

DSGVO – Anwendbarkeit für CH-Arztpraxen ?

Von Lukas Fässler, Rechtsanwalt & Informatikexperte, FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG,
Verwaltungsrat bei der HIN Health Info Net AG

Juni 2018

Kurzfassung

Seit 25. Mai 2018 gilt die europäische Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO) in allen EU-Ländern. Aber die **EU-DSGVO kann Geltung bis in eine Schweizerische Arztpraxis entfalten**, sodass der Arzt oder die Ärztegemeinschaft gezwungen ist, bereits sofort die Einhaltung des neuen Datenschutzrechts aus Europa gegenüber einem in irgendeinem EU-Land sich aufhaltenden Patienten zu erfüllen.

Wichtig ist vorerst die Zielsetzung der EU-DSGVO: Die europäische Regelung hat zum Ziel, den Schutz von EU-Bürgern auch durch Dienstleistungserbringer ausserhalb der EU sicherzustellen. Die Bürger sollen den Schutz nicht verlieren, nur weil ein Dienstleister nicht in der EU angesiedelt ist, seine Dienstleistungen jedoch trotzdem in der EU anpreist (Marktortprinzip).

1. Grundsatz

Die EU-DSGVO findet auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Verantwortliche (also auch Ärzte und Arztpraxen) Anwendung, die *personenbezogene Daten betroffener Personen, die sich in der EU befinden, verarbeiten und die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht, diesen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten oder das Verhalten von Privatpersonen in der Union zu verfolgen* (Art. 3 Abs. 2 EU-DSGVO).

Ärzte oder Arztpraxen mit Sitz in der Schweiz haben von diesem Grundsatz her die EU-DSGVO wie alle Unternehmen mit Sitz in der EU anzuwenden.

Dieses aus dem Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrecht bekannte **Marktort-Prinzip** hat nun auch im europäischen Datenschutzrecht Eingang gefunden¹.

2. Wesentliche Abgrenzungen

Dieses Marktort-Prinzip hat aber einen klaren Bezug auf ein **Tätigwerden. Es bedarf eines aktiven Eingreifens in das Marktgeschehen und auf die Marktgegenseite (Konsumenten, Patienten) in den EU-Ländern.**

- Das ist nur dann der Fall, wenn der Arzt oder die Arztpraxis (= Verantwortliche) es **offensichtlich beabsichtigen, Patienten in der EU Waren oder Dienstleistungen anzubieten** (Ziffer 2.1.). **Angebote** von Waren und Dienstleistungen (massgeblich für Ärzte) **müssen in der EU stattfinden**. Das Kriterium ist aber auch dann erfüllt, wenn Patienten spezifisch im Sinne eines Targeting adressiert werden² (vgl. auch Ziffer 2.3.).
- **Patienten** müssen sich **in der EU befinden** (Ziffer 2.2.).
- **oder**
- Es wird vom Arzt oder der Arztpraxis ein **beobachtetes Verhalten in der EU** (Ziffer 2.3.) vorgenommen.

In keinem Fall kann der Arzt oder die Arztpraxis sich durch eine Rechtswahlklausel in den AGB (*.....es gilt ausschliesslich schweizerisches Recht....*) von der EU-DSGVO freizeichnen³.

2.1. Angebot in der EU

Die Dienstleistungen des Arztes müssen zwingend in der EU angeboten werden, also **auf Patienten in der EU ausgerichtet sein**. Der rein zu Präsentationszwecken erfolgte Webauftritt oder auch das Bekanntgeben einer E-Mail-Adresse auf einer Website stellen keine Dienstleistung in diesem Sinne dar.

¹ MANUEL KLAR, in: Jürgen Kühling und Benedikt Buchner (Hrsg.); Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, C.H.Beck, 2017 Art. 3, Rz. 2

² THOMAS ZERDICK, in: Eugen Ehmann und Martin Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, Art. 3 Rz. 2

³ vgl. auch KLAR, (Fn. 3), Art 3 Rz.2

Die Ausrichtung muss deutlich erkennbar sein. Französische oder italienische Sprache einer Website eines CH-Arztes reicht dazu nicht aus, weil in der CH diese Sprachen anerkannte Landessprachen sind. Aber der Einsatz spezifischer Top-Level Domains, die Benennung einer landesspezifischen Bankverbindung, spezielle Anfahrtbeschreibungen für Patienten aus dem Ausland, die Bereitstellung von spezifischen Anmeldebüros in einem EU-Land oder auch die Wiedergabe von Bewertungen der Arztleistungen durch Patienten in der EU richten sich explizit auf EU-Patienten aus, womit auch das Dienstleistungsangebot in die EU ausgerichtet ist. In diesen Fällen kommt die DSGVO bezüglich des Umgangs mit Patientendaten vollumfänglich zur Anwendung.

Praxisbeispiel:

- Der Allgemeinpraktiker mit Praxissitz in der Grenzregion von Basel, welcher auf seiner Website spezielle Hinweise auf die Anerkennung von Krankenkassenleistungen von EU-Versicherungen hinweist, richtet sein Angebot auf Patienten in der EU aus. **Die DSGVO kommt vollumfänglich zur Anwendung.** Hätte dieser Arzt in einem Disclaimer oder in allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich seine Dienstleistungen nicht an Patienten richten, die sich in der EU aufhalten, hätte die Anwendbarkeit der DSGVO ausgeschlossen werden können. Wenn der Arzt dann aber trotzdem gewerbmässig, wiederholt eben doch Patienten, die sich in der EU aufhalten, behandelt, dann wird es schwierig, den Disclaimer oder die AGB-Bestimmungen durchzusetzen.
- Der Allgemeinpraktiker, welcher einen verunfallten Velofahrer in seiner Praxis notfallmässig verarztet, wird vom EU-Patienten wegen seines Unfalls aufgesucht und nicht aufgrund einer marktrelevanten Aktivität des Arztes. **Hier kommt DSGVO nicht zur Anwendung.** Beachten Sie aber unsere Bemerkungen am Schluss (Ziffer 2.3 und Ziffer 3).

2.2. Patienten in der EU - Aufenthalt

Der Aufenthalt des Patienten in der EU kann ein dauerhafter oder auch nur vorübergehender sein. Es braucht keinen ständigen Wohnsitz (ansässig). Vorübergehender Aufenthalt reicht. Der Ordnungsgeber ist bewusst vom ursprünglichen Begriff „ansässig“ gemäss EU-Kommissionsentwurf abgewichen. Also muss sich der **Patient im Zeitpunkt der fraglichen Datenverarbeitung in der EU nur aufhalten**⁴.

Das ist bei einem Patienten, der in Zermatt Skiferien macht und sich das Bein bricht und sich vom Zermatter Arzt notfallmässig behandeln lässt⁵, nicht der Fall (sofern der Arzt nicht im Hinblick auf seine Dienstleistungen aktiv im EU-Markt angeboten hat; vgl. Ziffer 2.1. oben).

2.3 Beobachten von EU-Kunden

Besonders gefährlich für Ärzte oder Arztpraxen ist Art. 3 Abs. 2 lit. b der EU-DSGVO. Sobald ein Arzt oder eine Arztpraxis unter Zuhilfenahme von technischen oder anderen Massnahmen oder Mitteln **das Verhalten von Patienten, die sich in der EU aufhalten, beobachten**, kommt die EU-DSGVO zur Anwendung.

BEOBACHTEN bedeutet, dass die Internetaktivitäten des Patienten nachvollzogen werden, einschliesslich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten, durch die von einem Patienten ein Profil erstellt wird, das Grundlage für sie betreffende Entscheidungen bildet oder anhand dessen ihre persönlichen Verhaltensweisen oder Gepflogenheiten analysiert oder vorausgesagt werden sollen⁶.

Immer, wenn durch Analyse-Tools (z.B. temporäre oder permanente Cookies), Tracking (Beobachten, Sammeln, Auswerten des Surfverhaltens von Patienten) oder Profiling (Erstellen von Profilen von Patienten, um bestimmte persönliche Merkmale wie Leistung, Gesundheit, Aufenthaltsort etc. zu bewerten oder vorherzusagen), Social Plugins oder Schaltflächen wie „Like-Button“ von Facebook oder „Follower“ von Twitter und Instagram oder „Merken“ von Pinterest, die individuelle Rückverfolgbarkeit der Patienten ermöglicht wird oder zum Zweck der individuellen Werbung erfolgt, dann liegt BEOBACHTEN vor. Dazu gibt es auch bereits weitreichende höchstrichterliche Rechtsprechung z.B. des Deutschen Bundesgerichtshofes oder des Europäischen Gerichtshofes EuGH⁷.

Die meisten Internetseiten, welche Ärzte oder Arztpraxen einsetzen, werden von professionellen Webagenturen erstellt. Diese **bauen und binden die gängigen Analyse-Tools, Tracking-Tools, Cookies etc.**

⁴ Klar (Fn. 3), Art. 3 Rz. 2; Zerdick (Fn.1) Art. 3 Rz. 16

⁵ sog. Passive Dienstleistungsfreiheit der EU; meint das Recht des Patienten (Konsumenten) sich zur Entgegennahme einer Dienstleistung in einen anderen Staat zu begeben.

⁶ Ausdrücklich in Erwägungsgrund 24 zur DSGVO so umschrieben.

⁷ EuGH-Urteil vom 6.6.2018, Az. C-210/16

standardmässig in die Webseiten ein, damit Auswertungen über das Patientenverhalten auf der Webseite erfasst und ausgewertet werden können (wie z.B. Google-Analytics etc.).

Es besteht noch keine Rechtsprechung und verbindliche Praxis, wie die europäischen Gerichte die Anwendbarkeit der EU-DSGVO diesbezüglich beurteilen und interpretieren werden. Es ist jedoch aufgrund der strenger gewordenen neuen EU-Datenschutz-Gesetzgebung und neuesten Rechtsprechung⁸ davon auszugehen, dass Tracken, Profiling, Cookies etc. vollumfänglich unter den Begriff BEOBACHTEN fallen.

Es ist daher dringend zu empfehlen, auf solche Analysetools, Tracking-Tools, Cookies etc. zu verzichten.

Unter der EU-DSGVO ist neu bezüglich all dieser Beobachtungstools ohnehin eine **ausdrückliche Einwilligung mit Widerrufsbelehrung durch den Patienten notwendig**.

Wenn Sie also Patienten aus dem EU-Raum allein schon auf ihre Webseiten zulassen (was ja kaum auszuschliessen ist; davor schützen weder AGB noch eine Top-Level Domain *.ch) und diese Beobachtungstools nicht vollständig ausschalten, müssen Sie unbedingt neue Datenschutzbestimmungen (DSB) zur ausdrücklichen Annahme für die Patienten vorhalten, ansonsten sie den Datenschutz von EU-Patienten nach EU-DSGVO bereits verletzen (BEOBACHTEN; Art. 3 Abs. 2 lit. b DSGVO).

Also Analysetools entweder vollständig ausschalten (lassen) oder neue Datenschutzbestimmungen und ein ausdrückliches Einverständnis der neuen DSB via clickwrapping anbieten.

3. Neues Schweizerisches Datenschutzrecht

In der Schweiz gilt noch immer das alte Datenschutzrecht aus dem Jahres 1993⁹. Der Nationalrat hat am 12.6.2018 mit der Behandlung des neuen Datenschutzgesetzes begonnen. Es muss wegen der notwendigen Anerkennung eines gleichwertigen Schutzniveaus zwischen der CH und der EU erwartet werden, dass die CH-Datenschutzgesetzgebung ziemlich in die gleiche Richtung gehen wird wie die EU-DSGVO.

Konsequenzen in der Umsetzung

Wenn Sie sich als Arzt oder Arztpraxis heute noch gegenüber der DSGVO und EU-Patienten allenfalls auf Nichtanwendung berufen können, werden Sie spätestens nach Inkrafttreten des neuen CH-Datenschutzrechtes gleiche oder ähnliche Auflagen und Vorgaben umzusetzen haben, wie sie in der EU-DSGVO vorgesehen sind. Es macht also bereits heute wenig Sinn, sich noch für ein paar wenige Monate oder Jahre auf Ausnahmen zu berufen. Sie werden nach Inkrafttreten des neuen CH-Datenschutzrechtes insbesondere Ihre in der Schweiz niedergelassenen Patienten in Bezug auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten (Patientendaten) gleich behandeln müssen.

Also beginnen Sie lieber heute schon damit, alle Ihre Patientendaten, gleich ob aus der EU oder der CH nach den neuen Datenschutzgrundlagen zu bearbeiten. Es gibt noch einige Inventare, Prozessbeschreibungen und Risikofolgeabschätzungen sowie Massnahmenpläne und Datenverarbeitungsverträge auszuarbeiten. Auch muss allenfalls Ihr Internetauftritt grundlegend überprüft und angepasst werden.

⁸ BGH-Urteil vom 1.2.2018, III ZR 196/17; EuGH-Urteil „Fanpage-Betreiber“ vom 05.06.2018

⁹ <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19920153/201401010000/235.1.pdf>