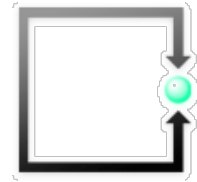


FSDZ RECHTSANWÄLTE & NOTARIAT AG  
ZUGERSTRASSE 76b  
CH-6340 BAAR  
Tel. ++ 41 41 727 60 80  
Fax. ++ 41 41 727 60 85  
praktikanten@fsdz.ch



**Lukas Fässler**  
lic.iur.Rechtsanwalt<sup>1,2</sup>, Informatikexperte  
[faessler@fsdz.ch](mailto:faessler@fsdz.ch)

**Carmen De la Cruz**  
Rechtsanwältin und Notarin<sup>1,2</sup>  
eidg. dipl. Wirtschaftsinformatikerin  
[sekretariat@fsdz.ch](mailto:sekretariat@fsdz.ch)

Zugerstrasse 76b  
CH-6340 Baar  
Tel.: +41 41 727 60 80  
Fax: +41 41 727 60 85  
[www.fsdz.ch](http://www.fsdz.ch)  
[sekretariat@fsdz.ch](mailto:sekretariat@fsdz.ch)  
UID: CHE-349.787.199 MWST



## PROBLEMFELDER DER EINWILLIGUNGSERKLÄRUNG DES PATIENTEN GEGENÜBER DER ARZTPRAXIS ZUR DATENVERARBEITUNG

25.4.2019

Quelle:

[https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Dsk/DSBT\\_20181116\\_DSB\\_D213\\_692\\_0001\\_DSB\\_2018\\_00/DSBT\\_20181116\\_DSB\\_D213\\_692\\_0001\\_DSB\\_2018\\_00.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Dsk/DSBT_20181116_DSB_D213_692_0001_DSB_2018_00/DSBT_20181116_DSB_D213_692_0001_DSB_2018_00.pdf)

Interner Verfasser: Armin Ramcilovic

**Die Datenschutzbehörde Österreich hat mit Beschluss vom 16.11.2018 entschieden, dass eine Arztpraxis diverse Pflichten nach der DSGVO verletzt, indem sie unter anderem mit der von ihr verwendeten Einwilligungserklärung zur Datenverarbeitung keine gesetzeskonforme Einwilligung zur Verarbeitung von Patientendaten eingeholt hat und die jeweilige Einwilligung – wie etwa die Einwilligung in den unverschlüsselten Versand von Patientendaten – somit unwirksam ist.**

Die Datenschutzbehörde Österreich hat bei einer Allergie-Tagesklinik diverse Verletzungen von Pflichten nach der DSGVO nachgewiesen und daraus folgende Schlüsse gezogen:

### **A. Verletzung der Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten:**

Die Arztpraxis ging zunächst von der irrtümlichen Annahme aus, von der Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten befreit zu sein und führte dementsprechend in ihrer Information zum Datenschutz keinen Datenschutzbeauftragten auf, sondern begnügte sich diesbezüglich lediglich mit der Bemerkung «bestellt» und nannte darin einen Ansprechpartner, der aber nicht als Datenschutzbeauftragter bestellt wurde. Gemäss der Datenschutzbehörde Österreich hat die Arztpraxis damit gegen die Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verstossen. Demnach sind die folgenden Punkte zu beachten:

#### **Partnerkanzleien:**

**de la cruz beranek Rechtsanwälte AG**  
**Carmen De la Cruz**  
Rechtsanwältin und Notarin<sup>1,2</sup>  
eidg. dipl. Wirtschaftsinformatikerin  
[delacruz@delacruzberanek.com](mailto:delacruz@delacruzberanek.com)

**Nicole Beranek Zanon**  
Rechtsanwältin und Notarin<sup>1,2</sup>  
[beranek@delacruzberanek.com](mailto:beranek@delacruzberanek.com)

Industriestrasse 7  
CH-6300 Zug  
Tel.: ++41 41 710 28 50  
Fax: ++41 41 710 90 76  
[www.delacruzberanek.com](http://www.delacruzberanek.com)  
UID: CHE-389.928.945 MWST

**Lichtsteiner Rechtsanwälte und Notare**  
**Urs Lichtsteiner**  
lic. iur. Rechtsanwalt<sup>1,2</sup>, MSc (Stanford)  
[lichtsteiner@lilaw.ch](mailto:lichtsteiner@lilaw.ch)

Baarerstrasse 10, Postfach 7517  
CH-6302 Zug  
Tel.: +41 41 726 90 00  
Fax: +41 41 726 90 05  
[www.lilaw.ch](http://www.lilaw.ch)  
[info@lilaw.ch](mailto:info@lilaw.ch)  
UID: CHE-404.805.335 MWST

**Anwaltskanzlei Dr. Weltert**  
**Hans M. Weltert**  
Dr. iur. Rechtsanwalt<sup>1,4</sup>  
[hans.weltert@raweltert.ch](mailto:hans.weltert@raweltert.ch)

**Matthias Heim**  
lic.iur. Rechtsanwalt<sup>1,4</sup>  
[matthias.heim@raweltert.ch](mailto:matthias.heim@raweltert.ch)

**Michael Heim**  
lic.iur. Rechtsanwalt<sup>1,4</sup>  
[michael.heim@raweltert.ch](mailto:michael.heim@raweltert.ch)

Bahnhofstrasse 10  
CH-5001 Aarau  
Tel.: +41 62 832 77 33  
Fax: +41 62 832 77 34  
[www.raweltert.ch](http://www.raweltert.ch)  
[info@raweltert.ch](mailto:info@raweltert.ch)  
UID: CHE-100.877.506 MWST

- 1 Mitglied des Schweizerischer Anwaltsverbandes
- 2 Eingetragen im Anwaltsregi des Kantons Zug
- 3 Eingetragen im Anwaltsregi des Kantons Zürich
- 4 Eingetragen im Anwaltsregi des Kantons Aargau



1. Verantwortliche benennen auf jeden Fall einen Datenschutzbeauftragten, wenn die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten gemäss Art. 9 DSGVO besteht (vgl. Art. 37 Abs. 1 lit. c DSGVO).
2. Folgende Kriterien sind für die Beurteilung, ob eine umfangreiche Datenverarbeitung vorliegt, zu berücksichtigen:
  - a) Zahl der Betroffenen, entweder als konkrete Anzahl oder als Anteil der entsprechenden Bevölkerungsgruppe;
  - b) Verarbeitete Datenmenge bzw. Bandbreite der unterschiedlichen verarbeiteten Datenelemente;
  - c) Dauer oder Dauerhaftigkeit der Datenverarbeitung;
  - d) Geografisches Ausmass der Datenverarbeitung.

Nicht als umfangreich sollte die Verarbeitung personenbezogener Patientendaten gelten, wenn sie durch einen einzelnen Arzt erfolgt.

Im vorliegenden Fall lag die Kerntätigkeit der Verantwortlichen in der Verarbeitung von Gesundheitsdaten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Zudem beschäftigte sie zwölf Büro- bzw. Labormitarbeiter, siebzehn Ärzte und zwei Ernährungsberater und hatte die Gesundheitsdaten von Gesetzeswegen teilweise mindestens 10 Jahre lang zu speichern. Somit war die Arztpraxis verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Mit der Erwähnung eines Ansprechpartners wird schliesslich der fälschliche Eindruck erweckt, dass die Verantwortliche einen Datenschutzbeauftragten beauftragt hat. Indem sie es unterlassen hat, einen Datenschutzbeauftragten zu nennen, hat sie ihre Pflichten zur Bestellung eines solchen verletzt.

## **B. Unzulässige Einwilligung zur Datenverarbeitung:**

In ihrer Einwilligungserklärung zur Datenverarbeitung führte die Arztpraxis Tatbestände auf, welche keiner Einwilligung unterliegen, jedoch den Anschein erwecken, dass hierfür eine Einwilligung zu erteilen ist. Zudem war der Einwilligungserklärung nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, auf welche Rechtsgrundlage sich die jeweilige Einwilligung in die Datenverarbeitung konkret stützt. Gemäss der Datenschutzbehörde Österreich stellt sich demnach jede von den betroffenen Personen abverlangte Einwilligung als unzulässig heraus. Daher gilt es folgende Punkte zu beachten:

1. Eine Einwilligung der betroffenen Personen zur unverschlüsselten Übermittlung von Daten ist unzulässig:  
Die Frage, ob eine Übermittlung in verschlüsselter oder unverschlüsselter Form erfolgt, ist nämlich eine der Datensicherheitsmassnahmen nach Art. 32 DSGVO und somit allein von der Verantwortlichen zu Beurteilen. Umso weniger darf die Einwilligung zur Datenverarbeitung an eine Zustimmung zur unverschlüsselten Übermittlung von Daten geknüpft werden.



2. Eine unwiderrufliche Einwilligung der betroffenen Personen zur Heranziehung von Auftragsdatenverarbeitern ist unzulässig:

- a) Die Entscheidung, ob eine Heranziehung von Auftragsverarbeitern, also Unternehmen und/oder Personen zur Durchführung der vereinbarten Dienstleistung – welche auch die Verarbeitung inkl. Speicherung von personenbezogenen Daten umfasst – herangezogen wird, stützt sich auf Art. 28 DSGVO und obliegt alleine der Verantwortlichen. Diese trifft auch die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Auftragsverarbeiters.
- b) Eine «unwiderrufliche» Einwilligung widerspricht der DSGVO und wäre in diesem Punkt auch nicht verbindlich (vgl. Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 3 DSGVO).

3. Eine Einwilligung der betroffenen Personen zur möglichen Kenntnisnahme sowie Veränderung der Daten durch (unberechtigte) Dritte sowie ein Haftungsausschluss betreffend die korrekte und vollständige Übermittlung der Daten durch die Verantwortliche ist unzulässig:

Auch hier handelt es sich um eine Datensicherheitsmassnahme nach Art. 32 DSGVO, von welcher nicht mittels Einwilligung abgewichen werden kann. Vielmehr ist es gemäss Art. 24 DSGVO die Pflicht eines Verantwortlichen dafür zu sorgen, dass es zu keiner Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten kommt.

4. Eine Einwilligungserklärung, welcher nicht mit der erforderlichen Klarheit zu entnehmen ist, für welche Datenverarbeitungen die Einwilligung konkret die Rechtsgrundlage bildet, ist rechtswidrig:

Der betroffenen Person muss klar sein, für welche konkreten Datenverarbeitungen die Einwilligung die Rechtsgrundlage bildet. Insbesondere dürfen in der Information zum Datenschutz neben der Einwilligung als Rechtsgrundlage nicht auch weitere Rechtsgrundlagen, wie z.B. die Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen oder die Wahrung berechtigter Interessen aufgeführt werden.

**C. Verletzung der Informationspflicht:**

Die Arztpraxis hatte gemäss der Datenschutzbehörde Österreich in den folgenden fünf Punkten gegen die Informationspflichten verstossen:

1. Keine deutliche Unterscheidung, ob die Information nach Art. 13 oder nach Art. 14 DSGVO erteilt werden:

In ihrer im «Informationsblatt zum Datenschutz» enthaltenen Information hat die Arztpraxis nicht unterschieden, ob diese nach Art. 13 oder Art. 14 DSGVO erteilt wird. Damit die betroffenen Personen aber von ihrem Auskunftsrecht überhaupt Gebrauch machen können, spielt der Umfang des Informationsrechts eine wesentliche Rolle. Zudem muss die betroffene Person gemäss Art. 12 Abs. 1 DSGVO dem Informationsblatt die Herkunft der von ihr erhobenen Daten kennen. Indem in den Informationspflichten nicht klar zwischen den Informationspflichten nach Art. 13 und Art. 14 DSGVO unterscheiden wird, hat die Verantwortliche gegen diese Pflichten sowie gegen Art. 12 Abs. 1 DSGVO verstossen.



2. Irreführende Angaben im Zusammenhang mit der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verstossen gegen die Pflicht nach Art. 13 Abs. 1 lit. b sowie Art. 14 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 37 ff. DSGVO (vgl. oben A.).

3. Die Verantwortliche hat in ihrer Datenschutzerklärung die einschlägigen Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten anzuführen:

In der Datenschutzerklärung nennt die Verantwortliche als Rechtsgrundlage nur sinngemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b sowie Art. 6 Abs. 1 lit. a, lit. c und lit. f DSGVO. In ihrer Tätigkeit verarbeitet die Arztpraxis jedoch besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 DSGVO. Somit richtet sich die Rechtsgrundlage der Verarbeitung dieser Daten ausschliesslich nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO. Indem die Verantwortliche es verabsäumt hat, in ihrer Datenschutzerklärung die einschlägigen Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten anzuführen, hat sie gegen ihre Pflicht nach Art. 13 Abs. 1 lit. c und Art. 14 Abs. 1 lit. c DSGVO verstossen.

4. Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. d sowie Art. 14 Abs. 2 lit. b DSGVO hat die Verantwortliche, wenn die Datenverarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO beruht, die berechtigten Interessen, die von dem Verantwortlichen oder dem Dritten verfolgt werden, anzuführen:

Diese Rechtsgrundlage kann ausschliesslich für die Verarbeitung von Daten, die nicht unter Art. 9 DSGVO fallen, herangezogen werden.

5. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. c bzw. Art. 14 Abs. 2 lit. d DSGVO hat die Verantwortliche im Zusammenhang mit der Aufführung der Einwilligung als eine Rechtsgrundlage darauf hinzuweisen, dass ein Recht auf jederzeitigen Widerruf der Einwilligung besteht, ohne dass die Rechtmässigkeit der bis zum Zeitpunkt des Widerrufs erfolgten Verarbeitung berührt wird.

#### **D. Verstoss gegen die Pflicht zur Prüfung, ob eine Datenschutz-Folgeabschätzung erforderlich ist:**

Die Verantwortliche darf nicht per se davon ausgehen, dass keine Pflicht zur Prüfung besteht, ob eine Datenschutz-Folgeabschätzung erforderlich ist. Vielmehr trifft die Verantwortliche gemäss Art. 35 DSGVO die Pflicht, im Einzelfall zu prüfen, ob eine Datenschutz-Folgeabschätzung erforderlich ist oder nicht. Eine Datenschutz-Folgeabschätzung sollte nur dann nicht erforderlich sein, wenn die Verarbeitung personenbezogener Patientendaten durch einen einzelnen Arzt erfolgt.

Der Beschluss der Datenschutzbehörde Österreich ist rechtskräftig.

---

April 2019