

20. März 2018

§ **Stellungnahme von Dr. Morton Douglas** **Rechtsanwaltskanzlei Friedrich Graf von Westphalen & Partner mbB**

Rechtliche Beurteilung zur Nutzung von WhatsApp für die Arzneimittelvorbestellung

Der Ablauf einer Arzneimittelvorbestellung über WhatsApp stellt sich in der Regel wie folgt dar: Dem Patienten wird eine Handynummer mitgeteilt. Über diese kann er Arzneimittel in der Apotheke (vor-)bestellen, entweder per Text oder durch ein Foto der Verschreibung oder der Verpackung. In der Regel erhält der Patient dann eine Bestätigung sowie die Information, wann er die bestellten Arzneimittel in der Apotheke abholen kann.

Setzt der Kunde WhatsApp ein, so werden automatisch die personenbezogenen Daten und, da sich aus dem Zusammenspiel zwischen dem Namen des Patienten und dem bestellten Arzneimittel ein Rückschluss auf seine Gesundheit ergibt, auch seine sensiblen Gesundheitsdaten gespeichert, übermittelt und damit aus rechtlicher Sicht verarbeitet. Daran schließt sich zunächst die Frage an, ob die Apotheke, die diesen Dienst anbietet, für diese Verarbeitung rechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Denn – und dies ist in der Praxis ein gern vorgetragener Einwand – es ist ja die freie Entscheidung des Kunden, ob er diesen Dienst zur Übermittlung der Arzneimittelbestellung einsetzen möchte.

Aus rechtlicher Sicht ist gleichwohl der Apotheker als Verantwortlicher der Datenverarbeitung einzuordnen und damit Haftungssubjekt für mögliche Datenschutzverstöße. Zwar liegt eine abschließende Entscheidung zum Einsatz von WhatsApp noch nicht vor, jedoch hat in einem parallel gelagerten Verfahren der Generalanwalt beim EuGH (C-210/16, Schlussanträge vom 24.10.2017) festgestellt, auch der Betreiber einer Facebook-Fanpage sei für die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten verantwortlich, da er die Vertragsbedingungen von Facebook aus freien Stücken übernommen und damit die volle Verantwortung für die betroffenen Daten übernommen hat. Nicht zuletzt verfügt der Betreiber über die Macht, die Datenverarbeitung auch wieder zu beenden, indem er seine Fanpage schließt. Damit entscheidet der Betreiber über Mittel und Zweck der Datenverarbeitung. Dies gilt entsprechend für einen Apotheker, da dieser es alleine in der Hand hat, ob WhatsApp ein Bestellweg für seine Apotheke ist.

Laut den Nutzungsbedingungen von WhatsApp werden die Metadaten, d. h. alle Daten rund um eine Nachricht – Absender, Adressat oder Empfangszeitpunkt – ausgewertet und gespeichert. Somit hat WhatsApp Kenntnis davon, wer mit wem kommuniziert hat, allerdings nicht was kommuniziert wurde. Der Inhalt ist nach den Nutzungsbedingungen Gegenstand einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung. Grundsätzlich kann das Unternehmen oder andere den Nachrichteninhalt nicht mitlesen.

Aber: Trotz der Verschlüsselung ist es nicht ausgeschlossen, dass derjenige, der die Verschlüsselung anbietet, vom Inhalt sich gleichwohl Kenntnis verschafft. Da insoweit die Übermittlung der Informationen über die USA erfolgt und die USA aus datenschutzrechtlicher Sicht ein unsicherer Drittstaat ist, besteht damit aus Sicht der Apotheken folgendes Problem: Die verschlüsselten Daten befinden sich zwar quasi in einem Tresor, jedoch besteht die Möglichkeit, dass ein Dritter sich Zugang zum Tresor verschafft, die darin enthaltenen Gesundheitsinformationen mit den ihm eh bekannten Absenderdaten verbindet und dieses Ganze sich in einem unsicheren Drittstaat abspielt.


Vor diesem Hintergrund bedarf es für die Übermittlung der Daten aus datenschutzrechtlicher Sicht der Einwilligung. Da es sich in der Sache um sensible Gesundheitsdaten handelt, ist es erforderlich, dass der betroffene Patient ausdrücklich einwilligt. Dies muss zwar nicht schriftlich sein, jedoch erfordert es, dass im Zweifel der Anbieter dies nachweisen kann. Diese Einwilligung muss vom Patienten erfolgen und sich nicht nur auf die Nutzung von WhatsApp als solches beziehen, sondern auch und gerade die damit verbundenen Unwägbarkeiten, die durch den Einsatz eines in den USA beheimateten Anbieters beinhalten.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Apotheker als Berufsgeheimnisträger im Sinne des § 203 StGB unter Androhung von Strafe keinem Dritten die sensiblen Gesundheitsdaten offenbaren darf. Zwar sieht die zum 09.11.2017 in Kraft getretene Neuregelung des § 203 StGB vor, dass kein Offenbaren im strafrechtlichen Sinne vorliegt, wenn der Dritte – in diesem Fall WhatsApp – seinerseits zur Geheimhaltung der ihm offenbarten Daten verpflichtet wurde. Da WhatsApp jedoch grundsätzlich nicht zum gewerblichen Einsatz vorgesehen ist, ist es faktisch ausgeschlossen, WhatsApp insoweit – anders als dies bei anderen Anbietern möglich ist – zur Geheimhaltung zu verpflichten.

Auch aus diesem Grund ist zum Ausschluss des strafrechtlichen Risikos eine individuelle und vollständige Einwilligung, die vor dem Nutzungsbeginn über WhatsApp durch den Patienten zu erteilen ist, zwingend.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass aufgrund der datenschutzrechtlichen und strafrechtlichen Implikationen ein schlichter Einsatz von WhatsApp unzulässig ist. Wenn überhaupt, ist es erforderlich, dass jeder Patient ausdrücklich in die Nutzung einwilligt, wobei in der Einwilligung sämtliche Risiken offen zu legen sind, damit eine informierte Entscheidung des Patienten erfolgen kann. Diese Einwilligungen sind durch den Apotheker für jeden Einzelfall zu dokumentieren.

Ob diese Dokumentationspflichten dann letztendlich ausreichen, wird sich zeigen. Bei Verstößen drohen Bußgelder bis zu 4 % des Jahresumsatzes der Apotheke sowie gegebenenfalls auch berufsrechtliche Konsequenzen, da die Missachtung des Schutzes sensibler Daten die Zuverlässigkeit des Apothekers infrage stellt.


Dr. Morton Douglas
Rechtsanwalt

Rechtsanwaltskanzlei
Friedrich Graf von Westphalen & Partner mbB