

**Beauftragte für Information
und Datenschutz**

Baselstrasse 40
4509 Solothurn
Telefon 032 627 23 91
Telefax 032 627 23 00
judith.petermann@sk.so.ch
www.datenschutz.so.ch

07.01_2018_04

28. September 2018, pet

**Empfehlung gemäss § 36 Abs. 3 Informations- und Datenschutzgesetz (InfoDG)
Im Schlichtungsverfahren zwischen
X (Zugangsgesuchstellerin)
und der
Solothurner Spitäl AG (soH)**

I. Sachverhalt

1. Am 20. April 2018 wandte sich die Zugangsgesuchstellerin per Mail an die Solothurner Spitäl AG (soH). Sie stellte verschiedene Fragen betreffend Besoldung der Ärzte; einige davon wurden durch die soH beantwortet. Am 24. April 2018 stellte die Zugangsgesuchstellerin Fragen zu den gegebenen Antworten und verlangte am 29. Mai 2018 ausdrücklich die Zustellung des Honorarpoolreglements und des höchsten ausbezahlten Lohns. Die soH teilte am 1. Juni 2018 mit, dass sie diese Angaben nicht bekannt gebe und berief sich auf das Geschäftsgeheimnis. Die Zugangsgesuchstellerin stellte am 11. Juni 2018 bei der Beauftragten für Information und Datenschutz (Beauftragte) ein Schlichtungsgesuch betreffend Bekanntgabe des Honorarpoolreglements und des höchsten ausbezahlten Lohns.
2. Die soH nahm am 16. Juli 2018 zum eigereichten Schlichtungsgesuch schriftlich Stellung.
3. Am 21. August 2018 fand eine Schlichtungsverhandlung statt. Es konnte keine Einigung erzielt werden.

II. Formelle Erwägungen

4. Die Zugangsgesuchstellerin stellte bei der Beauftragten einen Antrag auf Schlichtung, nachdem die soH ihr den Zugang zu Informationen verweigert hatte (§ 36 Abs. 1 InfoDG, BGS 114.1).
5. Der Kanton führt zum Zweck der gesundheitlichen Versorgung der Kantonseinwohnerinnen und Kantonseinwohner ein kantonales Spital (§ 1 Abs. 2 Bst. b Spitalgesetz, BGS 817.11). Der Kanton betreibt das kantonale Spital in der Form einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 Abs. 3 des Obligationenrechts (OR, SR 220) unter der Firma «Die Solothurner Spitäl AG» (§ 7 Abs. 1 Spitalgesetz, § 16 Spitalgesetz, § 1 Statuten Solothurner Spitäl AG, BGS 817.112). Die soH ist, wie nachfolgend unter Ziff 6 dargelegt wird, eine Behörde i.S.v. §

3 InfoDG. Die Beauftragte ist nach Durchführung der Schlichtungsverhandlung für die Abgabe einer Empfehlung zuständig (§ 36 Abs. 3 InfoDG).

Zwischenergebnis: Die IDSB ist für die Abgabe einer Empfehlung zuständig.

III. Materielle Erwägungen

6. Die soH macht geltend, das Öffentlichkeitsprinzip sei auf den höchsten Lohn und die Honorarpool-Reglemente nicht anwendbar. Das Spitalgesetz regelt die Organisation und die rechtliche Ausgestaltung des kantonalen Spitals. Die soH hat die Rechtsform einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 Abs. 3 OR. Der Kanton muss zwingend mindestens 67 Prozent des Aktienkapitals und der Aktienstimmen halten (§ 17 Abs. 1 Spitalgesetz). Die dem Kanton zustehenden Aktienrechte werden durch den Regierungsrat ausgeübt und der Regierungsrat regelt die Entschädigung der Mitglieder des Verwaltungsrates (§ 7 Abs. 2 Spitalgesetz, § 17 Abs. 2 Spitalgesetz). Die soH wird vom Kanton leistungsorientiert finanziert (§ 6 Abs. 2 Spitalgesetz). Das Spitalgesetz unterstellt mehrere Rechtsbereiche der soH dem öffentlichen Recht: Die Leistungsvereinbarung zwischen Kanton und Spital ist ein Vertrag nach öffentlichem Recht, für die Vergütung der Leistungen, die durch die Sozialversicherungen nicht gedeckt sind, gilt öffentliches Recht, die Rechtsbeziehungen zum Personal richten sich nach dem Gesetz über das Staatspersonal (§ 19 Spitalgesetz) und dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV, BGS 126.3) und die Haftung der soH und ihres Personals richtet sich nach den Regeln der Staatshaftung gemäss dem Verantwortlichkeitsgesetz (§ 19^{bis} Spitalgesetz). Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der Kanton durch die Stellung als Mehrheitsaktionär und den Abschluss der Leistungsvereinbarungen weiterhin Einflussmöglichkeiten auf die soH hat und wichtige Bereiche der soH öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind. Die Beauftragte geht aufgrund dieser Umstände davon aus, dass die soH als Behörde i.S.v. § 3 Abs. 1 Bst. b InfoDG zu betrachten ist und die Öffentlichkeitsbestimmungen des InfoDG anwendbar sind (§ 2 Abs. 1 und 2 InfoDG).

An der Unterstellung unter die Bestimmungen zum Öffentlichkeitsprinzip (Titel 4 InfoDG) ändert sich auch nichts, wenn die SoH - wie von ihr behauptet wird - nicht als Behörde i.S.v. § 3 Abs. 1 Bst. b InfoDG, sondern als Behörde i.S.v. § 3 Abs. 1 Bst. c InfoDG zu betrachten wäre. Die Rechtsbeziehungen zu den Angestellten ist ausschliesslich öffentlich-rechtlich geregelt. Auch wenn man die soH nicht als Behörde i.S.v. § 3 Abs. 1 Bst. b InfoDG betrachten würde, so würde sie im Bereich der öffentlich-rechtlich organisierten Anstellungsverhältnissen unter den Behördenbegriff i.S.v. von § 3 Abs. 1 Bst. c InfoDG und somit unter den Anwendungsbereich des InfoDG fallen.

Die soH ist in Bezug auf die Rechtsverhältnisse mit den Angestellten als Behörde i.S.v. § 3 InfoDG zu betrachten und die Öffentlichkeitsbestimmungen des InfoDG sind anwendbar (§ 2 Abs. 1 und 2 InfoDG). Die Zugangsgesuche sind nach den §§ 12 ff. InfoDG zu würdigen.

Zwischenergebnis: Der Zugang ist nach den Bestimmungen des InfoDG zu prüfen.

7. Zu prüfen ist, ob es sich um Zugangsgesuche zu amtlichen Dokumenten handelt. Aus den Antworten der soH an die Zugangsgesuchstellerin geht hervor, dass sie den höchsten ausbezahlten Lohn kennt. Es darf davon ausgegangen werden, dass dieser Lohn dokumentiert ist und entweder direkt in einem Dokument enthalten ist (Buchhaltung, interne Listen oder ähnliche Unterlagen) oder ohne weiteres aus Dokumenten herausgezogen werden kann. Gemäss Aussage der soH gibt es nicht nur ein einziges Honorarpool-Reglement. Die Regelungen der Honorarpools ergeben sich aus den vom Regierungsrat erlassenen Allgemeinen Anstellungsbedingungen für Chefärzte und Leitende Ärzte der Solothurner Spitäler (AAB), in Kraft seit dem 1. Juli 1985, und den Honorarpool-Reglementen der einzelnen Kliniken. Das Zugangsgesuch ist als Zugangsgesuch zu den AAB und den Honorarpool-Reglementen der verschiedenen Kliniken zu verstehen.

Die soH bestreitet, dass diese Dokumente Informationen beinhalten, die die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen (§ 4 Abs. 1 Bst. c InfoDG). Sie argumentiert, dass die gemäss den Honorarpool-Reglementen verwalteten Gelder durch die Behandlung von privaten und halbprivaten stationären Patienten und Patientinnen generiert würden und die Verteilung der entsprechenden Gelder nicht im Zusammenhang mit der Ausübung einer öffentlichen Aufgabe stehe. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Wie bereits erwähnt, sind

die Rechtsverhältnisse der angestellten Personen zur soH öffentlich-rechtlich organisiert (§ 19 Abs. 3 Spitalgesetz). Dies gilt auch für die Rechtsverhältnisse der Chefärzte und Chefärztinnen und der leitenden Ärzte und Ärztinnen zur soH und gilt insbesondere auch für die Lohnansprüche gemäss Honorarpoolreglement (Urteil des BGer 8C_389/2017 vom 2. März 2018). Alle Dokumente, die im Zusammenhang mit der Anstellung des Personals erstellt werden, dienen der Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe und sind amtliche Dokumente i.S.v § 4 InfoDG. Im Übrigen sind auch auf die Behandlungen von privaten und halbprivaten stationären Patientinnen und Patienten öffentlich-rechtliche Bestimmungen anwendbar, so insbesondere in Bezug auf die Vergütung der Leistungen (§ 19 Abs. 2 Spitalgesetz; Urteil des Verwaltungsgerichts VWBES.2015.410 vom 10. Februar 2016) und in Bezug auf die Haftung (§ 19^{bis} Spitalgesetz).

Anders verhält es sich mit den Dokumenten, welche im Zusammenhang mit der selbständigen Erwerbstätigkeit der Chefärzte und Chefärztinnen stehen. Die soH erlaubt den Chefärzten und Chefärztinnen in den Räumlichkeiten der soH Patientinnen und Patienten als selbständig Erwerbende zu behandeln. Sie stellt ihnen für die Ausübung dieser Tätigkeiten Räume, Geräte und Dienstleistungen gegen Entgelt zur Verfügung. Die Rechtsbeziehungen der soH zu den Ärzten und Ärztinnen ist in diesem Bereich rein privatrechtlich geregelt. Die entsprechenden Unterlagen sind keine amtlichen Dokumente i.S.v. § 4 InfoDG.

Zwischenergebnis: Die AAB und die Honorarpool-Reglemente sind amtliche Dokumente i.S.v. § 4 InfoDG. Der höchste Lohn aus den Angestelltenverhältnissen ergibt sich aus amtlichen Dokumenten i.S.v. § 4 InfoDG. Die Löhne der Chefärzte und Chefärztinnen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ergeben sich hingegen nicht aus amtlichen Dokumenten i.S.v. § 4 InfoDG

8. Die Zugangsgesuchstellerin fragt nach dem höchsten ausbezahlten Lohn und betont, dass sie am Namen der Person, welche dieses Honorar erhält, nicht interessiert ist. Auch wenn der Name der betroffenen Person nicht genannt wird, ist es denkbar, dass Personen, die sich im Gesundheitswesen auskennen, wissen oder vermuten, welche von der soH angestellte Person diesen höchsten Lohn erzielt. Der Zugang zu Personendaten, die in amtlichen Dokumenten enthalten sind, richtet sich nach den Bestimmungen des InfoDG sowie nach der Spezialgesetzgebung (§ 14 InfoDG). Im Gegensatz zur Gesetzgebung auf Bundesebene fehlen im InfoDG weitergehende Koordinationsbestimmungen zwischen den Datenschutzbestimmungen und den Bestimmungen zum Öffentlichkeitsprinzip. Die Beauftragte geht davon aus, dass im InfoDG in Bezug auf die Koordination zwischen Datenschutzbestimmungen und den Bestimmungen zum Öffentlichkeitsprinzip eine echte Lücke besteht (Vgl. Tätigkeitsbericht 2014, Ziff. 4.2.1). Sie orientiert sich bei der Lückenfüllung an der Gesetzgebung und der Praxis des Bundes. Diese Praxis wurde weder vom Verwaltungsgericht noch vom Bundesgericht kritisiert (Urteil des Verwaltungsgerichts VWBES.2017.66 vom 10. Juli 2017; Urteil des BGer 1C_461/2017 vom 27. Juni 2018). Auf Bundesebene wird der Zugang zu Personendaten in amtlichen Dokumenten in gegenseitigen Verweisen des Öffentlichkeitsgesetzes (BGÖ; SR 152.3) und des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) umschrieben (Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1bis DSG). Das Bundesgericht hatte mehrfach Gelegenheit, diese anspruchsvollen Verweise zu interpretieren und zu konkretisieren. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts können Personendaten auch ohne gesetzliche Grundlage bekannt gegeben werden, wenn die Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Das öffentliche Interesse am Zugang ist den privaten Interessen an der Geheimhaltung gegenüberzustellen. Die Gewichtung hat im Einzelfall zu erfolgen und es sind insbesondere die in Frage stehenden Daten, die Funktion beziehungsweise die Stellung der betroffenen Person sowie die möglichen Konsequenzen der Bekanntgabe zu berücksichtigen (BGE 142 II 340 E. 4.2 ff.; Urteil des BVer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 8.4.1 ff.). Die Überlegungen, welche das Bundesgericht bei der Interessensabwägung macht, sind von allgemeiner Art und können auch bei Zugangsgesuchen gestützt auf das InfoDG herangezogen werden.

Im konkreten Fall sind die öffentlichen Interessen an der Bekanntgabe des höchsten Lohnes gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Person abzuwägen. Es besteht grundsätzlich ein Interesse der Öffentlichkeit zu erfahren, für welche Funktionen die öffentliche Hand welche Löhne ausbezahlt. Das Lohnsystem der öffentlichen Hand ist grundsätzlich öffentlich. Die Lohnklassen der Kaderangestellten des Kantons, der Lehrer und der Ärz-

te werden im GAV ausgewiesen (vgl. § 239, § 384 GAV). Ein besonderes öffentliches Interesse an Transparenz besteht in Bezug auf die Kaderlöhne im Gesundheitswesen. Die wachsenden Kosten des Gesundheitswesens sind ein Dauerthema der politischen Diskussion. In diesem Zusammenhang besteht auch ein Interesse zu erfahren, wie die Kosten entstehen und welche Anreizsysteme bestehen. Bei den Spitalarztlöhnen ist insbesondere von Interesse, wie sich die variablen Lohnbestandteile zusammensetzen und welche maximalen Einkommen erzielt werden. Der höchste ausbezahlte Lohn ist auch im Zusammenhang mit politischen Forderungen nach einem Lohndeckel für Kaderärzte an Spitälern von Bedeutung (vgl. Interpellation Stephanie Ritschard: Transparenz bei den Kaderlöhnen unserer Spitäler, I 0120/2018, Interpellation Jean-Pierre Gallati betreffend Arzthonorare Kantonsspital Aarau, GR 18.44 und Art. 4 Verordnung über die Besoldung der Kaderärztinnen und Kaderärzte Kanton St. Gallen, sGS 320.41). Dem öffentlichen Interesse an Transparenz steht das Interesse der betroffenen Person an Geheimhaltung gegenüber. Die Bekanntgabe des Lohnes hat mit grosser Wahrscheinlichkeit keine Beeinträchtigung des beruflichen Ansehens oder der beruflichen Stellung der betroffenen Person zur Folge. Es bleibt höchstens eine geringfügige Gefahr, dass das persönliche Ansehen und der Ruf der betroffenen Person durch die Bekanntgabe beeinträchtigt werden könnte oder dass sie einer gewissen Kritik ausgesetzt würde. Die Gefahr scheint umso geringer, als der Name der betroffenen Person gar nicht genannt wird und der grösste Teil der Bevölkerung keinen Bezug zur Person herstellen kann. Gesamthaft sind die drohenden nachteiligen Folgen als gering einzustufen. Die entsprechenden Unannehmlichkeiten sind einer Person des obersten Kaderns zumutbar. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das öffentliche Interesse an der Offenlegung gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Person im konkreten Fall überwiegt.

Zwischenergebnis: Soweit es sich überhaupt um Personendaten handelt überwiegt das öffentliche Interesse an Transparenz gegenüber einem allfälligen privaten Interesse an der Geheimhaltung des höchsten Lohns

9. In den Honorarpool-Reglementen sind die jeweiligen Namen der Kliniken, die Namen der verantwortlichen Chefärzte oder der verantwortlichen Chefärztinnen sowie die Namen der am Honorarpool beteiligten Ärzte und Ärztinnen aufgeführt. Die Namen der Chefärzte und der Chefärztinnen sowie die Namen der am Pool beteiligten Ärzte und Ärztinnen können ohne weiteres abgedeckt werden. Durch das Abdecken der Klinik wird auch der Bezug zum verantwortlichen Chefarzt oder zur verantwortlichen Chefärztin verunmöglicht. Die Personendaten können somit ohne weiteres aus den entsprechenden Dokumenten entfernt werden.

Zwischenergebnis: Durch Abdecken kann der Personenbezug der Honorarpool-Reglemente beseitigt werden.

10. Die soH macht geltend, die verlangten Dokumente würden Geschäftsgeheimnisse i.S.v. § 5 Abs. 1 InfoDG beinhalten und müssten deshalb nicht bekannt gemacht werden (§ 13 Abs. 1 Bst. a InfoDG). Die Beauftragte stützt sich bei der Auslegung des Begriffs «Geschäftsgeheimnis» auf die Praxis des Bundes zum gleichlautenden Begriff des BGÖ. Ein Geschäftsgeheimnis liegt demnach vor, wenn die Informationen in Beziehung zum Unternehmen stehen, die Informationen weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind (relative Unbekanntheit), der Geheimnisherr einen Geheimniswillen hat (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) vorliegt (Urteil BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4 f. und A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.4). Ein objektives Geheimhaltungsinteresse darf angenommen werden, wenn die Offenlegung der Informationen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Marktverzerrungen und/oder Wettbewerbsvorteilen bei Konkurrenzunternehmen führen könnte, welche die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens nicht unerheblich beeinträchtigen würden (BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.7). Eine abstraktes Gefährdungsrisiko reicht nicht aus (BGE 142 II 324 E. 3.4 ; Urteil BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4)

Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht gehen davon aus, dass mit der Einführung des BGÖ ein Paradigmenwechsel vollzogen worden ist und der Grundsatz der Ge-

heimhaltung der Verwaltungstätigkeit ("Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt") zu Gunsten des Öffentlichkeitsprinzips ("Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt") umgekehrt worden ist. Sie gehen von der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten aus und bestätigten in Bezug auf das BGÖ mehrmals, dass die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung der Behörde beziehungsweise dem Geheimnisherr obliegt (Urteil des Bger 1C_428/2016 vom 27. September 2017 E. 2.3; BGE 142 II 324 E. 3.4; Urteil des BVGer A-6475/2017 vom 6. August 2018 E. 3.2.1 und A_6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.2.1). Mit der Einführung des InfoDG wurde im Kanton Solothurn der gleiche Paradigmenwechsel vollzogen und die Überlegungen des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zur Beweislast dürfen auch für die Anwendung des InfoDG herangezogen werden. Vorliegend hat die soH lediglich pauschal auf das angebliche Vorhandensein von Geschäftsgeheimnissen verwiesen, ohne dies näher zu begründen oder entsprechende Passagen zu bezeichnen. Damit hat sie nach Ansicht der Beauftragten nicht dargetan, dass die Bekanntgabe des höchsten Lohns, der AAB und der Honorarpool-Reglemente aller Voraussicht nach zu einer Marktverzerrung oder zu Wettbewerbsvorteilen bei der Konkurrenz führen könnten. Da die soH nicht konkret dargelegt hat, inwiefern allfällige Geheimhaltungsinteressen tangiert werden, trägt sie die Konsequenzen des nicht erbrachten Beweises. Folglich steht die Ausnahmebestimmung des Geschäftsgeheimnisses (§ 13 Abs. 1 Bst. a InfoDG i.V.m. § 5 Abs. 1 InfoDG) einem Zugang nicht entgegen.

Anzumerken bleibt, dass die soH in der Vergangenheit auf Anfrage hin den höchsten Lohn bekannt gab. Auch gaben aufgrund von parlamentarischen Vorstössen im Verlaufe dieses Jahres sowohl der Regierungsrat des Kantons Aargau, wie auch der Regierungsrat des Kantons Luzern und die Stadt Zürich detailliert Auskunft über die Lohngestaltung der im Spital angestellten Chefärzte und Chefärztinnen und der Leitenden Ärzte und Ärztinnen mit Hinweisen auf den höchsten Lohn [Antwort des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 22. August 2018 auf die Interpellation Jean-Pierre Gallati betreffend Arzthonorare Kantonsspital Aarau (GR 18.44), Antwort des Regierungsrates des Kantons Luzern vom 21. August 2018 auf die Anfrage Wimmer-Lötscher Marianne und Mitunterzeichnende über Entschädigungen an die Luzerner Spital- und Klinikärzte (A 526) und Protokoll Stadtrats von Zürich vom 20. Juni 2018 (GR Nr. 2018/128)].

Zwischenergebnis: Ein Geschäftsgeheimnis wurde nicht nachgewiesen.

IV. Empfehlung

Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt die Beauftragte für Information und Datenschutz:

11. Die Solothurner Spitäler AG gibt den höchsten Lohn aus den Anstellungsverhältnissen bekannt, ohne den Namen der betroffenen Person zu nennen.
12. Die Solothurner Spitäler AG gibt die Allgemeinen Anstellungsbedingungen für Chefärzte und Leitende Ärzte der Solothurner Spitäler (AAB), in Kraft seit dem 1. Juli 1985, bekannt.
13. Die Solothurner Spitäler AG gibt die Honorarpool-Reglemente der verschiedenen Kliniken bekannt unter Abdeckung der Namen der verantwortlichen Chefärzte und Chefärztinnen, der am Pool beteiligten Ärzte und Ärztinnen und der Namen der Kliniken.
14. Die Solothurner Spitäler AG erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist. Die Zugangsgesuchstellerin kann von der Solothurner Spitäler AG eine Verfügung verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist.
15. Die Empfehlung kann veröffentlicht werden. Der Name der Zugangsgesuchstellerin ist zu anonymisieren.

16. Die Empfehlung wird zugestellt:

X

Solothurner Spitäler AG (SoH)

Judith Petermann Büttler, Dr. iur.
Beauftragte für Information und Datenschutz