

Geschäftsführung



PKV-Verband · Postfach 51 10 40 · 50946 Köln

Frau
Christina von Bothmer
Referat II A 2
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucher-
schutz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Per E-Mail:
Bothmer-ch@bmjv.bund.de

**Verband der
Privaten Krankenversicherung e.V.**

Postfach 51 10 40
50946 Köln

Gustav-Heinemann-Ufer 74 c
50968 Köln

Telefon (0221) 99 87-0
Telefax (0221) 99 87-2051
E-Mail florian.reuther@pkv.de

13. Januar 2017

406/11 Re/th

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen Verbändebeteiligung

Sehr geehrte Frau von Bothmer,

haben Sie vielen Dank für die Zuleitung des Referentenentwurfs und die Möglichkeit, hierzu Stellung zu nehmen. Hiervon machen wir gerne wie folgt Gebrauch:

Der Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. (PKV-Verband) begrüßt den Referentenentwurf. Er erlaubt die rechtssichere Einschaltung von mitwirkenden Personen außerhalb des Berufsgeheimnisträgers, und trägt damit den Interessen der Unternehmen der Privaten Krankenversicherung und seiner Versicherten an einer wirtschaftlich orientierten Beschaffung von speziellen beruflichen Kenntnissen und auch der umfänglichen Nutzung der Chancen der Digitalisierung und des technischen Fortschritts Rechnung.

Im Hinblick auf die spartenübergreifenden Aspekte möchten wir auf die Stellungnahme des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) verweisen. Wir unterstützen dessen Stellungnahme vollumfänglich.

Ergänzend möchten wir auf folgende, spezifische Aspekte der Privaten Kranken- und Pflegeversicherung hinweisen:

1. Einbeziehung der Unternehmen der Privaten Krankenversicherung unter die Straffreiheit nach § 203 Abs. 3 StGB-E bei der Übertragung von IT-Dienstleistungen

Die Neuregelung in § 203 Abs. 3 StGB-E regelt die Straffreiheit von Offenbarungen gegenüber Personen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit von Berufsgeheimnisträgern nach § 203 Abs. 1 StGB mitwirken, wenn diese Offenbarungen für die ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeit der mitwirkenden Personen erforderlich sind.

Der Gesetzeswortlaut in § 203 Abs. 3 StGB-E ermöglicht grundsätzlich eine straffreie Übertragung von IT-Dienstleistungen und die damit in Zusammenhang stehenden Offenbarungen von Berufsgeheimnissen auch im Bereich der Privaten Krankenversicherung.

In der Gesetzesbegründung werden bestimmte Dienstleistungen beispielhaft aufgeführt, bei denen auch Berufsgeheimnisträger bei der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit auf die berufliche Hilfeleistung anderer Personen angewiesen sind (Gesetzesbegründung, Seite 12 und 13). Insbesondere für die Einrichtung, den Betrieb, die Wartung und Anpassung von informationstechnischen Anlagen, Anwendungen und Systemen wird die Mitwirkung von informationstechnisch spezialisiertem externen Personal als grundsätzlich wirtschaftlich sinnvoll angesehen.

In der Gesetzesbegründung wird davon ausgegangen, dass die in § 203 Abs.1 Nr. 6 StGB u.a. auch genannten Unternehmen der Privaten Krankenversicherung auf eine solche Hilfestellung anderer Personen nicht angewiesen sind, da anzunehmen sei, dass diese in der Regel eine Größe aufweisen, die die Beschäftigung eigenen Personals für solche Tätigkeiten sinnvoll erscheinen lässt (Gesetzesbegründung, Seite 13). Diese Annahme ist unzutreffend.

Auch die Unternehmen der Privaten Krankenversicherung haben grundsätzlich und unabhängig von ihrer Größe ein großes Interesse an der Einschaltung von beruflich spezialisierten externen IT-Dienstleistern.

Die Einstellung von informationstechnisch spezialisiertem Personal stellt sich auch bei größeren Versicherungsunternehmen nicht immer als wirtschaftlich dar. Der flexible Einsatz von spezialisierten externen IT-Fachkräften kann kostengünstiger ausfallen, als die ständige Vorhaltung von eigenem spezialisiertem IT-Fachpersonal. Dies kann etwa der Fall sein, wenn spezifische IT-Kenntnisse nur für einzelne Anwendungen und gegebenenfalls sporadisch oder lediglich vorübergehend zur Durchführung eines zeitlich befristeten Projektes erforderlich sind. An der Inanspruchnahme von kostengünstigem Personal haben auch die großen privaten Krankenversicherungsunternehmen ein erhebliches Interesse, da hierdurch eine Reduzierung der Verwaltungskosten erzielt werden kann. Die Einsparung von Verwaltungskosten liegt dabei insbesondere im Interesse der Versicherungsgemeinschaft. Die Verwaltungskosten sind zum einen als mathematische Re-

chenggröße in die von den Versicherten zu zahlenden Versicherungsprämien einkalkuliert. Eine Absenkung der Verwaltungskosten wirkt sich somit unmittelbar positiv auf die Höhe des Beitrags aus. Zum anderen wirkt sich die Absenkung der Verwaltungskosten aber auch unmittelbar auf die Unternehmensüberschüsse aus, an denen die Versicherten nach versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorgaben (§ 151 VAG) zwingend beteiligt werden.

Weiterhin ist es auch im Interesse der Versicherten, dass die Leistungsbearbeitung in der Privaten Kranken- und Pflegeversicherung schnell und kostengünstig erfolgt, damit vor allem die Versicherungsleistungen rasch ausgezahlt werden können. Dabei sind die zunehmenden Möglichkeiten der Digitalisierung im Interesse der Versicherten betriebswirtschaftlich zu nutzen, um allein die knapp 100 Millionen Rechnungen, die die Private Krankenversicherung jährlich reguliert, zu bearbeiten. Hieran besteht auch ein erhebliches öffentliches Interesse. In der Kranken- und Pflegeversicherung besteht eine Pflicht zur Versicherung (§ 193 Abs. 3 VVG, § 23 SGB XI): Jede Person mit Wohnsitz in Deutschland ist verpflichtet, eine private Kranken- und Pflegeversicherung abzuschließen und aufrechtzuerhalten, soweit keine Versicherung in der Gesetzlichen Krankenversicherung besteht. Demgemäß ist die Gewährleistung eines bezahlbaren und funktionsfähigen Krankenversicherungsschutzes in der Privaten Krankenversicherung als gewichtiges Interesse des Gemeinwohls anerkannt (BVerfGE 123, 186, 242; BVerfG, GesR 2013, 603 605 = NZS 2013, 858; BGH, Urteil vom 30.4.2015, NJW 2016, 66 (69)). Eine wirtschaftliche Leistungsbearbeitung im Massenverfahren erfordert auch den Einsatz von technisch automatisierten Verfahren und EDV-basierten Anwendungen, die eine regelmäßige Wartung und Pflege dieser Systeme und Anwendungen durch spezialisiertes externes IT-Personal notwendig macht. Im Interesse der Bezahlbarkeit des Versicherungsschutzes kann daher auch für diesen Bereich der Einsatz von spezialisierten externen IT-Fachkräften geboten sein.

Die praktische Notwendigkeit privater Krankenversicherungsunternehmen an der Einschaltung von externen IT-Dienstleistern folgt auch aus dem aufsichtsrechtlichen Gebot der Spartenentrennung nach § 8 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz VAG. Danach ist der Betrieb der Krankenversicherung gemeinsam mit anderen Versicherungssparten unzulässig. Aus aufsichtsrechtlichen Gründen ist daher auch im Rahmen von Versicherungskonzerngesellschaften für jede Versicherungssparte ein rechtlich selbstständiges Unternehmen zu gründen. Der Sinn und Zweck der Regelung ist die getrennte Abbildung versicherungstechnischer Risiken und der haftenden Vermögensmassen, um eine Quersubventionierung anderer Sparten zulasten der Versicherungsnehmer der Krankenversicherung zu verhindern. Durch die aufsichtsrechtliche Vorgabe der Spartenentrennung ist aber eine spartenübergreifende Organisation, beispielsweise der Bestands- und Vertragsverwaltung, innerhalb von Versicherungskonzernen nicht rechtlich ausgeschlossen. Nach § 32 VAG dürfen selbst Versicherungstätigkeiten, wie etwa die Leistungsprüfung, ausgegliedert werden. In der Praxis von Versicherungsgruppen kommt es daher häufig vor, dass

bestimmte Servicedienstleistungen durch ein Versicherungsunternehmen für alle Gesellschaften der Unternehmensgruppe einheitlich erbracht werden. Einzelne große Krankenversicherungsunternehmen beschäftigen zum Teil überhaupt kein eigenes Personal oder aber sie beziehen spezifisches Fachpersonal, wie etwa IT-Personal, aus der Muttergesellschaft oder einer konzerneigenen IT-Gesellschaft. Die Mitarbeiter einer Sparte sind aber im Verhältnis zu den Mitarbeitern der anderen Sparten externe Dritte im strafrechtlichen Sinne. Auch die Übertragung von Tätigkeiten innerhalb einer Versicherungsgruppe ist somit dem Strafbarkeitsrisiko des § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB ausgesetzt. Die Annahme in der Gesetzesbegründung, dass u.a. auch die privaten Krankenversicherungsunternehmen in der Regel eine Größe aufweisen, die die Beschäftigung eigenen Personals für IT-Tätigkeiten sinnvoll erscheinen lässt, steht somit auch nicht im Einklang mit versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorgaben, die Ausgliederungen ausdrücklich zulassen. Eine rechtssichere Übertragung solcher Tätigkeiten im Rahmen von Versicherungsgruppen ist notwendig.

Die Auslagerung von Tätigkeiten hat auch den Vorteil, dass eine Entlastung der Unternehmenstätigkeiten erreicht werden kann und sich das auslagernde Unternehmen auf seine Kernkompetenzen fokussieren kann. Diese liegen bei den in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB genannten Unternehmen der Privaten Krankenversicherung nicht etwa in der Durchführung von informationstechnischen Anwendungen, sondern im Bereich der Versicherungstätigkeiten, wie etwa der Leistungserbringung. Diese Kernkompetenzen sind nicht substituierbar und bilden deswegen gegenüber der Konkurrenz einen Wettbewerbsvorteil. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen haben daher auch aus Wettbewerbsgründen ein gesteigertes Interesse daran, sich auf ihre Kernkompetenzen konzentrieren zu können und Hilfstätigkeiten, wie IT-Dienstleistungen, durch externe Dienstleister vornehmen zu lassen.

Ergänzend zu den aufgeführten Argumenten möchten wir auch darauf hinweisen, dass spezialisiertes IT-Fachpersonal nicht stets ausreichend am Markt frei verfügbar ist und auch nicht immer einer Festanstellung offen gegenüber steht.

Aus den dargestellten Gründen haben die Unternehmen der Privaten Krankenversicherung für die von ihnen ausgelagerten IT-Hilfstätigkeiten ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung in die neu geschaffene Straffreiheit nach § 203 Abs. 3 StGB-E. Der pauschalen Annahme der Gesetzesbegründung, dass die privaten Krankenversicherungsunternehmen in der Regel eine Größe aufweisen, die die Beschäftigung eigenen Personals für solche Tätigkeiten sinnvoll erscheinen lässt, kann im Ergebnis nicht zugestimmt werden. Wir regen daher eine Streichung dieser Textpassage in der Gesetzesbegründung an. Andernfalls könnte die geplante Neuregelung des § 203 StGB dahingehend missverstanden werden, dass die Inanspruchnahme von externen IT-Knowhows für große Unternehmen in der Regel als nicht „erforderlich“ im Sinne der Vorschrift erscheint.

2. Begriff der „Mitwirkung“ und der „ordnungsgemäßen“ Ausübung – Beispielhafte Auflistung von Tätigkeiten in der Gesetzesbegründung, die einer mitwirkenden Person im Sinne des § 203 Abs. 3 StGB-E übertragen werden können und Fallgruppen

a) Begriff der „Mitwirkung“, beispielhafte Auflistung und Fallgruppen

Der Referentenentwurf sieht in § 203 Abs. 3 StGB-E vor, dass die Offenbarungen eines geschützten Geheimnisses durch die in § 203 Abs. 1 und 2 StGB genannten schweigepflichtigen Personen gegenüber Personen, die an ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirken, nicht strafbar sind, wenn diese Offenbarungen für die ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeit der mitwirkenden Personen erforderlich sind.

Wir begrüßen den Ansatz in der Gesetzesbegründung (Seite 17), den Begriff der „Mitwirkung“ soweit zu konkretisieren, dass abweichend vom bisher in § 203 Abs. 3 S. 2 StGB verwandten Begriff des „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ eine Eingliederung in die Sphäre des Berufsgeheimnisträgers nicht mehr erforderlich ist und es nur noch darauf ankommen soll, dass die betreffende Person an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der schweigepflichtigen Person mitwirkt, also in diese Tätigkeit in irgendeiner Weise eingebunden wird und Beiträge dazu leistet. Eine Mitwirkung soll nach der Gesetzesbegründung weiter gegeben sein, wenn die mitwirkende Person unmittelbar mit der beruflichen Tätigkeit der schweigepflichtigen Person, ihrer Vorbereitung, Auswertung und Verwaltung befasst ist. Darunter sollen folgende Tätigkeiten fallen:

- Schreibaarbeiten,
- Rechnungswesen,
- Annahme von Telefonanrufen,
- Aktenvernichtung,
- Einrichtung, Betrieb, Wartung und Anpassung informationstechnischer Anlagen, Anwendungen und Systeme,
- Bereitstellung von informationstechnischen Anlagen und Systemen zur externen Speicherung von Daten,
- Mitwirkung an der Erfüllung von Buchführungs- und steuerrechtlichen Pflichten des Berufsgeheimnisträgers.

Aus der Formulierung geht nicht hinreichend klar genug hervor, ob die genannten Fallgruppen als Beispiele oder als abschließender Katalog zu verstehen sind. Die Aufzählung sollte insbesondere auch für den technischen Fortschritt und digitalen Wandel offen sein und nur mögliche Beispielsfälle abbilden. Wir regen an, die in der Gesetzesbegründung auf Seite 17 und 18 aufgeführten Tätigkeiten als Beispiele zu bezeichnen.

Im Übrigen sind die vorgeschlagenen Tätigkeiten aus Sicht der Privaten Krankenversicherung auch nicht ausreichend. Sie bedürfen der Ergänzung um versicherungsspezifische Dienstleistungen, um auch für diesen Bereich Rechtssicherheit zu schaffen. Wir schlagen vor, die Auflistung um folgende versicherungsspezifische Auslagerungsfälle zu ergänzen:

- Tätigkeiten von externen Gutachtern und medizinischen Dienstleistern,
- Tätigkeiten von Dienstleistern im Bereich der Assistance-Leistungen (z.B. Dienstleistungen nach § 192 Abs. 3 VVG, wie etwa die Beratung über Leistungen aus der Krankheitskostenversicherung, die Beratung über die Berechtigung von Entgeltansprüchen der Leistungserbringer, die Unterstützung bei der Durchsetzung von Ansprüchen wegen fehlerhafter Behandlung durch Leistungserbringer, sowie die Pflegeberatung nach §§ 7a und 37 Abs. 3 SGB XI),
- Tätigkeiten von Dienstleistern über Zahlungsabwicklungen (z.B. Inkassomaßnahmen, Auszahlungen von Versicherungsleistungen).

Ansonsten würde sich für diese typische Übertragungen von Tätigkeiten im Bereich der Privaten Krankenversicherung die nach geltendem Recht bestehende Rechtsunsicherheit weiter fortsetzen. Für eine rechtssichere Ausgestaltung solcher Übertragungen wäre dann weiterhin die Einholung von Einwilligungserklärungen erforderlich. Wie in der Gesetzesbegründung aufgeführt (Seite 13 und 14), ist es dem Berufsgeheimnisträger aber nicht in jedem Einzelfall möglich, Einwilligungen einzuholen. Dies gilt insbesondere auch für die aufgeführten versicherungsspezifischen Fallgruppen, da die Einholung von Einwilligungen bei allen Versicherten häufig nicht erreicht wird.

b) Begriff der „ordnungsgemäßen“ Ausübung

Der Begriff der „ordnungsgemäßen“ Ausübung der Hilfstätigkeit ist mit gewissen Unsicherheiten verbunden und begegnet im Hinblick auf den für strafrechtliche Normen geltenden Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG Bedenken. Es stellt sich die Frage, was im Einzelfall konkret unter einer ordnungsgemäßen Ausübung zu verstehen ist.

In der Gesetzesbegründung wird der Begriff nicht weiter konkretisiert. Das Strafgesetzbuch verwendet den Begriff „ordnungsgemäß“ lediglich an einer einzigen anderen Stelle, nämlich im Rahmen des Regelbeispiels des besonders schweren Falls des Diebstahls in § 243 Abs. 1 Nr.1 StGB, „Eindringen mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug“. Hier ist bereits vom Wortsinn her verständlich, was der Gesetzgeber gemeint hat: Werkzeuge, die ohne Schlüssel zu sein auf den Schließmechanismus einwirken. Die Öffnung durch das Werkzeug ist ursprünglich nicht vorgesehen, also nicht ordnungsgemäß. Demgegenüber lässt sich aber allein vom Wortsinn her nicht erklären,

was unter der ordnungsgemäßen Ausübung einer Hilfstätigkeit zu verstehen ist. Folgende Auslegungsalternativen kommen in Betracht:

Ordnungsgemäß könnte die Ausübung sein,

- wenn die Hilfstätigkeit selbst fehlerfrei ausgeführt wird (analog zum zivilrechtlichen Fehlerbegriff im Gewährleistungsrecht), oder
- wenn sie zur Mitwirkung an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers erfolgt oder
- wenn sie zur Mitwirkung an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers erfolgt und hierfür auch erforderlich ist.

Sofern vor allem der Schutz der berechtigten Interessen der Inhaber von Geheimnissen im Fokus stehen sollte, reicht es nach unserer Auffassung aus, die Straffreiheit unter die Bedingung zu stellen, dass die Offenbarung für die Hilfstätigkeit tatsächlich erforderlich ist. Der Begriff der Erforderlichkeit genügt, um sicherzustellen, dass die mitwirkende Person nicht mehr geschützte Geheimnisse erfährt, als sie erfahren muss, um ihre Tätigkeit zur Mitwirkung an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers auszuüben. Zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes und zur Vermeidung der Vermengung von Belangen des Geheimnisschutzes mit solchen des Gewährleistungsrechtes regen wir die Streichung des Wortes „ordnungsgemäß“ in § 203 Abs. 3 StGB-E an.

Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie diese Anliegen im weiteren Gesetzgebungsverfahren berücksichtigen würden.

Selbstverständlich stehen wir zur Erläuterung und weiteren Begründung und Ergänzung gerne zur Verfügung. Aus unserer Sicht wäre es ggf. auch zweckmäßig, die Problematik gesprächsweise zu erörtern. Für eine Besprechung stehen wir daher gerne auch kurzfristig zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Florian Reuther
Geschäftsführer



Angela Vosberg
Referentin