

Bundesministerium des Innern
Referat V II 4
Alt-Moabit 140
10557 Berlin

ausschließlich per E-Mail an:
VII4@bmi.bund.de

Düsseldorf, 07.12.2016

651/562

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e.V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0) 211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0) 211 / 4 54 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
IBAN: DE53 3007 0010 0748 0213 00
BIC: DEUTDE33XXX
USt-ID Nummer: DE119353203

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum o.g. Referentenentwurf vom 23.11.2016, die wir im Folgenden gerne nutzen. Aufgrund der kurzen Frist von zwei Wochen bitten wir jedoch um Verständnis, dass wir uns etwaige weitere Anmerkungen für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten müssen.

Wir begrüßen die mit dem vorliegenden Referentenentwurf verfolgte stärkere Vereinheitlichung des Datenschutzrechts in Europa. Insbesondere begrüßen wir die in Artikel 1 § 26 des Referentenentwurfs zum Ausdruck gebrachte Intention, Öffnungsklauseln der DS-GVO zu nutzen, um die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht zu wahren. Dies ist für die Ausübung des Wirtschaftsprüferberufs wie auch der anderen freien Berufe von größter Bedeutung, da auf diese Weise das Rechtsgut des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs des Mandanten, Patienten etc. geschützt bleibt.

Allerdings scheint der Referentenentwurf die europarechtlichen Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung der Verschwiegenheitspflicht teilweise nicht im erlaubten und ausreichenden Maße zu nutzen. Außerdem könnte der Entwurf durch gelegentliche Klarstellungen, sei es im Gesetzestext oder in der Gesetzesbegründung, an Verständlichkeit gewinnen.

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Dr. Klaus-Peter Feld, WP StB;
Dr. Daniela Kelm, RA LL.M.

Seite 2/8 zur Stellungnahme vom 07.12.2016 an das BMI

Zur Stützung der strafrechtlich bewehrten berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht und zur rechtstechnischen Klarstellung haben wir folgende Anmerkungen und regen folgende Änderung zu Artikel 1 (Bundesdatenschutzgesetz) des Referentenentwurfs an.

Einschränkung des bisherigen Schutzes der Verschwiegenheitspflicht

Bisher hatten Spezialnormen, wie z.B. die Wirtschaftsprüferordnung und andere berufsrechtliche Ordnungen, Vorrang vor dem BDSG. Aufgrund der EU-rechtlichen Normenhierarchie hat nunmehr die DS-GVO als EU-Verordnung Geltungsvorrang. Damit tritt – ohne Nutzung der mitgliedstaatlichen Öffnungsklauseln, insbesondere des Art. 23 Abs. 1 DG-GVO – nunmehr das „allgemeine“ Datenschutzrecht der DS-GVO vor etwaige deutsche Spezialgesetze.

Die o.g. Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 DS-GVO erlaubt Beschränkungen der Betroffenenrechte in den Art. 12 bis 22, 34 sowie 5 DS-GVO, insofern dessen Bestimmungen den in den Artikeln 12 bis 22 DS-GVO vorgesehenen Rechten und Pflichten entsprechen.

Die bisher nur teilweise Nutzung der Ausnahmemöglichkeiten des Art. 23 Abs. 1 DS-GVO und der Vorrang der DS-GVO führen dazu, dass der bisherige Schutz der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht ohne sachlichen oder rechtlichen Grund eingeschränkt wird. Dies, obwohl die DS-GVO gerade den „berufsständischen Regeln reglementierter Berufe“ eine besondere Bedeutung beimisst, indem zu ihrem Schutz ausdrücklich eine Ausnahmeregel in Art. 23 Abs. 1 Buchst. g DS-GVO geschaffen wurde.

Zum einen ist nicht ersichtlich, ob der Entwurf überhaupt Art. 23 Abs. 1 Buchst. g DS-GVO beachtet hat. Der Entwurf erwähnt im Gesetzestext lediglich die Schutznorm des Art. 14 Abs. 5 DS-GVO, der aber ohnehin durch die DS-GVO zwingend vorgegeben ist. Und in den Begründungen verweist der Entwurf auf Art. 23 Abs. 1 Buchst. i DS-GVO („den Schutz der betroffenen Person oder der Rechte und Freiheiten anderer Personen“), nicht aber auf Buchst. g.

Zum anderen schützt der Entwurf die Verschwiegenheitspflicht nur mit Blick auf die Betroffenenrechte nach Art. 14 und 15 DS-GVO. Damit eröffnet der Entwurf – ohne europarechtlichen Zwang – Angriffsmöglichkeiten gegen die Verschwiegenheitspflicht nach den Art. 5, 13, 16 bis 22 und 34 DS-GVO. Hier wären ausdrückliche Schutzvorschriften aber unbedingt geboten, da der Referentenentwurf den bestehenden gesetzlichen Schutz sonst aufweicht.

Seite 3/8 zur Stellungnahme vom 07.12.2016 an das BMI

Wir plädieren daher dafür, den Entwurf mit Blick auf Art. 23 Abs. 1 Buchstabe g DS-GVO zu überarbeiten und das bisherige Schutzniveau der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht aufrechtzuerhalten.

Hilfsweise sehen wir – auf der Grundlage der o.g. Kritikpunkte – folgende Änderungen für angebracht und weisen vorsorglich darauf hin, dass wir uns aufgrund der Kürze der Stellungnahmefrist zunächst auf die §§ 26 und 43 BDSG-E konzentrieren. Nach einer weiteren Prüfung werden wir ggf. zusätzliche Änderungsvorschläge unterbreiten.

Zu § 26 BDSG-E

Zu § 26 BDSG-E Überschrift

Anmerkung

- a) Zunächst halten wir es gesetzessystematisch für klarer, die Geltung der Verschwiegenheitspflicht bei den einzelnen Normen zu den Betroffenenrechten und den Rechten der Aufsichtsbehörden, etwa in den §§ 14, 16, 30-35, 51 und 52 BDSG-E, zu verorten und dort ausdrücklich zu nennen.
- b) Wenn dies nicht möglich ist, sollte hilfsweise die Überschrift des § 26 angepasst werden. Dabei sollte der Begriff „Geheimhaltungspflicht“ durch den Begriff „Verschwiegenheitspflicht“ ersetzt werden, wie ihn das bisherigen BDSG sowie die Wirtschaftsprüferordnung und andere berufsrechtliche Ordnungen verwenden.

Vorschlag

- a) Die vorrangige Geltung der Normen zur Verschwiegenheitspflicht sollte im Gesetzestext in den jeweiligen Vorschriften, die mit der Verschwiegenheitspflicht kollidieren können, einzeln klargestellt werden.
- b) Hilfsweise regen wir zur Klarstellung folgende Formulierung an:
„Verarbeitung von personenbezogener Daten, die einer Verschwiegenheitspflicht Geheimhaltungspflicht unterliegen“.

Zu § 26 Abs. 1 Halbsatz 1 BDSG-E

Anmerkung

- a) Zum Schutze des Mandatsverhältnisses und der Rechtssicherheit im Rechtsverkehr halten wir es für sachgerecht, gesetzliche und vertragliche Verschwiegenheitspflichten gleichzustellen. Der Schutz der Verschwiegenheitspflicht sollte

Seite 4/8 zur Stellungnahme vom 07.12.2016 an das BMI

unabhängig davon gleichlaufen, ob ihr der Berufsträger selbst unterliegt, sein Erfüllungsgehilfe oder ein anderer Verantwortlicher, der hinter dem Berufsträger steht und in rechtlich zulässiger Weise zum Kreis der zur Verschwiegenheit Verpflichteten gehört. Für den Mandanten handelt es sich in jedem der Fälle um das strafrechtlich geschützte Rechtsgut des Lebens- und Geheimbereichs.

b) Zum Begriff „Geheimhaltungspflicht“ verweisen wir auf unsere Anmerkung zur Überschrift des § 26 BDSG-E.

Vorschlag

Zur Gleichstellung von gesetzlicher und vertraglicher Verschwiegenheitspflicht schlagen wir folgende Formulierung vor:

„(1) Für Daten, die nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach, namentlich wegen des überwiegenden rechtlichen Interesses eines Dritten, einer Geheimhaltungspflicht *gesetzlichen oder einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht, die der Ausfüllung der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht dient*, unterliegen, gilt Folgendes:“

Zu § 26 neu einzuführender Absatz „vor-1. neu“ BDSG-E

Anmerkung

§ 26 BDSG-E enthält bisher keine in Art. 23 Absatz 1 Buchst. g DS-GVO erlaubte Beschränkung der Informationsrechte nach Art. 13 DS-GVO im Zusammenhang mit der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht. Wir sehen keinen sachlichen Grund, warum der Gesetzgeber hinter den europarechtlichen Möglichkeiten zum Schutze der Verschwiegenheitspflicht nach Art. 23 Abs. 1 Buchst. g DS-GVO zurückbleibt. Zumindest muss die Verschwiegenheitspflicht eines Mandatsträgers geschützt sein, wenn er im Rahmen oder anlässlich einer Auftragserfüllung im beauftragenden Unternehmen persönliche Daten einer betroffenen Person erhebt. Aufgrund des der Verschwiegenheit unterliegenden Mandatsverhältnisses mit dem Unternehmen erscheint eine Ausnahme des Informationsrechtes der betroffenen Person für die Auftragserfüllung unerlässlich.

Vorschlag

a) Folgende Formulierung würde Rechtssicherheit schaffen und die beschriebene Schutzlücke schließen:

„vor-1. neu. Die Pflicht zur Information der betroffenen Person gemäß Artikel 13 Absätze 1 bis 3 der Verordnung (EU) 2016/679 besteht ergänzend zu den in Artikel 14 Absatz 5 und 23 Abs. 1 Buchst. g der Verordnung (EU) 2016/679 ge-

Seite 5/8 zur Stellungnahme vom 07.12.2016 an das BMI

nannten Ausnahmen nicht, wenn die Daten der Verschwiegenheitspflicht unterliegen.“

b) Hilfsweise könnte folgende Formulierung dabei helfen, die Schutzlücke wenigstens zu verkleinern:

„vor-1. neu. Die Pflicht zur Information der betroffenen Person gemäß Artikel 13 Absatz 1 bis 3 der Verordnung (EU) 2016/679 besteht in den in Artikeln 14 Absatz 5 und 23 Absatz 1 Buchst. g der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Ausnahmen nicht, wenn der Verantwortliche die personenbezogenen Daten im Rahmen oder anlässlich eines Auftragsverhältnisses mit einem Dritten verarbeitet, das den Verantwortlichen zur Verschwiegenheit verpflichtet.“

Zu § 26 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E

Anmerkung

a) § 26 BDSG-E verweist bisher ausschließlich auf die Ausnahme für „Berufsgeheimnisse“ nach Art. 14 Abs. 5 DSGVO. Darüber hinaus aber eröffnet Art. 23 Abs. 1 Buchst. g DS-GVO dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber die Möglichkeit, die Informationspflichten zur „Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von Verstößen gegen die berufsständischen Regeln reglementierter Berufe“ einzuschränken. In der Gesetzesbegründung wird lediglich auf Art. 23 Abs. 1 Buchst. i DS-GVO verwiesen. Mit Blick auf die berufsrechtliche Verschwiegenheit erscheint ein Hinweis auf Buchst. g des Art. 23 Abs. 1 DS-GVO sachgerecht, um sicherzustellen, dass ein Verstoß gegen eine „berufsständische Regel“, namentlich die Verschwiegenheitspflicht, verhütet werden kann. Zur Vervollständigung des Schutzes der Verschwiegenheit sollte daher neben Art. 14 Abs. 5 auch Art. 23 Abs. 1 Buchst. g DS-GVO ausdrücklich genannt werden.

b) Zum Begriff „Geheimhaltungspflicht“ verweisen wir auf unsere Anmerkung zur Überschrift des § 26 BDSG-E.

c) Die zusätzliche Voraussetzung für die Beschränkung des Informationsrechts, die „und deswegen das Interesse der betroffenen Person an der Informationserteilung zurücktreten muss“ lautet, scheint die Verschwiegenheitspflicht ohne Rechtfertigung einzuschränken. Eine solche Einschränkung ist mit Blick auf die Strafbewehrung des § 203 StGB nicht angemessen und auch nicht europarechtlich vorgegeben.

Vorschlag

a) Folgende Formulierung würde den o.g. Überlegungen Rechnung tragen:

Seite 6/8 zur Stellungnahme vom 07.12.2016 an das BMI

„1. Die Pflicht zur Information der betroffenen Person gemäß Artikel 14 Absatz 1 und 2 der Verordnung (EU) 2016/679 besteht ergänzend zu den in Artikel 14 Absatz 5 und 23 Abs. 1 Buchst. g der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Ausnahmen nicht, wenn die Daten ~~geheim gehalten werden müssen~~ der Verschwiegenheitspflicht unterliegen ~~und deswegen das Interesse der betroffenen Person an der Informationserteilung zurücktreten muss.~~“

Zu § 26 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E

Anmerkung

Der Wortlaut des § 26 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E lässt die Frage offen, ob sich der Verweis auf Nr. 1 nur auf die weitere Ausnahme („wenn Daten geheim gehalten werden müssen“) oder auch auf die übrigen Ausnahmetatbestände der DS-GVO und damit auch auf Art. 14 Abs. 5 Buchst. d DS-GVO bezieht. Des Weiteren erscheint auch hier ein Hinweis auf Art. 23 Abs. 1 Buchst. g DS-GVO notwendig, da Artikel 14 Abs. 5 DS-GVO nicht ohne Verweis auf die Beschränkungsmöglichkeit nach Art. 23 DS-GVO auf Artikel 15 DS-GVO anwendbar sein dürfte.

Vorschlag

Dementsprechend schlagen wir folgende Formulierung zur Änderung des § 26 Abs. 1 Nr. 2 vor:

„2. Das Recht auf Auskunft der betroffenen Person gemäß Artikel 15 der Verordnung (EU) 2016/679 besteht nicht, wenn die betroffene Person ergänzend zu den in Artikeln 14 Absatz 5 und 23 Absatz 1 Buchst. g der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Ausnahmen nach Nummer 1 nicht zu informieren ist.“

Zu § 26 Absatz 2

Anmerkung

Richtigerweise werden die Befugnisse zum Zugang der Datenschutzaufsichtsbehörden zu allen personenbezogenen Daten und Informationen (Art. 58 Abs. 1 Buchst. e DS-GVO) sowie zum Zugang zu Geschäftsräumen einschließlich Datenverarbeitungsanlagen und -geräten (Art. 58 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO) eingeschränkt, indem sie nur zur Prüfung der Einhaltung der Anforderungen des Datenschutzes durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen nach Art. 25 DS-GVO ausgeübt werden dürfen. Wir begrüßen,

Seite 7/8 zur Stellungnahme vom 07.12.2016 an das BMI

dass hiermit im Grundsatz anerkannt ist, dass die Verschwiegenheitspflicht der Kontrollpflicht der Aufsichtsbehörden vorgeht.

Allerdings begegnet es unseren Bedenken, dass § 26 Abs. 2 Satz 2 BDSG-E davon ausgeht, dass sich Aufsichtsbehörden ihnen versagte Daten widerrechtlich aneignen. Verstärkt werden unsere Bedenken durch die konditionale Formulierung in Satz 1 („[w]enn Daten im Sinne des Absatzes 1 einer Geheimhaltungspflicht unterliegen“). Die Formulierung erscheint uns überflüssig und daher schädlich, da Daten im Sinne des Absatzes 1 immer der Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Zum Schutze des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs des Mandanten muss deutlich werden, dass die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber Aufsichtsbehörden uneingeschränkt Bestand hat. Ferner kann mit zunehmender Digitalisierung eine solche Prüfung weitreichende Untersuchungen der gesamten Datenverarbeitungsanlagen der Berufsheimnisträger nach sich ziehen, deren Umfang derzeit nicht abschätzbar ist. Demnach wäre es zu begrüßen, die Kontrollbefugnisse hinsichtlich der Kontrollanlässe einzugrenzen und außerdem den Umfang solcher Untersuchungen auf das für den Prüfungsanlass verhältnismäßige Maß zu beschränken.

Vorschlag

a) Vor diesem Hintergrund schlagen wir folgende Formulierung vor:

„(2) ~~Für Wenn~~ Daten im Sinne des Absatzes 1 ~~einer Geheimhaltungspflicht unterliegen~~, sind die Befugnisse der Aufsichtsbehörden gemäß Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe e und f der Verordnung (EU) 2016/679 auf die Untersuchung beschränkt, ob der Verantwortliche die Anforderungen des Artikels 25 der Verordnung (EU) 2016/679 erfüllt, und bestehen überdies nur, soweit eine solche Untersuchung nicht zu einem Verstoß der Verschwiegenheitspflicht führt. Erlangt eine Aufsichtsbehörde im Rahmen einer solchen Untersuchung gleichwohl Kenntnis von Daten im Sinne des Absatzes 1, gilt die Geheimhaltungspflicht auch für die Aufsichtsbehörde und dürfen die Erkenntnisse auch in einem Strafverfahren nicht verwertet werden.“

b) Des Weiteren sollte der Gesetzgeber Kontrollanlässe gesetzlich definieren.

c) Schließlich sollte in der Gesetzesbegründung außerdem der Hinweis aufgenommen werden, dass die Kontrollbefugnisse auf das für den Prüfungsanlass angemessene, erforderliche und verhältnismäßige Maß beschränkt sind.

Zu § 43 BDSG-E

Anmerkung

Seite 8/8 zur Stellungnahme vom 07.12.2016 an das BMI

Der vorgesehene Wortlaut des § 43 BDSG-E begründet Zweifel, ob sichergestellt ist, dass, soweit es um etwaige Datenverarbeitungen bei Berufsträgern geht, § 97 der Strafprozessordnung (StPO) kollisionsfrei weiterhin vorrangig Anwendung findet. Wir gehen davon aus, dass die StPO ein „entsprechendes Fachgesetz“ im Sinne von § 43 BDSG-E ist.

Vorschlag

Das Verhältnis der Regelungen der §§ 43 BDSG-E zu § 97 StPO sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Kelm

Rindermann, RA StB
Fachleiterin Steuern und Recht