

Dr. iur. Christian Peter

## **Die Zulässigkeit der Auslagerung der Bearbeitung der Patientendaten von Spitälern an externe Informatikdienstleister**

---

Nicht selten lagern Spitäler die ganze oder Teile der Informatik in die Privatwirtschaft aus. In seinem 14. Tätigkeitsbericht 2006/2007 hielt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) fest, dass dies gegen das Berufsgeheimnis der Ärzte verstossen würde. Zu unrecht, wie dieser Artikel aufzeigen soll.

---

Rechtsgebiet(e): Patientenrechte, Persönlichkeitsrechte; Datenschutz

Zitiervorschlag: Christian Peter, Die Zulässigkeit der Auslagerung der Bearbeitung der Patientendaten von Spitälern an externe Informatikdienstleister, in: Jusletter 22. Juni 2009

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Das Berufsgeheimnis gemäss StGB
- III. Hilfspersonen
- IV. IT-Spezialisten als Hilfsperson des Hauptgeheimnisträgers
- V. Zulässigkeit der Geheimnisweitergabe von Arzt zur Hilfsperson
- VI. Berufliche Schweigepflicht gemäss DSG
- VII. Zwischenfazit
- VIII. Umfang der Delegation
- IX. Auswahl und Instruktion der Hilfsperson
- X. Schlussbemerkung

## I. Ausgangslage

[Rz 1] In seinem 14. Tätigkeitsbericht 2006/2007 hielt der EDÖB folgendes fest:

«Zahlreiche Spitäler nehmen beim Umgang mit den im Spitalalltag anfallenden Daten Unterstützung aus der Privatwirtschaft in Anspruch. Erstmals ist in diesem Berichtsjahr ein Unternehmen mit der Frage an uns herangetreten, ob Patientendaten ausserhalb der Spitalräumlichkeiten (...)<sup>1</sup> bearbeitet werden dürften. In diesem Zusammenhang gilt es vor allem festzuhalten, dass eine Übertragung der Patientendatenbearbeitung an Dritte infolge des strafrechtlich relevanten Berufsgeheimnisses des Arztes grundsätzlich nur bei vorliegender Einwilligung sämtlicher betroffenen Personen zulässig ist. Will man bei einem Outsourcing ausnahmsweise ohne Einwilligungserklärungen vorgehen, muss mittels technisch-organisatorischer Massnahmen sichergestellt werden, dass die beauftragten Dritten keinen Zugriff auf medizinische Daten erhalten. In der Praxis der Patientendatenbearbeitung zeigt sich, dass dies bei der Datenarchivierung und insbesondere bei der Fernwartung eine anspruchsvolle Aufgabe ist. Wird sie nicht umfassend gelöst, ist ein Outsourcing<sup>2</sup> im Bereich der Patientendaten weder strafrechts- noch datenschutzkonform.»<sup>3</sup>

[Rz 2] Da in der Regel ein Spital, welches zum Beispiel seine gesamte IT an einen Dritten auslagert, nicht mit technisch-organisatorischen Massnahmen sicherstellen kann, dass der beauftragte Dritte keinen Zugriff auf die medizinischen Daten erhalten kann, würde – so die Auffassung des EDÖB – eine Auslagerung zu einer systematischen Verletzung des strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnisses führen.

## II. Das Berufsgeheimnis gemäss StGB

Art. 321 StGB statuiert, dass neben Geistlichen,<sup>4</sup> Rechtsanwälte sowie weiteren abschliessend<sup>5</sup> aufgezählten Personen auch Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen und ihre Hilfspersonen dem Berufsgeheimnis unterliegen. Folglich werden diese, wenn sie ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, auf Antrag, mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bestraft.

## III. Hilfspersonen

[Rz 3] Eine schweigepflichtige Gruppe ist diejenige der Hilfspersonen. Damit anerkennt der Gesetzgeber einerseits, dass eine sinnvolle Heiltätigkeit oft nur durch den Beizug von Hilfskräften möglich ist und andererseits, dass die Berufsgeheimnispflicht untergraben würde, wenn nicht auch die Hilfspersonen in die Schweigepflicht miteinbezogen würden. Denn in Ausübung ihrer Tätigkeit erfahren sie zwangsläufig geheim zu haltende Tatsachen über Patientinnen und Patienten.<sup>6</sup>

[Rz 4] Doch wer ist alles zu den Hilfspersonen zu zählen? Als Hilfsperson wird bezeichnet, «wer bei der Berufstätigkeit des (Haupt)geheimnisträgers in einer Weise mitwirkt, dass er grundsätzlich von den dabei wahrgenommenen Tatsachen ebenfalls Kenntnis erhält.»<sup>7</sup> Nicht von Relevanz ist die Stellung, vielmehr genügt es, wenn sie den Geheimnisträger in irgendeiner Funktion bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützt und dabei Kenntnis von Geheimnissen der betreuten Person erhalten.<sup>8</sup>

[Rz 5] Ein solches Geheimnis muss dem Arzt in einem für ihn berufsspezifischen Aufgabenbereich zur Kenntnis gelangen,<sup>9</sup> folglich muss auch der Hilfsperson eine Funktion bei der spezifischen Berufstätigkeit des Arztes zufallen, damit die Berufsgeheimnispflicht zum Tragen kommt. Diese Unterstützung kann bei der therapeutischen Tätigkeit des Arztes oder auch bei der Ausführung seiner administrativen Aufgaben erfolgen.<sup>10</sup>

[Rz 6] Der Kreis der Hilfspersonen ist praktisch unbegrenzt.<sup>11</sup> Dennoch darf es im Einzelfall nicht zu einer beliebigen Er-

---

<sup>1</sup> Dass die zitierte Anfrage noch dadurch komplizierter wurde, dass die Bearbeitung der Daten im Ausland erfolgen sollte, ist für das hier besprochene Problem nicht von Relevanz.

<sup>2</sup> Hinweis des Autors: Der Begriff «Outsourcing» ist je nach Quelle die Kurzform von «*Outside Resource Using*» oder «*out* und *source*» und beschreibt die Verlagerung von Leistungs- oder Teilerstellungen aus der operativen Einheit nach aussen zu einem externen Dritten, Wikipedia.

<sup>3</sup> 14. Tätigkeitsbericht 2006/2007 des EDÖB, S. 51.

<sup>4</sup> Im Folgenden wird für Personenbezeichnung jeweils nur die männliche Form genannt. Selbstverständlich ist die weibliche Form mitgemeint.

<sup>5</sup> BSK Strafrecht II-Niklaus Oberholzer, Art. 321 Rz. 7.

<sup>6</sup> Karin Keller, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Diss. Zürich 2003, S. 105.

<sup>7</sup> Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 321 N 13.

<sup>8</sup> BSK Strafrecht II-Niklaus Oberholzer, Art. 321 Rz 6.

<sup>9</sup> BSK Strafrecht II-Niklaus Oberholzer, Art. 321 Rz 11.

<sup>10</sup> Karin Keller, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Diss. Zürich 2003, S. 107.

<sup>11</sup> BSK Strafrecht II-Niklaus Oberholzer, Art. 321 Rz 6.

weiterung kommen, sondern der Arzt darf nur Hilfspersonen beiziehen, wenn diese erforderlich sind.<sup>12</sup>

#### **IV. IT-Spezialisten als Hilfsperson des Hauptgeheimnisträgers**

[Rz 7] Der Arzt oder die Institution, welche ihn angestellt hat, zieht IT-Spezialisten bei, weil diese erforderlich sind. Die IT-Infrastruktur ist, je länger je mehr, Bestandteil der ärztlichen Tätigkeit. Bei dieser Tätigkeit erhalten die Informatiker Kenntnis von geheimhaltungspflichtigen Tatsachen. Das computergestützte Patientenhandling vom Eintritt über die Klinikinformationssysteme bis zur Rechnungsstellung nach dem Austritt gehört zu den alltäglichen administrativen Aufgaben der Ärzte oder ihrer Hilfspersonen, die ohne – oft von Externen erwarteten und zur Verfügung gestellten – IT-Infrastruktur heute nicht mehr bewältigbar wäre. Der hohe Arbeitsaufteilungsgrad in der modernen Medizin führt auch dazu, dass die IT zwingend in spezialisierte Hände gegeben werden muss.

[Rz 8] Da zudem Art. 321 StGB keine Pflicht des Arztes zur persönlichen Wartung der IT-Infrastruktur vorsieht, ist eine Delegation zulässig. Folglich kommen nicht nur dem administrativ tätigen Personal der Ärzteschaft Hilfspersonenstatus zu, sondern auch den Informatikern, welche die Infrastruktur bereitstellen.<sup>13</sup>

#### **V. Zulässigkeit der Geheimnisweitergabe von Arzt zur Hilfsperson**

[Rz 9] Die Qualifizierung der Informatiker des Outsourcingpartners als Hilfsperson ist von grosser praktischer Bedeutung. Der strafrechtlich durch Art. 321 StGB geschützte Geheimbereich wird zwar grundsätzlich auch durch Bekanntgabe an Drittpersonen verletzt, die ihrerseits der Geheimhaltungspflicht unterliegen,<sup>14</sup> doch werden Arbeiten und somit Informationen Hilfspersonen übertragen, wird die Berufsgeheimnispflicht nicht verletzt.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Karin Keller, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Diss. Zürich 2003, S. 108.

<sup>13</sup> Eine andere Meinung wird in Bezug auf Art. 35 Bundesdatenschutzgesetz in der Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1998 vertreten. Die Übertragung der Datenbearbeitung an Dritte sei ausgeschlossen, «wenn der Auftraggeber gesetzlich oder vertraglich zur Geheimhaltung der Daten verpflichtet ist.», S. 52. Diese Aussage erscheint als etwas zu absolut. Zur Relevanz des Art. 35 DSG für den hier zu Grunde gelegten Sachverhalt siehe hinten.

<sup>14</sup> BGE 106 IV 132.

<sup>15</sup> BGE 100 Ia 312, S. 321; es sei denn, es würden Informationen offenbart, welche für die spezifischen Aufgaben der Hilfsperson nicht erforderlich sind.

#### **VI. Berufliche Schweigepflicht gemäss DSG**

[Rz 10] Neben der Berufsgeheimnispflicht im Strafgesetzbuch ist ebenfalls eine Bestimmung im Datenschutzgesetz von Relevanz. Art. 35 Datenschutzgesetz des Bundes (DSG) füllt in Bezug auf die besonders schützenswerten Personendaten eine Lücke. Nach dieser Bestimmung wird bestraft, «wer vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt, von denen er bei der Ausübung seines Berufes, der die Kenntnis solcher Daten erfordert, erfahren hat.» Im Unterschied zum strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnis ist einerseits eine bestimmte Berufszugehörigkeit für die Tätereigenschaft nicht erforderlich; vielmehr genügt es, dass der Täter die bekannt gegebenen Tatsachen im Zusammenhang mit der Berufsausübung erfahren hat. Andererseits genügt aber nicht bereits jede Offenbarung eines Geheimnisses, sondern nur die unbefugte Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten oder Persönlichkeitsprofile.<sup>16</sup>

[Rz 11] In Bezug auf diejenigen Personengruppen, die auch Art. 321 StGB unterliegen, ist die DSG-Schweigepflichtverletzung jedoch irrelevant. Sowohl Art. 35 DSG als auch Art. 321 StGB schützen den Geheimnisherrn vor einer unrechtmässigen Offenbarung von geheimen Daten. Mit derselben Handlung kann z.B. eine Hilfsperson gegen die StGB- und die DSG-Norm verstossen. Die als Vergehen konzipierte StGB-Norm erfasst jedoch den Unrechtsgehalt der Handlung vollständig (unechte Idealkonkurrenz), und konsumiert die als Übertretung ausgestaltete DSG-Norm.<sup>17</sup>

[Rz 12] Wird, wie im vorliegenden Fall, eine Verletzung von Art. 321 StGB verneint, kann auch keine Verletzung von Art. 35 DSG vorliegen.

#### **VII. Zwischenfazit**

[Rz 13] Das Outsourcing von IT-Dienstleistungen an einen externen Leistungserbringer ist folglich ungeachtet der Einwilligung der Patienten weder straf- noch datenschutzrechtlich zu beanstanden.

[Rz 14] Doch auch mit der hier vertretenen Rechtsauffassung sind bei einem Outsourcing der IT verschiedene Punkte zu beachten.

#### **VIII. Umfang der Delegation**

[Rz 15] Bei der Delegation ist zu beachten, dass der primäre Berufsgeheimnisträger seiner Hilfsperson lediglich diejenigen geheimhaltungspflichtigen Informationen offenbaren darf, die sie für die spezifische Tätigkeit benötigt. Das bedeutet, dass

---

<sup>16</sup> BK-StGB, Niklaus Oberholzer, Art. 321 Rz 9.

<sup>17</sup> BSK DSG-Franz Ricklin, Art. 35 Rz.55.

nicht alle Mitarbeitenden des Outsourcingpartners auf alle Daten zugreifen können dürfen. Vielmehr muss der Zugriff auf diejenigen Daten beschränkt sein, welche für die Erfüllung des Auftrags erforderlich sind.

\* \* \*

## **IX. Auswahl und Instruktion der Hilfsperson**

[Rz 16] Bei der Instruktion und Auswahl der Hilfsperson ist grösste Sorgfalt erforderlich. Auch wenn zum Beispiel bei einer Delegation einer kantonalen Behörde an einen privaten Anbieter ein Wechsel des formell anwendbaren Datenschutzrechts erfolgt, bleibt die Behörde in der Verantwortung. Alle Datenschutzgesetze halten fest, dass die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit bei der auslagernden Institution liegt, die Personendaten bearbeiten lässt.<sup>18</sup> Somit muss das Spital sicherstellen, dass alles getan, resp. unterlassen wird, was zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen geboten ist. Auch muss der Auftragsdatenbearbeiter für den Geheimhaltungsgrad der Daten und die Schranken der Bearbeitung sensibilisiert werden, sei dies mit Hinweisen auf die gesetzlichen Vorgaben oder entsprechenden Klauseln im Outsourcing-Vertrag.<sup>19</sup>

## **X. Schlussbemerkung**

[Rz 17] Entgegen der Meinung des EDÖB ist das Outsourcing einer Spital-IT an externe Informatikdienstleister sowohl mit der strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnispflicht der Ärzte als auch mit der im Datenschutzgesetz verankerten allgemeinen Berufsgeheimnispflicht vereinbar. Dem Schutz der Betroffenen ist dies nicht abträglich. Die Arbeit der Informatiker muss gemacht werden. Hierbei fordern die Patienten einen rechtmässigen Umgang mit ihren Personendaten ein und es wird ihnen gleichgültig sein, ob die IT-Fachleute Mitarbeitende des Spitals oder einer externen Firma sind; zumal die datenschutzrechtliche Verantwortung ungeachtet hiervon beim Spital verbleibt.

---

Dr. iur. Christian Peter arbeitet als Jurist im Rechtsdienst Spitalleitung des Inselspitals, Universitätsspital Bern. Die im Artikel vertretenen Ansichten verpflichten ausschliesslich den Autor und brauchen sich mit der Meinung des Spitals nicht zu decken.

---

---

<sup>18</sup> Beat Rudin, IT-Outsourcing in der Verwaltung, in: DIGMA, 2001, S. 177 mit Verweisen auf verschiedene Datenschutzgesetze.

<sup>19</sup> Beat Rudin, IT-Outsourcing in der Verwaltung, in: DIGMA, 2001, S. 177. Siehe auch Checkliste für Outsourcing-Verträge des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich vom Dezember 2005.