

# Outsourcing der Verarbeitung von Gesundheitsdaten und § 203 StGB

## Gegenstand:

Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 und 2 Satz 1 des StGB:

Unbefugtes Offenbaren eines fremden Geheimnisses,  
das dem Täter in bestimmter beruflicher Eigenschaft anvertraut oder  
sonst bekannt geworden ist (sog. Berufsgeheimnisträger)

## Derzeitige Rechtslage nach § 203 StGB

- (1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als
1. Arzt
  2. Berufspsychologen
  3. Rechtsanwalt ...
  6. Angehörigen eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen, steuerberaterlichen oder anwaltlichen Verrechnungsstelle
- anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Ebenso ...
1. Amtsträger
  2. Für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter
- (3) Den in Abs.1 ... Genannten stehen ihre **berufsmäßig tätigen Gehilfen** und die Personen gleich, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind.

## Problem der derzeitigen Regelung

Abhängigkeit von der Hilfeleistung anderer Personen bei der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit, sodass diese je nach Art der Tätigkeit Gelegenheit haben, von den geschützten Geheimnissen Kenntnis zu erlangen (z.B. Abschreiben eines Diktats, Telefonannahme, Rechnungstellung, Aktenführung und -vernichtung)

### Möglichkeit 1:

Erledigung durch Berufsgehilfen im Sinne des § 203 StGB

### Möglichkeit 2:

Erledigung durch spezialisierte Unternehmen oder selbständig tätige Personen (= außerhalb der eigenen Sphäre der Berufsgeheimnisträger stehende Personen)

## Problem: Ist nach § 203 ein Outsourcing von Gesundheitsdaten straflos möglich?

- (1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als
1. Arzt
  2. Berufspsychologen
  3. Rechtsanwalt ...
  6. Angehörigen eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen, steuerberaterlichen oder anwaltlichen Verrechnungsstelle
- anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Ebenso ...
1. Amtsträger
  2. Für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter
- (3) Den in Abs.1 ... Genannten stehen ihre **berufsmäßig tätigen Gehilfen** und die Personen gleich, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind.

## Frage: Wie kann Outsourcing aus § 203 StGB herausgehalten werden?

- **Mutmaßliche Einwilligung**
- **Rechtfertigender Notstand**
- **Einstufung Externer als berufsmäßige Gehilfen** i.S.v. § 203 Abs. 3 S. 2  
h.M.: Nein, da berufsmäßig tätige Gehilfen in den organisatorischen und weisungsgebundenen internen Bereich der vertrauensbegründenden Sonderbeziehung eingegliedert sein müssen  
MM: Ja, da Analogie zu Gehilfen in anderen Bereichen (z.B. verlangt auch § 278 BGB keine Eingliederung in den Betrieb des Schweigepflichtigen  
Erg.: Die besseren Gründe sprechen für die h.M., vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 6

**Folge:** Will sich der Schweigepflichtige keiner Gefahr der Strafverfolgung aussetzen, bleibt nur, sich die Datenweitergabe durch **Einwilligung** legitimieren zu lassen!

# Ende Erster Teil

Bedürfnis, sich in bestimmten Bereichen, insbesondere im Bereich der Informationstechnik, externer Spezialisten zu bedienen

- Typischerweise keine entsprechenden Kenntnisse bei Berufsgehilfen i.S.d. § 203 StGB
- Einstellung von informationstechnisch spezialisiertem Personal bei kleinen beruflichen Einheiten nicht wirtschaftlich
- Interesse an Speicherung von Daten auf externen informationstechnischen Anlagen (wie z. B. in einer „Cloud“)
- ➔ Notwendigkeit der Herstellung eines Einklangs von wirtschaftlichen Interessen von Berufsgeheimnisträgern mit den berechtigten Interessen der Inhaber der Geheimnisse an deren rechtlichen Schutz

## Lösung des RegierungE: Einschränkung der Strafbarkeit nach § 203 Absatz 3 StGB-E

### Dabei Differenzierung des § 203 Absatz 3 StGB-E zwischen

- den berufsmäßig tätigen Gehilfen und den Personen, die bei dem Geheimnisträger zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind, einerseits (**§ 203 Absatz 3 Satz 1 StGB-E**) und
- den sonstigen mitwirkenden Personen (**§ 203 Absatz 3 Satz 2 StGB-E**) andererseits

- **§ 203 Absatz 3 Satz 1 StGB-E:**

**Bereits kein Offenbaren** im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen Geheimnisse den *bei ihnen berufsmäßig tätigen Gehilfen* oder den *bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen* zugänglich machen.

- **§ 203 Absatz 3 Satz 2 StGB-E:**

Die in den Absätzen 1 und 2 Genannten **dürfen** fremde Geheimnisse gegenüber *sonstigen Personen* **offenbaren**, die an ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirken, soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen **erforderlich** ist; das Gleiche gilt für sonstige mitwirkende Personen, wenn diese sich *weiterer Personen* bedienen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der in den Absätzen 1 und 2 Genannten mitwirken.

### Zu § 203 Absatz 3 Satz 1 StGB-E:

**Kein Offenbaren** i.S.d. § 203 Abs. 1 und 2 StGB bei Zugänglichmachen von geschützten Geheimnissen gegenüber *unmittelbar in die Sphäre des Berufsgeheimnisträgers eingebundenen* Personen (eigenes Personal des Schweigepflichtigen; **sog. geschlossener Geheimnisträgerkreis**)

- **Offenbaren:** jede Hinausgabe von Tatsachen *aus dem Kreis der Wissenden oder der zum Wissen Berufenen*
- *Zum Wissen berufen* ist, wer nach dem Willen des Berechtigten das Geheimnis als solches erfahren darf; ferner wer in bestimmten Funktionseinheiten (Kanzlei, Praxis, Behörde) als Bediensteter Zugang zu dem Geheimnis hat und über § 203 Absatz 3 StGB als Gehilfe seinerseits einer strafbewehrten Schweigepflicht unterliegt
  - ➔ Insoweit wird im Sinne der Rechtssicherheit in den Gesetzestext festgeschrieben, was in der strafrechtlichen Literatur bereits allgemeine Meinung ist.

## Zu § 203 Absatz 3 Satz 2 StGB-E:

Hingegen ist ein Offenbaren zu bejahen bei Zugänglichmachen von geschützten Geheimnissen gegenüber Personen, die zwar *nicht in die Sphäre des Berufsgeheimnisträgers eingegliedert* sind, aber dennoch an dessen beruflicher oder dienstlicher Tätigkeit *mitwirken* (= **externe Personen**, die selbständig tätig oder die in den Betrieb eines Dritten eingebunden sind).

## **ABER: Strafrechtlicher Erlaubnistatbestand**

Offenbarung eines geschützten Geheimnisses gegenüber einer an ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirkenden Person erfolgt **nicht unbefugt und damit nicht rechtswidrig**, soweit die Offenbarung für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der mitwirkenden Person **„erforderlich“ ist**.

Das Gleiche gilt unter den Voraussetzungen des § 203 Absatz 3 Satz 2 StGB-E auch für Offenbarungen von mitwirkenden Personen gegenüber weiteren mitwirkenden Personen (§ 203 Absatz 3 Satz 2, 2. Halbsatz StGB-E), wenn die Weitergabe – etwa in mehrstufigen Auftragsverhältnissen – vom Berufsgeheimnisträger zugelassen worden ist.

**Einschränkende Voraussetzung nach § 203 Absatz 3 StGB-E:**  
**„Erforderlichkeit“** der Offenbarung von Geheimnissen für die  
Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Person

Beispiele ausweislich der Entwurfsbegründung:

Erforderlichkeit

- für die Inanspruchnahme eines Telefondienstleisters:  
Information, dass eine bestimmte Person Mandant oder Patient des betreffenden Berufsgeheimnisträgers ist
- für die Inanspruchnahme eines externen Schreibdiensts:  
weitergehende inhaltliche Informationen über das Mandat
- für die Inanspruchnahme eines IT-Spezialisten:  
Möglichkeit, Kenntnis von allen in der IT-Anlage gespeicherten Informationen zu erlangen

Weiterhin strafbar (da nicht erforderlich) ausweislich der Entwurfsbegründung:

z.B. Mitteilung des Rechtsanwalts an den Mitarbeiter der IT-Wartungsfirma,  
gestern habe eine beiden bekannte Person telefonisch um einen Termin in einer  
Strafsache ersucht

## Zum Vergleich die Lösung des Referentenentwurfs zu § 203 Absatz 3 StGB-E:

- **§ 203 Absatz 3 Satz 1 StGB-E:**

**Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für** Offenbarungen gegenüber Personen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der in diesen Vorschriften genannten Personen mitwirken, wenn diese Offenbarungen für die ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeit der mitwirkenden Personen **erforderlich** sind.

## Im Unterschied zum Regierungsentwurf:

- Keine (ausdrückliche) Ausweisung als strafrechtlicher Erlaubnistatbestand
- Keine (ausdrückliche) Differenzierung zwischen verschiedenen Gruppen mitwirkender Personen
  - Entsprechende Einschränkung ergibt sich aber auch hier aus der **Begründung**:
    - Der Anwendungsbereich von § 203 Absatz 3 StGB-E ist erst dann eröffnet, wenn ein **unbefugtes Offenbaren** eines geschützten Geheimnisses vorliegt.
    - Das ist nach einhelliger Meinung **nicht der Fall bei** mitwirkenden Personen, die bei dem Berufsgeheimnisträger beschäftigt (berufsmäßig tätige Gehilfen) oder bei ihm zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind, da diese zum Kreis der zum Wissen Berufenen zählen und ihnen gegenüber kein Offenbaren vorliegt.
  - Im Regierungsentwurf so ausdrücklich aufgenommen aus Gründen der Rechtssicherheit.

## Folgeproblem (beider Entwürfe):

**Verringerung des strafrechtliches Geheimnisschutzes** mit Erweiterung der Möglichkeiten von Berufsheimnisträgern, sich ohne (straf-)rechtliches Risiko mitwirkender, nicht in die eigene Sphäre eingebundener Personen zu bedienen

## Lösung (beider Entwürfe):

**„Verlängerung“ des strafrechtlichen Geheimnisschutzes**

## Lösung des Regierungsentwurfs

- **§ 203 Absatz 4 Satz 1 StGB-E:**

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe **wird bestraft**, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis **offenbart**, das ihm bei der Ausübung oder bei Gelegenheit seiner Tätigkeit **als mitwirkende Person** oder als bei den in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen tätiger Beauftragter für den Datenschutz bekannt geworden ist.

= **Einbeziehung *aller* mitwirkenden Personen in die Strafbarkeit nach § 203 StGB**, wenn sie ein Geheimnis offenbaren, das ihnen bei der Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit als mitwirkende Person bekannt geworden ist.

(Bisher erstreckt sich die Strafbarkeit nach § 203 Absatz 3 Satz 2 StGB insoweit nur auf berufsmäßig tätige Gehilfen und berufsvorbereitend tätige Personen.)

- § 203 Absatz 4 Satz 2 StGB-E:

**Ebenso wird bestraft, wer**

1. als in den Absätzen 1 und 2 genannte Person **nicht dafür Sorge getragen hat**, dass eine sonstige mitwirkende Person, die unbefugt ein fremdes, ihr bei der Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenes Geheimnis offenbart, **zur Geheimhaltung verpflichtet** wurde; (...)

= **Verpflichtung des Berufsgeheimnisträgers**; Pflichtverletzung ist strafbewehrt, **soweit** sich die damit verbundene Gefahr verwirklicht und die mitwirkende Person ein Geheimnis unbefugt offenbart.

- § 203 Absatz 4 Satz 2 StGB-E:

**Ebenso wird bestraft, wer**

2. als im Absatz 3 genannte mitwirkende Person sich **einer weiteren mitwirkenden Person**, die unbefugt ein fremdes, ihr bei der Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenes Geheimnis offenbart, bedient und nicht dafür Sorge getragen hat, dass diese zur Geheimhaltung verpflichtet wurde; (...)

= **Verpflichtung der im Absatz 3 genannten mitwirkenden Person**; Pflichtverletzung ist strafbewehrt, **soweit** sich die damit verbundene Gefahr verwirklicht und die mitwirkende Person ein Geheimnis unbefugt offenbart.

## Zum Vergleich die Lösung des Referentenentwurfs zu § 203 Absatz 4 StGB-E:

- **§ 203 Absatz 4 Satz 1 StGB-E:**

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe **wird bestraft**, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis **offenbart**, das ihm bei der ordnungsgemäßen Ausübung seiner Tätigkeit **als mitwirkende Person (Absatz 3)** oder als bei den in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen tätiger Beauftragter für den Datenschutz bekannt geworden ist.

- **§ 203 Absatz 4 Satz 2 StGB-E:**

Nach Satz 1 wird auch bestraft, wer

**1.** als in den Absätzen 1 und 2 genannte Person eine an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirkende Person, die unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, **nicht sorgfältig ausgewählt, zur Geheimhaltung verpflichtet** und **bei ihrer Tätigkeit überwacht** hat, (...)

## Im Unterschied zum Regierungsentwurf:

- Auferlegung weitergehender **Sorgfaltspflichten**, deren Verletzung strafbewehrt sein soll **für den Fall**, dass sich die damit verbundene Gefahr verwirklicht und die mitwirkende Person ein Geheimnis unbefugt offenbart
- **Problem:**
  - Verbot von Verhaltensweisen unter Strafandrohung, die keinen kausalen Zusammenhang zu dem Geheimnisverrat der mitwirkenden Person aufweisen
  - Kein eigenständiger strafwürdiger UnrechtsgehaltDerartige Pflichtverletzungen mögen gegebenenfalls Schadenersatzansprüche rechtfertigen, sind aber nicht strafwürdig, solange sie keinen Tatbeitrag zum eigentlichen Geheimnisverrat darstellen (so schon die Stellungnahme der Bundesärztekammer v. 13.1.17 zum Referentenentwurf).

## Schlussbemerkung/Ausblick: Probleme des neuen § 203 Abs. 3, Abs. 4 StGB-E?

### 1. Die Reform des § 203 StGB ist zu begrüßen

Wirtschaftlich sinnvolle Inanspruchnahme externer Leistungen/ bestehende unzumutbare Rechtsunsicherheit

### 2. Der Gesetzgeber nutzt wieder nicht die Möglichkeit einer Definition des Begriffs „Offenbaren“

- Tatsächliche Kenntnisnahme durch Empfänger oder Möglichkeit der Kenntnisnahme

**3. Regierungsentwurf spricht in Abs. 3 Rechtfertigung für Offenbarung aus: „... soweit die Offenbarung für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der mitwirkenden Person **erforderlich** ist“.**

**Erforderlichkeit ist ein bei sonstigen Rechtfertigungsgründen sehr streng gehandhabter Rechtsbegriff**

Erhebliche Unsicherheiten für den Berufsgeheimnisträger, da das Gericht später über die Erforderlichkeit urteilt

Besser wäre eine Formulierung gewesen, wie: „... soweit der Berufsgeheimnisträger aus nachvollziehbaren, namentlich aus organisatorischen Gründen die Inanspruchnahme für erforderlich halten durfte“.

**4. Regierungsentwurf spricht in Abs. 4 die Strafbarkeit der zur Geheimhaltung verpflichteten Person aus:** „... wenn sie **nicht dafür Sorge getragen** hat, dass eine sonstige mitwirkende Person, **die unbefugt ein fremdes**, ihr bei der Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenes **Geheimnis offenbart**, zur Geheimhaltung **verpflichtet wurde**“.

**Problem:** Die Offenbarung des Geheimnisses ist hier ersichtlich eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Die eigentliche Tathandlung, die vorsätzlich erfolgen muss ist allein das „Nichtsorgetragen“ für die Verschwiegenheitsverpflichtung.

Nur darauf muss sich der Vorsatz beziehen. Das mag man noch für zulässig halten.

**Aber seltsam ist doch, dass nicht einmal ein Kausalzusammenhang bestehen muss zwischen Nichtsorgetragen für die Verschwiegenheitsverpflichtung und Offenbarung.**

Denn da die mitwirkende Person selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, hätte man erwartet, dass den Berufsheimnisträger nur dann für seine Nachlässigkeit ein Strafvorwurf gemacht wird, wenn diese ursächlich geworden ist für die Offenbarung. . Nach dem Gesetzeswortlaut haftet er nun aber für die Nichtsorge auch dann, wenn die mitwirkende Person das Geheimnis in Kenntnis seiner Geheimhaltungspflicht offenbart.

## **5. Damit verbunden ist freilich ein anderes Problem:**

Wie, wenn der Externe nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet wurde?

Kann in einem solchen Fall Vorsatz angenommen werden?

Wenn ja, dann hätte es einer zusätzlichen Haftung desjenigen, der nicht für die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sorgt, nicht bedurft.

**Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit**