

bvitg e. V. | Taubenstraße 23 | D – 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Referat II A 2
Frau von Bothmer
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Nur per E-Mail an: bothmer-ch@bmjv.bund.de

13. Januar 2016

**Kommentierung des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen
bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen
Aktenzeichen II A 2 – 4047/2 -2- 25 909/2016**

Sehr geehrte Frau von Bothmer,

das Bundesministerium der Justiz und für den Verbraucherschutz stellt in dem vorliegenden Referentenentwurf richtigerweise heraus, dass Ärzte, Zahnärzte, Krankenhäuser und sonstige medizinische Einrichtungen und Dienstleister auf den Einsatz von IT-Infrastruktur und Mittel zur elektronischen Datenverarbeitung zur Ausführung ihrer Tätigkeit angewiesen sind. Der Einsatz von elektronischer Datenverarbeitung erfordert die Wartung und Pflege durch qualifizierte Fachkräfte. IT-Dienstleister, die diese Aufgaben übernehmen, tragen besondere Verantwortung für die Vertraulichkeit der personenbezogenen Gesundheitsdaten der Patienten.

Der Bundesverband Gesundheits-IT – bvitg e.V. vertritt in Deutschland die führenden IT-Anbieter im Gesundheitswesen, deren Produkte je nach Segment in bis zu 90 Prozent des ambulanten und stationären Sektors, inklusive Reha-, Pflege- und Sozialeinrichtungen, eingesetzt werden. Diese Systeme und Anwendungen unterstützen somit die Berufsgeheimnisträger bei der ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Tätigkeit. Der bvitg e.V. und seine Mitglieder dankt vor diesem Hintergrund ausdrücklich für die Gelegenheit, zu

dem vorliegenden Gesetzesentwurf Stellung zu nehmen.

Das Vertrauensverhältnis zwischen Patientinnen und Patienten und deren Arzt/Therapeuten ist, wie das BVerfG u. a. in seiner Entscheidung BVerfGE 32, 373¹ explizit herausgestellt hat, von grundlegender Bedeutung für die Patientenbehandlung. Nur wenn sich der Patient darauf verlassen kann, dass die Informationen, die er dem Arzt mitgeteilt hat, vertraulich behandelt werden, wird er die für die Behandlung zwingend benötigten, oftmals intimen Informationen, dem Arzt auch mitteilen. Daher ist es wichtig, dass der Patient die Gewissheit hat, dass auch bei einem heute unumgänglichen Einsatz externer Dienstleister seine Gesundheitsdaten vertraulich behandelt werden und eine unbefugte Offenbarung strafrechtlich auch beim externen Dienstleister verfolgt werden kann. Insofern ist die Gesetzesinitiative vorbehaltlos zu begrüßen.

Allerdings muss es Anspruch des Gesetzgebers sein, ausdrücklich Rechtssicherheit zu schaffen. Es muss klar sein, dass die strafrechtlichen Aspekte durch die Anpassung des § 203 abschließend geregelt sind und sich durch Regelungen in Berufsordnungen keine Strafbarkeit im Sinne des § 203 StGB ableiten lässt. Dies sollte in der Begründung des Gesetzesentwurfes deutlich herausgearbeitet werden.

Im Nachfolgenden gehen wir auf einzelne Aspekte ein, um Hinweise zu geben, wie dieses Ziel noch besser erreicht werden kann. Hierbei gehen wir bzgl. der Änderung der Berufsordnungen nur exemplarisch auf die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) ein; da alle im RefE dargestellten Änderungen gleichen Inhalts sind, gilt das hier Gesagte analog auch für die anderen angesprochenen Berufsordnungen.

Verhältnis Datenschutz und Vorgaben des Referentenentwurfes

Grundsätzlich unterliegt die Verarbeitung personenbezogener Daten dem Datenschutzrecht, welches fordert, dass nach § 11 BDSG (bzw. künftig Art. 28 DS-GVO) zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eine Vereinbarung (BDSG) bzw. Vertrag (DS-GVO) zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Auftrag abzuschließen ist. Hierzu werden datenschutzrechtlich Anforderungen gestellt, die sich in ähnlicher Form auch im RefE wiederfinden:

- Der Dienstleister ist sorgfältig auszuwählen (§ 11 Abs. 2 S. 1 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 1 DS-GVO); dies korrespondiert mit § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E als auch § 43f Abs. 2 BRAO-E.
- Der Dienstleister darf die personenbezogenen Daten nur weisungsgebunden verarbeiten (§ 11 Abs. 3 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 3 S 2 lit. a, Art. 29 DS-GVO); diese Forderung ist die Grundvoraussetzung für die Forderungen aus § 43f Abs. 3 Ziff. 2,3 BRAO-E.
- Die Verarbeitung der Daten darf nur durch Personen erfolgen, welche auf die

¹ Beschluss des BVerfG vom 8. März 1972, AZ BvR 28/71. Online, zitiert am 2016-12-17; Verfügbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv032373.html>.

Einhaltung der Vertraulichkeit der Daten verpflichtet wurden (§ 5 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. b); diese Anforderungen entsprechen dem aus § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E bzw. § 43f Abs. 3 Ziff. 1,3 BRAO-E resultierenden Anspruch.

- Der Auftraggeber hat sich regelmäßig von der Einhaltung der vereinbarten Schutzmaßnahmen zu überzeugen (§ 11 Abs. 2 S. 4 BDSG, indirekte Anforderung aus Art. 28 Abs. 1 DS-GVO) und der Auftragnehmer muss den Auftraggeber bei der Überprüfung der Einhaltung der vereinbarten Pflichten unterstützen (§ 11 Abs. 2 S. 2 Ziff. 7 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 3 lit. h DS-GVO); diese datenschutzrechtliche Überwachungspflicht kommt der aus § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E resultierenden Pflicht zur Überwachung gleich.
- Der Dienstleister darf Unterauftragnehmer nur mit Genehmigung des Auftraggebers beauftragen (§ 11 Abs. 2 S. 2 Ziff. 6 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 2 DS-GVO) und dem Unterauftragnehmer sind dieselben Pflichten aufzuerlegen, welche dem Auftragnehmer auferlegt wurden (Art. 28 Abs. 4 DS-GVO); dies entspricht der Forderung von § 43f Abs. 3 Ziff. 3 BRAO-E.

Da sowohl die datenschutzrechtlichen Regelungen als auch die im RefE dargestellten Anforderungen eine Vertragsgestaltung fordern, sollte hier überprüft werden, welche Synergieeffekte nutzbar sind. In der Begründung sollte dargestellt werden, dass die aus den vorgesehenen straf- und berufsrechtlichen Bestimmungen resultierenden Anforderungen durch die Umsetzung der ihnen entsprechenden datenschutzrechtlichen Anforderungen als erfüllt anzusehen sind.

Aus dem aktuellen RefE ist nicht zu ersehen, inwieweit die tatbestandlichen Pflichten im Rahmen einer befugten Offenbarung über die datenschutzrechtlichen hinausgehen bzw. inwieweit sie einander entsprechen. Daher wäre hier eine entsprechende Klarstellung außerordentlich hilfreich.

Klärung bzgl. Abgrenzung von Berufs- und Strafrecht

In der Begründung des Referentenentwurfs wird postuliert, dass zusätzlich zu einer Änderung des § 203 StGB berufsrechtliche Befugnisnormen, d. h. berufsrechtliche Offenbarungsbefugnisse, zur Legitimation im Sinne des § 203 StGB geschaffen werden müssen. Dabei ist – wie dies in der Begründung der Gesetzesinitiative bereits angedeutet wird – jedoch zu beachten, dass viele Regelungen bzgl. der Gesundheitsversorgung der jeweiligen Landesgesetzgebung unterliegen. Somit müsste der jeweilige Landesgesetzgeber entsprechende landesspezifische Regelungen anpassen. Im Gesundheitswesen würden damit u. a. folgende landesspezifischen Anpassungen notwendig:

- Landes-Berufsordnungen für Ärztinnen/Ärzte
- Landes- Berufsordnungen für Zahnärztinnen/Zahnärzte
- Landes- Berufsordnungen für Psychologische Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten und für die Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und

- psychotherapeuten
- Landes- Berufsordnungen für Apothekerinnen/Apotheker
- Landes- Berufsordnungen für Hebammen und Entbindungspfleger
- Landesgesetzgebung bzgl. der Krankenhausversorgung
- Gesetzgebung für psychisch Kranke
- Landes-Rettungsdienstgesetze

Die vorstehend aufgeführten Änderungen belaufen sich bereits auf 128 unterschiedlicher (Landes-) Gesetze. Dabei sind etwaige Bereiche wie beispielsweise die häusliche Krankenpflege, die ambulante Physiotherapie oder auch die Behandlung durch Heilpraktiker noch nicht berücksichtigt. Allein von der Anzahl der zu ändernden rechtlichen Normen kann daher nicht von einer bundes- oder auch nur landesweiten einheitlichen Rechtslage ausgegangen werden. Auch aus diesem Grund ist es zwingend erforderlich, dass im RefE eindeutig dargestellt wird, dass die Strafbarkeit einer Offenbarung von Geheimnissen durch Berufsgeheimnisträger sowie deren Gehilfen und Dienstleistern ausschließlich durch die strafrechtlichen Vorgaben bestimmt werden. Es muss im RefE klargestellt werden, dass die berufsrechtlichen Anpassungen ausschließlich erforderlich sind um berufsrechtliche Rechtssicherheit zu erlangen, dies jedoch völlig unabhängig von der strafrechtlichen Komponente des RefE ist.

Anmerkungen zu § 203 Abs. 3 StGB-E

- § 203 Abs. 3 erläutert, dass § 203 Abs. 1 und 2 nicht gelten, wenn eine Offenbarung für die ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeit der mitwirkenden Personen erforderlich ist. An dieser Stelle sollten klare Kriterien in der Begründung zum besonderen Teil zu den Änderungen von § 203 StGB benannt werden, die beispielhaft erläutern, wann eine Erforderlichkeit als gegeben anzusehen ist. Andernfalls wird die zu beheben beabsichtigte Rechtsunsicherheit bei einer Beauftragung von Dienstleistern z. B. im Gesundheitswesen lediglich verlagert, aber nicht beseitigt.
- § 203 Abs. 4 S 1 StGB-E erweitert die Strafbarkeit auch auf den Datenschutzbeauftragten eines eingesetzten Dienstleisters. Es wird jedoch nicht gefordert, dass diesem dies auch mitzuteilen ist. Gerade beim Einsatz von externen Datenschutzbeauftragten kann nicht zwingend von einer zeitnahen Information ausgegangen werden. Da ein Datenschutzbeauftragter entsprechend § 203 Abs. 2a StGB selbst der Schweigepflicht unterliegt, ist hier keine Verpflichtung entsprechend § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E erforderlich, so dass auch durch diese Vorgabe keine Information des Datenschutzbeauftragten gewährleistet ist. § 203 Abs. 4 StGB-E sollte daher dahingehend ergänzt werden, dass die beim Dienstleister betroffenen Personen darüber informiert werden müssen, dass Daten verarbeitet werden, die dem Verbot der unbefugten Offenbarung unterliegen.
- § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E fordert, dass die in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen das beim Dienstleister eingesetzte Personal zur Geheimhaltung

verpflichten. Da eine direkte Verpflichtung des Personals des Dienstleisters durch den Berufsgeheimnisträger als nicht durchführbar angesehen wird, wäre i. d. R. eine rechtskonforme Beauftragung nicht möglich. Die Formulierung muss dahingehend geändert werden, dass eine an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirkende Person bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit zur Geheimhaltung verpflichtet werden muss, dies jedoch nicht zwingend durch den Berufsgeheimnisträger selbst erfolgen muss.

Hinweise bzgl. § 43f BRAO-E

- Da es unerheblich ist, ob ein Dienstleister für einen oder für mehrere Aufträge tätig wird, schlagen wir das Streichen des letzten Satzteils von §43f Abs. 1 BRAO-E vor, sodass dieser wie folgt lautet:
„Der Rechtsanwalt darf Dienstleistern den Zugang zu Tatsachen eröffnen, auf die sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 43a Absatz 2 Satz 1 bezieht, soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Dienstleister ist eine andere Person oder Stelle, die vom Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird.“
- Bzgl. der Vorgaben hinsichtlich „sorgfältiger Auswahl“ und „Überwachung des Dienstleisters“ in § 43f Abs. 2 BRAO sowie der Hinzuziehung von Unterauftragnehmer (§ 43f Abs. 3 Ziff. 3 BRAO-E) wird auf die bereits angesprochenen potentiellen Synergieeffekte mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben bei der Auftragsverarbeitung verwiesen. Auch hier sollte dargestellt werden, inwieweit diese Anforderungen durch die Erfüllung der gleichlautenden datenschutzrechtlichen Vorgaben bereits erfüllt sind. (Insbesondere unter Berücksichtigung von § 43f Abs. 7 BRAO-E, welcher auf die bestehenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen verweist.)
- Der in §43f Abs. 3 BRAO-E geforderte Vertrag wird zu erhöhten Kosten durch mehr Bürokratie bei Auftraggebern und bei Dienstleistern führen. Bei Umsetzung dieses Vorschlages würden die Hersteller informationstechnischer System beispielsweise bei der Wartung einen Leistungsvertrag, einen Auftragsdatenverarbeitungsvertrag und einen Schweigepflicht-Vertrag abschließen müssen. Aus Sicht des bvitg empfiehlt sich eine Lösung, bei der diese Anforderung ggf. in bereits existierende Verträge aufgenommen werden kann. Darüber hinaus ist das Erfordernis einer Schriftform in diesem Fall aus Sicht des bvitg nicht gegeben. Die Textform wie auch die elektronische Form genügen dem Nachweis der Verpflichtung.
- Auch in §43f Abs. 3 S. 2 Ziff. 3 BRAO-E ist das Erfordernis einer Schriftform in diesem Fall aus Sicht des bvitg nicht gegeben. Die Textform wie auch die elektronische Form genügen dem Nachweis der Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Des Weiteren sollte klargestellt werden, dass ausschließlich an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit von Berufsgeheimnisträgern mitwirkende Personen zu verpflichten sind. Nach der vorliegenden Formulierung müssen ggfs. auch davon unabhängige Personen verpflichtet werden. Z. B. ist zur Erbringung der vertraglich vereinbarten

Pflichten die Nutzung von Kommunikationsmitteln (Telefon, Fax, E-Mail, Internetseiten mit Kontaktformularen, ...) unerlässlich. Der Auftragnehmer wird hierfür Verträge mit Anbietern von Kommunikationsdienstleistungen eingegangen sein. Entsprechend dem vorliegenden RefE müsste der Auftragnehmer das Personal des Kommunikationsdienstleistungsanbieters verpflichten, da er dessen Dienstleistung zur Erfüllung der vertraglich vereinbarten Pflichten benötigt.

- Die Regelung von § 43f Abs. 3 S. 2 Ziff. 2 BRAO-E darf nicht dahingehend ausgelegt werden, dass zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht der beauftragende Berufsgeheimnisträger bei Beauftragung den Umfang und die Art der Daten, die der beauftragte Dienstleister für die Erbringung der vertraglich vereinbarten Dienstleistung benötigt, explizit vorgibt. Gerade im Rahmen von Wartungs- und Supportdienstleistungen ist nicht von vornherein absehbar, welche Daten zur Erbringung der Dienstleistung zu verarbeiten sind, d. h. die Erforderlichkeit kann nicht immer von Anfang an bestimmt werden. Hier muss dem Dienstleister ein ausreichender Spielraum verbleiben und dies muss auch der Sorgfaltspflicht des Berufsgeheimnisträgers genügen. In der Begründung sollte diesem Umstand Rechnung getragen werden und eine entsprechende Darstellung erfolgen.
- §43f Abs. 3 S. 2 Ziff. 3 BRAO-E legt fest, dass der Auftragnehmer bei Einsatz eines Unterauftragnehmers das Personal des Unterauftragnehmers zu verpflichten hat. Analog zu der korrespondierenden Forderung von § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E ist hier festzuhalten, dass
 - a) eine Forderung, dass das Personal des Unterauftragnehmers durch den Auftragnehmer verpflichtet werden muss dazu führt, dass Unterauftragnehmer faktisch nicht eingesetzt werden können und
 - b) in Verbindung mit der aktuellen Forderung von § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E das Personal des Unterauftragnehmers zweifach verpflichtet werden müssten: einmal durch den Berufsgeheimnisträger selbst und zusätzlich durch den Auftragnehmer.

Daher muss auch diese Formulierung dahingehend geändert werden, dass eine an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit von Berufsgeheimnisträgern mitwirkende Person bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit zur Geheimhaltung verpflichtet werden muss, dies jedoch unabhängig von einer Forderung bzgl. der verpflichtenden Partei (Berufsgeheimnisträger, Auftragnehmer oder Unterauftragnehmer)

- §43f Abs. 4 BRAO-E geht auf eine Erbringung der Dienstleistung im Ausland ein und verlangt einen "angemessenen Schutz". In der Begründung des vorliegenden Entwurfes wird dieser allerdings nicht ausreichend konkret erläutert. Weder die Berufsordnungen noch das Strafgesetzbuch gelten außerhalb Deutschlands. An dieser Stelle ist es wichtig, herauszustellen, wann eine Offenbarung von Daten im Ausland straffrei erfolgt.

Mit freundlichen Grüßen



Ekkehard Mittelstaedt
Geschäftsführer bvitg e.V.