

07.01_2021_04

Solothurn, 8. Juli 2021 / pow

Empfehlung

gemäss § 36 Abs. 3 des Informations- und Datenschutzgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

A.

(nachfolgend «Gesuchsteller»)

und der

Solothurner Spitäler AG

(nachfolgend «soH»)

I. Sachverhalt

1. Mit E-Mail vom 5. Januar 2021 wandte sich der Gesuchsteller an die soH und stellte verschiedene Anträge auf Herausgabe von Informationen mit Berufung auf das Öffentlichkeitsprinzip. Die soH verweigerte den Zugang zu den verlangten Informationen mit E-Mail an den Gesuchsteller vom 26. Februar 2021. Zur Begründung führte die soH aus, dass, soweit das Öffentlichkeitsprinzip überhaupt zur Anwendung käme, es sich entweder nicht um amtliche Dokumente handle oder diese unter das Geschäftsgeheimnis fielen.
2. Mit E-Mail vom 8. März 2013 stellte der Gesuchsteller einen Antrag auf Schlichtung bei der Beauftragten für Information und Datenschutz (nachfolgend «Beauftragte»).
3. Die soH nahm mit Eingabe vom 23. April 2021 Stellung zu den Anträgen des Gesuchstellers.
4. Am 24. Juni 2021 führte die Beauftragte in Anwesenheit der Parteien eine Schlichtungsverhandlung gemäss § 36 Abs. 1 des Informations- und Datenschutzgesetzes (InfoDG; BGS 114.1) durch. An der Schlichtungsverhandlung konnten die Parteien eine Teileinigung erzielen. Keine Einigung konnte erzielt werden, über den Zugang zu den Allgemeinen Anstellungsbedingungen für Chefärzte und leitende Ärzte (nachfolgend «AAB») und über die Information, ob die soH die B. AG als Dienstleisterin zum Rechnungsversand bezieht.
5. Der Aufforderung gestützt auf § 33 Abs. 2 InfoDG die vom Gesuchsteller begehrten Doku-

mente bei der Beauftragten einzureichen, ist die soH nicht nachgekommen.

II. Formelle Erwägungen

6. Der Gesuchsteller stellte bei der Beauftragten einen Antrag auf Schlichtung, nachdem die soH ihr den Zugang zu Informationen verweigert hatte (§ 36 Abs. 1 InfoDG).
7. Die Frage, ob die soH in Bezug auf die vom Gesuchsteller beantragten Informationen eine Behörde gemäss § 3 InfoDG ist und, ob die beantragten Informationen unter den Begriff der amtlichen Dokumente gemäss § 4 InfoDG fallen, beschlägt zugleich die Zuständigkeit der Beauftragten als auch die Begründetheit des Zugangsanspruchs. Es handelt es sich insofern um sogenannte doppelrelevante Tatsachen (vgl. dazu eingehend Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2010). Doppelrelevant sind Tatsachen, die sowohl für die Zulässigkeit eines Anspruchs als auch für deren Begründetheit ausschlaggebend sind (vgl. BGer Urteil 4A_368/2016 vom 5. September 2016 E. 2.2.). Doppelrelevante Tatsachen werden nur in einem Verfahrensstadium geprüft, nämlich bei der Begründetheit. Für das Eintreten genügt, wenn sie schlüssig behauptet wurden (vgl. BGer a.a.O. E. 2.2; BGE 141 III 294 E. 5.2 m.w.H.).
8. Vorliegend müsste die implizite Behauptung des Gesuchstellers, dass die soH in Bezug auf die vom ihm beantragten Informationen eine Behörde gemäss § 3 InfoDG ist und, dass es sich bei den beantragten Informationen um amtlichen Dokumente gemäss § 4 InfoDG handelt, glaubhaft erscheinen.
9. Der Kanton Solothurn führt zum Zweck der gesundheitlichen Versorgung der Kantoneinwohnerinnen und Kantoneinwohner ein kantonales Spital (§ 1 Abs. 2 Bst. b des Spitalgesetzes [SpiG; BGS 817.11]). Der Kanton betreibt das kantonale Spital in der Form einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 Abs. 3 des Obligationsrechts (OR; SR 220) unter der Firma «Die Solothurner Spitäler AG» und ist deren Mehrheitsaktionär (§ 7 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 SpiG, § 1 Statuten Solothurner Spitäler AG [BGS 817.112]). Angesichts dieser Umstände erscheint die Behördeneigenschaft gemäss § 3 InfoDG zumindest glaubhaft. Das gleiche muss für die Eigenschaft der beantragten Informationen als amtliche Dokumente gemäss § 4 InfoDG gelten. Die Begründetheit des Zugangsanspruchs wird im Rahmen der materiellen Erwägungen geprüft.
10. Die Beauftragte ist nach Durchführung der Schlichtungsverhandlung für die Abgabe einer Empfehlung zuständig (§ 36 Abs. 3 InfoDG). Weil die soH die Einreichung der begehrten Dokumente verweigert hat, sieht sich die Beauftragte gezwungen ihre Empfehlung in Unkenntnis der Dokumente abzugeben.

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

III. Materielle Erwägungen

11. Die soH macht geltend, das Öffentlichkeitsprinzip sei auf die AAB und auf die Information, ob sie die B. AG als Dienstleisterin beziehe, nicht anwendbar, weil die soH in diesen Bereichen keine Behörde im Sinne von § 3 InfoDG sei. Die genannte Bestimmung definiert diejenigen Organe, die als Behörden dem InfoDG unterstehen. Unbestritten ist, dass die soH keine Behörde im Sinne von § 3 Abs. 1 Bst. a InfoDG ist. Zu prüfen ist hingegen, ob die soH eine Behörde gemäss § 3 Abs. 1 Bst. b InfoDG ist. Demnach zählen «die öffentlichen Organe selbständiger Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts» als Behörden.
12. Zwar ist die soH weder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft noch eine öffentlich-

rechtliche Anstalt, weshalb eine rein grammatikalische Auslegung nicht zu ihrer Unterstellung nach § 3 Abs. 1 Bst. b InfoDG führt. Durch eine angemessene Würdigung des Sinns und des Zwecks der Norm drängt sich jedoch eine differenzierte Betrachtung auf. Der Gesetzgeber hat durch die fragliche Bestimmung beabsichtigt, vom Staat kontrollierte Rechtsgebilde dem InfoDG zu unterstellen – unabhängig von deren Rechtsform. Der Wortlaut des Gesetztexts ist insofern zu eng und muss anhand einer teleologischen Auslegung angemessen erweitert werden. Zu prüfen ist im Folgenden, ob und inwiefern der Kanton die soH rechtlich und faktisch kontrolliert. 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 SpiG). Die dem Kanton zustehenden Aktienrechte werden durch den Regierungsrat ausgeübt und der Regierungsrat regelt die Entschädigung der Mitglieder des Verwaltungsrates (§ 7 Abs. 2 und § 17 Abs. 2 SpiG). Die soH wird vom Kanton leistungsorientiert finanziert (§ 6 Abs. 2 SpiG). Das Spitalgesetz unterstellt zahlreiche Rechtsbeziehungen der soH dem öffentlichen Recht (§ 19 SpiG): 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 und dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV; BGS 126.3). Schliesslich richtet sich die Haftung der soH und ihres Personals nach den Regeln der Staatshaftung gemäss dem Verantwortlichkeitsgesetz (BGS 124.21; § 19^{bis} SpiG). Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der Kanton durch die Stellung als Mehrheitsaktionär und den Abschluss der Leistungsvereinbarungen weiterhin weitgehende Einflussmöglichkeiten in Bezug auf die soH hat und wichtige Bereiche der soH öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind. Aufgrund dieser Umstände geht die Beauftragte davon aus, dass die soH als Behörde i.S.v. § 3 Abs. 1 Bst. b InfoDG zu betrachten ist und die Öffentlichkeitsbestimmungen des InfoDG Anwendung finden (§ 2 Abs. 1 und 2 InfoDG). Selbst wenn aber die soH keine Behörde gemäss § 3 Abs. 1 Bst. b InfoDG wäre, würde sie – wie im Folgenden aufgezeigt wird – den Öffentlichkeitsbestimmungen des InfoDG als Behörde gemäss § 3 Abs. 1 Bst. c InfoDG unterstehen.

13. Nach § 3 Abs. 1 Bst. c InfoDG zählen natürliche und juristisch Personen als Behörden, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Zu prüfen ist, ob die soH in den das Zugangsgesuch betreffenden Bereichen öffentliche Aufgaben erfüllt. Das Bundesgericht hat eine vielfältige Praxis zur Qualifikation von öffentlichen Aufgaben entwickelt. Dabei hat es bereits wiederholt betont, dass öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler in gewissem Umfang öffentliche Aufgaben erfüllen (BGE 132 V 6 E. 2.5.4; BGE 122 III 101 E. 2a/aa; BGE 121 I 218 E. 3c). Zur öffentlichen Aufgabenerfüllung gehören vordergründig jene Bereiche, die vom kantonalen Leistungsauftrag erfasst sind (BERNHARD RÜTSCHKE, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler, Zürich 2012, 48 ff.; vgl. auch BEAT RUDIN, Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, § 3 N 10;). In einem Gutachten führte das Bundesamt für Justiz aus, dass für die Qualifikation von öffentlichen Aufgaben entscheidend sei, «ob die erfüllte Aufgabe gesetzlich vorgesehen ist und ob eine Steuerungsbeziehung zwischen Staat und privaten Aufgabenträgern gegeben ist, der Staat also direkten Einfluss auf die Aufgabenerfüllung nimmt oder wesentliche Rahmenbedingungen festlegt» (Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 24. November 2005, VPB 70.54, Ziff. 3). Dass die zu erfüllenden Aufgaben gesetzlich vorgesehen sind, ergibt sich vorliegend in den Grundzügen bereits aus Art. 100 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung des Kantons Solothurn (KV; BGS 111.1), der vorsieht, dass der Kanton die Voraussetzungen schafft für eine angemessene und wirtschaftlich tragbare medizinische Versorgung. Der Auftrag wird sodann in den kantonalen Leistungsaufträgen konkretisiert (Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG; SR 832.10]; § 1 Abs. 2 Bst. a SpiG). Die Steuerungsmöglich-

keiten des Kantons sind bereits erläutert worden (vgl. Ziff. 12). Weiter hält die Botschaft zum Spitalgesetz ausdrücklich fest, dass die Sicherstellung einer bedarfsgerechten und wirtschaftlich tragbaren medizinischen Versorgung eine öffentliche Aufgabe sei (RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003, 26). Die wirtschaftliche Tragbarkeit der medizinischen Versorgung, dessen Gewährleistung vom Gesetzgeber als öffentliche Aufgabe qualifiziert wurde, wird durch mannigfaltige Faktoren direkt beeinflusst und ist demnach in einem weiteren Sinn zu verstehen als von der soH angeführt. Die Anstellungsbedingungen von Kaderärzten haben nämlich einen direkten Einfluss auf die wirtschaftliche Tragbarkeit der Leistungen eines Spitals und insofern auch auf die medizinische Versorgung im Kanton. Insofern könnten die Anstellungsbedingungen bereits zum Bereich der öffentlichen Aufgabenerfüllung gezählt werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass zwei Autorinnen zu einem abweichenden Ergebnis gelangt sind, was die Anstellung von Ärzten in Spitälern des *Kantons Bern* (insbesondere des Inselspitals) anbelangt (ASTRID EPINEY, Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze, Jusletter vom 2. März 2015; YVONNE PRIEUR, Welches Datenschutzrecht ist für Spitäler als Arbeitgeber anwendbar? Beispiel: Kanton Bern, Jusletter vom 18. Mai 2015). Die Ausführungen von EPINEY und PRIEUR beziehen sich jedoch primär auf die Rechtslage im Kanton Bern und sind nicht ohne Weiteres auf die Rechtslage im Kanton Solothurn übertragbar. Zunächst ist die Spitalversorgung im Kanton Bern anders geregelt als im Kanton Solothurn. Wesentlicher noch ist der Umstand, dass sich die Rechtsbeziehungen zum Personal der soH und zu anderen Dritten nach öffentlichem Recht richten. Dies im Gegensatz zu den Spitälern im Kanton Bern, an denen das Personal nach Massgabe des Obligationenrechts, d.h. privatrechtlich angestellt ist (PRIEUR, a.a.O., Rz. 24). EPINEY nennt auch gerade die privatrechtliche Anstellung des Personals als einen der Ausgangspunkte ihrer Beurteilung (EPINEY, a.a.O., Rz. 23). Es trifft freilich zu, wie in der Literatur hervorgehoben wird, dass aus der Anwendbarkeit von *Privatrecht* auf ein Rechtsverhältnis nicht direkt auf das Fehlen einer öffentlichen Aufgabe geschlossen werden kann (BERNHARD RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, 160 f.). Der Gegenteilige Schluss, wonach aus der Anwendbarkeit von *öffentlichem Recht* nicht auf das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe geschlossen werden könne, greift indessen nicht. Von RÜTSCHKE wird denn auch lediglich betont, dass öffentliche Aufgaben *auch* mittels Privatrechtsverhältnissen erfüllt werden können. Wo hingegen öffentliches Recht Anwendung findet, besteht in aller Regel eine öffentliche Aufgabe. Dementsprechend geht PRIEUR auch davon aus, dass auf die Tätigkeit am Inselspital, der nach öffentlichem Recht angestellten Professorinnen und Professoren, das kantonale Datenschutzrecht zur Anwendung gelangt, was wiederum die öffentliche Aufgabenerfüllung impliziert (PRIEUR, a.a.O., Rz. 25). Schliesslich ist auch die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes auf die soH als Indiz für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch das Personal zu werten.

14. Mit dem Rechnungsversand für Behandlungen gemäss Leistungsauftrag verhält es sich ähnlich. Dieser ist Bestandteil der Erfüllung des kantonalen Leistungsauftrags. Somit gehört der Rechnungsversand ebenfalls zur öffentlichen Aufgabenerfüllung. Darunter fällt auch die Delegation an einen externen Dienstleister.
15. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die soH sowohl in Bezug auf die Anstellungsbedingungen ihres Personals, inklusive den Chef- und Kaderärzten, als auch in Bezug auf den Rechnungsversand im Bereich des Leistungsauftrags als Behörde i.S.v. § 3 InfoDG zu betrachten ist und die Öffentlichkeitsbestimmungen des InfoDG zur Anwendung gelangen (§ 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.

16. Zu prüfen ist, ob es sich um Zugangsgesuche zu amtlichen Dokumenten gemäss § 4 InfoDG

handelt. Die soH bestreitet nicht die Existenz der AAB. Diese sind ohne Weiteres auf einem Informationsträger aufgezeichnet (§ 4 Abs. 1 Bst. a InfoDG) und befinden sich im Besitz der soH (§ 4 Abs. 1 Bst. b InfoDG). Dass die AAB auch die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (§ 4 Abs. 1 Bst. c InfoDG) betreffen ist bereits dargelegt worden.

17. Der Versand von Rechnungen als solcher ist hingegen kein amtliches Dokument. Zum Umstand der Übertragung dieser Tätigkeit an einen externen Dienstleister bestehen indessen ohne Zweifel Dokumente in Form von Verträgen, Prozessen, Weisungen oder dergleichen. Solche Dokumente werden auf einem Informationsträger aufgezeichnet sein (§ 4 Abs. 1 Bst. a InfoDG) und sich im Besitz der soH befinden (§ 4 Abs. 1 Bst. b InfoDG). Dass der Rechnungsversand und deren mögliche Auslagerung auch die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (§ 4 Abs. 1 Bst. c InfoDG) betrifft, ist bereits dargelegt worden. Schliesslich ist zu betonen, dass sich die Information über den Beizug der B. AG als Dienstleisterin aus amtlichen Dokumenten ergibt, vorliegend aber bereits eine schriftliche Bestätigung der soH über das Bestehen oder nicht Bestehen des Vertragsverhältnisses ausreicht, um dem Gesuch des Gesuchstellers nachzukommen.

Zwischenergebnis: Die AAB und Informationen zur Übertragung des Rechnungsversands an einen externen Dienstleister sind amtliche Dokumente oder ergeben sich unmittelbar aus amtlichen Dokumenten i.S.v. § 4 InfoDG.

18. Die Beauftragte geht davon aus, dass es sich bei den AAB um standardisierte Vertragsbedingungen handelt, die auf mehrere Anstellungsverträge Anwendung finden. Insofern handelt es sich bei den AAB um eine Art von allgemeinen Geschäftsbedingungen («AGB»). Als solche ist nicht ersichtlich und auch nicht von der soH dargelegt, dass die AAB Personendaten enthalten würden.
19. Anders verhält es sich bei der Bekanntgabe eines Vertragspartners, weil dabei Personendaten veröffentlicht werden. In Vergangenheit musste die Beauftragte wiederholt den Zugang zu amtlichen Dokumenten, in denen Personendaten enthalten waren, d.h. das Verhältnis der Datenschutz- und Öffentlichkeitsbestimmungen im InfoDG, beurteilen. In einem jüngeren Entscheid bestätigte das Verwaltungsgericht in den wesentlichen Punkten die von der Beauftragten entwickelte Praxis. Es kam darin zum Schluss, dass das in Art. 11 Abs. 3 der Kantonsverfassung (KV; BGS 111.1) und in § 12 Abs. 1 InfoDG verankerte Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten eine genügende Rechtsgrundlage für den Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung darstelle. Insofern könnten Art. 11 Abs. 3 KV und § 12 Abs. 1 InfoDG als gesetzliche Grundlagen für die Bekanntgabe von Personendaten dienen, sofern die Bekanntgabe im öffentlichen Interesse liege und verhältnismässig sei (Urteil des Verwaltungsgerichts SOG 2020 Nr. 6 vom 17. August 2020 E. 5.1). Im Zentrum stehe eine Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen der Behörde und dem Zugangsinteresse des Gesuchstellers und der Öffentlichkeit (vgl. dazu auch BGE 142 II 340 E. 4.2 ff.; BVGer Urteil A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 8.4.1 ff.).
20. Vorliegend müssen die Interessen der B. AG an der Geheimhaltung ihrer Vertragsbeziehung gegenüber den Interessen des Gesuchstellers und der Öffentlichkeit am Zugang zu dieser Information abgewogen werden. Das Interesse an Transparenz über die eingesetzten Vertragspartner zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Bereich des kantonalen Leistungsauftrags ist nicht von der Hand zu weisen. Ohne Kenntnis über den Beizug von Dienstleistern, erscheint die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe für die Öffentlichkeit besonders intransparent. Eine solche Situation ist nicht mit dem Grundsatz der Verwaltungsöffentlichkeit vereinbar. Dass das Transparenzinteresse erheblich ausfällt in Bezug auf amtliche Dokumente, die Personen betreffen, welche in einer besonderen, vorteilsbringenden Beziehung zu einer

Behörde stehen, hat auch der Bund erkannt und dies entsprechend in Art. 6 Abs. 2 Bst. c der Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ; SR 152.31) festgehalten. Aus einer allfälligen Vertragsbeziehung zur soH, würden der B. AG unbestrittenermassen finanzielle Vorteile erwachsen, wodurch das öffentliche Interesse an der Kenntnis der Vertragsbeziehung gross ist. Bei B. AG handelt es sich um eine juristische Person, bei welcher die Schutzbedürftigkeit von Personendaten naturgemäss geringer ist als bei natürlichen Personen (BVGer Urteil A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.6.2; siehe auch BGer Urteil 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 6.4). Seitens der B. AG sind keine weiteren Interessen an der Geheimhaltung ersichtlich. Ausschlaggebend für die vorliegende Interessenabwägung ist schliesslich, dass der Geschwister keinen Zugang zum Inhalt der Vertragsdokumente, sondern einzig über die Existenz der Vertragsbeziehung Informationen verlangt. In einer solchen Konstellation muss der Grundsatz der Öffentlichkeit von amtlichen Dokumenten gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung überwiegen. Es verbleibt der Beauftragten, die soH darauf hinzuweisen, dass sie die B. AG als betroffene Dritte anzuhören und ihr den Rechtsweg zu gewähren hat, bevor sie die begehrte Information zugänglich macht.

Zwischenergebnis: Soweit das Zugangsgesuch überhaupt Personendaten betrifft, überwiegt das öffentliche Interesse an Transparenz gegenüber dem privaten Geheimhaltungsinteresse.

21. Die soH beruft sich auf ihre Geheimhaltungsinteressen, um den Zugang zu den begehrten Informationen zu verweigern (§ 13 Abs. 1 Bst. a InfoDG). Im Vordergrund stehen dabei mögliche Geschäftsgeheimnisse gemäss § 5 Abs. 1 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 einen Bezug zum Unternehmen aufweisen, die Informationen weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind (relative Unbekanntheit), der Geheimnisherr einen Geheimniswillen vorweist (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (objektives Geheimhaltungsinteresse) besteht (BVGer Urteil 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 Urteil A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.7). Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht (BGE 142 II 324 E. 3.4; BVGer Urteil A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4).
22. Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht gehen davon aus, dass mit der Einführung des BGÖ ein Paradigmenwechsel vollzogen worden ist und der Grundsatz der Geheimhaltung 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 haben in Vergangenheit in Bezug auf das BGÖ mehrmals bestätigt, dass die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung der Behörde beziehungsweise dem Geheimnisherrn obliegt (BGer Urteil 1C_428/2016 vom 27. September 2017 E. 2.3; BGE 142 II 324 E. 3.4; BVGer Urteil 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 (vgl. RRB Nr. 1653 vom 22. August 2000, 3, 6 und 8).
23. Die soH macht in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen geltend, die Lohnbedingungen erhaltenen Geschäftsgeheimnisse, die dem Zugang entgegenstehen würden. Bei einer Offenlegung würden der soH massive Wettbewerbsnachteile drohen. Insbesondere würde sich die

Verhandlungsposition der soH im Rekrutierungsverfahren verschlechtern. Dieser Argumentation kann die Beauftragte nicht folgen. Zunächst ist nicht ersichtlich, dass die AAB konkrete Lohnzahlen enthalten würden. Daraus dürfte allenfalls auf allgemeine Lohnrahmen bzw. Lohnstrukturen geschlossen werden. Die jährliche Veröffentlichung der Lohnbänder und des höchsten Lohns in ihrem Geschäftsbericht zeigt aber gerade, dass die soH die Wichtigkeit der Herstellung von Transparenz bezüglich derartiger Informationen erkannt hat (vgl. etwa Geschäftsbericht der soH 2020, 43). Ferner sind die AAB, als Art von allgemeinen Geschäftsbedingungen, gerade nicht verhandelbar, sondern vorbestimmt und standardisiert, weshalb die behauptete negative Auswirkung der Veröffentlichung auf die Verhandlungsposition nicht nachvollziehbar ist. Dass der Arbeitsmarkt um Kader- und Chefärzte hart umkämpft sei, wie die soH behauptet, mag zutreffen. Nichtsdestotrotz vermag die soH, die erforderliche Kausalität zwischen einer Veröffentlichung der AAB und einem wesentlichen Anstieg an Abwerbungen durch konkurrierende Arbeitgeber oder einer signifikanten Benachteiligung im Rekrutierungsprozess nicht schlüssig nachzuweisen. Insofern erscheinen die wirtschaftlichen Interessen der soH nicht erheblich beeinträchtigt zu sein. Umso weniger vermochte die soH darzulegen, dass Marktverzerrungen und/oder Wettbewerbsvorteile bei Konkurrenzunternehmen mit *hoher Wahrscheinlichkeit* eintreten würden. Die bloss abstrakte Gefährdungsmöglichkeit genügt aber gerade nicht. Zusammengefasst hat die soH es versäumt ein hinreichendes objektives Geheimhaltungsinteresse nachzuweisen. Dagegen ist das Interesse der Öffentlichkeit an den Anstellungsbedingungen von Kaderpersonal einer Behörde nicht von der Hand zu weisen, stehen solche doch immer wieder im Fokus von Medienberichterstattungen. Zu betonen ist ebenfalls, dass der Grundsatz der *transparenten* Betriebsführung der soH im Spitalgesetz sogar explizit verankert worden ist (§ 6 Abs. 3 SpiG). Bei einer solchen Interessenslage muss aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt die Zugänglichmachung der begehrten Dokumente folgen. Dass die Beauftragte zu einer abweichenden Würdigung der Interessenslage gelangen könnte, sollten die AAB ungewöhnliche bzw. unerwartete Bestimmungen beinhalten, ist nicht gänzlich auszuschliessen. Allerdings hat die soH das Risiko des nicht erbrachten Beweises zu tragen. Es sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass die soH in einem anderen sie betreffenden Schlichtungsverfahren vor der Beauftragten, die damals gültigen AAB dem Gesuchsteller bekanntgegeben hat, nachdem die Beauftragte eine entsprechende Empfehlung abgegeben hatte (Empfehlung der Beauftragten vom 28. September 2018, Ziff. 12).

24. Gegen die Offenlegung der für den Rechnungsversand eingesetzten Dienstleisterin, macht die soH geltend, dass die in ihren Verträgen enthaltenen Geheimhaltungsklauseln die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips nicht erlauben würden. Diese Auffassung verkennt, dass die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips als zwingendes öffentliches Recht nicht in der Disposition der Parteien steht (Urteil des Verwaltungsgerichts SOG 2020 Nr. 6 vom 17. August 2020 E. 5.3). Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann einzig aufgrund der im Gesetz geregelten Ausnahmen verweigert oder eingeschränkt werden (§ 13 InfoDG).
25. Dass vorliegend die Interessen der soH und ihrer Vertragspartnerin an der Geheimhaltung ihrer Vertragsbeziehung gegenüber den Interessen des Gesuchstellers und der Öffentlichkeit am Zugang zu dieser Information nicht überwiegen, ist bereits oben dargelegt worden (vgl. Ziff. 20). Die soH präsentiert auch keine nähere Begründung, weshalb ihre Geheimhaltungsinteressen dem Zugang entgegenstehen würden. Zusammenfassend ist weder ersichtlich noch nachgewiesen, dass die Veröffentlichung der begehrten Information erhebliche Nachteile für die soH bewirken würde.

Zwischenergebnis: Sofern private Geheimhaltungsinteressen dem Zugang zu den begehrten Dokumenten entgegenstehen, vermögen diese das öffentliche Interesse an Transparenz nicht zu überwiegen.

IV. Empfehlung

Aufgrund der vorangehenden Erwägungen empfiehlt die Beauftragte für Information und Datenschutz:

26. Die Solothurner Spitäler AG gewährt den Zugang zu den Allgemeinen Anstellungsbedingungen für Chefärzte und leitende Ärzte («AAB»).
27. Sofern die B. AG von der Solothurner Spitäler AG zum Rechnungsversand im Bereich des Leistungsauftrags tatsächlich beigezogen wird, informiert die Solothurner Spitäler AG die B. AG darüber, dass sie beabsichtigt, das Bestehen der Vertragsbeziehung bekannt zu geben. Auf Verlangen der B. AG erlässt die Solothurner Spitäler AG eine anfechtbare Verfügung über ihren Entscheid. Die Solothurner Spitäler AG gibt bekannt, ob sie die B. AG zum Rechnungsversand im Bereich des Leistungsauftrags bezieht, sobald a) die B. AG auf den Erlass einer Verfügung verzichtet, oder b) die verlangte Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist.
28. Die Solothurner Spitäler AG erlässt eine anfechtbare Verfügung zuhanden des Gesuchstellers, sofern sie beabsichtigt der Empfehlung der Beauftragten nicht Folge zu leisten. Der Gesuchsteller kann von der Solothurner Spitäler AG den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen, wenn er mit der Empfehlung der Beauftragten nicht einverstanden ist.
29. Die Empfehlung der Beauftragten kann veröffentlicht werden. Die Identität des Gesuchstellers und der B. AG ist davor zu anonymisieren.
30. Die Empfehlung wird zugestellt an:
 - den Gesuchsteller
 - die soH

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