

# Die datenschutzrechtliche Bewertung der Einbindung von WhatsApp in die Arzneimittelvorbestellung

Dr. Morton Douglas und Dr. Lukas Kalkbrenner, Freiburg

**Der kostenlose Instant-Messaging-Dienst WhatsApp ermöglicht es, Textnachrichten, Bild-, Video- und Ton-Dateien sowie Standortinformationen, Dokumente und Kontaktdaten auszutauschen. Inzwischen hat WhatsApp weitgehend die SMS abgelöst. Immer häufiger bieten auch Apotheken an, Vorbestellungen von Arzneimitteln per WhatsApp entgegenzunehmen. Da dabei jedoch automatisch sensible Gesundheitsdaten, die für den Apotheker bestimmt sind und dessen Berufsgeheimnis unterliegen, auch an das US-amerikanische Unternehmen übermittelt werden, stellen sich datenschutz- und strafrechtlich relevante Fragen.**

## A. Funktionsweise der WhatsApp-Arzneimittelvorbestellung

Für über eine Milliarde Menschen weltweit soll nach Unternehmensangaben der US-amerikanische Instant-Messenger-Dienst WhatsApp nicht mehr aus dem Alltag wegzudenken sein: Termine vereinbaren, Urlaubsfotos um den Globus nach Hause schicken, ein Geburtstagsständchen per Videobotschaft – alles unkompliziert, schnell und kostengünstig möglich dank WhatsApp, das seit 2014 Teil der Facebook Inc. ist. Dabei kann die Messaging-App nach aktueller Rechtsprechung selbst im privaten Bereich rechtlich nicht bedenkenlos eingesetzt werden, sondern bedarf der Einwilligung der Kontakte in die Speicherung ihrer personenbezogenen Daten auf dem Smartphone des Nutzers.<sup>1</sup>

Um an der weiten Verbreitung des Dienstes sowie der allgemein zunehmenden Technisierung zu partizipieren, greifen vermehrt auch Apotheken auf die dadurch eröffneten Möglichkeiten zurück und bieten ihren Patienten insbesondere Arzneimittelvorbestellungen per WhatsApp als zusätzlichen Service an. So kann der Patient sicherstellen, dass die ihm verschriebenen Arzneimittel auch tatsächlich vorrätig sind, wenn er sie in der Apotheke abholt.

Der Ablauf einer Arzneimittelvorbestellung über WhatsApp, wie sie derzeit vielfach angeboten wird, stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar: Dem Patienten wird online eine Handynummer angezeigt, über die er per Text oder Foto – etwa seines Rezepts oder der benötigten Arzneimittelverpackung – das Medikament bei seiner Apotheke ordern kann; denkbar ist auch das Versenden einer Sprachnachricht. Daraufhin erhält der Patient eine Reservierungsbestätigung sowie die Information, ab wann das Arzneimittel zur Abholung bereit liegt.

Während einige Apotheken eine Art Datenschutzerklärung vorhalten, in der zumindest auf rechtliche Unwägbarkeiten beim Einsatz eines US-amerikanischen Unternehmens hingewiesen wird, bieten andere Apotheken den Service gänzlich ohne weitere Vorkehrung neben ihren sonstigen Bestellkanälen an.

Beides ist sowohl aus datenschutzrechtlicher als auch insbesondere aus strafrechtlicher Sicht ungenügend. Der Nachrichteninhalt einer WhatsApp-Vorbestellung und die Funktion des Messenger-Anbieters bei dem Vorgang erfordern vielmehr die Einhaltung deutlich strengerer Vorgaben.

## B. Datentransfer<sup>2</sup> während der Vorbestellung

### I. Rechtliche Stellung von Apotheker und WhatsApp Inc.

1. Mit der Einrichtung des Vorstellwegs via WhatsApp wird der Apotheker nach § 3 Abs. 7 BDSG bzw. Art. 4 Nr. 7 der ab 25. Mai 2018 auch in Deutschland unmittelbar anwendbaren EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) verantwortlich für die Erhebung und weitere Verarbeitung der betroffenen Daten. Damit hat er die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben sicherzustellen, insbesondere die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung. Unerheblich ist dabei, ob die Arzneimittelvorbestellung letztlich vom Patienten ausgeht. Der Apotheker wird hierdurch nicht aus der Verantwortlichkeit entlassen. Entscheidend bleibt, dass der Weg, über WhatsApp vorzubestellen, überhaupt eröffnet wird.

Die Einordnung des Apothekers als Verantwortlichen – und damit als Haftungssubjekt für Datenschutzverstöße – wird durch die Schlussanträge des Generalanwalts *Yves Bot* zum Betrieb von Facebook-Fanpages<sup>3</sup> bestätigt: *Bot* geht davon aus, dass der Betreiber einer Facebook-Fanpage für die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten verantwortlich ist, da er die Vertragsbedingungen von Facebook aus freien Stücken angenommen und damit die volle Verantwortung für die betroffenen Daten übernommen hat.<sup>4</sup> Nicht zuletzt verfügt der Betreiber über die Macht, die Datenverarbeitung auch

<sup>1</sup> AG Bad Hersfeld, Urt. v. 20.03.2017 – F 111/17 EASO.

<sup>2</sup> Der Beitrag legt in datenschutzrechtlicher Hinsicht die geltenden Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) sowie der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (nachfolgend: DS-GVO) zugrunde. Die DS-GVO tritt zum 25.05.2018 in Kraft.

<sup>3</sup> *Generalanwalt*, Schlussanträge vom 24.10.2017 – Rs. C-210/16.

<sup>4</sup> *Generalanwalt* (Fn. 3), Rdnr. 53 ff.; in diesem Sinne wohl auch KG Berlin, Urt. v. 22.09.2017 – 5 U 155/14.

wieder zu beenden, indem er seine Fanpage schließt.<sup>5</sup> Damit entscheidet der Betreiber über Mittel und Zweck der Datenverarbeitung. Nicht anders verhält es sich mit einem Apotheker, der allein das Ob von WhatsApp als Bestellweg in seine Apotheke in der Hand hat.

2. Die WhatsApp Inc. ist aus datenschutzrechtlicher Sicht im Rahmen der Arzneimittelvorbestellung als Dritter im Sinne von § 3 Abs. 8 Satz 2 BDSG bzw. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO einzustufen. Das Unternehmen steht außerhalb der verantwortlichen Apotheke, für die die Bestelldaten vorgesehen sind und mit der keine Vereinbarung über eine Auftragsdatenverarbeitung geschlossen worden ist. Eine derartige Auftragsdatenverarbeitung wäre eine Möglichkeit, den Datentransfer rechtlich abzusichern.

Während bei der WhatsApp Inc. der Abschluss einer solchen Vereinbarung eher unwahrscheinlich ist, dürfte dies mit konkurrierenden Anbietern solcher Messenger-Dienste durchaus möglich sein. Eine Apotheke, die mit einem weisungsgebundenen Auftragsverarbeiter kooperiert, behält die volle Verfügungsgewalt über die Patientendaten und bestimmt damit auch allein über Erhebung, Verarbeitung und Nutzung. Der Anbieter wäre in diesem Fall nicht als Dritter zu qualifizieren, so dass die Datenweitergabe als solche nicht gesondert abgesichert werden müsste.

## II. Qualität der übermittelten Daten

Bei den im Rahmen der Vorbestellung relevanten Daten bzw. deren Empfängern ist zwischen den sogenannten Meta- und den Inhaltsdaten zu differenzieren.

Metadaten sind alle Daten rund um eine Nachricht, also zum Beispiel Absender, Adressat oder Empfangszeitpunkt. Diese Daten werden ausweislich der Nutzungsbedingungen der WhatsApp Inc. ausgewertet und gespeichert<sup>6</sup>, so dass (auch) das Unternehmen Kenntnis davon hat, wer mit wem wann – nicht aber: was – kommuniziert hat.

Als Inhaltsdatum wird demgegenüber der Nachrichtinhalt selbst bezeichnet. Dieser ist Gegenstand der Ende-zu-Ende-Verschlüsselung, die die WhatsApp Inc. in den Programm-Versionen seit 2. April 2016 anbietet.<sup>7</sup> Nur wer als Nutzer auf diese Version zurückgreift, verhindert

grundsätzlich, dass das Unternehmen oder andere Dritte den Nachrichteninhalte „mitlesen“ können. Erforderlich ist, dass sowohl der Absender als auch der Empfänger einer Nachricht eine WhatsApp-Version mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung einsetzt. Damit bleibt die Information, wer welches Arzneimittel vorbestellt hat, in ihrer entschlüsselten Form grundsätzlich ausschließlich beim Apotheker.

Die Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ändert allerdings nichts daran, dass es sich bei den Inhaltsdaten um sogenannte besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG bzw. Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 4 Nr. 15 DS-GVO handelt. Darunter werden Angaben verstanden, die sich auf die Gesundheit einer natürlichen Person beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen. Solche Angaben gehen beispielsweise ohne Weiteres aus einer Rezeptfotografie hervor, da hier der Name des Patienten mit einem bestimmten Arzneimittel verbunden wird. Über den Namen des Arzneimittels lässt sich dann die Indikation ermitteln, für die dieses Arzneimittel zugelassen ist.

Ob diese Zuordnung auch bei nicht-verschriebenen Medikamenten gilt, ist zumindest zweifelhaft.<sup>8</sup> Zum einen werden gerade im Internet Arzneimittel ohne konkreten Anlass für die Hausapotheke und somit auf Vorrat erworben. Zum anderen können die Arzneimittel für Familienmitglieder oder im Falle von Sammelvorbestellungen auch für Dritte erworben werden. In diesen Fällen ist damit aber nichts über den Gesundheitszustand des Kunden gesagt.<sup>9</sup> Gleichwohl wird auch bei der Vorbestellung nicht-verschreibungspflichtiger Medikamente ein nicht unerheblicher Teil der Kunden diese für den eigenen Bedarf beziehen, so dass hierdurch ein Rückschluss auf deren Gesundheitszustand möglich sein wird. Dies gilt insbesondere für den besonders sensiblen Bereich der chronischen Erkrankungen, da hier aufgrund der Vorhersehbarkeit des Bedarfs häufiger Bezugswege gewählt werden, bei denen Mittel der Fernkommunikation genutzt werden. Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass auch im Bereich der nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimittel ein

<sup>5</sup> *Generalanwalt* (Fn. 3), Rdnr. 56.

<sup>6</sup> WhatsApp Inc., Datenschutzrichtlinie (abrufbar unter: <https://www.whatsapp.com/legal/?l=de>; Stand: 25.08.2016): „Wir sammeln dienstspezifische Informationen sowie Informationen für Diagnosezwecke und Performance-Informationen. Dies umfasst auch Informationen über deine Aktivität (beispielsweise wie du unsere Dienste nutzt, wie du mit anderen bei der Nutzung unserer Dienste interagierst und Ähnliches), Log-Dateien sowie Diagnose-, Absturz-, Webseiten- und Performance-Logs und -berichte. [...] Wenn du unsere Dienste installierst, nutzt oder auf sie zugreift, sammeln wir gerätespezifische Informationen. Dazu gehören auch Informationen wie das Hardware-Modell, die Informationen zum Betriebssystem, Browser-Informationen, die IP-Adresse, Angaben zum Mobilfunknetz, einschließlich der Telefonnummer, sowie Gerätekennungen. Wir sammeln Standortinformationen des Geräts, wenn du unsere Standort-Funktionen verwendest, also z. B. wenn du deinen Standort mit deinen Kontakten teilst, Orte in der Nähe anschaust, Standorte, die andere dir gesendet haben, anschaust oder Ähnliches und für Diagnosezwecke und zur Problem- bzw. Fehlerbehebung, wenn du beispielsweise Probleme mit den Standort-Funktionen unserer App hast.“

<sup>7</sup> WhatsApp Inc. (Fn. 6): „Normalerweise speichern wir deine Nachrichten im Rahmen der Bereitstellung unserer Dienste nicht. Sobald deine Nachrichten (einschließlich deiner Chats, Fotos, Videos, Sprachnachrichten, Dateien und Angaben zu „Standort senden“) zugestellt sind, werden sie von unseren Servern gelöscht. Deine Nachrichten werden auf deinem eigenen Gerät gespeichert. Wenn eine Nachricht nicht sofort zugestellt werden kann (zum Beispiel, wenn du offline bist), können wir sie für bis zu 30 Tage auf unseren Servern behalten, während wir versuchen sie zuzustellen. Wenn eine Nachricht nach 30 Tagen immer noch nicht zugestellt wurde, löschen wir sie. Um die Leistung zu verbessern und Mediennachrichten effizienter zuzustellen, beispielsweise wenn viele Personen ein beliebtes Foto oder Video teilen, können wir solche Inhalte länger auf unseren Servern behalten. Wir bieten außerdem eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung für unsere Dienste an, die standardmäßig aktiviert ist, wenn du und die Personen, mit denen du chattest, eine Version unserer App verwenden, die nach dem 2. April 2016 veröffentlicht wurde. Ende-zu-Ende-Verschlüsselung bedeutet, dass deine Nachrichten verschlüsselt sind, um davor zu schützen, dass wir oder Dritte sie lesen können.“; dies verkennend Landesapothekerkammer Thüringen (LAKT), Kammernewsletter, Ausgabe 26 vom 16.06.2017, S. 1.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu *Wolff*, Rechtsgutachten über die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen eines Verkaufs von Arzneimitteln über die Internetplattform „Amazon“, S. 12 Rdnr. 34 ff. (n. v.).

<sup>9</sup> Nach *Brihann*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, 40. Auflage 2009, A 30, Art. 8 Rdnr. 9 sind erst Angaben über Medikamentenkonsum Daten über die Gesundheit.

Rückschluss auf den Gesundheitszustand des Reservierenden möglich ist, so dass der Inhalt der (Vor-)Bestellung als Gesundheitsdaten zu bewerten ist.

Auch verschlüsselte Daten sind nach wie vor personenbezogen, da sie jederzeit wieder lesbar gemacht werden können, gleich ob durch den Schlüsselinhaber selbst oder möglicherweise durch einen unberechtigten Dritten.<sup>10</sup> Die Verschlüsselung dient zwar als technisch-organisatorische Maßnahme – genauso wie beispielsweise Zugriffsbeschränkungen auf das in der Apotheke genutzte Smartphone – dem Schutz der Zweckbindung, verändert aber nicht die verschlüsselten Daten an sich, die zumindest bis zu ihrer Zustellung an den Adressaten (Apotheke) auf den Servern der WhatsApp Inc. gespeichert werden.<sup>11</sup> Nach Erwägungsgrund 26 der Datenschutz-Grundverordnung würden nur anonymisierte Daten also solche, die sich auf eine nicht identifizierte oder identifizierbare Person beziehen, aus dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts fallen. Dafür sorgt die bloße Verschlüsselung jedoch nicht.

Die Inhaltsdatenübertragung an die WhatsApp Inc. ist damit datenschutzrechtlich relevant, zumal sie untrennbar mit der Metadatenverarbeitung verknüpft ist. Durch den Einsatz der Ende-zu-Ende-Verschlüsselung kann es dem Apotheker als weitergebende Stelle nicht gelingen, die Identifizierbarkeit der kommunizierenden Personen auszuschließen. Die Fragen, ob die Ende-zu-Ende-Verschlüsselung wirklich konsequent umgesetzt wird und wie effektiv diese sich letztlich darstellt, können dabei sogar dahinstehen. Denn die sensiblen Daten, die Inhalt einer Arzneimittelvorbestellung per WhatsApp sind und mittels Ende-zu-Ende-Verschlüsselung übermittelt werden, genießen unabhängig davon besonderen gesetzlichen Schutz.

Bildlich gesprochen verschickt der Patient seine Rezeptfotografie in einem Tresor, zu dem grundsätzlich nur der Apotheker den Schlüssel hat. Trotzdem steht der Tresor eben an einem Ort, zu dem auch Dritte Zugang haben, die zudem wissen, zu welcher Person sich Informationen in dem Tresor befinden. Vor diesem Hintergrund handelt es sich um keine „rein hypothetische Möglichkeit“<sup>12</sup>, dass Dritte Kenntnis auch vom Tresorinhalt nehmen könnten, zumal der Schlüssel bei dem Apotheker vermutlich nie absolut sicher verwahrt werden kann, und auch nicht feststeht, ob der Tresor wirklich verriegelt wird.

Demgegenüber ermöglichen die in Form von Metadaten übermittelten Informationen, dass zwischen zwei Smartphones kommuniziert wird, allein keinerlei Rückschlüsse

auf den Gesundheitszustand einer Person.<sup>13</sup> Nur über die Verknüpfung mit dem sensiblen Nachrichteninhalte fällt die WhatsApp-Vorbestellung insgesamt in den Anwendungsbereich der besonderen Datenschutzvorschriften. Davon ist die Frage zu trennen, ob Metadaten unter die berufsrechtliche und damit gemäß § 203 StGB geschützte Verschwiegenheitspflicht des Apothekers fallen und welche rechtlichen Konsequenzen dies nach sich zieht.<sup>14</sup>

### C. Nutzung von WhatsApp in der Apotheke

Die Möglichkeit der WhatsApp-Arzneimittelvorbestellung steht in erster Linie wegen der damit verbundenen (Gesundheits-)Datenübermittlung in die USA in der Kritik.<sup>15</sup> Das Geschäftsmodell der WhatsApp Inc. – die Auswertung von Nutzerdaten – schließe jeglichen Einsatz im Gesundheitsbereich aus. Zudem fehle es an einer Rechtsgrundlage, die den Datenabfluss in das Ausland erlaube. Obgleich der Tenor der bisherigen Auseinandersetzungen ablehnend ist, ist unbekannt, ob die Datenschutzbehörden bereits gegen den Einsatz von WhatsApp zum Zweck der Arzneimittelvorbestellung vorgehen.

### I. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

Im Rahmen einer schematischen datenschutzrechtlichen Prüfung ist zunächst (dazu 1.) die materielle Zulässigkeit der Datenverarbeitung an sich zu bewerten, bevor auf die Datenübermittlung an einen Drittstaat eingegangen werden kann (dazu 2.). Da dabei Gesundheitsdaten betroffen sind, ist – selbst wenn sie ausschließlich dem Apotheker in unverschlüsselter Form vorliegen – auf die insoweit speziellen Erlaubnistatbestände (§ 28 Abs. 6 bis 8 BDSG bzw. Art. 9 DS-GVO) abzustellen.

#### 1. Mögliche Erlaubnistatbestände

Gesundheitsdaten dürfen nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG verarbeitet werden, wenn dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche „erforderlich“ ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt; die Begründung von Ansprüchen fällt kraft extensiver Auslegung ebenfalls in den Anwendungsbereich der Vorschrift.<sup>16</sup> Obgleich bei der freiwilligen Entscheidung eines Patienten für die Arzneimittelvorbestellung per WhatsApp kaum von Interessen, die der Verarbeitung entgegenstehen, auszugehen ist, fehlt es jedoch an der Erforderlichkeit. Die derzeit mit WhatsApp auf dem Markt präsenten Apotheken belegen selbst, dass für eine Arzneimittelvorbestellung gerade kei-

<sup>10</sup> Schild, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, Art. 4 Rdnr. 80; Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 12. Auflage 2015, § 3 Rdnr. 45; a. A. wohl Windelband/Ertel, WhatsApp in Apotheken (abrufbar unter: <https://www.datenschutz-notizen.de/whatsapp-in-apotheken-5814912/>; letzter Abruf: 01.02.2018), die die Möglichkeit der Einwilligung nur im Hinblick auf Telefonbuch- und Metadaten diskutieren.

<sup>11</sup> WhatsApp Inc., WhatsApp Sicherheit (abrufbar unter: <https://www.whatsapp.com/security/?l=de>; Stand: 01.02.2018).

<sup>12</sup> Zu diesem Maßstab Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136 vom 20.06.2007, S. 17.

<sup>13</sup> Dies gilt erst recht für den schlichten Besuch einer Apotheke. A. A. wohl LAKT (Fn. 7), S. 1 f.; ein weiteres Beispiel, bei dem es nach Schild (Fn. 10) an einem Rückschluss auf den Gesundheitszustand fehle, ist die Krankenschreibung des Arztes; erst die Diagnose sei ein sensibles Datum.

<sup>14</sup> Vgl. dazu unter C. III.

<sup>15</sup> DAZ.online, WhatsApp wurde nicht für die Apotheken geschaffen, Interview mit der Landesdatenschutzbeauftragten Marit Hansen vom 10.06.2016 (abrufbar unter: <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2016/06/10/whatsapp-wurde-nicht-fur-apotheken-geschaffen>; letzter Abruf: 01.02.2018); LAKT (Fn. 7).

<sup>16</sup> Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus (Fn. 10), § 28 Rdnr. 28; Wolff, in: Wolff/Brink (Fn. 10), § 28 BDSG Rdnr. 257.

ne Datenübertragung an einen Dritten „erforderlich“ ist. Allein die Tatsache, dass dies auf diesem Wege für manche Kunden bequemer erscheinen mag als andere Bestellmöglichkeiten, ist für die Annahme einer Erforderlichkeit nicht ausreichend. Mithin werden beinahe durchweg auch andere, weniger datenintensive Kommunikationskanäle zur Erreichung desselben Zwecks angeboten, vor allem die telefonische Vorbestellung. Damit ist die WhatsApp-Vorbestellung nicht von dem Erlaubnistatbestand gedeckt. Entsprechendes gilt im Hinblick auf Art. 9 Abs. 2 Buchst. f DS-GVO.

Die Datenübermittlung der Apotheke an die WhatsApp Inc. kann ferner nicht auf § 28 Abs. 7 BDSG bzw. Art. 9 Abs. 2 Buchst. h, Abs. 3 DS-GVO gestützt werden. Die Verarbeitung für Zwecke der Gesundheitsvorsorge sowie Versorgung oder Behandlung im Gesundheitsbereich würde (auch) auf Seiten der WhatsApp Inc. voraussetzen, dass dort Personen mit den Daten befasst sind, die einem einschlägigen Berufsgeheimnis unterliegen. Dies ist nicht der Fall und ein deutscher Apotheker könnte die Einhaltung dieser Anforderung auch nicht gewährleisten.

## 2. Einwilligungserfordernis

Eine zulässige Datenverarbeitung im Rahmen der WhatsApp-Arzneimittelvorbestellung kann daher – vorbehaltlich der strafrechtlichen Würdigung – nur auf Grundlage einer wirksamen Einwilligung gemäß § 4 a Abs. 3 BDSG bzw. Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DS-GVO erfolgen.

### a) Inhaltsdaten

An eine solche Einwilligung sind strenge Anforderungen zu stellen. In die Verarbeitung seiner Gesundheitsdaten muss der betroffene Patient „ausdrücklich“ einwilligen, das heißt die Einwilligung muss sich explizit auf die Verarbeitung sensibler Daten beziehen. Damit sind konkludente oder stillschweigende Erklärungen ausgeschlossen. Allerdings bedeutet „ausdrücklich“ nicht „schriftlich“ im Sinne von § 126 BGB.<sup>17</sup> Zwar mag aus Nachweisgründen regelmäßig eine schriftliche Fixierung ratsam sein, jedoch eröffnet die gesetzliche Ausgestaltung unter Praktikabilitätsgesichtspunkten dem Apotheker die Möglichkeit, über bestimmte technische Mechanismen das Einholen einer „ausdrücklichen“ Einwilligung sicherzustellen. Vorstellbar sind insoweit beispielsweise Opt-in-Lösungen, die dem Patienten die WhatsApp-Nummer der Apotheke erst anzeigen, nachdem er sich aktiv durch die vorzuhaltende, detaillierte Datenschutzerklärung „geklickt“ hat. Sobald dieser Vorgang abgeschlossen ist, kann der Apotheker dem Patienten mitteilen, dass nunmehr die Voraussetzungen für die Nutzung der WhatsApp-Vorbestellung vorliegen. Daraufhin kann der Patient seine Reservierung tätigen. Genauso könnte der Service exklusiv den Kundenkarteninhabern zur Verfügung gestellt werden, die im Rahmen ihrer Antragstellung auch in die WhatsApp-Nutzung einwilligen. Soweit ersichtlich, scheint sich ein solches Vorgehen in der Praxis bislang nicht etabliert zu haben.

<sup>17</sup> Schulz, in: Gola (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 9 Rdnr. 14 f. m. w. N.

### b) Metadaten

Zusammen mit der Einwilligung in die Verarbeitung der Gesundheitsdaten kann zugleich die Erklärung des betroffenen Patienten eingeholt werden, dass er mit der Speicherung seiner Handynummer, seines Namens sowie seiner Adresse im Smartphone-Adressbuch der Apotheke und der damit verbundenen Weitergabe an die WhatsApp Inc. einverstanden ist.

Jeder WhatsApp-Nutzer übermittelt ausweislich der Nutzungsbedingungen<sup>18</sup> fortlaufend Daten in Klardaten-Form von allen in dem eigenen Adressbuch eingetragenen Kontaktpersonen an das Unternehmen. Dieses Auslesen des Adressbuchs, in dem zumindest Patientennamen gespeichert sind, führt dazu, dass der Apotheker insoweit unverschlüsselt Informationen, die als Patientendaten seiner berufspflichtigen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, weitergibt.

Nach bereits erwähnter aktueller – wenngleich weit von der tagtäglichen Realität entfernt – Rechtsprechung soll selbst die „einfache“ permanente Datenweitergabe an die WhatsApp Inc. der ausdrücklichen Zustimmung der im Smartphone gespeicherten Kontakte bedürfen.<sup>19</sup> Insbesondere käme eine konkludente Einwilligung dieser Kontakte, die das Messenger-Programm ebenfalls nutzen, nicht in Betracht, da es am erforderlichen Erklärungsbewusstsein der Betroffenen fehle. Mithin verstehe der durchschnittliche WhatsApp-Nutzer üblicherweise nicht, in welcher Art und in welchem Umfang die Vernetzungstechnik von WhatsApp funktioniert und nehme auch die Nutzungsbedingungen und Datenschutzrichtlinie vor der Installation des Programms nicht hinreichend zur Kenntnis.

Ob sich die Auffassung des Amtsgerichts Bad Hersfeld durchsetzt, ist fraglich. Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung ist jedoch zumindest im Hinblick auf die der Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Patientendaten ein Erst-Recht-Schluss zu ziehen. Die Annahme einer konkludenten Einwilligung in deren Weitergabe infolge WhatsApp-Nutzung ist jedenfalls ausgeschlossen. Vielmehr kann der ausdrückliche Wille des Patienten dahingehend dokumentiert werden. Dabei dürfte im Sinne der Datensparsamkeit darauf zu achten sein, dass im Adressbuch des Apothekers keine dort überflüssigen Daten gespeichert werden, die damit gegebenenfalls automatisch und unverschlüsselt an die WhatsApp Inc. übermittelt werden. Hierunter fallen im Extremfall beispielsweise Vermerke zu Krankheiten oder Medikationen bestimmter Personen. Aber auch die Daten von Patienten, die über einen längeren Zeitraum auf diesem Wege nicht mehr vorbestellt haben, sind zu löschen.

<sup>18</sup> WhatsApp Inc., Nutzungsbedingungen (abrufbar unter: <https://www.whatsapp.com/legal/?l=de>; Stand: 25.08.2016): „Du stellst uns regelmäßig die Telefonnummern von WhatsApp-Nutzern und deinen sonstigen Kontakten in deinem Mobiltelefon-Adressbuch zur Verfügung. Du bestätigst, dass du autorisiert bist, uns solche Telefonnummern zur Verfügung zu stellen, damit wir unsere Dienste anbieten können.“

<sup>19</sup> AG Bad Hersfeld (Fn. 1).

## II. Zulässigkeit der Datenübermittlung an einen Drittstaat

Was sodann die Übermittlung der Daten gerade an das US-Ausland betrifft, gilt zunächst, dass die WhatsApp Inc. kein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten kann<sup>20</sup>, so dass die Datenübermittlung lediglich ausnahmsweise zulässig sein kann. Diese Problematik resultiert alleine aus dem Sitz der WhatsApp Inc. in einem unsicheren Drittstaat.

### 1. Fehlende „Erforderlichkeit“ der Datenübermittlung

Soweit vorliegend von Belang, sehen § 4 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG bzw. Art. 49 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b DSGVO Ausnahmen vor, die auf die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen auf Veranlassung der betroffenen Person abstellen. Darunter kann eine Arzneimittelvorbestellung, ausgehend vom Patienten, gefasst werden. Allerdings gilt auch insoweit das Kriterium der Erforderlichkeit, das Datenverarbeitungen im vorvertraglichen Bereich ausschließt, wenn diese auf einem Marketingkonzept des für die Verarbeitung Verantwortlichen beruht.<sup>21</sup> Damit kann sich der Apotheker, der über die Nutzung von WhatsApp Kundenbindung betreiben möchte, nicht darauf berufen, dass die Vorbestellung vom Patienten ausgeht, um in den Anwendungsbereich der Privilegierung zu gelangen. Ausschlaggebend ist, dass der Apotheker es ist, der die Möglichkeit der WhatsApp-Vorbestellung eröffnet und diese der „Erforderlichkeit“ der Datenübermittlung im oben genannten Sinne bereits entgegensteht.

### 2. Erfordernis und Reichweite einer Einwilligung

Die Zulässigkeit der Datenübermittlung in das US-Ausland hängt vielmehr von der Einwilligung des Patienten ab, § 4 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG, Art. 49 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a DSGVO. Er ist über die damit verbundenen möglichen Risiken zu unterrichten und muss sich darüber im Klaren sein, dass seine (Gesundheits-)Daten nach der Übermittlung in ein unsicheres Drittland möglicherweise keinerlei Schutz mehr genießen.<sup>22</sup> Dabei muss die informierte, unmissverständliche Einwilligung freiwillig erteilt werden und jederzeit widerruflich sein.

#### a) Einwilligung in dauerhafte Nutzung

Um dem Ausnahmecharakter der Einwilligung gerecht zu werden, darf ein Datentransfer auf dieser Grundlage grundsätzlich nicht systematisch erfolgen, sondern sollte auf Einzelfälle beschränkt sein.<sup>23</sup> Für den Einsatz von WhatsApp im Rahmen der Arzneimittelvorbestellung bedeutet das aber nicht, dass eine gesonderte ausdrückliche Einwilligung für jeden einzelnen Vorgang zu fordern ist. Vielmehr kann sich eine Einwilligung auch auf eine be-

stimmte Kategorie von Datenübermittlungen beziehen, wenn beispielsweise zum Zeitpunkt der Einholung die genauen Umstände der Übermittlung noch nicht bekannt sind, solange insbesondere der Zweck der wiederkehrenden Übermittlung bereits feststeht.<sup>24</sup>

Zum Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung in die Nutzung von WhatsApp, zu dem auch erst die zu verwendende Handynummer zu offenbaren ist, steht fest, dass diese Nummer künftig zum Zweck der Arzneimittelvorbestellung – stets ausgehend vom Patienten – genutzt werden kann und dass auf diesem Weg wiederholt gesundheitsrelevante Daten auch an die WhatsApp Inc. übermittelt werden; den konkreten Nachrichteninhalt bestimmt der Patient selbst. Wenn er sich in voller Kenntnis dieser Sachlage für die Arzneimittelvorbestellung über WhatsApp entscheidet, können auch wiederholte Datenübermittlungen von der einmal erteilten Einwilligung gedeckt sein. Insbesondere bestehen dann weder Zweifel an der Freiwilligkeit noch ist die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung gefährdet.<sup>25</sup> Wenn der Patient keine Vorbestellung aufgibt, werden auch keine Gesundheitsdaten übermittelt. Möchte er den Service überhaupt nicht mehr in Anspruch nehmen, das heißt auch aus dem Smartphone-Adressbuch des Apothekers gelöscht werden, kann er dies entsprechend mitteilen und es werden fortan keine Daten mehr an die WhatsApp Inc. übermittelt. Damit kann, wer einmal die Handynummer der Apotheke hat, diese fortlaufend nutzen und immer wieder selbständige Vorbestellungen aufgeben.

Im Ergebnis besteht unter Zugrundelegung dieser Erwägungen die grundsätzliche Möglichkeit, Arzneimittelvorbestellungen über WhatsApp für jeden einzelnen Patienten nach einmaliger Registrierung auch regelmäßig entgegen zu nehmen. Es bedarf keiner gesonderten Einwilligung in jeden einzelnen Bestellvorgang.

#### b) Informiertheit der Einwilligung

Problematisch erscheint indes die bereits erwähnte Informiertheit der Einwilligung, die auf Seiten der Patienten geschaffen werden muss.

Es besteht eine Pflicht des Apothekers zur umfassenden Information darüber, auf welche personenbezogenen Daten und Verarbeitungsvorgänge sich das Einverständnis bezieht, über Empfänger und Zielort(e) der Daten sowie das konkrete Risiko der Übermittlung in ein Land ohne angemessenes Schutzniveau.<sup>26</sup> In tatsächlicher Hinsicht dürfte es an dieser Stelle schlicht unmöglich sein, die erforderlichen umfassenden Informationen zur Verfügung zu stellen: Was passiert mit den übermittelten Daten genau, sobald sie einmal bei der WhatsApp Inc. sind? Wer kann die Einhaltung der WhatsApp-Nutzungsbedingungen garantieren? Wurde von der Apotheke eine Genehmigung des Messenger-Anbieters eingeholt, die „irgendeine nicht-private Nutzung“, wie es in den Nutzungsbedin-

<sup>20</sup> Vgl. hierzu nur Pauly, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 45 Rdnr. 8 ff., m. v. w. N.: WhatsApp Inc. ist nicht zertifiziert nach dem EU-US Privacy Shield.

<sup>21</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer: Anwendung von Artikel 25 und 26 der Datenschutzrichtlinie der EU, WP 12 vom 24.07.1998, S. 26.

<sup>22</sup> Lange/Filip, in: Wolff/Brink (Fn. 10), Art. 49 DSGVO Rdnr. 6.

<sup>23</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier über eine gemeinsame Auslegung des Artikels 26 Absatz 1 der Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995, WP 114 vom 24.11.2005, S. 13.

<sup>24</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 21), S. 14.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu bei wiederholten Datenübermittlungen Lange/Filip, in: Wolff/Brink (Fn. 10), Art. 49 DSGVO Rdnr. 11.

<sup>26</sup> Pauly, in: Paal/Pauly (Fn. 20), Art. 49 Rdnr. 6.

gungen heißt<sup>27</sup>, freigibt? (Spätestens) an dieser Stelle scheint der Einsatz von WhatsApp zum Zwecke der Arzneimittelvorbestellung an seine datenschutzrechtlichen Grenzen zu gelangen. Es ist zu bezweifeln, dass ein vollumfassender „Disclaimer“, der sämtliche Risiken in diesem Zusammenhang dem Patienten aufbürdet, einer gerichtlichen Inhaltskontrolle standhalten kann.

### III. Berufsgeheimnisschutz

Aus strafrechtlicher Sicht ist bei der Einbindung von WhatsApp in den Apothekenbetrieb die Neufassung von § 203 StGB zu berücksichtigen, die zum 9. November 2017 in Kraft getreten ist.<sup>28</sup>

Indem der Apotheker sich den Messenger-Dienst für seine Geschäftszwecke zu eigen macht, kann die WhatsApp Inc. bzw. deren Vertreter als „sonstige Person“, die an der beruflichen Tätigkeit des Apothekers mitwirkt, im Sinne von § 203 Abs. 3 StGB eingestuft werden. Mithin ist WhatsApp in die Tätigkeit der schweigepflichtigen Person einbezogen. Dies geschieht in deren Einvernehmen.<sup>29</sup>

Es ist allerdings fraglich, ob die mit der WhatsApp-Nutzung verbundene Weitergabe von Berufsgeheimnissen in den Genuss der neuen gesetzlichen Privilegierung in § 203 Abs. 3 Satz 1 StGB kommt, wonach das rechtswidrige „Offenbaren“ nur ausgeschlossen ist, „soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist“ – soll heißen: der Berufsgeheimnisträger darf nicht mehr geschützte Geheimnisse preisgeben, als notwendig ist, damit er die Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Person übertragen kann.<sup>30</sup> Zum Zwecke einer Arzneimittelvorbestellung ist es jedoch nicht „notwendig“, dass eine dritte Stelle in einem unsicheren Drittstaat involviert wird. Um ein unbefugtes Offenbaren im Sinne von § 203 Abs. 1 StGB auszuschließen, ist der Apotheker daher durch den Patienten von seiner Schweigepflicht zu entbinden.

Eine Strafbarkeit ist gemäß § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB ferner gegeben, wenn der Apotheker „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“. Bereits die bloße Nicht-Verpflichtung der WhatsApp Inc. bzw. der dort befassten Personen zur Geheimhaltung kann eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe für den Apotheker nach sich ziehen. Dabei erscheint es zum jetzigen Zeitpunkt ausgeschlossen, eine solche Verpflichtung einholen zu können. Denn weder wird die WhatsApp Inc. eine solche Verpflichtung gegenüber einer

einzelnen Apotheke eingehen, noch kann der Geheimnisschutz bei der WhatsApp Inc. gewährleistet werden.

Damit müsste der Apotheker sich darauf verlassen, dass, kommt es zur Geheimnisoffenbarung, dies von einer konkludenten Einwilligung<sup>31</sup> des Patienten gedeckt ist, um die „unbefugte“ Offenbarung auf Seiten der WhatsApp Inc. auszuschließen. Sinn und Zweck der gesetzlichen Neufassung – lückenloser Schutz fremder Geheimnisse<sup>32</sup> – sprechen jedoch gegen eine derart extensive Auslegung des Patientenwillens. Dies führt letztlich zu einer Unzulässigkeit der WhatsApp-Arzneimittelvorbestellung aus strafrechtlicher Sicht.

### D. Fazit zum Umgang mit WhatsApp und Ausblick

Der Instant-Messenger-Dienst WhatsApp kann aus datenschutzrechtlicher Sicht ohne weitere Vorkehrungen nicht in die Arzneimittelvorbestellung eingebunden werden und ist selbst bei Vorliegen umfassender Einwilligungserklärungen kritisch zu bewerten, da nicht absehbar ist, ob eine auch umfassend formulierte Einwilligungserklärung einer Inhaltskontrolle standhält. Nach geltendem Recht sind unbefugte Datenverarbeitungen mit Bußgeldern bis zu 300.000,- Euro bewehrt, mit Inkrafttreten der DS-GVO sogar bis zu 20.000.000,- Euro oder bis zu 4 Prozent des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs, je nachdem, welcher der Beträge höher ist.

Neben den empfindlichen hoheitlichen Sanktionen drohen Abmahnungen durch Mitbewerber, die über die Mittel des Wettbewerbsrechts ebenfalls Zugriff auf rechtswidrig handelnde Kollegen haben. Mithin sind die einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3 a UWG zu qualifizieren, da sie sich auf die Handlungen eines Unternehmers beziehen, personenbezogene Daten von Verbrauchern betreffen und insbesondere auch einen kommerziellen Zweck verfolgen.<sup>33</sup> Gerade bei dem Einsatz von WhatsApp eines Apothekers sind die Auswirkungen auf den Markt besonders greifbar. Denn derjenige, der den Service nicht anbietet, wird daran interessierte Patienten schlicht an seinen rechtswidrig handelnden Mitbewerber verlieren. Letzterer verwirklicht damit den Rechtsbruchstatbestand und kann von seinen Mitbewerbern insbesondere gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Im Rahmen der Beseitigung sind dann auch sämtliche Daten, die in diesem Wege gesammelt wurden, sofort zu vernichten.

Neben den nicht unerheblichen datenschutzrechtlichen Risiken dürfte die strafrechtliche Würdigung die Einbindung von WhatsApp in den Apothekenalltag endgültig ausschließen. Zu ungewiss ist die Geheimhaltung von Pa-

<sup>27</sup> WhatsApp Inc. (Fn. 18): „Du wirst unsere Dienste nicht auf eine Art und Weise nutzen (bzw. anderen bei der Nutzung helfen), die: [...] (f) irgendeine nicht-private Nutzung unserer Dienste beinhaltet, es sei denn, dies wurde von uns genehmigt.“

<sup>28</sup> Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen, BGBl. I S. 3618.

<sup>29</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen, BT-Drs. 18/11936 vom 12.04.2017, S. 22 f.

<sup>30</sup> BT-Drs. 18/11936 vom 12.04.2017 (Fn. 29), S. 23.

<sup>31</sup> In BT-Drs. 18/11936 vom 12.04.2017 (Fn. 29), S. 18 wird die Möglichkeit der konkludenten Einwilligung grundsätzlich in Erwägung gezogen, ihr zutreffend jedoch keine hinreichende Rechtssicherheit zugesprochen.

<sup>32</sup> BT-Drs. 18/11936 vom 12.04.2017 (Fn. 29), S. 23.

<sup>33</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 35. Auflage 2017, § 3 a Rdnr. 1.74 unter Bezugnahme auf § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 11 UKlaG; OLG Köln, Urt. v. 17.01.2014 – 6 U 167/13; OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.05.2012 – 6 U 38/11; KG Berlin, Urt. v. 22.09.2017 – 5 U 155/14.

tientendaten in den Händen der WhatsApp Inc.; dafür „Sorge tragen“, dass die Mitarbeiter dort zur Geheimhaltung verpflichtet werden, kann ein Apotheker faktisch nicht.

Demgegenüber ist es grundsätzlich möglich, um im Zeitalter von Gesundheits-Apps und der – ebenfalls umstrittenen – Bezugsmöglichkeit von apothekenpflichtigen Arzneimitteln über Amazon<sup>34</sup> nicht den Anschluss zu verlieren, über einen Messenger-Dienst Arzneimittelvorbestel-

lung entgegenzunehmen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Inhaber der Apotheke mit dem Anbieter des Dienstes eine Auftragsdatenverarbeitung abschließt und dieser die Daten nicht in einen unsicheren Drittstaat übermittelt, sondern sie an einem Standort mit angemessenem Datenschutzniveau verbleiben.

---

*Anschrift der Verfasser:*

Rechtsanwälte Dr. Morton Douglas und  
Dr. Lukas Kalkbrenner  
Friedrich Graf von Westphalen & Partner mbB  
Kaiser-Joseph-Straße 284  
79098 Freiburg

---

<sup>34</sup> Kritisch hierzu *Wolff* (Fn. 8) – die Zulässigkeit der Arzneimittelbestellung über Amazon wird gerade im Verfahren vor dem LG Dessau – Az. 3 O 29/17 geklärt.