflicht von Patientenakten	143
aa)	Gesetzliche Aufbewahrungspflichten	144
bb)	Problem der langfristigen Aufbewahrung wegen langer Verjährungsfristen von Schadensersatz- ansprüchen	145
b)	Potential und Risiken der externen Archivierung	147
c)	Europarechtliche Rahmenbedingungen	148

aa)	Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Reichweite der Harmonisierungspflicht der DSRL	148
bb)	Sachlicher Anwendungsbereich des DSRL	150
cc)	Bindungswirkung des Art. 8 Abs. 3 DSRL	151
	(1) Grundsätzliche Umsetzungspflicht	152
	(2) Verarbeitungszwecke	153
	(3) Erforderlichkeit der Verarbeitung	153
	(4) Voraussetzungen für eine Unterwerfung unter das ärztliche Berufsgeheimnis oder eine »entsprechende Geheimhaltungspflicht« im Sinne der DSRL	153
dd)	Bindungswirkung der Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung	159
	(1) Grundsätzliche Umsetzungspflicht	159
	(2) Abgrenzung zur Funktionsübertragung	159
	(3) Weisungsbefugnis	160
	(4) Auswahl des Auftragnehmers	160
	(5) Formelle Voraussetzungen	160
d)	Externe Archivierung durch Krankenhäuser bei Anwendung des unmodifizierten allgemeinen Datenschutzrechts	161
	aa) Anwendungsbereich	161
	bb) Auftragsdatenverarbeitung	162
	(1) Formelle Voraussetzungen	162
	(2) Inhaltliche Voraussetzungen	163
	cc) Funktionsübertragung	166
e)	Externe Archivierung durch Krankenhäuser im Anwendungsbereich der Landeskrankenhausgesetze	168
	aa) Baden-Württemberg	168
	(1) Rechtsrahmen	168
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	177
	bb) Bayern	178
	(1) Rechtsrahmen	178
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	185
	cc) Berlin	185
	(1) Rechtsrahmen	185
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	190
	dd) Brandenburg	190

*Inhaltsverzeichnis*

	(1) Rechtsrahmen	190
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	195
ee)	Bremen	195
	(1) Rechtsrahmen	195
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	199
ff)	Hamburg	200
	(1) Rechtsrahmen	200
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	203
gg)	Hessen	203
	(1) Rechtsrahmen	203
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	206
hh)	Mecklenburg-Vorpommern	207
	(1) Rechtsrahmen	207
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	214
ii)	Niedersachsen	215
jj)	Nordrhein-Westfalen	215
	(1) Rechtsrahmen	215
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	219
kk)	Rheinland-Pfalz	219
	(1) Rechtsrahmen	219
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	222
ll)	Saarland	223
	(1) Rechtsrahmen	223
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	225
mm)	Sachsen	226
	(1) Rechtsrahmen	226
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	228
nn)	Sachsen-Anhalt	228
oo)	Schleswig-Holstein	228
pp)	Thüringen	229
	(1) Rechtsrahmen	229
	(2) Umsetzung im Rahmen der externen Archivierung	233

f)	Rechtfertigung der Datenverarbeitung über Art. 8 Abs. 4 DSRL?	233
g)	Krankenhäuser der Kirchen	235
3.	Kritik an ausgewählten Regelungen	235
a)	Unterschiedliche Krankenhausdefinitionen	236
b)	Unterschiede in der Anwendung des sekundären Datenschutzrechts	237
c)	Kollisionslage mit Europarecht	239
V.	Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit eines Outsourcings	241
1.	Anonymisierung oder Pseudonymisierung als datenschutzfreundliche Alternative	241
a)	Personenbezug anonymisierter und pseudonymisierter Daten	241
aa)	Bestimmtheit/Bestimmbarkeit einer Person	241
bb)	Anonymisierte Daten	245
cc)	Pseudonymisierte Daten	247
b)	Umsetzung der Maßnahmen bei der Archivierung	249
aa)	Physische Patientenakten	249
bb)	Digitale Patientenakten	252
2.	Einholung einer Einwilligung	253
a)	Verhältnis von gesetzlicher Gestattung und Einwilligung	254
b)	Form	256
c)	Informierte Einwilligung	257
d)	Freiwilligkeit der Einwilligung	258
e)	Unzulässigkeit der mutmaßlichen Einwilligung im Datenschutzrecht	261
VI.	Entwicklung des Datenschutzrechts nach der Datenschutz-Grundverordnung	263
1.	Reichweite des Begriffs der personenbezogenen Daten	264
2.	Reformiertes System der Auftragsverarbeitung	266
3.	Verarbeitung von Gesundheitsdaten	268
a)	Systemänderungen	268
b)	Art. 81 Abs. 1 lit. a) DS-GVO als Grundlage der Verarbeitung von Gesundheitsdaten zu medizinischen Zwecken	270
aa)	Zulässigkeit abweichenden mitgliedstaatlichen Rechts	270
bb)	Voraussetzungen der Datenverarbeitung nach Art. 81 Abs. 1 Hs. 1, Hs. 2 lit. a) DS-GVO	273

*Inhaltsverzeichnis*

D.	Probleme der ärztlichen Schweigepflicht bei Outsourcing-Projekten im Krankenhausbereich	275
I.	Potentielle Täter und Teilnehmer	275
1.	Krankenhausangehörige	275
2.	Bei Dienstleistern tätige Personen	277
II.	Fremde Geheimnisse als Schutzobjekt	278
III.	Offenbaren als Tathandlung	279
1.	Begriff	279
2.	Begehungsform	279
IV.	Mögliche Ausschlüsse der Strafbarkeit	280
1.	Einbeziehung von Mitarbeitern externer Dienstleister in den Bereich der Strafbarkeit des § 203 StGB	280
a)	Zulässigkeit einer Weitergabe geschützter Informationen an andere Schweigepflichtige	280
b)	Einbeziehung externer Personen in den Kreis der zum Wissen Berufenen als berufsmäßig tätige Gehilfen?	282
aa)	Vertretene Auffassungen	282
bb)	Stellungnahme	285
c)	Möglichkeit der förmlichen Verpflichtung	293
2.	Offenbarungsbefugnisnormen des Datenschutzrechts	296
a)	Generelle Eignung als Offenbarungsbefugnisnormen	296
b)	Normen zur Auftragsdatenverarbeitung	299
c)	Normen zur Datenübermittlung	302
3.	Einwilligung des Betroffenen	303
a)	Form	303
b)	Inhalt	304
c)	Keine mutmaßliche Einwilligung	305
d)	Keine nachträgliche Genehmigung	307
4.	Vermeidung der Offenbarung durch die Containerlösung	307
V.	Änderungsbedarf de lege ferenda	309
1.	Rechtslage bei Anwendung der DSRL	309
2.	Künftige Rechtslage bei Anwendung der DS-GVO	312
E.	Zusammenfassende Thesen	314
	Literaturverzeichnis	324