

Outsourcing der Verarbeitung von Gesundheitsdaten und § 203 StGB (Teil 1)

Dr. Martina Vomhof

Nürnberg/Erlangen, 23.02.2017



Outsourcing der Verarbeitung von Gesundheitsdaten und § 203 StGB

Eine lange Geschichte

... mit einem absehbaren Ende?

Das Problem

- Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB
 - von „Angehörigen“ der privaten Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung
 - zum persönlichen Lebensbereich gehörende Geheimnisse, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisse, vor allem Gesundheitsdaten
 - unbefugtes Offenbaren



Das Problem

Machen sich Vorstandsmitglieder und Mitarbeiter von Versicherungsunternehmen strafbar, wenn Sie im Rahmen ihrer regelmäßigen Geschäftstätigkeit Dienstleister einschalten und diesen Gesundheitsdaten übermitteln?



Das Problem

Outsourcing von Tätigkeiten durch Versicherungsunternehmen ist zur Regel geworden!

▪ Outsourcing innerhalb eines Versicherungskonzerns

- Übertragung von Hilfstätigkeiten an andere Konzernunternehmen (z. B. Postbearbeitung, Anrufannahme)
- IT- Gesellschaft
- Übertragung zentraler Funktionen auf ein anderes Konzernunternehmen (z. B. Risikoprüfung, Schadenbearbeitung, Callcenter mit erweiterten Aufgaben)

▪ Outsourcing an spezialisierte Dritte

- Aktenvernichtung
- Datenspeicherung in der Cloud
- IT-Support
- Auch zentrale Funktionen wie Schadenbearbeitung
- Medizinische Einschätzungen

Das Problem

Kenntnisnahme der Dienstleister von Gesundheitsdaten ist nicht vermeidbar!

- Verarbeitung ist häufig zur Erfüllung der Aufgabe erforderlich ...
 - Risikoprüfung
 - Schadenbearbeitung

- ... oder jedenfalls nicht vollständig zu vermeiden
 - Aktenvernichtung
 - IT-Support

- Begrenzt wirksame Schutzmaßnahmen
 - Beschränkung auf erforderliche Daten
 - Verschlüsselung von Daten
 - Verwendung von Pseudonymen
 - Schwärzung von Akteninhalten



Rechtslage nach dem Datenschutzrecht (BDSG)

- **Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG, Art. 21 CoC**
 - Sorgfältige Auswahl des Auftragsdatenverarbeiters (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BDSG)
 - Schriftlicher Auftrag entsprechend den Anforderungen des § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG
 - Weisungsgebundenheit (§ 11 Abs. 3 BDSG)
 - Auftragsdatenverarbeiter ist kein Dritter (§ 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG)
 - Folge: **Datenweitergabe ohne weitere Erlaubnisgrundlage zulässig; auch für Gesundheitsdaten**

- **Erlaubnisgrundlage nach BDSG**
 - **nötig bei**
 - Fehlender Weisungsgebundenheit
 - Datenübermittlung in Drittstaaten außerhalb EU und EWR (§ 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG)
 - **Bei Gesundheitsdaten in der Regel Einwilligung** gemäß § 28 Abs. 6 BDSG erforderlich (vgl. GDV-Muster)

- **Für Datenübermittlungen in Drittländer zusätzliche Anforderungen nach § 4b, c BDSG**

Rechtslage nach dem Datenschutzrecht (EU-Datenschutz-Grundverordnung)

- **Auftragsverarbeitung nach Art. 28 EU-DSGVO**
 - ähnlich wie § 11 BDSG
 - Sorgfältige Auswahl (Art. 28 Abs. 1 EU-DSGVO)
 - Schriftlicher oder elektronischer Vertrag oder anderes Rechtsinstrument (Art. 28 Abs. 3, 9 EU-DSGVO)
 - Weisungsgebundenheit (Art. 29 EU-DSGVO)
 - Folge: Datenweitergabe ohne weitere Erlaubnisgrundlage zulässig?
 - Nach Art. 4 Ziff. 10 EU-DSGVO ist Auftragsverarbeiter generell kein Dritter

- **Gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 26 EU-DSGVO**
 - Gemeinsame Festlegung der Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung
 - Transparente Vereinbarung über Aufteilung der Verpflichtungen (Art. 26 Abs. 1 S. 2 u. 3, Abs. 3 EU-DSGVO)
 - Folge: Datenweitergabe ohne weitere Erlaubnis zulässig?

- **Für Datenübermittlungen in Drittländer zusätzliche Anforderungen nach Art. 44 EU-DSGVO**

Rechtslage nach dem Versicherungsaufsichtsrecht

- **Die Einschaltung von Dienstleistern im Konzern und außerhalb des Konzerns ist grundsätzlich möglich**
 - Besondere Anforderungen für „Ausgliederungen“ im aufsichtsrechtlichen Sinne (Solvency-II-RL, Delegierte Verordnung (EU) 2015/35, § 32 VAG, MaGo u. a.)
 - Gilt nur für **erhebliche Ausgliederungen** (BaFin-Verlautbarung zum Outsourcing 2015, Rz. 18-23)
 - nicht einmalig oder gelegentlich
 - nicht untergeordnete Tätigkeiten
 - besondere Anforderungen an „wichtige Tätigkeiten“, insbesondere Schlüsselfunktionen (z. B. Bestandsverwaltung, Leistungsbearbeitung)
 - Anforderungen **stark von den Zielen der Versicherungsaufsicht geprägt**
 - Keine Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Ausführung der ausgegliederten Funktionen/Tätigkeiten, der Steuerungs- und Kontrollrechte des Vorstands und der Kontrollrechte der Aufsichtsbehörde (§ 32 Abs. 2 VAG)
 - Sicherstellung von Geschäftsorganisation und zufriedenstellender Dienstleistung, Vermeidung von operationellen Risiken (§ 32 Abs. 3 VAG)
 - Auskunft- und Weisungsrechte sicherstellen (§ 32 Abs. 4 VAG)
 - Schutz des Einzelnen steht anders als bei § 203 StGB nicht im Vordergrund!

Offene Fragen zu § 203 StGB

- Funktionale Auslegung des § 203 StGB
- Dienstleister als „Angehörige“ des Unternehmens?
- Dienstleister als „Gehilfen“ i.S.v. § 203 Abs. 3?
- Datenschutzrechtliche Legitimation als Befugnis?
- Versicherungsaufsichtsrechtliche Legitimation als Befugnis?
- Mutmaßliche Einwilligung?

Offene Fragen zu § 203 StGB

▪ Schweigepflichtentbindung

- Mustereinwilligung und -schweigepflichtentbindung des GDV wurden mit den Datenschutzbehörden abgestimmt
- Probleme:
 - Restrisiken, wie z. T. hohe Anforderungen an die Bestimmtheit
 - Notlösungen für den Fall des Widerrufs

▪ Doppel- und Mehrfacharbeitsverhältnisse

- denkbar
- Probleme:
 - Durchführbar und sinnvoll bei Dienstleistern außerhalb des Konzerns?
 - Arbeitsrechtlich gewünscht?
 - Hilfskonstruktion

Wilhelmstraße 43 / 43 G, D-10117 Berlin
Postfach 08 02 64, D-10002 Berlin
Tel.: +49 30 2020-5000
Fax: +49 30 2020-6000

51, rue Montoyer
B-1000 Brüssel
Tel.: +32 2 28247-30
Fax: +32 2 28247-39

www.gdv.de  [@gdv_de](https://twitter.com/gdv_de)



Outsourcing der Verarbeitung von Gesundheitsdaten und § 203 StGB (Teil 2)

Dr. Martina Vomhof

Nürnberg/Erlangen, 23.02.2017



Forderung einer Lösung

- **Konferenz der Datenschutzbehörden** des Bundes und der Länder, 2010: Begrenzte Offenbarungsbefugnis für Auftragsdatenverarbeitung
- **Bundesrat** 2012: Aufnahme einer Regelung in das VAG
- **BMI** 2014: Entwurf einer Erlaubnisnorm im Vorfeld des Regierungsentwurfs zum VAG 2014
 - Aber: Regierungsentwurf strikt auf schnelle Umsetzung der Solvency-II-RL ausgerichtet. Thematik wurde nicht aufgegriffen.
- **Kompetenzzentrum Trusted Cloud** beim BMWi, AG Rechtsrahmen des Cloud Computing 2015: Gesetzesänderung erforderlich
- Häufig auch Vorstöße für andere Berufsgeheimnisträger
 - **E-Health-Gesetz**: Entschließung der 89. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder 2015
 - **Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA)** 2015 : Einschaltung von Dienstleistern als sozialadäquat > Gesetzgeber unter Zugzwang

Kommt doch eine gesetzliche Lösung?

23.11.2016: Referentenentwurf des BMJV

„Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“

- Ausnahme der Offenbarung an „mitwirkende Personen“ von der Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 StGB, wenn erforderlich (§ 203 Abs. 3 RefE StGB)
- Strafbarkeit der Dienstleister bei Geheimnisverrat (§ 203 Abs. 4 Satz 1 RefE StGB)
- Strafbarkeit der Berufsheimnisträger, wenn „mitwirkende Person“ nicht sorgfältig ausgewählt, zur Geheimhaltung verpflichtet und bei Tätigkeit überwacht und diese unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart (§ 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E)
- Weitere nicht für die Versicherungswirtschaft relevante Regelungen zu Berufsheimnissen bestimmter Personengruppen

▪ 5.1.2017: Erweiterter Referentenentwurf

- wie RefE vom 23.11.2016
- mit Regelungen zu weiteren Berufsheimnisträgern

Kommt doch eine gesetzliche Lösung?

16.01.2017 Stellungnahme des GDV

- Grundsätzlich zustimmend
- Kritik hinsichtlich
 - Anzweifeln der Notwendigkeit externer IT-Dienstleistungen für Versicherungsunternehmen
 - Unsicherheit der Zulässigkeit von Unteraufträgen
 - Unsicherheit, ob Aufzählung der Auftragnehmer abschließend ist
 - kaum erfüllbare Anforderungen an die Auswahl und Überwachung der „mitwirkenden Personen“
 - Anforderungen an die Auswahl und Verschwiegenheitsverpflichtung bei Einschaltung von Berufsgeheimnisträgern

Kommt doch eine gesetzliche Lösung?

01.02.2017: Regierungsentwurf des BMJV

Gleiche Zielrichtung, aber Nachbesserung im Gesetzestext und Ausbesserung zahlreicher Ungenauigkeiten in der Gesetzesbegründung

- Offenbarung an sonstige Personen ist nach § 203 Abs. 3 Satz 2 RegE StGB **nicht unbefugt** und damit nicht rechtswidrig,
 - wenn diese an der beruflichen Tätigkeit mitwirken
 - soweit die Offenbarung für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der „mitwirkenden Personen“ erforderlich ist.
- Wirtschaftliches Interesse von Versicherungsunternehmen, dritte Personen zur Mitwirkung an der Berufsausübung heranzuziehen, wird anerkannt
- Klarstellung auch für IT

Kommt doch eine gesetzliche Lösung?

01.02.2017: Regierungsentwurf

- Begriff der „mitwirkenden Person“
 - Unmittelbar mit der beruflichen Tätigkeit befasste natürliche Person
 - aber anders als „berufsmäßig tätiger Gehilfe“ (§ 203 Abs. 3 Satz 1 RegE StGB) nicht organisatorisch in das Unternehmen eingegliedert
 - in die Tätigkeit des Versicherungsunternehmens „in irgendeiner Weise eingebunden“; leistet „Beiträge“ dazu
 - Tätigkeiten in der Gesetzesbegründung nicht (mehr) abschließend aufgezählt
 - „insbesondere“
 - Schreibarbeiten
 - Rechnungswesen, Buchführung
 - Annahme von Telefonanrufen (Callcenter)
 - Aktenarchivierung und -vernichtung
 - IT-Dienstleistungen (Einrichtung, Betrieb, Wartung und Anpassung informationstechnischer Anlagen, Systemanwendung)
 - externe Datenspeicherung, auch Cloud
 - Keine ausdrückliche Aufzählung versicherungsspezifischer Tätigkeiten
 - aber keine Beschränkung im Wortlaut oder der Gesetzesbegründung

Kommt doch eine gesetzliche Lösung?

01.02.2017: Regierungsentwurf

- „Mitwirkende Person“
 - Unerheblich ist, ob der Dienstleister aufgrund eines Vertrages oder einer anderen Rechtsgrundlage tätig wird („keinen möglichen Rechtsgrund ausschließen“)
 - Keine direkte Beziehung, auch Vertrag mit seinem Arbeitgeber
 - Keine Unterscheidung zwischen Konzern und Dritten
 - Einschaltung von Unterauftragnehmern wird nun ausdrücklich zugelassen (§ 203 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbs. RegE StGB).
 - Keine Einschränkung für Dienstleister in Drittländern
- Erforderlichkeit der Datenübermittlung
 - Tätigkeit ohne Datenzugriff möglich?
 - Umfang der Übermittlung
 - Verschlüsselung, Pseudonymisierung?
- Wenn erfüllt: nicht unbefugt und daher keine rechtswidrige Tat nach § 203 Abs. 1 Nr. 6 (künftig Nr. 7) StGB

Kommt doch eine gesetzliche Lösung?

01.02.2017: Regierungsentwurf

- Die hohen **Anforderungen an die Auswahl der „mitwirkenden Personen“** und damit die Gefahr der Strafbarkeit wegen Fehlern bei der Auswahl sind im Vergleich zum RefE **deutlich reduziert** worden.
- Versicherungsunternehmen müssen (nur noch) dafür **Sorge tragen, dass die mitwirkenden Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet werden** (§ 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 RegE StGB).
 - nicht mehr „sorgfältige Auswahl der mitwirkenden Person“
 - nicht mehr Überwachung der mitwirkenden Person
 - Verschwiegenheitsverpflichtung durch Vertrag mit dem Dienstleister möglich
 - direkte Verpflichtung der „mitwirkenden Person“ ist ebenfalls möglich
 - **Auslagerung an Berufsgeheimnisträger** (Rechtsanwälte, Ärzte etc.) unterliegt keinen weiteren Anforderungen
- **Wenn nicht erfüllt: Strafbarkeit nach § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 RegE StGB, sofern mitwirkende Person Geheimnis offenbart**

Kommt doch eine gesetzliche Lösung?

01.02.2017: Regierungsentwurf

- Ausdehnung der Strafandrohung auf mitwirkende Personen
 - Strafbarkeit der mitwirkenden Personen (§ 203 Abs. 4 Satz 1 RegE StGB)
 - Wenn sie ein Geheimnis verraten, das ihnen bei Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist
 - Dienstleister können sich nach § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RegE StGB nun auch strafbar machen, wenn
 - sie nicht dafür Sorge tragen, dass für Unterauftragnehmer tätige „weitere mitwirkende Personen“ zur Geheimhaltung verpflichtet werden und
 - diese ein Geheimnis offenbaren

Wie geht es weiter?

- **Bundesrat:** Erster Durchgang am 31.03.2017
- **Bundestag:** Erste Lesung am 27.04.2017
- **Ziel der Bundesregierung:** Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens noch in dieser Legislaturperiode

Wilhelmstraße 43 / 43 G, D-10117 Berlin
Postfach 08 02 64, D-10002 Berlin
Tel.: +49 30 2020-5000
Fax: +49 30 2020-6000

51, rue Montoyer
B-1000 Brüssel
Tel.: +32 2 28247-30
Fax: +32 2 28247-39

www.gdv.de  [@gdv_de](https://twitter.com/gdv_de)

