



DIE SPITÄLER DER SCHWEIZ  
LES HÔPITAUX DE SUISSE  
GLI OSPEDALI SVIZZERI

Departement für Justiz und Polizei  
3003 Bern

Per E-Mail an: [jonas.amstutz@bj.admin.ch](mailto:jonas.amstutz@bj.admin.ch)

Ort, Datum Bern, 20. März 2017  
Ansprechpartner Martin Bienlein

Direktwahl 031 335 11 13  
E-Mail [martin.bienlein@hplus.ch](mailto:martin.bienlein@hplus.ch)

## **Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

H+ Die Spitäler der Schweiz ist der nationale Verband der öffentlichen und privaten schweizerischen Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen. Uns sind 236 Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen als Aktivmitglieder an 369 Standorten sowie über 170 Verbände, Behörden, Institutionen, Firmen und Einzelpersonen als Partnerschaftsmitglieder angeschlossen. Unsere Antwort beruht auf einer Mitgliederumfrage.

### **1 Allgemeine Bemerkungen**

Der Datenschutz ist ein bedeutendes Thema für die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen.

#### **Dem Spitalalltag Rechnung tragen**

Wir bitten Sie, dem Alltag unserer Mitglieder Rechnung zu tragen, da im Gesundheitswesen laufend besonders schützenswerte Personendaten verarbeitet werden müssen und die Anwendung des Datenschutzes in den Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen täglich erfolgt. Die Kerntätigkeit der Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen umfasst unter anderem die Datenweitergabe an Angehörige auch im Todesfall, die Datenweitergabe von ausländischen Patientinnen und Patienten zu Behandlungszwecken ins Ausland, die systematische medizinische Datenbearbeitung (Profiling), die Datenbearbeitung zur Forschung, die Berücksichtigung von kantonalen Gesetzen und eidgenössischen Spezialgesetzen.

#### **Nur Notwendiges legiferieren, um EU-Recht einzuhalten**

Mit der Revision soll sich die schweizerische Datenschutzgesetzgebung insgesamt den Anforderungen der Verordnung (EU) 2016/679 annähern. Diese Annäherung und die Ratifizierung des revidierten Übereinkommens SEV 108 sind zentral, damit die EU die Schweiz weiterhin als Drittstaat mit einem angemessenen Datenschutzniveau anerkennt und die grenzüberschreitende Datenübermittlung auch künftig möglich bleibt. Eine schweizerische Gesetzgebung über das EU-Recht hinaus erscheint H+ nicht opportun. Deshalb sollte so viel wie nötig und so wenig wie möglich legiferiert werden, um mit der EU-Regelung in Einklang zu kommen, aber nicht um die Arbeit im medizinischen Alltag unnötig zu behindern und zur weiteren Aufblähung des Administ-

rativapparates und damit der Kosten zu führen. Es sind auch bundesrechtliche Vorgaben, die in den letzten Jahren zur Prämiensteigerung der sozialen Krankenkasse beigetragen haben.

### **Weitere Bürokratisierung verhindern**

H+ ist es ein Anliegen, dass das Gesetz nicht eine grosse administrative Arbeit auslöst.

## **2 Detailkommentare**

### Art. 3, Bst. f Begriffe

Der Begriff "Profiling" ist genauer zu definieren. Betrifft es auch die systematische medizinische Analyse auf Grund der Lebensdaten und medizinischer Befunde?

### Art. 4 Grundsätze

#### Abs. 3 und 4

Es sollte noch der Vorbehalt einer gesetzlichen Grundlage erwähnt werden. Ansonsten ist nicht klar, ob der Betroffene auf gesetzlich erlaubte Datenbearbeitung hingewiesen werden muss, sofern diese nicht „erkennbar“ ist.

Die in Abs. 3 und 4 formulierten Einschränkungen berücksichtigen nicht, dass zahlreiche kantonale Gesetze Vorschriften zur Aufbewahrung von Personendaten machen. Im medizinischen Bereich gilt bezüglich Krankengeschichte verbreitet eine Aufbewahrungspflicht von zehn Jahren seit der letzten Behandlung.

#### Abs. 6

Letzten Satz streichen oder für das Gesundheitswesen einschränken.

Gemäss Abs. 6 bedarf es für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und für das Profiling einer ausdrücklichen Einwilligung. Datenverarbeitung im Rahmen einer medizinischen Behandlung (insbesondere Diagnostik) würde aufgrund der Profiling-Definition von Art. 3 bst. f fraglos darunter fallen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Datenverarbeitung ein Teil des vom Patienten häufig formlos erteilten Auftrags an die Medizinalpersonen ist. Hier noch eine ausdrückliche Einwilligung zu verlangen, ist nicht zielführend. Dies ganz abgesehen von den zahlreichen Behandlungsverhältnissen, in denen der Patient mangels Urteilsfähigkeit nicht einwilligen kann. Im Rahmen der Patientenbehandlung ist deshalb auf das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung zu verzichten.

Die Regulierung im Bereich der Datenportabilität muss zurzeit zurückgestellt werden, um die präzise Ausgestaltung und Anwendung der entsprechenden EU-Regulierung abzuwarten. Eine Überprüfung im Rahmen der Strategie „Digitale Schweiz“ erscheint zweckmässig.

Es ist nicht klar, was im letzten Satz mit „ausdrücklich“ gemeint ist.

### Art. 5 Bekanntgabe ins Ausland und Art. 6 Bekanntgabe ins Ausland in Ausnahmefällen

Für die Spitäler und Kliniken ist der Datenversand ins Ausland bei entsprechenden internationalen Patienten, aber auch bei Mitarbeitenden in länderübergreifenden Unternehmungen von grossem Interesse. Die Voraussetzungen für den Datenversand dürfen nicht verschärft, sondern müssen im Gegenteil erleichtert werden. H+ lehnt die neue, bürokratisch aufwändige Genehmigungspflicht von „verbindlichen unternehmensinternen Datenschutzvorschriften“ klar ab. Die Sperrfrist von 6 Monaten muss deutlich verkürzt werden, falls die strengen Voraussetzungen an den Datenversand aufrechterhalten werden.

### Artikel 7, Absatz 3 Auftragsdatenbearbeitung

Abs. 3 streichen oder für das Gesundheitswesen einschränken.

Die vorgängige schriftliche Zustimmung führt zu zeitlicher Verzögerung, welche die Patientensicherheit tangieren kann. Dies beispielsweise, wenn bei einem Systemstillstand der Lieferant externe Spezialisten hinzuziehen muss.

### Art. 8 Empfehlungen der guten Praxis

Zwar sind die Empfehlungen des EDOEB nicht bindend; praktisch wird ihnen aber als entscheidende Auslegungsquelle der guten Praxis diese Wirkung zukommen. Das ist rechtsstaatlich bedenklich.

### Art. 12 Daten einer verstorbenen Person

Abs. 2 streichen oder für das Gesundheitswesen einschränken.

Die Ausführungen betreffend die Daten einer verstorbenen Person und die „Richtlinien für den digitalen Tod“ und deren Harmonisierung mit dem Erbrecht sind von besonderer Relevanz für die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen. Wenn nahestehende Drittpersonen Auskunftsrechte verlangen, sind heikle Situationen im Spital vorhersehbar. Diese Problematik muss weiterhin über schriftliche Vollmachten und/oder Entbindungserklärungen der Gesundheitsdirektionen/Spitalämter geregelt werden können, was in der Praxis für die konkrete Umsetzung der Informationspflichten gegenüber den Betroffenen (Art. 13 VE-DSG) von zentraler Bedeutung ist.

Diese Bestimmung widerspricht dem ärztlichen Berufsgeheimnis und hebt es gegenüber Erben und Angehörigen von Verstorbenen auf. Gemäss Entwurf könnte ein allfälliges Amts- oder Berufsgeheimnis gegenüber solchen Auskunftsbegehren nicht geltend gemacht werden. Mangels anderer Zuständigkeit hiesse dies, dass Medizinalpersonen die Interessenabwägung auch noch selber vorzunehmen hätten. Abs. 3 ist deshalb ersatzlos zu streichen, womit aufgrund des Vorbehaltes in Abs. 5 das mit Art. 321 StGB geschützte Berufsgeheimnis weiter gelten würde, und der Weg über einer Bewilligung durch die Aufsichtsbehörde offen bliebe. Gemäss Abs. 4 könnte jeder Erbe verlangen, dass die Daten des Erblassers kostenlos gelöscht oder vernichtet werden. Vorbehalten werden gemäss Abs. 5 einzig spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze. Diese Bestimmung würde im medizinischen Bereich bestehenden und im kantonalen Recht geregelten Pflichten von Medizinalpersonen widersprechen. In der Regel besteht bezüglich Krankengeschichte eine Aufbewahrungspflicht von zehn Jahren seit der letzten Behandlung. Diese gesetzlichen Aufbewahrungspflichten müssten ebenfalls Vorrang haben.

Die neue Bestimmung wäre zudem kaum mit vernünftigem Aufwand umsetzbar. Gemäss Erläuterungen soll jeder Erbe allein die Löschung verlangen können. Unklar bleibt, wie der Verantwortliche erkennen kann, ob Interessen Dritter entgegenstehen. Insbesondere innerhalb einer Erbgemeinschaft, aber auch im weiteren Kreis wären Konflikte vorprogrammiert. Es darf nicht sein, dass für solche Gesuche ein beliebiger Aufwand zu leisten ist, der überdies noch kostenlos erbracht werden soll und zu nichts weiter führt, als dass Daten einer verstorbenen Person gelöscht werden. Schliesslich kann ausgerechnet ein Gesuchsteller wenig ehrenwerte Gründe haben für die verlangte Löschung, und dies nicht nur im medizinischen Bereich. In diesem Zusammenhang wird auch auf den weiteren potentiellen Aufwand gemäss Art. 17 Bst. b hingewiesen.

In den Spitälern, Kliniken und Pflegeinstitutionen kommt es recht häufig vor, dass Ehegatten / Ehefrauen oder Kinder einer verstorbenen Person die Herausgabe der Krankenakten verlangen. Bis anhin haben Spitäler gemäss Art. 1 Abs. 7 VDSG nach dem Interessen der Herausgabe gefragt und dann entschieden. Nach dem neuen Datenschutzgesetz sollen Personen, die mit der verstorbenen Person in gerader Linie verwandt oder mit ihr im Zeitpunkt des Todes verheiratet waren, in eingetragener Partnerschaft lebten oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führten, per se ein schutzwürdiges Interesse an der Einsicht haben. Das Berufsgeheimnis wird wegbedungen. Bis anhin mussten die Hinterbliebenen ein Interesse nachweisen. Nach dem neuen Recht müssten die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen herausfinden, ob

schutzwürdige Interessen gegen eine Herausgabe der Krankengeschichte sprechen und müssen dann begründen, weshalb sie die Daten nicht herausgeben. Vom Prinzip her sind die betreffenden Personen ja berechtigt, die Daten zu erhalten. Die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen können aber nicht immer abschätzen, ob die Herausgabe den Interessen des Verstorbenen widerspricht. Das geht zu weit: erstens weil damit die Daten der Verstorbenen zu wenig geschützt werden und zweitens weil damit ein beträchtlicher Aufwand auf die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen zukommt. Das Berufsgeheimnis muss deshalb weiterhin auch für verstorbene Personen gelten und die Nachkommen müssen nachweisen, dass sie ein schutzwürdiges Interesse an den Krankengeschichten haben.

#### Artikel 13, Abs. 3 und 4 Informationspflicht

Absätze 3 und 4 streichen oder für das Gesundheitswesen einschränken.

Die Informationspflicht führt zu sehr grossem administrativen Aufwand und würde bedeuten, dass die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen alle Patientinnen und Patienten informieren müssten, wenn z.B. im Rahmen eines Supportfalles durch den Lieferanten auf ihre Daten zugegriffen wurde. Das können sehr schnell viele verschiedene Fälle sein, wenn zur Fehlereingrenzung Vergleiche nötig sind.

#### Art. 13 Informationspflicht und 19 Weitere Pflichten

Die vorgesehenen - aktiven - Informationspflichten gehen über die EU-Grundverordnung hinaus. Dies wird zu einem erheblichen Mehraufwand für die Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen führen, welcher in keinem Verhältnis zum Informations- und Schutzbedürfnis der Patientinnen und Patienten steht.

#### Art. 16 Datenschutzfolgeabschätzung

Der Begriff „voraussichtliche [...] erhöhtes Risiko“ ist nicht klar. Die Spitäler haben in den meisten Bereichen eine gesetzliche Grundlage zur Bearbeitung von Patientendaten; es sollte klar sein, dass dafür nicht zusätzlich eine Folgenabschätzung vorgenommen werden muss.

Die Maximaldauer von 3 Monaten für die Genehmigung der Datenschutz-Folgeabschätzungen durch den Beauftragten kann zu grösseren Projektverzögerungen führen. Dies v.a. wenn in deren Verlauf kurzfristig Aufträge an weitere Beteiligte (Berater/Experten) nötig sind.

Angesichts der für die Medizin geltenden gesetzlichen Datenbearbeitungs- und Dokumentationspflichten im Gesundheits- und Sozialversicherungsrecht ist für diesen Bereich auf die vorgesehene Datenschutz-Folgenabschätzung zu verzichten.

#### Art. 17 Meldung von Verletzungen des Datenschutzes

Die in Abs. 1 statuierte Pflicht, dem Beauftragten unverzüglich jede unbefugte Datenbearbeitung oder den Verlust von Daten zu melden, geht zu weit. Im Bereich der medizinischen Daten ist die Persönlichkeit der betroffenen Person regelmässig tangiert, was aber noch nicht rechtfertigt, jedes Versehen unabhängig vom konkreten Schadens- oder Gefährdungspotenzial melden zu müssen. Die Mitteilung einer Verletzung des Datenschutzes an Patientinnen und Patienten bildet die Ausnahme: Eine solche Meldung hat nur dann zu erfolgen, wenn es zum Schutz der betroffenen Person erforderlich ist oder der Eidgenössische Datenschutz- und Informationsbeauftragte es verlangt. Eine sich bei einer Ärztin oder einem Arzt befindliche Information führt nicht zu einem Abbau dieses Schutzes. Dies gilt auch dann, wenn die Information einem Spital, einer Klinik oder Pflegeinstitution mitgeteilt wird, die als öffentlich-rechtliche Einrichtung konstituiert ist. Denn in diesem Fall unterstehen die Mitarbeitenden dem Amtsgeheimnis, unabhängig davon ob sie Ärztin resp. Arzt sind. Eine Information an Patientinnen und Patienten dürfte somit die absolute Ausnahme bleiben.

Die Meldepflicht führt zu einem grossen Aufwand, der nicht zu automatisieren ist. Wer griff warum auf welche Daten zu? Der konsequenten Auswertung der Logs (z.B. im Klinikinformationssystem) auf suspekten Zugriffe müssten Abklärungen über deren Gründe folgen, auch bei allen externen Dienstleistern. Dies mit verschiedensten Deutungsmöglichkeiten („habe mich vertippt“

etc.), die unter die Meldepflicht fallen. Temporär oder endgültig nicht mehr gefundene Papierakten bzw. Teile davon sind Alltag. Dies müsste neu sowohl dem Beauftragten wie auch den betroffenen Patienten gemeldet werden, was zu dauerhaftem administrativem Aufwand führt.

Gemäss Bst. b wären Empfänger von Personendaten insbesondere über jede Berichtigung, Löschung oder Vernichtung von Daten und über Verletzungen des Datenschutzes zu informieren, es sei denn, dies sei nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich. Der Sinn einer solchen Pflicht ist in der Medizin nicht ersichtlich. Jeder Aufwand wäre als unverhältnismässig. Für die Umsetzung einer solchen Vorgabe müssten z.B. Medizinalpersonen, welche nach Ablauf der 10-jährigen Aufbewahrungsfrist die Krankengeschichte vernichten, hierüber unter Umständen eine Vielzahl von Adressaten früherer Korrespondenz informieren, auch jene, die selber keine Daten mehr über die betroffene Person gespeichert haben (z.B. eine Krankengeschichte, welche ein 40-jähriges Behandlungsverhältnis dokumentiert und zehn Jahre nach dem Tod der Patientin vernichtet wird).

#### Artikel 19 Weitere Pflichten

Bei gewissen Mutationen oder auch bei Löschanträgen ganzer Dossiers durch Patientinnen oder Patienten müssten alle externen Empfänger von Informationen informiert werden. Das ist nicht praktikabel.

#### Art. 20 Auskunftsrecht

Im geltenden Recht kann der Bundesrat noch Ausnahmen von der Kostenlosigkeit des Auskunftsrechts vorsehen, was gemäss dem Entwurf nicht mehr möglich wäre. Das Erteilen von Auskünften kann jedoch sehr aufwändig sein, etwa das Kopieren umfangreicher Krankengeschichten mit Medienbrüchen und unterschiedlichen Formaten. Dass dies in jedem Fall kostenlos sein soll, ungeachtet der Gründe für ein Auskunftersuchen, ist stossend. Der Bundesrat sollte deshalb auch in Zukunft Ausnahmen von der Kostenlosigkeit vorsehen können.

Insbesondere der Lösungsanspruch ist nicht vereinbar mit der gesetzlichen Pflicht zur Führung einer Krankengeschichte, mit den in den meisten kantonalen Gesundheitsgesetzen vorgesehenen Aufbewahrungsfristen und schliesslich im Spital mit der Pflicht zum Angebot eines Elektronischen Patientendossiers. Die gesetzlichen Aufbewahrungspflichten sind ausdrücklich vorzubehalten.

Bei ausserordentlichem Aufwand müsste wie in anderen Rechtsbereichen auch eine Entschädigung verlangt werden können.

#### Art. 24 Abs. 2 Rechtfertigungsgründe

Der Begriff „möglicherweise“ ist sehr unbestimmt. Es besteht die Gefahr, dass durch ihn mehr Verwirrung denn Klarheit geschaffen wird. Angesichts des Umstandes, dass Art. 24 VE DSGVO eine wichtige Thematik aufgreift (Rechtfertigungsgründe einer Verletzung der Persönlichkeit), ist eine präzisere Formulierung notwendig.

#### Abschnitt 8, Art. 50 bis 55 Strafbestimmungen

Vorgesehen ist eine massive Erhöhung der möglichen Bussen und die strafrechtliche Sanktion richtet sich gegen die verantwortliche natürliche Person. Dies ist unverhältnismässig, zumal die Kriminalisierung auch bei fahrlässiger Begehung und selbst beim Unterlassen von hier als völlig sinnlos einzustufenden Tätigkeiten droht. Für Fahrlässigkeit ist die mögliche Bussenhöhe von bis zu 250'000 Franken, also der Hälfte des Maximums für Vorsatz, viel zu hoch angesetzt.

Die Strafbestimmungen sind angesichts der erheblichen Strafandrohung zu wenig konkret gehalten. Zudem sind sie nicht mit den Strafbestimmungen des Arztgeheimnisses (Art. 321 StGB) abgestimmt (Fahrlässigkeit nach Art. 321 StGB ist nicht strafbar).

### 3 Andere Gesetze

Der vorliegende Entwurf des DSG äussert sich nicht zum Verhältnis zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG). Eine Klarstellung im Gesetz oder mindestens in der Botschaft ist notwendig, wonach das HFG als Lex specialis vorgeht, was die Bearbeitung von Personendaten im Forschungskontext betrifft. Dies muss auch nach Inkrafttreten des totalrevidierten DSG so sein. D.h. der Grundsatz des Vorrangs des jüngeren Erlasses [„Lex posterior derogat legi priori“] soll nicht gelten.

In diesem Zusammenhang ein Hinweis redaktioneller Natur: Das HFG verweist in Art. 42 Abs. 2 auf Art. 6 des bestehenden DSG. Der VE DSG beabsichtigt keine entsprechende Anpassung des Art. 42 Abs. 2 HFG. Neu werden die Voraussetzungen der Bekanntgabe ins Ausland jedoch in Art. 5 und 6 VE DSG geregelt.

Bezüglich der Datenbearbeitung im Forschungskontext erachten wir eine Abstimmung mit der Rechtsabteilung des BAG (RB 3) bzgl. einer etwaigen Neuregelung von Art. 42 Abs. 2 HFG als notwendig. Eventuell ist ein pauschaler Verweis auf die Bekanntgabe-Norm des DSG angesichts der Totalrevision und der damit verbundenen gänzlich neuen Struktur des Gesetzes nicht mehr adäquat. Ferner besteht aus unserer Sicht Klärungsbedarf, was das Verhältnis des HFG zu Art. 24 Abs. 2 lit. e VE DSG (Privileg bzgl. Datenbearbeitung in der Forschung [sog. „Forschungsprivileg“]) anbelangt.

Wir danken für die Aufnahme unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Dr. Bernhard Wegmüller  
Direktor