

Astrid Epiney

Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze

**Aufgezeigt am Beispiel der für Mitarbeiterdaten privater
Spitäler massgeblichen gesetzlichen Vorgaben**

En cas de délégation de tâches publiques cantonales à des organismes privés, le droit cantonal en matière de protection des données est en principe applicable. Dans certaines situations toutefois, la loi fédérale peut également être déterminante. L'auteure se consacre à cette problématique, ou plus précisément à un aspect de celle-ci, à savoir la détermination des exigences légales en matière de protection des données — celles de la Confédération ou celles des cantons, la situation juridique dans le canton de Berne étant choisie à titre d'exemple — pour le traitement de données effectué par des hôpitaux privés. A ce propos, la contribution se focalise plutôt sur les données des employés que sur celles des patients.

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Protection des données; Confédération et cantons

Proposition de citation: Astrid Epiney, Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze, in : Jusletter 2 mars 2015

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung und Problemstellung
- B. Zum Anwendungsbereich des DSG und der kantonalen Datenschutzgesetze
- C. Das anwendbare Datenschutzrecht für die Bearbeitung von Mitarbeiterdaten durch (private) Spitäler
- D. Zusammenfassende Thesen und Schlussbemerkung
 - I. Zusammenfassung
 - II. Schlussbemerkung

A. Einleitung und Problemstellung

[Rz 1] Die föderale Struktur der Schweiz entfaltet auch Auswirkungen auf die im Bereich des Datenschutzes massgeblichen gesetzlichen Vorgaben: Während für **Bundesorgane** und **Private** nach Art. 2 Abs. 1 DSG das **Bundesgesetz** über den Datenschutz (DSG) zur Anwendung kommt, wird die Datenbearbeitung durch die Kantone bzw. **kantonale Behörden** durch die verschiedenen **kantonalen Datenschutzgesetze** geregelt, wobei (inzwischen) alle Kantone über entsprechende gesetzliche Regelungen verfügen.¹ Die Anwendbarkeit des jeweiligen Datenschutzgesetzes zieht dann auch die Zuständigkeit für die **Aufsicht** nach sich,² ein Aspekt, der angesichts der hier teilweise divergierenden Regelungen — z.B. in Bezug auf die Anmeldung oder die Vorabkontrolle von Datensammlungen — durchaus von Bedeutung sein kann.

[Rz 2] Diese Kompetenzverteilung wird zwar mitunter hinterfragt, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass die Aufsicht aufgrund der grösseren Nähe der kantonalen Behörden zu den Datenbearbeitern und den von Datenbearbeitungen Betroffenen auch in Bezug auf Private in dem Sinn dezentralisiert werden könnte, dass die kantonalen Behörden auch für die Aufsicht über letztere zuständig sein könnten bzw. sollten,³ wobei sich diesfalls die Frage nach dem genauen Kreis der erfassten Privaten stellte. Beim derzeitigen Stand der Dinge ist jedoch nicht ersichtlich, dass derartigen Bestrebungen in absehbarer Zeit Erfolg beschieden wäre, implizierten in diese Richtung gehende Vorschläge doch eine diesbezügliche Änderung des Datenschutzgesetzes des Bundes. Zwar soll dieses in nicht allzu ferner Zukunft modifiziert werden; nicht zur Debatte steht hier jedoch eine Änderung seines Anwendungsbereichs.⁴

[Rz 3] Während das anwendbare Recht immer dann relativ problemlos zu bestimmen ist, wenn entweder Bundesbehörden oder kantonale Behörden (in Erfüllung ihrer eigenen öffentlichen und durch Gesetz geregelten Aufgaben) handeln, kann es in all denjenigen Konstellationen zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, in denen die **Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben auf (öffentliche oder private) Institutionen** übertragen wird.

¹ Vgl. zum Datenschutz auf kantonaler Ebene im Einzelnen WALDMANN/OESCHGER, in: *Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid/Waldmann, Bernhard* (Hrsg.): *Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern 2011, § 13 (zit.: VERFASSEN, in: *Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht*).

² S. z.B. RUDIN: Ein Datenschutzgesetz — eine neue Aufsicht. Wege zur Verbesserung der Effizienz und Effektivität des Persönlichkeits- und Grundrechtsschutzes, *digma* 2011, 18 (19 f.); BELSER, in: *Maurer-Lambrou, Urs/Vogt, Nedim Peter* (Hrsg.): *Datenschutzgesetz. Basler Kommentar*, 2. Aufl., Basel 2006, Art. 3, Rn. 37 (zit.: VERFASSEN, in: *Maurer-Lambrou/Vogt, Datenschutzgesetz*); BLECHTA, in: *Maurer-Lambrou, Urs/Blechta, Gabor P.* (Hrsg.): *Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz. Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 DSG, Rn. 85 (zit.: VERFASSEN, in: *Maurer-Lambrou/Blechta, Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz*).

³ S. in diese Richtung RUDIN: Ein Datenschutzgesetz — eine neue Aufsicht. Wege zur Verbesserung der Effizienz und Effektivität des Persönlichkeits- und Grundrechtsschutzes, *digma* 2011, 18 ff.

⁴ Vgl. Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Datenschutzgesetzes vom 9. Dezember 2011, BBl 2012 335.

[Rz 4] Die vorliegende Untersuchung ist diesem Problemkreis bzw. einem Ausschnitt desselben gewidmet, nämlich der Frage, welche datenschutzrechtlichen Vorgaben — diejenigen des Bundes oder diejenigen der Kantone, wobei beispielhaft die Rechtslage im Kanton Bern herausgegriffen wird — für die **Datenbearbeitung durch private Spitäler** massgeblich sind (mit der bereits erwähnten Folge der entsprechenden Zuständigkeit der jeweiligen Aufsichtsbehörde). Dabei geht es weniger um Patientendaten, denn um **Mitarbeiterdaten**, ein Aspekt, der bislang — soweit ersichtlich — noch kaum untersucht wurde, liegt der Akzent der diesbezüglichen Abhandlungen bislang doch auf den Patientendaten.⁵

[Rz 5] Damit ergibt sich auch der **Aufbau** der folgenden Ausführungen: Auf der Grundlage der Skizzierung der für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze massgeblichen Grundsätze (B.) soll spezifisch danach gefragt werden, welche datenschutzrechtlichen Vorgaben für die Bearbeitung von Mitarbeiterdaten in privaten Spitälern gelten (C.). Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schliesslich in Thesenform zusammengefasst, an die sich eine kurze Schlussbemerkung anschliesst (D.).

B. Zum Anwendungsbereich des DSG und der kantonalen Datenschutzgesetze

[Rz 6] Das Datenschutzgesetz des Bundes — das nach Art. 2 Abs. 1 DSG sowohl für natürliche als auch für juristische Personen und somit auch für (private) Stiftungen und sonstige juristische Personen (wie z.B. Aktiengesellschaften) gilt — ist auf Datenbearbeitungen im privaten Bereich bzw. durch **Privatpersonen** und auf Datenbearbeitungen durch **Bundesorgane** anwendbar (Art. 2 Abs. 1 DSG). Die Datenbearbeitung durch **kantonale Behörden** hingegen wird durch die kantonale Datenschutzgesetzgebung geregelt. Entsprechend sind auch die (Aufsichts-) Kompetenzen der Datenschutzbehörden (Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter einerseits, kantonale Aufsichtsbehörden andererseits) ausgestaltet.⁶

[Rz 7] Die Datenbearbeitung durch **kantonale Behörden** fällt selbst dann nicht unter das DSG, wenn diese mit dem Vollzug von Bundesrecht betraut sind (Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG, s. auch Art. 37 DSG). Dies erklärt sich durch die in der Bundesverfassung (BV) vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, wonach eine Kompetenz des Bundes nur dann vorliegt, wenn diese ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen ist. So kennt die Verfassung keine Bestimmung, die die Aufgabe des Datenschutzes explizit dem Bund zuweist und ihn zu einer umfassenden Regelung des Datenschutzes ermächtigt; gleichwohl kommen dem Bundesgesetzgeber auch in diesem Bereich gewisse Kompetenzen zu, denn er kann immer dann (auch) datenschutzrechtliche Fragen im Rahmen einer Annexkompetenz «mitregeln», wenn ihm für den betreffenden Bereich eine entsprechende Sachkompetenz zukommt. Insofern stützt sich der Bundesgesetzgeber

⁵ S. z.B. jüngst RÜTSCHÉ: Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, *passim*, m.w.N.

⁶ S. RUDIN, BEAT: Ein Datenschutzgesetz — eine neue Aufsicht. Wege zur Verbesserung der Effizienz und Effektivität des Persönlichkeits- und Grundrechtsschutzes, *digma* 2011, 18 (19 f.); BELSER, in: Maurer-Lambrou/Vogt, Datenschutzgesetz, Art. 3, Rn. 37. S. auch schon EPINEY: Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen. Zu den datenschutzrechtlichen Vorgaben für öffentliche Organe des Bundes und der Kantone, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR), Jahrbuch 2010, Bern 2011, 5 (11). Die Ausführungen in diesem Abschnitt greifen teilweise die im zuletzt genannten Beitrag angestellten Überlegungen auf.

zum Erlass von Datenschutzrecht auf Annexkompetenzen zu seinen Sachkompetenzen, wobei Art. 122 Abs. 1 BV (Zivilrecht), Art. 123 Abs. 1 BV (Strafrecht) sowie die entsprechenden Kompetenzen zum Erlass von Prozessrecht und Art. 164 Abs. 1 lit. g BV als Kompetenz, Organisation und Verfahren der Bundesbehörden zu regeln, von besonderer Bedeutung sind.

[Rz 8] Unter den Begriff «**Bundesorgane**» fallen die Bundesverwaltung sowie Personen und Organisationen, die mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (Art. 3 lit. h DSG). Dabei sind unter **Behörden und Dienststellen des Bundes** alle Stellen der Bundesverwaltung (insbesondere Departemente, Bundesämter, Bundeskanzlei) sowie die eidgenössischen Anstalten (z.B. ETH, SUVA) zu verstehen. Im Einzelnen sind hier das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz sowie die dazugehörige Verordnung⁷ massgeblich.⁸

[Rz 9] Die Definition der **kantonalen Behörden** oder der öffentlichen Organe der Kantone richtet sich in der Regel nach ähnlichen Grundsätzen aus und ergibt sich im Einzelnen aus dem kantonalen (öffentlichen) Recht.

[Rz 10] Soweit Private rein privatrechtlich handeln und öffentliche Stellen öffentliche Aufgaben der jeweils «gleichen» Ebene (also Bundesstellen öffentliche Aufgaben des Bundes und kantonale Behörden öffentliche Aufgaben der Kantone) wahrnehmen, ist das anwendbare Recht somit relativ leicht zu bestimmen. Abgrenzungsschwierigkeiten kann es aber in denjenigen Fällen geben, in denen **die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben auf Private oder (andere) öffentliche Institutionen übertragen** wird.⁹ Art. 3 lit. h DSG sieht in diesem Zusammenhang vor, dass alle Personen als Bundesorgane anzusehen sind (mit der Folge der Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes des Bundes), «soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind». Die kantonalen Datenschutzgesetze enthalten ähnliche Regelungen. So ist z.B. das Datenschutzgesetz des Kantons Bern auch auf «Organe von Körperschaften und Anstalten sowie Private, soweit ihnen öffentliche Aufgaben übertragen sind», anwendbar (Art. 2 Abs. 6 lit. b (i.V.m. Art. 4 Abs. 1) Datenschutzgesetz des Kantons Bern (KDSG).

[Rz 11] Damit ist bei derartigen «**Übertragungskonstellationen**» entscheidend, ob es sich um **öffentliche Aufgaben des Bundes** handelt, was die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes des Bundes insoweit nach sich zieht, als Personendaten für die Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe des Bundes bearbeitet werden, oder ob es um **öffentliche Aufgaben der Kantone** geht (diesfalls sind insoweit die kantonalen Datenschutzgesetze anwendbar). Soweit erst gar **keine Betrauung mit öffentlichen Aufgaben** (des Bundes oder der Kantone) vorliegt oder die Datenbearbeitung nicht zur Wahrnehmung solcher öffentlichen Aufgaben erfolgt, sind (soweit Private handeln) die Vorgaben für die Datenverarbeitung durch **Private** (und damit das DSG mit der Aufsicht durch den EDÖB) heranzuziehen.

[Rz 12] Diese Grundsätze können durch folgende Beispiele illustriert werden:¹⁰

⁷ RVOG (SR 172.010) und RVOV (SR 172.010.1).

⁸ Vgl. JÖHRI, in: Rosenthal, David/Jöhri, Yvonne (Hrsg.): Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren ausgewählten Bestimmungen, Zürich u.a. 2008, Art. 3, Rn. 99 (zit.: VERFASSEN, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar DSG).

⁹ S. hierzu bereits, mit zahlreichen Beispielen, EPINEY: Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen. Zu den datenschutzrechtlichen Vorgaben für öffentliche Organe des Bundes und der Kantone, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR), Jahrbuch 2010, Bern 2011, 5 (12 f.).

¹⁰ S. auch JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar DSG, Art. 3, Rn. 100; BLECHTA, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz, Art. 3 DSG, Rn. 84 f.

- Als Bundesorgane sind die obligatorischen Unfallversicherer¹¹ sowie die vom Bund anerkannten Krankenversicherer anzusehen, jedenfalls soweit sie die bundesgesetzlich vorgesehenen öffentlichen Aufgaben wahrnehmen.
- Hingegen ist eine psychiatrische Klinik kein Bundesorgan im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG, da die psychiatrische Versorgung der Bevölkerung eine kantonale Aufgabe ist, woran sich auch dann nichts ändert, wenn die Klinik im Rahmen eines fürsorglichen Freiheitsentzugs (Art. 397a ff. Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB]) handelt.¹²
- Auch allgemein fällt das Gesundheitswesen, inkl. der Krankheitsbekämpfung, der Krankheitsbetreuung und der Vorsorge, in die Kompetenz der Kantone, so dass es hier in der Regel um öffentliche Aufgaben der Kantone geht.
- Gleiches gilt selbstredend für die obligatorische und nachobligatorische Ausbildung (mit Ausnahme der Tätigkeiten der eidgenössischen Anstalten), soweit diese als öffentliche Aufgaben zu qualifizieren sind.
- Ganz allgemein reicht es für die Bejahung einer öffentlichen Aufgabe des Bundes nicht aus, dass der Bund bestimmte Tätigkeiten (mit-) finanziert. Ausschlaggebend ist vielmehr, wem (Bund oder Kantone) die konkrete Organisation und Durchführung der Tätigkeiten obliegt. So ist etwa auch die Spitex — trotz der Bundessubventionierung — als öffentliche Aufgabe der Kantone anzusehen (soweit ihre Aufgaben gesetzlich verankert sind und sie ihre Leistungen aufgrund eines Leistungsauftrags kantonalen Behörden erbringt),¹³ da der Bund selbst in diesem Bereich gerade nicht tätig wird (und auch nicht tätig werden darf).¹⁴

[Rz 13] Ob und inwieweit eine **Übertragung öffentlicher Aufgaben** vorliegt, ist somit anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Entscheidend dürfte nicht nur sein, ob die betrauten Organisationen (anderen) Privaten aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Regelung übergeordnet sind (also hoheitlich tätig sind), sondern auch, ob aufgrund sonstiger Kriterien — z.B. die Finanzierung durch das Gemeinwesen, die Übertragung bestimmter Aufgaben durch Leistungsvereinbarung oder ein mehr oder weniger (sonstiger) direkter Einfluss des Staates auf die Aufgabenerfüllung — von einer Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben auszugehen ist.¹⁵ Jedenfalls die Trägerschaft der Organisation ist nicht ausschlaggebend. So sind etwa Privatkliniken, die auch — gestützt auf einen Vertrag oder eine Leistungsvereinbarung mit den zuständigen kantonalen Behörden oder aufgrund gesetzlicher Regelungen — sog. kantonale Patienten aufnehmen, insoweit dem kantonalen Datenschutzgesetz unterstellt.¹⁶ Ausschlaggebend wird somit regelmässig sein, ob es um Aufgaben geht, die auf der Grundlage des geltenden Verfassungs- oder Gesetzesrechts erfüllt werden müssen, wobei in der Regel eine irgendwie geartete Übertragung (bereits durch das Gesetz oder aber durch Behörden) vorliegen wird, die mit der Pflicht zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einhergeht. Im Einzelnen kann es allerdings mitunter schwierig sein festzustellen, ob eine Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe vorliegt.¹⁷

¹¹ BGE 123 II 536 E. 1a, 3c.

¹² BGE 122 I 153 E. 2c. S. auch Urteil des Bundesgerichts 1P.49/2007 vom 16. April 2007.

¹³ Bei Fehlen einer solchen gesetzlichen Verankerung handelte es sich um das Handeln eines Privaten (ist die Spitex doch in der Regel privat organisiert), auf diesen Aspekt hinweisend auch etwa BLECHTA, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz, Art. 3 DSG, Rn. 85.

¹⁴ Gutachten Bundesamt für Justiz, VPB 70.54.

¹⁵ Gutachten Bundesamt für Justiz, VPB 70.54.

¹⁶ BGE 122 I 153 E. 2 e, f.

¹⁷ Vgl. im Einzelnen hierzu, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung, RÜTSCHÉ: Datenschutzrechtliche

[Rz 14] Jedenfalls implizieren diese aus der gesetzlichen Regelung folgenden Grundsätze, dass **Private** sowohl **öffentliche Aufgaben** wahrnehmen als auch (nur) **privatrechtlich** tätig sein können, so dass sie — soweit es sich um kantonale öffentliche Aufgaben handelt — in Bezug auf erstere dem anwendbaren kantonalen Datenschutzgesetz unterliegen, während sie für den privatrechtlichen Bereich dem Datenschutzgesetz des Bundes unterstehen. Aber auch bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben des Bundes durch Private ist eine «Zersplitterung» anzunehmen, da im Falle der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben die für öffentliche Behörden geltenden Vorgaben zur Anwendung kommen, die im Vergleich zu den für Private massgeblichen Vorgaben strenger ausgestaltet sind. Dieser Schluss folgt zwingend bereits aus der gesetzlichen Formulierung («soweit», vgl. Art. 3 lit. h DSG, Art. 2 Abs. 6 lit. b KDSG), die impliziert, dass Private eben nicht vollumfänglich bereits dann als Behörde im Sinne des Datenschutzgesetzes des Bundes oder der Kantone anzusehen sind, wenn sie auch öffentliche Aufgaben erfüllen, sondern lediglich «soweit» sie solche Aufgaben wahrnehmen bzw. «soweit» ihnen solche übertragen wurden, so dass es grundsätzlich auch einen Bereich geben können muss, der eben nicht die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betrifft. Damit sehen sich Private mit der Situation konfrontiert, dass sie zwei unterschiedlichen datenschutzrechtlichen Vorgaben — je nachdem, ob sie in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben handeln oder nicht — unterworfen sind mit der Folge, dass auch die Aufsichtskompetenzen des EDÖB auf der einen Seite und der kantonalen Aufsichtsbehörden auf der andere Seite parallel in Bezug auf dieselbe Institution zur Anwendung kommen (können), so dass die betroffenen Institutionen bzw. Personen jeweils **zwei unterschiedlichen Datenschutzregimes** sowie **zwei Aufsichtsbehörden** — je nach Tätigkeitsbereich — unterliegen (können). Insofern impliziert die geltende Rechtslage also eine **Absage an ein einheitliches Datenschutzregime** für eine (juristische oder natürliche) Person.¹⁸ Allerdings kann eine solche «Trennung» der Datenschutzregimes nur in denjenigen Konstellationen zum Zuge kommen, in denen die Datenbearbeitung in Erfüllung der öffentlichen Aufgaben von derjenigen in der Wahrnehmung rein privater Aufgaben getrennt werden kann; ist dies nicht möglich (wie z.B. bei der stationären Behandlung von Privatpatienten, die teilweise von der Grundversicherung gedeckt wird),¹⁹ ist für den gesamten fraglichen Vorgang von einer Datenbearbeitung in Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe auszugehen.²⁰

[Rz 15] Zwar ist diese Situation zweifellos nicht ganz befriedigend, wobei neben der Komplexität, die diese für die Betroffenen nach sich zieht (müssen diese doch zwei Datenschutzregimes je nach Tätigkeit anwenden),²¹ insbesondere auch die Rechtsunsicherheit hervorzuheben ist, ist

Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, 12 ff. Auf die Abgrenzungsschwierigkeiten auch hinweisend BLECHTA, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz, Art. 3 DSG, Rn. 85.

¹⁸ Ausdrücklich so auch Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Urteil 100.2012.119U vom 4. Februar 2013, E. 3.6; ebenso die soweit ersichtlich einhellige Literatur RÜTSCHÉ: Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, 12 ff., 48 ff.; MEIER: Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2011, Rn. 600, 603; JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar DSG, Art. 3, Rn. 104; BELSER, in: Maurer-Lambrou/Vogt, Datenschutzgesetz, Art. 3, Rn. 35; MAURER-LAMBROU/KUNZ, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz, Art. 2 DSG, Rn. 14; BLECHTA, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz, Art. 3 DSG, Rn. 83.

¹⁹ S. diese Konstellation erwähnt, m.w.N. aus der Rechtsprechung, bei RÜTSCHÉ: Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, 38 f.

²⁰ So auch JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar DSG, Art. 3, Rn. 104; BELSER, in: Maurer-Lambrou/Vogt, Datenschutzgesetz, Art. 3, Rn. 35; MAURER-LAMBROU/KUNZ, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz, Art. 2 DSG, Rn. 14.

²¹ Hinzu kommt möglicherweise — gerade bei Krankenversicherern — noch die Gefahr eines unzureichenden Daten-

es doch nicht immer klar, ob eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vorliegt. Die in dieser Untersuchung im Mittelpunkt stehende Frage, ob die Bearbeitung der Mitarbeiterdaten durch ein privates Spital, das auch öffentliche Aufgaben wahrnimmt, ihrerseits eine öffentliche Aufgabe darstellt, vermag dies deutlich zu illustrieren, geht es doch notwendigerweise um Personen, die selbst öffentliche Aufgaben wahrnehmen, so dass auch ihre Anstellung in diesem Zusammenhang gesehen werden könnte, während auf der anderen Seite zu beachten ist, dass die Anstellung selbst zunächst einmal keine öffentliche Aufgabe darstellt, auch wenn der erwähnte mittelbare Zusammenhang besteht.²²

[Rz 16] Auf der Grundlage der geltenden Rechtslage — die letztlich auch in engem Zusammenhang mit der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen und damit dem föderalen Staatsaufbau zu sehen ist — führt jedoch kein Weg an diesem «Trennungsgrundsatz» vorbei: So spricht — wie bereits erwähnt — schon der klare Wortlaut sowohl des Art. 3 lit. h DSG als auch des Art. 2 Abs. 6 lit. b (i.V.m. Art. 4 Abs. 1) KDSG für diesen Ansatz, ist hier doch die Rede davon, dass Private als Bundesorgane bzw. kantonale Behörden im Sinne des Datenschutzgesetzes anzusehen sind, «soweit» sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen, was impliziert, dass dies eben nicht der Fall ist, «soweit» die Privaten keine öffentlichen Aufgaben erfüllen.²³ Auch die Rechtsprechung legt diese Sicht zugrunde, so wenn sie bei Privaten jeweils prüft, ob die Datenbearbeitung in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgte oder nicht bzw. (im Zusammenhang mit der Tätigkeit öffentlicher Institutionen) danach fragt, ob es um öffentliche Aufgaben des Bundes oder der Kantone geht oder eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Beispielfhaft sei etwa auf folgende Fallgestaltungen hingewiesen, in denen die jeweiligen Qualifikationen eine Zweigleisigkeit der Geltung datenschutzrechtlicher Vorgaben implizieren (wenn auch mitunter keine datenschutzrechtlichen Fragen im Zentrum standen):

- Eine öffentliche Aufgabe liege nicht vor, wenn ein in einem öffentlichen Spital tätiger Chefarzt Privatpatienten behandelt.²⁴
- Die Behandlung von («kantonalen») Patienten in einer privaten psychiatrischen Klinik stellt eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dar.²⁵
- Soweit öffentliche oder öffentlich subventionierte private Spitäler im Grundversorgungsbe- reich tätig sind, nehmen sie öffentliche Aufgaben wahr.²⁶
- Zwar erfüllen die SBB als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts öffent- liche Aufgaben; jedoch werden sie auch — soweit sie z.B. Transportleistungen erbringen —

schutzes insofern, als die Krankenversicherer sowohl in Erfüllung öffentlicher Aufgaben als auch privatrechtlich tätig sind und beide Tätigkeitsbereiche mitunter (eng) miteinander verknüpft sind, vgl. zum Problemkreis PRIEUR: Unzureichender Schutz der Gesundheitsdaten bei den Krankenversicherern, in: Jusletter 18. Februar 2008.

²² Vgl. im Einzelnen unten C.

²³ Vgl. insoweit auch BELSER, in: Maurer-Lambrou/Vogt, Datenschutzgesetz, Art. 3, Rn. 35, der darauf hinweist, dass es im Entwurf des Bundesrates nicht «soweit», sondern «die» (mit öffentlichen Aufgaben betraut sind) geheissen habe, was in der Tat impliziert hätte, dass solche Personen oder Institutionen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, voll- umfänglich als öffentliche Organe anzusehen gewesen wären. Die Modifikation zu «soweit» lässt also — neben dem Wortlaut als solchen — ebenfalls darauf schliessen, dass es hier nur um eine teilweise Anwendung der Bestimmun- gen über öffentliche Organe geht.

²⁴ BGE 122 III 101 E. 2a; BGE 115 Ib 175 E. 2. Dies ändert aber nichts daran, dass diese Tätigkeit auf der Grundlage des Prinzips der Einheit der Haftungsgrundlage in Bezug auf die Staatshaftung dem kantonalen Staatshaftungsrecht untersteht.

²⁵ BGE 122 I 153 E. 2e.

²⁶ BGE 132 V 6 E. 2.5.4; Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Urteil 100.2012.119U vom 4. Februar 2013 E. 3.

privatrechtlich tätig, so dass sie insoweit den Bestimmungen des DSG über Private unterliegen, so wenn sie z.B. Kundendaten bearbeiten.²⁷

- Die Post erfüllt im Bereich der Grundversorgung im Sinne des Art. 92 Abs. 2 BV eine staatliche Aufgabe, nicht jedoch bei den Wettbewerbsdiensten.²⁸
- Private Zertifizierungs- oder Akkreditierungsorganisationen nehmen insoweit öffentliche Aufgaben wahr, als sie von staatlichen Organen akkreditiert sind und ihren Tätigkeiten bzw. Entscheidungen bestimmte gesetzlich vorgesehene Rechtsfolgen zukommen.

[Rz 17] Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch erwähnt, dass auch in spezialgesetzlichen Regelungen von einer derartigen «Zweigleisigkeit» der Tätigkeiten einer (juristischen) Person ausgegangen wird mit der Folge, dass für unterschiedliche Tätigkeitsbereiche derselben Person oder Institution jeweils unterschiedliche rechtliche Vorgaben zum Zuge kommen, soweit es um Datenbearbeitungen geht. So sieht Art. 16a EBG²⁹ vor, dass die Datenbearbeitung von Inhabern von Konzessionen (nur) für ihre konzessionierten Tätigkeiten den für öffentliche Organe geltenden Art. 16 ff. DSG untersteht. Eine ähnliche Vorschrift enthält Art. 54 PBG³⁰, wobei die zuletzt genannte Vorschrift noch ausdrücklich darauf hinweist, dass im Falle des privatrechtlichen Handelns Art. 12 ff. DSG zum Zuge kommen. Da konzessionierte Tätigkeiten in aller Regel als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben anzusehen sind, dürften sich diese Grundsätze bereits aus Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 3 lit. h DSG ergeben; spezialgesetzliche Vorschriften wie die genannten stellen dies nur klar, wobei eine solche Klarstellung der Rechtssicherheit förderlich ist.

[Rz 18] **Zusammengefasst** sind somit in Bezug auf die Anwendbarkeit der Datenschutzgesetze in Abhängigkeit vom Datenbearbeiter folgende **Konstellationen** möglich:

- Soweit **öffentliche Organe des Bundes** handeln, findet das Datenschutzgesetz des Bundes Anwendung, wobei im Falle einer privatrechtlichen Tätigkeit des Bundesorgans die Bestimmungen über das Bearbeiten von Personendaten durch Private gelten (Art. 23 DSG).
- Soweit **öffentliche Organe der Kantone** handeln, bestimmt sich die Anwendbarkeit der einschlägigen kantonalen Vorgaben grundsätzlich nach den kantonalen Datenschutzgesetzen. Im Einzelnen ist jedoch Folgendes zu präzisieren:
- Nehmen die kantonalen Behörden öffentliche Aufgaben der Kantone wahr, ist das kantonale Datenschutzgesetz anwendbar.
- Soweit sie jedoch — was ausnahmsweise der Fall sein kann — öffentliche Aufgaben des Bundes wahrnehmen, ist das Datenschutzgesetz des Bundes anwendbar.
- Sodann sehen mehrere kantonale Datenschutzgesetze — ähnlich wie Art. 23 DSG — Ausnahmen vom Geltungsbereich des kantonalen Datenschutzgesetzes insoweit vor, als ein öffentliches Organ am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt und nicht hoheitlich handelt (s. z.B. Art. 4 Abs. 2 lit. a KDSG).
- Auf **Private** ist das Datenschutzgesetz des Bundes anwendbar. Dies gilt jedoch insoweit nicht, als die Privaten **öffentliche Aufgaben der Kantone** wahrnehmen; insoweit sind — auf der

²⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-420/2007 vom 3. September 2007 E. 1.2, 1.4.

²⁸ BGE 129 III 35 E. 5.2.

²⁹ Eisenbahngesetz vom 29. Dezember 1957 (EBG), SR 742.101.

³⁰ Bundesgesetz über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) vom 20. März 2009, SR 745.1.

Grundlage der einschlägigen kantonalen Datenschutzgesetze — diese heranzuziehen.³¹

[Rz 19] «**Private**» im Sinne des Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG sind nach allgemeiner Meinung natürliche oder juristische Personen, die die Daten im Rahmen einer durch das Privatrecht geregelten Rechtsbeziehung bearbeiten.³² Diese Einschränkung dürfte aber letztlich bereits durch Art. 3 lit. h DSG erfasst sein, wonach auch Private als Bundesorgane anzusehen sind, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind. Insoweit bräuchte es die Bezugnahme auf die Massgeblichkeit des Privatrechts für die in Frage stehende Rechtsbeziehung letztlich nicht; entscheidend für die Frage, ob ein Privater als solcher oder als öffentliches Organ (des Bundes oder eines Kantons) anzusehen ist, wird immer sein, ob er im Rahmen der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben tätig wird oder nicht.

[Rz 20] Fraglich könnte noch die Einordnung solcher (juristischer) Personen sein, die massgeblich durch die **öffentliche Hand finanziert** und / oder **kontrolliert** werden, was in der Regel auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Beispiele in diesem Zusammenhang sind die SBB, der Schweizerische Nationalfonds oder in der Form von Stiftungen oder Aktiengesellschaften errichtete (Universitäts-) Spitäler. Im Einzelnen differieren die gesetzlichen Grundlagen und die genauen Rechtsformen,³³ wobei sich der öffentlich-rechtliche Charakter regelmässig im Gefolge einer gesetzlichen Grundlage ergeben wird, so dass solche öffentlich-rechtlichen Anstalten, öffentlich-rechtliche Stiftungen oder öffentliche Unternehmen gerade keine juristischen Personen des Privatrechts darstellen bzw. öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform oder spezialgesetzliche Aktiengesellschaften sind. Ob sie als solche schon aufgrund ihres öffentlich-rechtlichen Charakters als Bundesorgane oder kantonale Behörden anzusehen sind, hängt massgeblich von der **Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlagen** ab:

- Soweit solche Einheiten aufgrund der **gesetzlichen Vorgaben** als solche als «Behörden oder Dienststellen des Bundes» (Art. 3 lit. h DSG) oder als «Amtsstellen des Staates und der Gemeinden mit ihren Mitarbeitern» (Art. 2 Abs. 6 lit. a KDSG) anzusehen sind, unterliegen alle ihre Tätigkeiten (in Bezug auf den Datenschutz) dem öffentlich-rechtlichen Regime, sind sie doch als solche in ihren **gesamten Tätigkeitsbereichen** vollumfänglich als **öffentliche Organe** anzusehen. So werden etwa auf Bundesebene gewisse «dezentralisierte Verwaltungseinheiten» auf der Grundlage des Art. 2 Abs. 3 RVOG i.V.m. den Organisationserlassen als Teil der Bundesverwaltung und damit als Bundesorgane — zu denen nach Art. 3 lit. h DSG von vornherein alle «Behörden und Dienststellen des Bundes» gehören — eingestuft. Weiter kann in den gesetzlichen Grundlagen vorgesehen sein, dass bestimmte Rechtsverhältnisse (z.B. das Anstellungsverhältnis) nach den öffentlich-rechtlichen Vorgaben ausgestaltet sind mit der Folge, dass insoweit auch die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Datenschutzbestimmungen zur Anwendung kommen.³⁴

³¹ Ausdrücklich Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Urteil 100.2012.119U vom 4. Februar 2013 E. 3.

³² Vgl. MEIER: Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2011, Rn. 361; ROSENTHAL/JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar DSG, Art. 2, Rn. 15; BELSER, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 7, Rn. 57; MAURER-LAMBROU/KUNZ, in: Maurer-Lambrou/Blehta, Datenschutzgesetz — Öffentlichkeitsgesetz, Art. 2 DSG, Rn. 11; s. auch BBl 1988 II 413, 440.

³³ Vgl. im Einzelnen zu den verschiedenen möglichen Rechtsformen z.B. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, §§ 7 ff.

³⁴ S. insoweit etwa Empfehlung des EDÖB gemäss Art. 27 DSG betreffend Drogen- und Alkoholtests bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), 15. Tätigkeitsbericht, 2007—2008, 71 f.: In der Empfehlung stützt der EDÖB seine Kompetenz massgeblich auf Art. 15 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen, SBBG (SR 742.31), und Art. 2 Abs. 1 lit. d Bundespersonalgesetz, BPG (SR 172.220.1), wonach das Bundespersonalrecht auch auf das

- Soweit die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen jedoch gerade nicht vorsehen, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten, öffentlich-rechtlichen Stiftungen oder öffentlichen Unternehmen als solche Teil der Verwaltung sind oder soweit es sich um «echte» Private handelt, sind sie nur insoweit als Behörden anzusehen, wie sie **öffentliche Aufgaben wahrnehmen** bzw. mit solchen betraut sind.³⁵

[Rz 21] Schliesslich bleibt noch zu bemerken, dass die Frage, ob und inwieweit öffentlich-rechtliche Anstalten, öffentlich-rechtliche Stiftungen oder öffentliche Unternehmen an **Grundrechte** gebunden sind,³⁶ für die vorliegend zu beantwortende Frage des einschlägigen Datenschutzregimes nicht von Bedeutung sein dürfte: Soweit die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Frage steht, ist nach Art. 35 Abs. 2 BV eine vollumfängliche Bindung an die Grundrechte gegeben,³⁷ wobei die Grundrechtsbindung die Folge der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist, so dass sie nicht zur Beantwortung der Frage, ob es um eine öffentliche Aufgabe geht, herangezogen werden kann.³⁸ Soweit es nicht um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben geht, ist zwar umstritten, wie weit die Grundrechtsbindung hier geht; jedenfalls kann eine solche (auch wenn sie anzunehmen sein sollte) aber keinesfalls dazu führen, dass die betroffenen Personen — entgegen Art. 3 lit. h DSG bzw. der entsprechenden kantonalen Bestimmungen — doch als öffentliche Organe und nicht als Private anzusehen wären: Denn zwar führte dies zur Massgeblichkeit u.a. des Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre und Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten); jedoch ist — ohne dass dies im vorliegenden Zusammenhang vertieft werden könnte — davon auszugehen, dass auch die für Private hier geltenden gesetzlichen Vorgaben (Art. 4 ff., Art. 12 ff. DSG) den Anforderungen für die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen genügen, insbesondere, wenn man bedenkt, dass dem Gesetzgeber in diesem Zusammenhang in Abhängigkeit von der Art der Tätigkeiten und der Akteure ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen ist³⁹ und Art. 12 ff. DSG einer grundrechtskonformen Auslegung zugänglich sind.

C. Das anwendbare Datenschutzrecht für die Bearbeitung von Mitarbeiterdaten durch (private) Spitäler

[Rz 22] Ausgehend von den erörterten Grundsätzen geht es im Folgenden darum, diese auf die Frage anzuwenden, welchem datenschutzrechtlichen Regime personenbezogene Daten von Mitarbeitern privater Spitäler, die auch öffentliche Aufgaben wahrnehmen, unterliegen, eine Frage-

Personal der SBB Anwendung findet, so dass es um Bundespersonal gehe und die anstellende SBB infolgedessen als Bundesorgan im Sinne des Art. 3 lit. h DSG anzusehen sei.

³⁵ S. insoweit in Bezug auf die SBB Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-420/2007 vom 3. September 2007 E. 1.2, 1.4; in Bezug auf privatrechtlich organisierte Spitäler, die durch ihre «Einbindung» in die Gesundheitsversorgung eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrnehmen und insoweit auch staatlich finanziert werden, Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Urteil 100.2012.119U vom 4. Februar 2013 E. 3.

³⁶ Zum Problemkreis TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 10, Rn. 22 ff.

³⁷ Wobei man sich noch fragen kann, ob die Frage, ob eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben anzunehmen ist, im Rahmen des Art. 35 Abs. 2 BV einerseits und der Datenschutzgesetzgebung andererseits in jedem Fall nach denselben Kriterien zu beantworten ist, eine Problematik, der vorliegend nicht nachgegangen werden kann, die aber auch im Zusammenhang mit dieser Untersuchung nicht von Bedeutung sein dürfte.

³⁸ S. insoweit auch RÜTSCH: Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, 23 f.

³⁹ Zu diesem Z.B. BELSER/WALDMANN/MOLINARI: Grundrechte I. Allgemeine Grundrechtslehren, Zürich 2012, 97. Im Einzelnen zur Tragweite des Art. 13 BV BELSER, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6.

stellung, die — soweit ersichtlich — bislang weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung als solche im Einzelnen erörtert wurde. Dabei spielen nach dem Gesagten in diesem Zusammenhang selbstredend die für das jeweilige Spital ggf. einschlägigen (öffentlich-rechtlichen) gesetzlichen Grundlagen eine zentrale Rolle, so dass diese jeweils zu konsultieren und zu analysieren sind. Gleichwohl kann der skizzierten Problematik durchaus auch bereichsübergreifend bzw. losgelöst von einem spezifischem Spital nachgegangen werden, sofern die entscheidenden Parameter klargestellt werden.

[Rz 23] In diesem Sinn können die Ausgangspunkte (in Bezug auf die für das jeweilige Spital massgeblichen rechtlichen Grundlagen) für die nachfolgenden Erwägungen wie folgt umrissen werden:

- Es handelt sich um ein **privates Spital**, so dass die Organisationsform eine solche des Privatrechts ist.
- Das Spital ist **nicht** — auf der Grundlage der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorgaben — als **öffentliche (kantonale) Behörde** anzusehen, die allein schon deshalb in ihrem gesamten Tätigkeitsbereich als öffentliches Organ anzusehen wäre.
- Auch das Personal ist **nicht** dem **kantonalen Personalrecht** unterstellt, sondern die Anstellungen erfolgen auf privatrechtlicher Grundlage.
- Schliesslich ist davon auszugehen, dass das Spital auch — in Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen insbesondere auf Bundesebene⁴⁰ — **öffentliche Aufgaben** wahrnimmt.

[Rz 24] Die Art und Weise der Übertragung öffentlich-rechtlicher Aufgaben auf Spitäler bzw. deren Finanzierung erfuhr jüngst eine Modifikation;⁴¹ für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung dürften die Einzelheiten hier jedoch nicht relevant sein: Denn die **öffentlichen Aufgaben** betreffen in jedem Fall lediglich **verschiedene Leistungen der Spitäler** sowie mitunter **Tätigkeiten** in der Lehre und Forschung, so dass es immer um die erbrachten (Gesundheits-) Leistungen oder mit diesen im Zusammenhang stehende Aktivitäten als solche geht. Nicht direkt von den gesetzlichen Grundlagen erfasst sind jedoch jedenfalls die Anstellungen der diese durchführenden Personen als solche; m.a.W. knüpfen die die öffentlichen Aufgaben betreffenden bzw. diese auf gewisse (private) Spitäler übertragenden gesetzlichen Grundlagen ausschliesslich an die Natur der Tätigkeit als solche und nicht an die diese ausführenden Personen an. Die Frage, ob und inwieweit die Anstellung der Mitarbeitenden von privaten Institutionen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, selbst eine öffentliche Aufgabe im Sinne des jeweils einschlägigen Datenschutzgesetzes ist, stellt sich insoweit unabhängig von der genauen Definition der öffentlichen Aufgaben bzw. deren Reichweite im Gesundheitswesen.⁴²

[Rz 25] Deutlich wird damit die im vorliegenden Zusammenhang entscheidende Frage, nämlich ob auch die Anstellung des Personals in einem privaten Spital (soweit die soeben skizzierten Aus-

⁴⁰ Vgl. insbesondere das Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung, KVG (SR 832.10). Im Einzelnen hierzu RÜTSCHÉ, BERNHARD: Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, 26 ff.

⁴¹ Hierzu Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Urteil 100.2012.119U vom 4. Februar 2013 E. 3.3; RÜTSCHÉ: Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, 26 ff.

⁴² Im Einzelnen zur Rechtsnatur von Spitalleistungen und damit zur Frage, unter welchen Voraussetzungen hier eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben anzunehmen ist, RÜTSCHÉ, BERNHARD: Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, 26 ff.

gangspunkte vorliegen) selbst eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben darstellt, so dass hier davon gesprochen werden kann, dass den Privaten auch insoweit eine öffentliche Aufgabe im Sinn des (am Beispiel des Kantons Bern) Art. 2 Abs. 6 lit. b KDSG übertragen wurde. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist letztlich, wie eng der **Bezug einer bestimmten Tätigkeit zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe** ausfallen muss, m.a.W. und bezugnehmend auf die hier im Zentrum stehende Frage, ob lediglich die «direkt» als öffentliche Aufgaben anzusehenden Leistungen bzw. Tätigkeiten als übertragene öffentliche Aufgaben anzusehen sind (mit der Folge, dass die hierfür direkt erforderlichen Datenbearbeitungen, also insbesondere die entsprechenden Patientendaten oder die Forschungsdaten, dem öffentlich-rechtlichen Regime und damit, bei Spitälern, dem jeweils einschlägigen kantonalen Datenschutzgesetz unterliegen) oder ob auch ein nur mittelbarer Zusammenhang ausreicht, also in unserem Zusammenhang die Anstellung des Personals, das die erwähnten öffentlichen Aufgaben erfüllt und deren Daten im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis bearbeitet werden.

[Rz 26] Auf den ersten Blick könnte Vieles für den Ansatz sprechen, dass bereits ein nur **mittelbarer Bezug zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben** im Allgemeinen ausreichen kann und insbesondere auch bei der Anstellung des Personals, das (auch) öffentliche Aufgaben wahrnimmt, im Rahmen der Übertragung der jeweiligen öffentlichen Aufgaben gehandelt wird: Denn die Erbringung der zweifellos öffentliche Aufgaben darstellenden (Gesundheits-) Leistungen oder die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben darstellenden Tätigkeiten ist von vornherein nur unter der Voraussetzung möglich, dass das hierfür notwendige Personal zur Verfügung steht, woraus geschlossen werden könnte, dass es insoweit — zumindest soweit das Personal «direkt» öffentliche Leistungen erbringt (z.B. als Pflegepersonal) — auch um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben geht.

[Rz 27] Bei einer näheren Betrachtung vermag dieser Schluss jedoch aus verschiedenen Gründen nicht zu überzeugen, so dass im Ergebnis nur die **«direkt» eine öffentliche Aufgabe darstellende Tätigkeit** erfasst ist:

- Zunächst ist die eigentlich übertragene öffentliche Aufgabe die jeweils zu erbringende Leistung im Gesundheitswesen (oder auch in der Forschung), nicht hingegen die Anstellung der diese Leistung erbringenden Personen, die hiervon auch durchaus getrennt werden kann. Deutlich wird damit auch, dass der gesetzlich vorgesehene Anknüpfungspunkt (Übertragung bzw. Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben) notwendigerweise **tätigkeitsbezogen** ist: Die zu erbringenden Leistungen oder die durchzuführenden Tätigkeiten werden definiert, wobei die Art und Weise ihrer Wahrnehmung im Rahmen der gesetzlichen Grundlagen bzw. der Leistungsaufträge den betroffenen Institutionen überantwortet ist (wobei selbstverständlich ggf. bestehende Vorgaben des Zugangs zu gewissen Berufen zu beachten sind, was im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht relevant ist). Die «Tätigkeit» der Anstellung der öffentlichen Aufgaben wahrnehmenden Personen gehört aber gerade nicht zu den in den gesetzlichen Grundlagen definierten öffentlichen Aufgaben, die lediglich die von ihnen durchgeführten Tätigkeiten erfassen, so dass die Anstellung der hiermit befassten Personen lediglich «Mittel zum Zweck» ist, strukturell insoweit ähnlich wie die Zurverfügungstellung von Infrastruktur.
- Hintergrund der Erstreckung der für öffentliche Organe geltenden datenschutzrechtlichen Regelungen auch auf Private, soweit diese öffentliche Aufgaben wahrnehmen, dürfte in erster Linie der Umstand sein, dass diejenigen Personen, deren Daten bei der **Wahrnehmung dieser öffentlichen Aufgaben** bearbeitet werden, dem **grundsätzlich strengeren Datenschutz-**

regime für öffentliche Organe — und nicht demjenigen für Private — unterliegen sollen.⁴³ Denn die Tätigkeiten sind solche, die als im öffentlichen Interesse liegend bzw. als öffentliche Aufgabe definiert werden, so dass die hiervon Betroffenen einen ähnlichen Schutz wie gegenüber staatlichem Handeln geniessen sollen, sind sie doch häufig zumindest faktisch gezwungen, die entsprechenden Leistungen in Anspruch zu nehmen (wie bei der Gesundheitsversorgung) bzw. sie können sich dem Handeln des betreffenden Privaten kaum entziehen. Diese Erwägungen greifen jedoch in Bezug auf diejenigen Tätigkeiten der Privaten, die gerade nicht als solche die Erbringung derjenigen Leistungen bzw. diejenigen Tätigkeiten betreffen, die als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben definiert werden, gerade nicht. Denn hier geht es nicht um die öffentlichen Aufgaben und deren Erfüllung als solche, sondern lediglich um die Sicherstellung derjenigen «Rahmenbedingungen», die hierfür notwendig sind. Bei deren Gestaltung jedoch ist nicht ersichtlich, warum das (strengere) Datenschutzregime für öffentliche Organe zum Zuge kommen soll. Gerade bei der Anstellung von Personal durch Private (auch wenn diese — ggf. neben anderen Aufgaben — öffentliche Aufgaben erfüllen), die auf privatrechtlicher Basis erfolgt, ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund hier eine Gleichstellung mit öffentlichen Organen anzunehmen sein soll, nur weil der Tätigkeitsbereich (auch) öffentliche Aufgaben betrifft: Denn die **Anstellung als solche** geschieht ja **vollumfänglich ausserhalb der Wahrnehmung der in Frage stehenden öffentlichen Aufgabe**, und allein der Umstand, dass die angestellten Personen auch öffentliche Aufgaben wahrnehmen, ändert hieran nichts und führt insbesondere nicht zu einem gesteigerten «Schutzbedürfnis» der Angestellten.

- Weiter führte der Ansatz, wonach auch ein mittelbarer Bezug zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der für öffentliche Organe geltenden datenschutzrechtlichen Vorgaben genügen kann, im Ergebnis zu einem **Unterlaufen der gesetzlichen Systematik**: Denn diese geht — wie erläutert⁴⁴ — davon aus, dass Private nur «soweit» als öffentliche Organe im Sinn der Datenschutzgesetzgebung anzusehen sind, als sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Offenbar geht es also um ein in Abhängigkeit der wahrgenommenen Tätigkeit beschränktes Unterwerfen unter das Regime für die Datenbearbeitungen öffentlicher Organe. Bezöge man nun auch nur mittelbar diesen öffentlichen Aufgaben dienende Tätigkeiten und in diesem Rahmen erfolgende Datenbearbeitungen in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Sinne des Gesetzes ein, so führte dies letztlich dazu, dass die Privaten — zumindest in gewissen Konstellationen — fast vollumfänglich als öffentliche Organe anzusehen wären. Denn zahlreiche, wenn nicht mitunter (wie z.B. in einem Spital) praktisch alle Aktivitäten einer Institution werden häufig zumindest mittelbar auch der Erfüllung der dieser übertragenen öffentlichen Aufgabe dienen. So besteht ein solcher mittelbarer Zusammenhang auch etwa (am Beispiel der Spitäler) mit der Gebäudeunterhaltung, der Gebäudesicherheit und natürlich der Personalverwaltung. Geht man jedoch von der grundsätzlichen, sich auf der Grundlage der gesetzlichen Regelungen aufdrängenden und auch von der Rechtsprechung angenommenen «Trennungsthese» aus (so dass Private nur «soweit» dem für öffentliche Organe geltenden Regime unterliegen, als sie auch tatsächlich öffentliche Aufgaben wahrnehmen), so verbietet sich ein solcher Schluss.

⁴³ Vgl. insoweit — allerdings im Zusammenhang mit der für öffentliche Organe zum Zuge kommenden Ausnahme vom Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze, soweit diese im wirtschaftlichen Wettbewerb agieren und nicht hoheitlich handeln — RÜTSCHÉ: Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zürich 2012, 10 f., m.w.N.

⁴⁴ Oben B.

- Hielte man gleichwohl einen nur mittelbaren Bezug zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe für ausreichend, so könnte dieser vor diesem Hintergrund nicht allzu «lose» ausfallen, so dass ein solcher Ansatz eine **Abgrenzung** zwischen «direkt» mittelbar den öffentlichen Aufgaben dienenden Tätigkeiten (wie z.B. möglicherweise die Anstellung von Personal oder die Personalverwaltung im Allgemeinen) und nur «indirekt» mittelbar mit den öffentlichen Aufgaben im Zusammenhang stehenden Aktivitäten (wie z.B. Gebäudereinigung) implizierte, die wohl in Abhängigkeit von der Intensität der Bedeutung der jeweiligen Tätigkeit für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben erfolgen müsste. Eine solche Abgrenzung kann aber kaum vorhersehbar vorgenommen werden, und es sind auch keine Anhaltspunkte in den gesetzlichen Grundlagen ersichtlich, nach welchen Kriterien sie durchgeführt werden sollte. Die Folge wäre eine beachtliche Rechtsunsicherheit, ganz abgesehen davon, dass sich der tiefere Sinn der unterschiedlichen Behandlung der erwähnten Konstellationen nicht erschliesse — dies im Gegensatz zu der hier vertretenen und wohl auch auf der Grundlage der gesetzlichen Regelungen zwingenden «Sonderbehandlung» der eigentlichen im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeiten (wie die Erbringung bestimmter Gesundheitsleistungen als solche).

[Rz 28] Im **Ergebnis** bleibt damit festzuhalten, dass eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen — insbesondere Art. 2 Abs. 6 lit. b KDSG — nur in Bezug auf die als solche öffentliche Aufgaben darstellenden Tätigkeiten anzunehmen ist. Bezugnehmend auf ein privates Spital impliziert dieser Grundsatz insbesondere, dass zwar die Erbringung bestimmter Gesundheitsleistungen eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben darstellt bzw. darstellen kann, mit der Folge, dass das kantonale Datenschutzgesetz in Bezug auf die in diesem Zusammenhang bearbeiteten Daten (also insbesondere die Patientendaten) zur Anwendung kommt, nicht hingegen in Bezug auf die Personalverwaltung des Spitals und damit die Mitarbeiterdaten.

[Rz 29] Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch noch darauf hingewiesen, dass die Bearbeitung von Mitarbeiterdaten zweifellos getrennt von der Bearbeitung derjenigen Daten, die bei der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben eines Spitals bearbeitet werden, erfolgen kann.⁴⁵

D. Zusammenfassende Thesen und Schlussbemerkung

I. Zusammenfassung

[Rz 30] Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung können wie folgt (in Thesenform) zusammengefasst werden:

- Soweit **öffentliche Organe des Bundes** handeln, findet das Datenschutzgesetz des Bundes Anwendung, wobei im Falle einer privatrechtlichen Tätigkeit des Bundesorgans die Bestim-

⁴⁵ Denn soweit eine solche Trennung nicht möglich ist, muss wohl das öffentlich-rechtliche Regime zur Anwendung kommen, s. RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, 38 f., m.w.N. S. auch schon oben B. Vgl. in diesem Zusammenhang auch JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar DSG, Art. 3, Rn. 104; BELSER, in: Maurer-Lambrou/Vogt, Datenschutzgesetz, Art. 3, Rn. 35, die darauf abstellen, dass die Tätigkeiten nicht in (direktem) Zusammenhang mit der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben stehen, wobei beide die Bearbeitung von Mitarbeiterdaten als Beispiele anführen für Tätigkeiten von Privaten, die auch in denjenigen Konstellationen, in denen Private öffentliche Aufgaben wahrnehmen, gerade nicht als Teil dieser Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben anzusehen seien.

mungen über das Bearbeiten von Personendaten durch Private gelten (Art. 23 DSG).

- Soweit **öffentliche Organe der Kantone** handeln, sind grundsätzlich die kantonalen Datenschutzgesetze anwendbar, wobei im Einzelnen Folgendes zu präzisieren ist:
- Nehmen die kantonalen Behörden öffentliche Aufgaben der Kantone wahr, ist das kantonale Datenschutzgesetz anwendbar.
- Soweit sie jedoch — was ausnahmsweise der Fall sein kann — öffentliche Aufgaben des Bundes wahrnehmen, ist das Datenschutzgesetz des Bundes anwendbar.
- Sodann sehen mehrere kantonale Datenschutzgesetze — ähnlich wie Art. 23 DSG — Ausnahmen vom Geltungsbereich des kantonalen Datenschutzgesetzes insoweit vor, als ein öffentliches Organ am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt und nicht hoheitlich handelt (s. z.B. Art. 4 Abs. 2 lit. a KDSG).
- Auf **Private** ist das Datenschutzgesetz des Bundes anwendbar. Dies gilt jedoch insoweit nicht, als die Privaten **öffentliche Aufgaben der Kantone** wahrnehmen; insoweit sind — auf der Grundlage der einschlägigen kantonalen Datenschutzgesetze — diese heranzuziehen. Dieser Ansatz impliziert, dass Private sowohl öffentliche Aufgaben wahrnehmen als auch als Private tätig sein können, so dass sie — soweit es sich um (kantonale) öffentliche Aufgaben handelt — in Bezug auf diese dem anwendbaren kantonalen Datenschutzgesetz unterliegen, während sie für den privatrechtlichen Bereich dem Datenschutzgesetz des Bundes unterstehen (**«Trennungsgrundsatz»**).
- Ob und inwieweit Personen, Verwaltungsstellen oder Einrichtungen als **öffentliche Organe** (des Bundes oder der Kantone) einzustufen sind, hängt von den (öffentlich-rechtlichen) gesetzlichen Grundlagen ab: Soweit diese vorsehen, dass derartige Einheiten als solche Teil der Verwaltung sind, unterliegen alle ihre Tätigkeiten (in Bezug auf den Datenschutz) dem öffentlich-rechtlichen Regime. Ansonsten sind sie nur insoweit als Behörden anzusehen, wie sie **öffentliche Aufgaben wahrnehmen** bzw. mit solchen betraut sind; letzteres gilt auch und gerade für «echte» Private.
- Eine **Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben** im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen — insbesondere Art. 2 Abs. 6 lit. b KDSG — ist nur in Bezug auf die als solche öffentlichen Aufgaben darstellenden Tätigkeiten anzunehmen. Bezugnehmend auf ein privates Spital stellt damit zwar die Erbringung bestimmter Gesundheitsleistungen eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dar, mit der Folge, dass das kantonale Datenschutzgesetz in Bezug auf die in diesem Zusammenhang bearbeiteten Daten (also insbesondere die Patientendaten) zur Anwendung kommt; dies gilt hingegen nicht in Bezug auf die **Personalverwaltung** des Spitals und damit die Mitarbeiterdaten.

II. Schlussbemerkung

[Rz 31] Der letztlich auf der Kompetenzverteilung Bund — Kantone (auch) im Bereich des Datenschutzes beruhende und sich zwingend aus den gesetzlichen Grundlagen ergebende «Trennungsgrundsatz» — so dass insbesondere Private je nach der wahrgenommenen Tätigkeit einerseits dem Bundesgesetz über den Datenschutz, andererseits dem jeweiligen kantonalen Datenschutzgesetz unterstehen können — bringt zweifellos eine Reihe praktischer Schwierigkeiten mit

sich.⁴⁶ Allerdings dürfte diesen durch den hier vertretenen Ansatz, wonach die Frage, ob eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vorliegt, tätigkeitsbezogen zu beantworten ist und damit nur in Bezug auf die erfassten Aufgaben selbst, nicht jedoch (mittelbar) mit diesen im Zusammenhang stehenden Aktivitäten zu bejahen ist, in den meisten Fallgestaltungen begegnet werden können. Denn die Reichweite der öffentlichen Aufgaben wird sich in der Regel relativ klar aus den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen ableiten lassen, so dass hier von einer gewissen Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit auszugehen ist, was nichts daran ändert, dass der Gesetzgeber jeweils gut beraten ist, hier — auch im Hinblick auf die Bestimmung des Anwendungsbereichs der datenschutzrechtlichen Erlasse — möglichst klare Regeln vorzusehen.

[Rz 32] Jedenfalls soweit es um Mitarbeiterdaten privater Spitäler — die nicht Teil der kantonalen Verwaltung sind und bei denen auch das kantonale Personalrecht keine Anwendung findet — geht, führt nach der hier vertretenen Ansicht kein Weg an dem Schluss vorbei, dass es insoweit gerade nicht um öffentliche Aufgaben gehen kann, so dass das Datenschutzgesetz des Bundes anwendbar und der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zuständig ist. Dieses Ergebnis erscheint auch — auf der Grundlage der geltenden Rechtslage in dem hier interessierenden Bereich — im Hinblick auf eine gewisse Kohärenz der Abgrenzung der Anwendungsbereiche des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze sachgerecht, ist das Bundesgesetz doch grundsätzlich für die Datenbearbeitung privat angestellter Personen anwendbar, so dass der entgegengesetzte Ansatz insofern zu Inkohärenzen führte, als für gewisse private Arbeitgeber das Bundesgesetz, für gewisse andere private Arbeitgeber — solche, die auch öffentliche Aufgaben wahrnehmen — in Bezug auf die Mitarbeiterdaten die kantonalen Regelungen anwendbar wären.

Prof. Dr. *ASTRID EPINEY*, LL.M., ist Professorin für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht an der Universität Freiburg i. Ue. und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Freiburg und Neuenburg.

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein durch die Verfasserin erstelltes Gutachten zurück. Inhaltlich handelt es sich aber um ein unabhängiges Gutachten: Die Verfasserin wurde ausdrücklich nicht auf eine vorgefasste Ansicht oder ein vorgegebenes Ergebnis verpflichtet, sondern um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten. Dr. *Markus Kern* sei für die Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen herzlich gedankt.

⁴⁶ Auf diese denn auch hinweisend EDÖB, 21. Tätigkeitsbericht 2013—2014, 43 f.