



Stellungnahme der Bundesärztekammer

zum Fragebogen des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat zur
Evaluierung des BDSG vom 16.11.2020

Berlin, 11.01.2021

Korrespondenzadresse:

Bundesärztekammer
Herbert-Lewin-Platz 1
10623 Berlin

Inhalt

1. Grundlegende Bewertung.....	3
2. Stellungnahme im Einzelnen	3
<i>Teil 1, Frage III., 2., 3. (§ 38 BDSG)</i>	3
Einheitliche Rechtsanwendung bei der Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten (§ 38 Abs. 1 S. 1 BDSG).....	3
Keine Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten aufgrund der Verpflichtung zur Datenschutz-Folgenabschätzung (§ 38 Abs. 1 S. 2 BDSG)	4
<i>Teil 1, Frage V., 1. (§ 32 und § 33 BDSG)</i>	5
Situationsadäquate Ausgestaltung von Informationspflichten	5
<i>Teil 1, Frage V., 1 (§ 34 BDSG)</i>	6
Harmonisierung von Auskunftsanspruch gem. Art. 15 DSGVO und Einsichtsrecht gem. § 630g BGB.....	6

1. Grundlegende Bewertung

Die Ärztekammern und ihre Mitglieder kritisieren im Gesundheitsdatenschutzrecht eine **undurchsichtige Rechtslage** und Unsicherheiten bezüglich des Verhältnisses verschiedener Gesetze, insbesondere wegen des Anwendungsvorrangs der DSGVO. Für die Kammermitglieder ergeben sich dadurch Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung und ein erhöhter Arbeitsaufwand. Dies resultiert im Gesundheitswesen daraus, dass Regelungen auf mehreren Ebenen getroffen wurden, was wiederum eine Rechtszersplitterung zur Folge hat.

Rechtsunsicherheit wird zudem durch eine **uneinheitliche Auslegung der Bestimmungen** der DSGVO in den Landesdatenschutzgesetzen einerseits und dem Bundesdatenschutzgesetz andererseits erzeugt. Außerdem vertreten die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz in den Ländern teilweise uneinheitliche Rechtsauffassungen. Das konterkariert das mit der gewählten Form einer EU-Verordnung verfolgte Ziel. Vor diesem Hintergrund sollte vor allem geprüft werden, welche Regelungen mit Bedeutung für das Gesundheitswesen neben der DSGVO und dem bereichsspezifischen Datenschutzrecht (z. B. SGB V, IfSG etc.) zusätzlich noch erforderlich sind. Widersprüche sollten in jedem Fall vermieden werden. Ein Beispiel ist die **überschießende Umsetzung der Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten**,¹ wobei die Regelungen der DSGVO und des BDSG teilweise nicht im Einklang zu stehen scheinen. Erhebliche Auslegungsdivergenzen erschweren die Datenschutzcompliance.

Ferner sollten die **Betroffenenrechte** national im Rahmen der Regelungsmöglichkeiten (Art. 23 DSGVO) so ausgestaltet werden, dass sie den Besonderheiten der ärztlichen Versorgung Rechnung tragen. Informationspflichten sollten nur dann erfüllt werden müssen, wenn und soweit dies in der konkreten Versorgungssituation angemessen ist und nicht zu einer Beeinträchtigung bei der Behandlung führt. Das ist insbesondere bei telefonischem Kontakt, in Notfällen oder bei Fernbehandlungen von Relevanz. Außerdem sollte eine Harmonisierung des Auskunftsanspruchs gem. Art. 15 DSGVO und des Einsichtsrechts gem. § 630g BGB erfolgen.

Die Bundesärztekammer bittet um Berücksichtigung der nachfolgend im Einzelnen benannten Aspekte.

2. Stellungnahme im Einzelnen

Teil 1, Frage III., 2., 3. (§ 38 BDSG)

Einheitliche Rechtsanwendung bei der Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten (§ 38 Abs. 1 S. 1 BDSG)

A) Stellungnahme

Für Ärzte und Arztpraxen besteht nach wie vor erhebliche Rechtsunsicherheit zu der Frage, ob und wann ein Datenschutzbeauftragter zu benennen ist. Artikel 37 Abs. 1 Buchst. c DSGVO verpflichtet datenschutzrechtlich Verantwortliche dann zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten, wenn die „Kerntätigkeit“ in einer „umfangreichen Verarbeitung“

¹ Siehe zu den Einzelheiten die Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 16.7.2018 zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU) vom 21.06.2018, Seite 7.

von Gesundheitsdaten besteht. „Ergänzend“ dazu ist ein Datenschutzbeauftragter unter den Voraussetzungen gem. § 38 Abs. 1 S. 1 BDSG zu benennen.

Die vom Bundesgesetzgeber in § 38 Abs. 1 S. 1 BDSG zuletzt sinnvollerweise auf „mindestens 20 ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigten Personen“ erhöhte Schwelle beseitigt nicht die bestehende Rechtsunsicherheit. Diese liegt vor allem in einer Auslegung von Art. 37 DSGVO begründet, die mit der in § 38 Abs. 1 S. 1 BDSG vollzogenen Wertung des Bundesgesetzgebers divergiert. Die nationale Regelung beruht auf Art. 37 Abs. 4 DSGVO und betrifft nicht den in Art. 37 Abs. 1 Buchst. c geregelten Bereich umfangreicher Verarbeitung von Gesundheitsdaten. Hierfür wird dann von Einigen ohne nachvollziehbare Begründung ein Schwellenwert von zehn Personen genannt. Die Entschließung der Konferenz der Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder zur Datenschutzbeauftragten-Bestellungspflicht nach Artikel 37 Abs. 1 Buchst. c DSGVO bei Arztpraxen, Apotheken und sonstigen Angehörigen eines Gesundheitsberufs vom 26.04.2018 griff die rechtssystematische Problematik zwar auf, konnte jedoch die insoweit bestehende Rechtsunsicherheit nicht zufriedenstellend beseitigen.

B) Änderungsvorschlag

Die Bundesärztekammer ist sich bewusst, dass eine Änderung im nationalen Recht mit Blick auf den zulässigen Regelungsspielraum nicht ohne Weiteres möglich ist. Sie bittet jedoch das BMI, im Interesse der Rechtsanwendungssicherheit bei den für den Datenschutz zuständigen Stellen – freilich unter Beachtung ihrer Unabhängigkeit – auf eine weitgehend einheitliche und verantwortungsvolle Auslegung der einschlägigen Bestimmungen unter Berücksichtigung der Wertungen des Bundesgesetzes hinzuwirken.

Keine Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten aufgrund der Verpflichtung zur Datenschutz-Folgenabschätzung (§ 38 Abs. 1 S. 2 BDSG)

A) Stellungnahme

Nach § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG haben Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, soweit sie Verarbeitungen vornehmen, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Artikel 35 DSGVO unterliegen. Hieraus ergibt sich in Ansehung der durch den Bundesgesetzgeber mit der Telematikinfrastruktur vorangetriebenen und für Leistungserbringer verpflichtenden Datenverarbeitung im Interesse einer „Digitalisierung des Gesundheitswesens“ eine zweifelhafte Rechtsfolge: Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten innerhalb der Telematikinfrastruktur unterliegt einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO. Zwar wird diese mit dem Gesetz zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege (DVPMG) voraussichtlich als „allgemeine Folgenabschätzung im Zusammenhang mit dem Erlass dieser Rechtsgrundlage“ gem. Art. 35 Abs. 10 DSGVO vorgenommen. Gleichwohl müssten die bei einer Verarbeitung personenbezogener Daten mittels der Komponenten der dezentralen Infrastruktur der Telematikinfrastruktur datenschutzrechtlich Verantwortlichen (§ 307 Abs. 1 i.V.m. § 306 Abs. 2 Nr. 1 SGB V), also die Leistungserbringer, hiernach gem. § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG einen Datenschutzbeauftragten benennen, weil die Verarbeitung jedenfalls einer Datenschutz-Folgenabschätzung „unterliegt“. Daher sollte § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG gestrichen werden.

Wird § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG in der Form beibehalten, müsste entsprechend dem in Erwägungsgrund 13 S. 3 DSGVO zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken eine Ausnahme geregelt werden, nach der Kleinstunternehmen sowie kleinere und mittlere Unternehmen

(KMU) von der Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung und der damit verbundenen Benennung eines Datenschutzbeauftragten freigestellt werden. Denn die KMU sehen sich beim Datenschutz einer besonderen Herausforderung ausgesetzt und verfügen oft nicht über die wirtschaftlichen Voraussetzungen, eine Datenschutz-Folgeabschätzung selbst durchzuführen oder zu beauftragen. Wie der Ausschuss für Innere Angelegenheiten des Bundesrates im Rahmen des 2. DSAnpUG-EU zutreffend festgestellt hat und wie von vielen Wirtschaftsverbänden bestätigt wird, werden insbesondere die kleinen und mittleren Unternehmen sowie Freiberufler übermäßig, vor allem finanziell, belastet.² Daher sollte in § 38 Abs. 1 BDSG unter Berücksichtigung von Erwägungsgrund 13 S. 3 DSGVO jedenfalls eine Ausnahme aufgenommen werden, nach der die Pflichten nicht für Einrichtungen gelten, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen.

B) Änderungsvorschlag

Variante 1

Streichung von § 38 S. 2 BDSG.

Variante 2

§ 38 Abs. 1 S. 2 BDSG wird folgender Satz 3 angefügt:

„Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für Einrichtungen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen.“

Variante 3

§ 38 Abs. 1 S. 2 BDSG wird zumindest wie folgt gefasst:

„Nehmen der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Artikel 35 Absatz 1, Absatz 3 und Absatz 4 der Verordnung (EU) 679/2016 unterliegen, oder verarbeiten sie personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung, haben sie unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten zu benennen.“

Teil 1, Frage V., 1. (§ 32 und § 33 BDSG)

Situationsadäquate Ausgestaltung von Informationspflichten

A) Stellungnahme

Die datenschutzrechtlichen Informationspflichten sollten für Ärzte praxisgerecht geregelt werden. Die Realisierung der Informationspflichten gem. Art. 13 und 14 DSGVO geht mitunter mit erheblichem bürokratischem Aufwand einher und lässt sich zum Teil nicht praktikabel umsetzen. Es sollte geprüft werden, ob ein Verzicht der Information des Betroffenen in bestimmten Situationen möglich ist, soweit durch die bloße Erfüllung der Informationspflicht wichtige Prozesse der Patientenversorgung beeinträchtigt werden könnten. Zum Beispiel

² BR-Drs. 430/1/18, Seite 3 ff.; s.a. schon Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 5.12.2018 zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU) vom 1.10.2018, Seite 6 f. mwN.

können bei Terminvereinbarungen über Telefon die Informationspflichten ebenso wie in Notfällen nicht oder erst im Nachhinein erfüllt werden. Auch bei einer Fernbehandlung können Informationspflichten nicht ohne Weiteres im Vorfeld umgesetzt werden. Für einige Lebenssachverhalte sind die Regelungen praktisch nicht umsetzbar.³

B) Änderungsvorschlag

Die Informations- und Dokumentationspflichten sollten situations- und risikoadäquat abgestuft werden und Besonderheiten von Versorgungssituationen berücksichtigen. Es sollte im Rahmen der nationalen Regelungsmöglichkeiten eine Regelung getroffen werden, bei der die Erfüllung von Transparenzpflichten bei der Datenverarbeitung in einem angemessenen Verhältnis zu dem erforderlichen Aufwand steht:

§ 32 Abs. 1 BDSG sollte um folgenden Satz 2 ergänzt werden

„Die Pflicht zur Information der betroffenen Person gemäß Artikel 13 Absatz 1, 2 und 3 der Verordnung (EU) 2016/679 besteht ergänzend zu der in Artikel 13 Absatz 4 der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Ausnahme dann nicht, wenn die Erteilung der Information die ordnungsgemäße Erfüllung der im Interesse der betroffenen Person liegenden heilberuflichen Aufgaben beeinträchtigen würde und deswegen das Interesse der betroffenen Person an der Informationserteilung zurücktreten muss.“

Zudem sollte § 33 Abs. 1 Nr. 2 BDSG um folgenden Buchst. c ergänzt werden:

„die ordnungsgemäße Erfüllung der im Interesse der betroffenen Person liegenden heilberuflichen Aufgaben beeinträchtigen würde und deswegen das Interesse der betroffenen Person an der Informationserteilung zurücktreten muss.“

Teil 1, Frage V., 1 (§ 34 BDSG)

Harmonisierung von Auskunftsanspruch gem. Art. 15 DSGVO und Einsichtsrecht gem. § 630g BGB

A) Stellungnahme

Die Bundesärztekammer hat mehrfach auf den Abstimmungsbedarf datenschutzrechtlicher Regelungen mit anderen Regelungen aus dem Medizinrecht hingewiesen. Mit Blick auf das Recht des Patienten auf Einsichtnahme in seine Patientenakte gem. § 630g BGB ergeben sich Abgrenzungsprobleme zum Auskunftsrecht gem. Art. 15 DSGVO, die der gesetzgeberischen Klarstellung bedürfen. Beide Rechte des Patienten verfolgen dieselbe Zielrichtung, stehen aber in Konkurrenz. Das erzeugt erhebliche Rechtsunsicherheit in der (zahn-)ärztlichen und psychotherapeutischen Praxis. Eine Ausnahme von Art. 15 DSGVO könnte aufgrund von Art. 23 Abs. 1 Buchst. i DSGVO insbesondere für den in § 630g BGB für das Einsichtsrecht normierten praxisrelevanten Fall geregelt werden, dass der Auskunft „erhebliche therapeutische Gründe“ entgegenstehen.

³ Siehe dazu auch die Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 5.12.2018 zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU) vom 1.10.2018, Seite 4 f. mwN.

Im Rahmen der Stellungnahmen zur Anpassung des Datenschutzrechts auf Bundesebene hat die Bundesärztekammer bereits auf die notwendige Synchronisierung hingewiesen.⁴

B) Änderungsvorschlag

Die Kollision des Auskunftsanspruchs gem. Art. 15 Abs. 3 DSGVO und das Einsichtsrecht in Patientenakten gem. § 630g Abs. 2 S. 2 BGB sollte gesetzlich aufgelöst werden. In Anlehnung § 68a Abs. 1 Personenstandgesetz sollte § 34 BDSG um den folgenden Absatz ergänzt werden:

„Das Auskunftsrecht nach Artikel 15 Absatz 1 und das Recht auf Erhalt einer Kopie nach Artikel 15 Absatz 3 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 (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1; L 314 vom 22.11.2016, S. 72) werden dadurch gewährleistet, dass der betroffenen Person unter den Voraussetzungen von § 630g Absatz 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches Einsicht in die sie betreffende Patientenakte zu gewähren ist.“

⁴ Siehe z.B. die Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 5.12.2018 zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU) vom 1.10.2018, Seite 5 mwN.