

Tätigkeitsbericht 2012

Datenschutzbeauftragter des Kantons Graubünden



Datenschutzbeauftragter des Kantons Graubünden

RA Thomas Casanova · Kornplatz 2 · 7002 Chur

Telefon 081 256 55 58 · Telefax 081 256 55 54

dsb@staka.gr.ch

Inhalt

I.	Vorwort	2
----	---------	---

II.	Ausgewählte Themen	3
	1. Herausgabe der Krankengeschichte im Original	3
	2. Spitex und Datenschutz	11
	3. Zugriff auf Inhalte von mobilen Telefongeräten	13

III.	Fälle aus der Praxis	17
	1. Akteneinsicht in eine Krankengeschichte	17
	2. Entbindung vom Berufsgeheimnis und gesundheitspolizeiliche Massnahmen	20
	3. Vollzug flankierende Massnahmen	22
	4. Kontrolle der Verweigerungsgründe für die Bündner Jagd	24
	5. Veröffentlichung der Namen der Ortsbürger	26
	6. Kontrolle von Holzfeuerungsanlagen	28
	7. Ordnungsbussenverfahren	31
	8. Abklärung der finanziellen Verhältnisse bei der Ausrichtung von Stipendien	32

IV.	Verbände	35
-----	----------	----

V.	Statistik	36
----	-----------	----

VI.	Abkürzungsverzeichnis	37
-----	-----------------------	----

I. Vorwort

10 Jahre Datenschutz in Graubünden

2 | Am 1. Mai 2002 trat das kantonale Datenschutzgesetz in Kraft. «Vor dem Hintergrund des Persönlichkeitsschutzes und der zunehmenden Tendenzen, das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung einzuführen, nimmt das Gemeinwesen die Verantwortung in einem für Bürgerinnen und Bürger sensiblen Bereich wahr. Wenn betroffene Personen vereinfacht ihre Rechte geltend machen können, profitiert letztendlich auch der Staat.» Dies schrieb der damalige Departementsvorsteher, Dr. Martin Schmid, im Vorwort des ersten Tätigkeitsberichtes. Hat das Gemeinwesen nach dieser Maxime gehandelt? Ich denke schon. Das Verständnis für Persönlichkeitsschutz ist in der Verwaltung ausgeprägt vorhanden. Die Anliegen des Datenschutzbeauftragten werden aufgenommen und in der Regel konsequent umgesetzt.

Die grossen Veränderungen im Bereiche der elektronischen Möglichkeiten hinsichtlich Verbreitung, Speicherung, Bearbeitung und Analyse persönlicher Daten, um nur einige Aspekte zu nennen, zeigen die Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes auf. Die Verwaltung hat sich dem veränderten Umfeld stetig anzupassen, ohne jedoch die Anliegen der Bürgerinnen und Bürger zu vernachlässigen. Eine nicht immer leichte Aufgabe. Die Verwaltung ist sich ihrer besonderen Stellung bewusst und handelt danach. Zusammen mit der Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten sollte damit Gewähr geboten sein, dass auch in den kommenden Jahren der Schutz der persönlichen Daten seinen wichtigen Stellenwert nicht einbüsst.

Kantonaler Datenschutzbeauftragter:



Thomas Casanova

II. Ausgewählte Themen

1. Herausgabe der Krankengeschichte im Original¹

1. Fragestellung

Verschiedentlich werden Ärzte damit konfrontiert, dass Patienten die Herausgabe der Originaldokumentation ihrer Krankengeschichte verlangen. Für den Arzt stellt sich bei der Herausgabe dabei das Problem, dass er damit Beweismittel für einen allfälligen späteren Haftpflichtprozess aus der Hand gibt. Untersagt der Patient dem Arzt das Erstellen von Kopien, so wird dem Patienten vielfach eine Forderungsverzichtserklärung zur Unterzeichnung unterbreitet. Nachfolgend sollen – nach kurzen Ausführungen zur Qualifikation des Behandlungsverhältnisses zwischen Arzt und Patient (Ziff. 2) – insbesondere die Fragen beleuchtet werden,

- ob der Patient die Herausgabe der Originalakten überhaupt verlangen kann (Ziff. 2)
- und wenn ja, ob die Praxis, den Patienten diesfalls neben der Entbindung von der Aufbewahrungspflicht auch eine Verzichtserklärung hinsichtlich der Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag unterzeichnen zu lassen, unter rechtlichen Gesichtspunkten standhält (Ziff. 4).

Nicht weiter zu diskutieren ist vorliegend die Pflicht des Arztes zur Erstellung der Krankengeschichte und deren Inhalt² sowie das Einsichts- und Auskunftsrecht des Patienten. Ebenso nicht berücksichtigt wird ferner die Herausgabepflicht gegenüber Behörden oder dem Krankenversicherer³.

2. Das Behandlungsverhältnis zwischen Arzt und Patient

Das Verhältnis zwischen dem Patienten und dem Arzt untersteht grundsätzlich den Regeln des einfachen Auftrages gemäss Art. 394 ff. des Obligationenrechts (OR).^{4,5} Dies gilt für den freipraktizierenden Arzt hinsichtlich der Behandlung des Patienten aber auch beim Belegarzt oder beim im Privatspital angestellten Arzt. Neben den obligationenrechtlichen Vorgaben kommt auch anderen rechtlichen Bestimmungen Bedeutung zu. So

¹ Unter verdankenswerter Mitarbeit von lic.iur. Conradin Luzi.

² Vgl. dazu BGER 25.09.2008, 9C_567/2007, E. 4.2 m.w.Hw.

³ Vgl. dazu BGER 21.03.2007, 133 V359.

⁴ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei der notfallmässigen Aufnahme eines bewusstlosen Patienten die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss OR 419 ff. herangezogen werden.

⁵ SR 220.

kann bspw. die kantonale Gesundheitsgesetzgebung auch den privaten Arzt betreffen, überdies hat der Arzt die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG)⁶ zu beachten.

Bei der Behandlung eines Patienten in einem öffentlichen Spital ist dagegen grundsätzlich von einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zwischen dem Spital und dem Patienten auszugehen; dieses untersteht primär den Bestimmungen des kantonalen öffentlichen (Gesundheits-) Rechts. Das kantonale Recht in Graubünden, insbesondere auch das Gesundheitsgesetz (GesG-GR)⁷, enthält jedoch nur wenige Bestimmungen hinsichtlich der gegenseitigen Rechte und Pflichten von Spital und Patient. Soweit die öffentlich-rechtlichen Grundlagen keine eigenen Regelungen enthalten, dürften wie bei anderen verwaltungsrechtlichen Verträgen die Bestimmungen des Obligationenrechts zur Beurteilung heranzuziehen sein, soweit diese sich als sachgerecht erweisen.⁸ Sodann ist darauf hinzuweisen, dass auch an einem öffentlichen Spital zwischen dem Arzt und dem Patienten ein (privatrechtlicher) Vertrag zu Stande kommen kann, bspw. bei einem Belegarzt oder einem Arzt, welcher beim Spital angestellt ist, aber auch privat Patienten betreut (z.B. die sog. «Chefarztsprechstunde»⁹). Anders als beim freiberuflichen Arzt sind bei der Behandlung im öffentlichen Spital nicht das eidgenössische DSG, sondern die kantonalen Datenschutzbestimmungen massgeblich. Das kantonale Datenschutzgesetz Graubünden (KDSG)¹⁰ enthält jedoch nur wenige Bestimmungen und verweist im Übrigen in Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 KDSG in verschiedener Hinsicht auf das eidgenössische DSG.

3. Anspruch des Patienten auf Herausgabe der Originalakten der Krankengeschichte

3.1. Auftragsrecht und Sachenrecht

Der Auftragnehmer ist nach Art. 400 OR grundsätzlich verpflichtet, alles – Vermögensewerte aber bspw. auch Dokumente – herauszugeben, was ihm

⁶ SR 235.1.

⁷ BR 500.000.

⁸ Vgl. dazu BGer 20.07.1981, in: ZBl 1982, S. 72 ff., E. 2.; zu den Willensmängel vgl. bspw. BGer 11.05.1979, BGE 105 Ia 207, E. 2c.

⁹ Vgl. FMH/SAMW (Hrsg.), *Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag*, Ein Leitfaden für die Praxis, Basel 2008, abrufbar unter <http://www.fmh.ch/files/pdf1/Rechtliche_Grundlagen_D.pdf> (besucht am 21.11.2012), S. 29.

¹⁰ BR 171.100; zur Anwendbarkeit auf als öffentlich-rechtliche Anstalten organisierte Spitäler vgl. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. c KDSG.

während der Auftragsausübung von irgendeiner Seite zugekommen ist oder er erschaffen hat.¹¹ So ist der Arzt nach vorherrschender Auffassung dazu verpflichtet, Röntgenbilder dem Patienten herauszugeben. Dadurch, dass der Patient die (u.U. kostspieligen) Röntgenaufnahmen bezahle, erwerbe er einen Anspruch auf deren Herausgabe.¹² Hinsichtlich der Krankengeschichte wird in der Literatur dagegen die überzeugende Auffassung vertreten, dass es sich bei der Krankengeschichte letztlich um ein Arbeitsmittel des Arztes handelt; daraus ergibt sich, dass der Arzt dem Patienten zwar Einsicht gewähren und allenfalls Kopien ausstellen muss, er aber nicht verpflichtet ist, die Originalakten dem Patienten auszuhändigen.¹³

Ein Herausgabeanspruch könnte ferner jedoch auf die sachenrechtlichen Bestimmungen gestützt werden. Vielfach wird die Auffassung vertreten, dass die Krankengeschichte dem Patienten «gehöre».¹⁴ Festgehalten werden kann jedoch, dass die sachenrechtliche Situation hinsichtlich der Krankenakten umstritten ist.¹⁵ Folgt man der oben dargestellten Auffassung, wonach die Krankengeschichte ein «Arbeitsmittel» oder ein «Werkzeug» des Arztes zur Auftrags Erfüllung ist, erscheint es folgerichtig, auch einen sachenrechtlichen Herausgabeanspruch zu verneinen.

3.2. Kantonales Gesundheitsrecht

Das kantonale öffentliche Recht kann die Herausgabepflicht des Arztes regeln. So ist bspw. im Berner Gesundheitsgesetz (GesG-BE) ein entsprechender Anspruch ausdrücklich enthalten.¹⁶ Das Bündner Gesundheitsgesetz dagegen umschreibt das Informationsrecht des Patienten (Art. 20 Abs. 2 GesG-GR) sowie die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht des Arztes und anderer Medizinalpersonen (Art. 38 GesG-GR; vgl. auch Art. 28d GesG-GR) in allgemeiner Weise, ohne dass daraus weitergehende Hin-

¹¹ Fellmann, in: BK-OR, Art. 400 N. 115 ff., insb. N. 116.

¹² Fellmann, in: BK-OR, Art. 400 N. 137 f. m.w.Hw.

¹³ Fellmann, in: BK-OR, Art. 400 N. 140; Weber, in: BSK-OR I, Art. 400 N. 13. Diese Position wird auch von der FMH vertreten.

¹⁴ So. z.B. der EDÖB, FAQ Gesundheit: <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00612/00655/00665/index.html?lang=de#sprungmarke_24> (besucht am 22.11.2012).

¹⁵ Vgl. Wolfgang Wiegand, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: *Arzt und Recht – Berner Tage für die juristische Praxis 1984*, S. 91.

¹⁶ Vgl. Art. 39a Abs. 1 Satz 2 GesG-BE: «Die Patientinnen und Patienten können die Herausgabe der Behandlungsunterlagen verlangen.» Der kantonale Berner Gesetzgeber ging aber beim Erlass des GesG davon aus, dass in aller Regel die Herausgabepflicht mittels Aushändigung von Kopien erfüllt wird; vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Gesundheitsgesetz (Teilrevision), 2001, S. 16 und S. 21.

weise hinsichtlich einer allfälligen Herausgabepflicht entnommen werden könnten.

3.3. Datenschutzgesetzgebung

Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) hält in seinem Leitfaden für die Datenverarbeitung im medizinischen Bereich fest, dass der Arzt zur Herausgabe der Originalakten berechtigt ist.¹⁷ In den auf der EDÖB-Website publizierten FAQ ist dagegen sinngemäss von einer Herausgabepflicht die Rede.¹⁸ Inwieweit sich aber ein Herausgabeanspruch unmittelbar aus dem DSG ergibt, wird nicht näher dargetan.¹⁹ Darauf hingewiesen werden kann, dass das DSG bspw. bei der Frage der Vernichtung von Daten darauf abstellt, ob den Daten Beweiszweck zukommt (vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. b DSG). Wenn auch die Krankengeschichte primär im Interessen des Patienten geführt wird, ist auch ein schutzwürdiges Interesse des Arztes an den Dokumenten ausgewiesen.

Aus dem kantonalen KDSG können keine weiteren Hinweise zu dieser Frage entnommen werden. Aufgrund des Verweises hinsichtlich der Datenverarbeitung auf das DSG (vgl. Art. 2 Abs. 2 KDSG) stellt sich die Rechtslage auch für das öffentliche Spital letztlich gleich dar.

3.4. Zwischenfazit

Auftragsrechtlich kann in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre eine Pflicht des Arztes zur Herausgabe der Originalakten verneint werden. Aus Sicht der Datenschutzbestimmungen ist die Frage schwierig zu beurteilen; berücksichtigt werden muss jedenfalls, dass der Arzt durchaus ein berechtigtes Interesse an den Originalakten hat und diesen Beweisfunktion zukommt.

¹⁷ EDÖB (Hrsg.), Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im medizinischen Bereich, abrufbar unter <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00920/index.html> (besucht am 22.11.2012), S. 34.

¹⁸ EDÖB, FAQ Gesundheit (FN 10).

¹⁹ Das Verwaltungsgericht Zug ging beispielsweise davon, dass das kantonal-zugerische aber auch das eidgenössische DSG – allerdings in der Fassung vor der Revision 2008 – den Arzt bzw. die medizinische Einrichtung nicht einmal berechtigt ist, die Originalakten herauszugeben (VGer ZG 28.12.2006, V 2006/119; das Bundesgericht hat den Entscheid des VGer ZG bestätigt [BGer 16.04.2007, 1P.49/2007], ohne jedoch zu dieser Frage Stellung zu nehmen).

4. Verzicht des Patienten auf Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag

4.1. Gängige Praxis: Verzichtserklärung

Soweit ein Herausgabeanspruch bejaht wird bzw. die Herausgabe der Originalakten dessen ungeachtet erfolgt, wird den Patienten neben der Entbindung von der Aufbewahrungspflicht regelmässig auch eine Erklärung zur Unterschrift vorgelegt, mit welcher der Patient auf allfällige Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag verzichtet. Damit wird das Dilemma des Arztes zu lösen versucht, welcher sich nach der Herausgabe der Akten in einem allfälligen Haftungsprozess nicht mehr wirksam verteidigen könnte. Die empfohlenen Verzichtserklärungen sind als eigentliche «Saldo-Klauseln» zu betrachten, nicht bloss als den Verzicht auf die Geltendmachung allfälliger Ansprüche (*pactum de non petendo*).²⁰

Das genannte Vorgehen wird von verschiedenen Seiten empfohlen und offenbar als rechtlich unbedenklich erachtet.²¹ Allerdings stellt sich die Frage, ob eine solche Verzichtserklärung überhaupt (vollumfänglich) rechtliche Wirkungen entfalten kann, d.h. ob sie den Arzt oder das Spital überhaupt von allfälligen Haftungsansprüchen zu schützen vermag.

4.2. Forderungsverzicht im Lichte der Privatautonomie und derer Schranken

Die im Vertragsrecht geltende *Privatautonomie* ermöglicht es den Parteien grundsätzlich, allfällige Haftungsansprüche bereits im Voraus auszuschliessen oder einzuschränken und umso mehr mittels Vereinbarung auf bereits entstandene Forderungen zu verzichten. Die Möglichkeiten von *Haftungsausschlüssen oder -beschränkungen im Voraus* wird jedoch durch die Be-

²⁰ Wobei die nachfolgenden Ausführungen und Überlegungen auch bei einem solchen sog. «*pactum de non petendo*» wohl gleichsam angestellt werden müssten.

²¹ Vgl. z.B. das Schreiben des Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartements Graubünden (heute DJSG) vom 22. Juli 1999 betreffend Herausgabe der Originalkrankengeschichten, abrufbar unter <<http://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/djsg/ga/dienstleistungen/aufsichtbewilligungen/Kantonsarzt/Dok%20Kantonsarzt/Herausgabe%20Originalkrankengeschichte%20für%20Spitäler.pdf>> (besucht am 21.11.2012); vgl. auch dazu FMH/SAMW (Hrsg.), *Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag, Ein Leitfaden für die Praxis*, Basel 2008, abrufbar unter <http://www.fmh.ch/files/pdf1/Rechtliche_Grundlagen_D.pdf> (besucht am 21.11.2012), S. 29. Vgl. auch EDÖB, Leitfaden (FN 13), S. 34 und *Privatim – Die Schweizerischen Datenschutzbeauftragten* (Hrsg.), *Broschüre «Ihr Patientendossier – Ihre Rechte»*, abrufbar unter <http://www.privatim.ch/content/pdf/_PRIVATIM_Patientenbrosch_D.pdf> (besucht am 22.11.2012), S. 5 oder auch den Vortrag der Regierung des Kantons Bern zum GesG-BE (FN 12), S. 21.

stimmung von Art. 100 Abs. 1 OR beschränkt, welche im Voraus getroffene Verabredungen, wonach auch die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird, als nichtig erklärt. Zum Auftragsrecht im Besonderen wird sodann festgehalten, dass die vertragsrelevante sorgfältige Ausführung nicht der Privatautonomie unterliegen könne und eine Gestaltungsfreiheit nur hinsichtlich leichter Fahrlässigkeit bestehe.²² Ausgeschlossen ist nach allgemeiner Auffassung sodann der Haftungsausschluss für Körperschäden, weil die körperlich-seelische Integrität zum höchstpersönlichen Bereich gehört, der jeder vertraglichen Bindung entzogen sein soll. Die Wegbedingung der Haftung für Körperschäden wird entsprechend als nichtig angesehen (Art. 20 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB).²³

Die Bestimmung von Art. 100 Abs. 1 OR findet nur Anwendung auf vorgängige, das heisst vor dem Eintritt des Schadens geschlossene Vereinbarungen.²⁴ Die Aufhebung einer bereits entstandenen Forderung durch Übereinkunft wird dagegen in Art. 115 OR näher geregelt. Im Rahmen eines Erlassvertrages (vgl. Art. 115 OR) wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch auf künftige Forderungen verzichtet werden kann.²⁵ Als einem Erlass nicht zugänglich werden jedoch Deliktsansprüche (Art. 41 ff. OR) oder aber auch – unter Hinweis auf Art. 100 Abs. 1 OR – vertragliche Schadenersatzforderungen aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit genannt.²⁶

Im Zeitpunkt der Herausgabe der Krankengeschichte dürfte das schädigende Ereignis regelmässig bereits eingetreten und allfällige Forderungen damit bereits entstanden sein. Der potentiell Geschädigte, der Patient, hat aber bei der Herausgabe der Krankengeschichte u.U. noch keine Kenntnis über die Schädigung und insbesondere hat er keine Kenntnisse darüber, ob allenfalls ein (rechtlich relevantes) Fehlverhalten des Arztes vorliegt, woraus sich ein Schadenersatzanspruch ergeben könnte. Somit kann seine Situation mit der desjenigen verglichen werden, welcher vor Entstehen eines Anspruchs auf diesen verzichten soll. Wesentlich ist dabei insbesondere, dass der Betroffene das Ausmass des Verzichtes nicht abschätzen kann.

²² Weber, in: BSK-OR I, Art. 398 N. 34.

²³ Vgl. Wiegand, in: BSK-OR I, Art. 100 N. 4 m.w.Hw.; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. Zürich 2003, N. 660; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl. Zürich et al. 2011, N. 2573.

²⁴ Wiegand, in: BSK-OR I, Art. 100 N. 2.

²⁵ Gonzenbach/Gabriel-Tanner, in: BSK-OR I, Art. 115 N. 5; BGer 15.01.1991, BGE 117 II 70 = Pra 1991, 958.

²⁶ Gonzenbach/Gabriel-Tanner, in: BSK-OR I, Art. 115 N. 5.

Einsicht in Behindertendossiers

Für die Erlangung einer Betriebsbewilligung zur sozialen und beruflichen Integration von Menschen mit Behinderungen gilt seit 1. Januar 2012 das Behindertenintegrationsgesetz (BIG).¹ Unter dem Titel Planung, Beitragssteuerung und Aufsicht hat der Gesetzgeber in Art. 30 Abs. 4 BIG festgehalten, dass die Aufsichtsbehörde in die Klientendokumentation Einsicht nehmen kann. Es besteht somit eine gesetzliche Grundlage.

Die Diskussion über die Tiefe der Einsichtnahme in Akten der Leistungserbringer führte schon früher regelmässig zu Diskussionen. Der Kanton stellt sich auf den Standpunkt, er könne eine qualitätsbewusste Leistungsüberprüfung nur vornehmen, wenn er umfassend Einblick in alle relevanten Dokumente haben könne. Darunter seien nicht nur die Rechnung und die Belege zu verstehen, sondern auch das Klientendossier, zumal die Leistungsaufträge explizit auch die Qualität des Angebotes umfassten. Es ist nun tatsächlich so, dass die Qualität einer Leistung zwangsläufig Aspekte der betreuten Klienten umfasst. Folgerichtig muss der Aufsicht auch eine Einsicht gewährt werden. Im konkreten Einzelfall ist es vorstellbar, der Aufsichtsbehörde gewisse Daten vorzuenthalten, wenn diese Dokumente für die Durchführung des Auftrages nicht von Bedeutung sind. Massgebend wäre in einem solchen Fall der Hinweis auf die Verweigerung der vollumfänglichen Einsicht gestützt auf das Persönlichkeitsrecht des Klienten, welches höher gewichtet wird als das öffentliche Interesse auf Einsichtnahme.

¹ BR 440.100.

Damit scheint es als gerechtfertigt, die Regelung von Art. 100 OR zumindest sinngemäss bzw. analog zur Anwendung zu bringen.²⁷ Nicht übersehen kann jedenfalls, dass mögliche Schadenersatzforderungen des Patienten regelmässig im Zusammenhang mit einem Körperschaden stehen. Analog zu Art. 100 Abs. 1 OR kann hier aufgrund der Gewichtung des betroffenen Rechtsgutes argumentiert werden, dass eine Verzichtvereinbarung nicht möglich ist. Die Verzichtserklärung des Patienten hat in Anlehnung an die herrschende Lehre jedenfalls dort ihre Schranken, wo es um Ansprüche aufgrund grober Fahrlässigkeit (oder gar Vorsatz) des Arztes geht.

4.3. Verzicht gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Anstalt (öffentliches Spital)

Erfolgte die Behandlung an einem öffentlichen Spital, so stützen sich allfällige Ansprüche des Patienten bei Behandlungsfehlern auf andere gesetzliche Grundlagen. Die Tätigkeit von Ärzten an öffentlichen Spitälern, welche in amtlicher Eigenschaft ausgeübt wird, wird als hoheitliche, nicht als gewerbliche Tätigkeit, betrachtet.²⁸ Die Haftung richtet sich folglich primär nach dem kantonalen öffentlichen Recht; fehlen gesetzliche Grundlagen, so ist eine Haftung gemäss Art. 41 ff. OR zu prüfen.²⁹ Damit stellt sich die Frage, ob auf allfällige im öffentlich-rechtlichen Staatshaftungsrecht begründete Forderungen von vornherein nicht verzichtet werden kann. Dies ist wohl zu verneinen, da auch auf Ansprüche gegenüber dem Gemeinwesen oder öffentlich-

²⁷ Weber (in: BK-ORI, Art. 100 N. 6) hält dafür, dass Art. 100 OR generell auch auf Fälle anzuwenden ist, in welchen der Schaden zwar bereits eingetreten ist, der Geschädigte aber noch keine Kenntnisse davon hat.

²⁸ Vgl. BGER 11.03.1996, BGE 122 III 101, E. 2.a.aa m.w.Hw.

²⁹ Die Haftung gemäss Art. 41 OR wird im Folgenden nicht weiter erläutert; ein Verzicht auf solche Ansprüche dürfte gemäss der herrschenden Lehre (vgl. oben Ziff. 4.2.) wohl nicht möglich sein.

rechtlichen Anstalten (rechtsgeschäftlich) verzichtet werden kann, sofern es sich um übertragbare Ansprüche handelt. Wenn aber bereits unter Privatrechtssubjekten – trotz der Privatautonomie – der Verzicht auf Ansprüche aufgrund grober Fahrlässigkeit im Allgemeinen und von Körperschäden im Besonderen als unzulässig erachtet wird, so erschiene es mehr als stossend, wenn eine Anstalt des öffentlichen Rechts einen Patienten zu einer solchen Unterzeichnung drängen kann. Mangels öffentlich-rechtlicher Regelungen scheint auch hier die analoge Anwendung der Regeln des Obligationenrechts als angebracht.

4.4. Zwischenfazit

Die bisherige Praxis, dass dem Patienten ein Forderungsverzicht zur Unterzeichnung vorgelegt wird, dürfte sowohl den Arzt als auch das Spital nicht in jedem Fall von einem Haftungsprozess schützen. Soweit es um Grobfahrlässigkeit (oder gar Vorsatz) des Arztes geht, dürfte die Verzichtserklärung unwirksam sein. Überdies ist denkbar, dass ein Gericht die Verzichtserklärung auf Ansprüche aufgrund von Körperschäden ganz generell als nicht zulässig erachtet.

5. Zusammenfassung und Empfehlungen

Die Verweigerung der Herausgabe der Originalakten stellt gemäss h.L. auftragsrechtlich keine Vertragsverletzung dar, könnte aber datenschutzrechtliche Bestimmungen verletzen. Gleichwohl ist es im Lichte der obigen Ausführungen ratsam, in jenen Fällen, wo der Patient dem Erstellen von Kopien nicht zustimmt, die Herausgabe der Originalakten zu verweigern. Zwar könnte dies ein datenschutzrechtliches Verfahren nach sich ziehen. Damit würde aber die diesbezügliche Rechtslage abschliessend geklärt und selbst wenn es zu Sanktionen käme, wären diese für den behandelnden Arzt oder das Spital wohl mit weniger Nachteilen verbunden, als wenn aufgrund einer unwirksamen Verzichtserklärung ein Haftungsprozess ohne adäquate Verteidigungsmöglichkeiten geführt werden muss.

2. Spitex und Datenschutz

1. Anwendbares Recht

Eingescannte Papierakten im Kantonsspital

Aus dem Blickwinkel des Datenschutzes betrachtet, spielt es an und für sich keine Rolle, auf welchem Medium Daten gespeichert werden. Es ist durchaus möglich, auf die papiermässige Speicherung und Archivierung von Patientendaten zugunsten einer elektronischen Speicherung und Archivierung zu verzichten. Bei beiden Möglichkeiten ist dem Prinzip der Sicherheit genügend Aufmerksamkeit zu schenken. Darin unterscheiden sich auch die beiden Speicherarten. Währenddem es beispielsweise genügt, papiermässige Krankengeschichten unter Verschluss zu halten, spielt bei elektronisch abgelegten Unterlagen die Zugriffsberechtigung eine entscheidende Rolle.

Wenn das Kantonsspital Graubünden beabsichtigt, in Zukunft die Krankenakten nur noch digital zu führen, muss sichergestellt werden, dass die nachfolgenden Handlungen protokolliert werden:

1. Eingebende Person
2. Zugriffsberechtigte Personen
3. Zugreifende Personen

Ein wesentlicher Aspekt, der aus dem Prinzip der Datenintegrität fliesst, besteht darin, sicherzustellen, dass eingescannte Akten nicht mehr verändert werden können. Wenn diese Rahmenbedingungen erfüllt sind, steht einer papierlosen Krankengeschichte grundsätzlich nichts im Wege.

Vorab ist zu klären, welche gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung kommen. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) gilt für private Personen und Bundesorgane (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSG). Demgegenüber kommt das kantonale Datenschutzgesetz (KDSG) zur Anwendung für Behörden auf kantonaler und kommunaler Ebene. Art. 1 Abs. 2 lit. c KDSG bestimmt, dass Private, soweit ihnen öffentliche Aufgaben übertragen sind, ebenfalls als Behörde gelten.

In der Vergangenheit kam es immer wieder zu Problemen bei der Qualifikation Privater als Organe des Gemeinwesens. Mit der Qualifikation von Spitexorganisationen befasste sich das Bundesamt für Justiz. Es erliess hiezu ein spezifisches Gutachten.¹ Aus diesem Gutachten lässt sich folgende Aussage entnehmen: «*Im Falle der spitalexternen Pflege wurde oben bereits dargelegt und mit Beispielen illustriert, dass in den meisten Kantonen diese Aufgabe gesetzlich vorgesehen ist, dass regelmässig die Möglichkeit einer Delegation der Aufgabenerfüllung an Private vorgesehen wird, dass der Staat die Art und Weise der Aufgabenerfüllung teilweise regelt und finanziert. Namentlich dort, wo die Spitexdienste aufgrund von Leistungsaufträgen erbracht werden oder wo die Art und Weise der Ausübung vom Gemeinwesen vorgeschrieben und in namhaftem Umfang mitfinanziert wird, müssen die Aufgabenträger als Organe der Gemeinwesen gelten.*». «*Soweit Spitexdienste im dargelegten Ausmass als Organe des Kantons oder der Gemeinde gelten müssen, ist kantonales Datenschutzrecht anwendbar.*»

¹ Gutachten 051124 vom 24. November 2005; VPB 70.54.

In einem aktuellen Gutachten befasst sich Prof. Dr. Bernhard Rütscbe mit der datenschutzrechtlichen Aufsicht über Spitäler nach Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung.² Auf S. 24 dieses Gutachtens nimmt er Bezug auf das Gutachten des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahre 2005 und kritisiert dessen Begründung hinsichtlich der Spitaldienste.³ Prof. Rutscbe stellt auf ein funktionales Verständnis ab. Massgebend ist, ob eine Organisation eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, unabhängig davon, ob es sich um eine Person des öffentlichen oder privaten Rechts handelt. Öffentliche Organe des Kantons wären demnach alle Personen und Organisationen, die vom Kanton mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind. Gemäss Art. 12 Abs. 1 GesG sind die Gemeinden zuständig für die örtliche öffentliche Gesundheitspflege. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Gemeinden diese Aufgabe an geeignete öffentliche oder private Institutionen übertragen können (vgl. Art. 12 Abs. 3 GesG). Somit untersteht die häusliche Pflege und Betreuung der kantonalen Datenschutzgesetzgebung.

2. Folgerungen

Ein Spitexverein ist berechtigt, Personendaten zu bearbeiten. Eine Bekanntgabe an eine vorgesetzte Behörde bedarf gemäss Art. 17 DSGVO einer gesetzlichen Grundlage. Art. 9 DSGVO kommt nicht zur Anwendung.

Die Auskunftserteilung an die Krankenversicherer richtet sich nach Krankenversicherungsgesetz (KVG).⁴ Hier ist insbesondere auf Art. 42 KVG hinzuweisen, wonach die Leistungserbringer eine detaillierte und verständliche Rechnung zu stellen haben (vgl. Art. 42 Abs. 3 KVG).

Art. 12 DSGVO kommt nicht zur Anwendung. Der Datenaustausch unter einzelnen Behörden muss auf einer gesetzlichen Basis gründen. Hinzuwiesen ist auf Art. 19 DSGVO. In Art. 19 Abs. 1 lit. a – d DSGVO werden die Ausnahmen genannt, bei welchen ein Datenaustausch erfolgen kann, ohne dass eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist.

² Bernhard Rutscbe, *Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler*, Schriften zum Datenschutz, Band 6, Zürich 2012.

³ Bernhard Rutscbe, a.a.O.: «Eine Steuerungsbeziehung zwischen Staat und Privaten besteht jedoch immer, wenn der Staat privates Verhalten reguliert, etwa wenn er Verhaltenspflichten statuiert oder private Tätigkeiten einer Bewilligungspflicht unterstellt. Die staatliche Steuerung kann dabei insbesondere auch die Preise erfassen, ohne dass allein deshalb auf eine öffentliche Aufgabe geschlossen werden könnte. Das Vorliegen – selbst intensiver – staatlicher Steuerung ist somit kein Kriterium für die Annahme einer öffentlichen Aufgabe.»

⁴ SR 832.10.

3. Zugriff auf Inhalte von mobilen Telefontgeräten

1. Ausgangslage

Es kommt immer wieder vor, dass der Verdacht besteht, in eine Institution eingewiesene Jugendliche würden auf ihren mobilen Telefonen pornografische Darstellungen speichern und austauschen.

Bei den nachfolgenden Ausführungen wird davon ausgegangen, dass die gespeicherten Daten keine strafrechtliche Relevanz (z.B. Kinderpornografie) aufweisen. In einem solchen Fall sind die Strafverfolgungsbehörden zu benachrichtigen. Deren Einsichtsrecht richtet sich nach den spezifischen polizeilichen und strafrechtlichen Normen.

Ebenso wird der Einzug von mobilen Telefonen aus disziplinarischen Gründen ohne Einsichtnahme auf den Inhalt nicht behandelt.

Es stellt sich die Frage, in welchen Fällen die Institution das Recht hat, Einsicht auf den Inhalt mobiler Telefone zu nehmen.

2. Grundsatz

Ein Grossteil der betreuten Jugendlichen, die in der Regel zwischen 14 und 19jährig sind, wird gestützt auf vormundschaftliche oder strafrechtliche Schutzmassnahmen eingewiesen. Individuell bestehen unterschiedliche Anordnungen hinsichtlich Obhutsentzug und elterliche Gewalt.

Die Institution trägt für die Jugendlichen obhutsmissig die Verantwortung.

Gemäss Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (JStG)¹ ordnet die urteilende Behörde die nach den Umständen erforderlichen Schutzmassnahmen an (Art. 10 Abs. 1 JStG). Als Schutzmassnahme kann die urteilende Behörde die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Behandlungseinrichtung verfügen (Art. 15 Abs. 1 JStG). Die Vollzugsbehörde regelt für die Dauer der Unterbringung die Ausübung des Rechtes der Eltern oder Dritter auf persönlichen Verkehr, und sie kann die elterliche Sorge fallbedingt beschränken (Art. 13 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 1 JStG).

¹ SR 311.1.

Die Einweisung kann auch auf freiwilliger Basis beruhen. In jedem Fall ist die Institution für das Wohl der betreuten Personen verantwortlich. Folgerichtig kann sie Regeln, die das Zusammenleben ordnen, aufstellen. Darüber hinaus hat sie einen pädagogischen Auftrag. Vor diesem Hintergrund sind die datenschutzrechtlichen Auswirkungen zu würdigen.

3. Datenschutz

14

Gemäss Art. 12 Abs. 1 DSG dürfen Personendaten bearbeitet werden, wenn dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzt wird. Eine Verletzung der Persönlichkeit ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Der Begriff «Bearbeiten» umfasst ebenfalls das Beschaffen von Daten (vgl. Art. 3 lit. e DSG).

Unproblematisch ist der Fall, wenn eine betroffene Person freiwillig ihr Handy zur Überprüfung abgibt.

Gestützt auf Art. 12 Abs. 2 lit. b DSG kann eine betroffene Person die Bearbeitung ihrer Personendaten untersagen. Eine Person weigert sich, das mobile Telefongerät für eine Überprüfung abzugeben. Tut sie dies, stellt jede weitere Bearbeitung eine Persönlichkeitsverletzung dar und ist widerrechtlich, sofern und soweit keiner der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG vorliegen. Der Normzweck der Bestimmung besteht darin, der betroffenen Person die Ausübung ihres informationellen Selbstbestimmungsrechtes (vgl. Art. 13 BV) zu ermöglichen und somit auch dann die Bearbeitung der sie betreffenden Personendaten zu kontrollieren, wenn diese an sich keine Persönlichkeitsverletzung darstellen würde.

Konkret ist vorliegend zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund besteht. Im Rahmen dieser Prüfung ist in jedem Fall eine Interessenabwägung zwischen dem Recht auf Schutz der Persönlichkeit und dem überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesse auf Einsichtnahme vorzunehmen. Der Rechtfertigungsgrund der überwiegenden privaten Interessen erfasst einerseits die Interessen des Datenbearbeiters. Sie können aber auch die Interessen anderer betroffener Personen umfassen, zu denken ist etwa an Jugendliche, die sich in der Betreuungsstation aufhalten. Die rechtfertigende Datenbearbeitung ist im Einzelfall zu prüfen. Es geht also darum, festzustellen, ob ein tatsächliches Interesse am Inhalt von mobilen Telefonen besteht.

Baugesuche im Internet

Eine Gemeinde publiziert Baugesuche auf dem Internet. Sie stützt die Veröffentlichung der Baugesuche im Internet auf Art. 45 kantonales Raumplanungsgesetz. Danach hat die Baubehörde ein Baugesuch während 20 Tagen öffentlich aufzulegen. Während dieser Einsprachefrist wird das Baugesuch auf dem Internet veröffentlicht und hernach wieder gesperrt.

Gemäss Art. 19 Abs. 3bis DSGVO dürfen Personendaten mittels automatisierter Informations- und Kommunikationsdienste jedermann zugänglich gemacht werden, wenn an der Veröffentlichung ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Art. 19 Abs. 1bis lit. b DSGVO). Die Gemeinde stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Internetpublikation einem öffentlichen Bedürfnis entspricht. Darüber kann man geteilter Meinung sein. Indessen entspricht die Vorgehensweise der Gemeinde einer Praxis, die von verschiedenen andern Kommunen geübt wird. Gerade in einer Gemeinde mit ausgeprägtem Zweitwohnungsbau ist es nachvollziehbar, dass Baugesuche nicht nur im regionalen Publikationsorgan veröffentlicht werden.

Daraus wird ersichtlich, dass die Einsichtnahme in diese Daten restriktiv zu handhaben ist. Der Zugriff kann beispielsweise auf Bilder oder auf SMS (Mobbing) erfolgen. In einem zweiten Schritt muss geprüft werden, ob dieses tatsächliche Interesse auch berechtigt ist, d.h. ob es schützenswert ist. Schützenswert sind jene Interessen, die vor dem Hintergrund der in der Schweiz geltenden Werteordnung anerkennungswürdig (d.h. legitim) sind.² Die Schranken hierfür dürfen nicht zu hoch angesetzt werden. Konkret geht es darum, Drittpersonen zu schützen und den allgemeinen Betrieb und die Ordnung innerhalb der Institution aufrecht zu erhalten. Insofern kann ein schützenswertes Interesse bejaht werden.

In einem dritten Schritt sind die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu ermitteln, welche den berechtigten privaten Interessen zum Zwecke der Rechtfertigung gegenüber gestellt werden müssen. Das Interesse nicht in der eigenen Persönlichkeit verletzt zu werden, ist immer schützenswert. Das Interesse der betroffenen Person besteht darin, in seiner privaten Atmosphäre uneingeschränkt und uneinsehbar mit Dritten kommunizieren zu dürfen. Eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung ist wie bereits erwähnt nur gerechtfertigt, sofern

und soweit die berechtigten Interessen an der Datenbearbeitung überwiegen. Es geht um das Abwägen der auf dem Spiel stehenden Güter.

Auf der einen Seite steht somit das Interesse der Institution auf Schutz aller Klienten vor persönlichkeitsverletzenden Bildern und Äusserungen sowie auf Schutz der Institution in der Erfüllung des pädagogischen Auftrages, der Ordnung und Disziplin innerhalb der Organisation. Demgegenüber steht das Recht auf private Kommunikation und Schutz der Privatsphäre.

² Vgl. Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Art. 13 Abs. 1, N 10.

Ergeben sich Verdachtsmomente, wonach Inhalte gespeichert auf mobilen Geräten ausgetauscht werden, die internen Weisungen und Reglementen der Institution widersprechen, ist die Institution berechtigt, diese Inhalte zu prüfen und allenfalls löschen zu lassen, da das Recht der Institution auf partielle Einsichtnahme höher zu gewichten ist, als das Recht des Betroffenen auf den umfassenden Schutz der Privatsphäre. Dabei ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten. Seitens der Institution darf nicht auf alle Inhalte zugegriffen werden, sondern lediglich auf diejenigen, welche sich aufgrund der verifizierten Verdachtsmomente aufdrängen. Aus Gründen der Transparenz wird vorgeschlagen, die Einsichtnahme im Beisein des Betroffenen vorzunehmen.

III. Fälle aus der Praxis

1. Akteneinsicht in eine Krankengeschichte

1. Sachverhalt

Frau X ist in ein Spital eingeliefert worden, wo sie verstarb. Die Tochter von Frau X hegt den Verdacht, dass an das Spital Weisungen erteilt worden sind, wonach keine lebenserhaltenden oder -verlängernden Massnahmen durch die Spitalärzte ergriffen werden durften, weshalb sie sich mit den Gedanken trägt, zivil- bzw. strafrechtliche Schritte einzuleiten. Die Tochter verlangt umfassendes Akteneinsichtsrecht in die Krankenakten der verstorbenen Mutter.

2. Rechtliches

Art. 2 Abs. 2 KDSG weist auf die sinngemässe Anwendung der Vorschriften des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) für das Bearbeiten von Personendaten hin. In Art. 8 DSG wird das Auskunftsrecht ausdrücklich statuiert. Eine Person kann nach dem Willen des Gesetzgebers nur über ihre eigenen Personendaten Auskunft verlangen.¹ Art. 1 Abs. 7 Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG) hält indessen fest, dass Auskunft über Daten von verstorbenen Personen verlangt werden kann, wenn der Gesuchsteller ein Interesse an der Auskunft nachweist und keine überwiegenden Interessen von Angehörigen der verstorbenen Personen oder von Dritten entgegenstehen.

Vorliegend zu berücksichtigen ist zudem die Anwendung des Berufsgeheimnisses gestützt auf Art. 321 StGB. In Lehre und Rechtsprechung unbestritten ist, dass das Arzt-/Patientengeheimnis über den Tod des Patienten hinaus zu beachten ist. Soll ein Geheimnis von seiner Geheimnispflicht entbunden werden, so kann dies nur geschehen, wenn eine Prüfung sämtlicher auf dem Spiel stehender Interessen ergibt, dass sich eine solche Befreiung unter den gegebenen Umständen rechtfertigt. Ebenso wie die Praxis anerkennt, dass der Schutz des Arzt-/Patientengeheimnis über den Tod des Patienten hinaus wirkt, anerkennt sie auch den Anspruch der Angehörigen, Einsicht in diese Akten zu erhalten, wenn ein schutzwürdiges Interesse ihrerseits vorliegt. Allerdings besteht in der Regel kein uneingeschränkter

¹ Maurer-Lambrou/Vogt in: BSK-DSG, 2. Auflage, Art. 8, N. 23.

Anspruch auf Akteneinsicht, sondern nur soweit, als dies durch die Interessen der Angehörigen gerechtfertigt ist.² Das ärztliche Berufsgeheimnis gilt auch nach dem Tod der Geheimnisberechtigten. Das Recht, die Arztperson vom Berufsgeheimnis zu entbinden, ist höchstpersönlicher Natur; die erbberechtigten Personen sind dazu nicht befugt, weil die höchstpersönlichen Rechte unvererblich sind und daher nicht an Rechtsnachfolgende übergehen können.³ Nur ein gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse deutlich höherwertiges privates Offenbarungsinteresse rechtfertigt die Befreiung vom Berufsgeheimnis. Angesichts der gewichtigen Bedeutung des Geheimbereiches der Patienten und Patientinnen darf die ärztliche Schweigepflicht nicht leichtfertig, sondern nur nach einer konkreten und ernsthaften Rechtsgüterabwägung aus zwingenden Gründen durchbrochen werden. Ausserdem darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die Offenbarung das einzige Mittel ist, um das höherwertige Interesse angemessen zu wahren.⁴

Vorliegend will eine Angehörige abklären, ob zivilrechtliche Ansprüche bestehen, bzw. ob ein strafrechtlicher Tatbestand erfüllt ist. In diesem Sinne ist der Tochter durchaus ein berechtigtes Interesse zuzugestehen, die besonderen Umstände des Todes ihrer Mutter zu kennen, um die Grundlagen für einen allfälligen haftpflichtrechtlichen Anspruch abklären und durchsetzen zu können. Theoretisch erstreckt sich somit das Informationsbedürfnis der Tochter auf den Umstand, ob und allenfalls durch wen gegenüber dem Spitalpersonal Weisungen erteilt worden sind, lebenserhaltende oder -verlängernde Massnahmen nicht vorzunehmen. Weitere Gesundheitsdaten, welche Eingang in die Krankengeschichte gefunden haben, sind zumindest vorerst ohne Belang. Im Zusammenhang mit ähnlich gelagerten Fällen haben sowohl das Bundesgericht wie auch verschiedene kantonale Verwaltungsgerichte entschieden, dass die Einsichtnahme durch einen Arzt des Vertrauens vorgenommen wird. Angesichts der überragenden Bedeutung des strafrechtlichen Schutzes des Arztgeheimnisses wurde deshalb eine beantragte vollumfängliche Einsichtnahme in die Originalakten nicht zugelassen. In Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit wurde vielmehr festgelegt, dass die Akten lediglich einer vermittelnden ärztlichen Vertrau-

² Verwaltungsgericht Kanton Thurgau, TVR 2032, N.2; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsscheide, AGVE 2002 158, S. 693; ZBI 91, 1990, S. 364 ff.

³ Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Art. 321, N. 28.

⁴ Praxis 85, Nr. 94, S. 290 ff.

Öffentliches Register der verstorbenen Personen

Es geht um die Frage, ob Daten verstorbener Bürger und Einwohner der Gemeinde X erhoben und auf die gemeindeeigene Homepage gestellt werden dürfen.

Gestützt auf das Zweckbindungsgebot muss die Bekanntgabe von Informationen mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben korrelieren. Bereits in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Anlegung eines Registers für verstorbene Bürger und Einwohner eine Aufgabe des Gemeinwesens ist. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 2 Abs. 1 KDSG) bedarf es eines überwiegenden öffentlichen Interesses für eine Veröffentlichung. Art. 13 BV statuiert einen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens. Der verfassungsrechtliche Datenschutz gewährleistet dem Einzelnen, grundsätzlich selber darüber zu bestimmen, wem und wann er persönliche Informationen bekannt geben möchte. Mit einer Bekanntgabe von Personendaten Verstorbener sind zwangsläufig auch die Interessen lebender Personen tangiert. Dieser Schutzbereich darf nicht ausser Acht gelassen werden.

Das Führen eines Registers für Verstorbene kann selbst bei wohlwollender Beurteilung kaum als öffentliche Aufgabe qualifiziert werden. Dem gegenüber steht der Schutz der Persönlichkeit von Verstorbenen und deren Nachkommen. Aus Gründen des Datenschutzes ist demnach die Publikation eines Registers der verstorbenen Bürger und Einwohner abzulehnen.

ensperson stellvertretend für die Angehörigen zu deren Orientierung unter Auflagen herauszugeben sind.⁵

Diese Vorgehensweise erscheint auch im vorliegenden Fall angebracht.

3. Zusammenfassung

Das ärztliche Berufsgeheimnis gilt auch nach dem Tod der Geheimnisberechtigten. Die Arztperson ist folgerichtig vom Berufsgeheimnis zu entbinden. Nur ein gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse deutlich höherwertiges privates Offenbarungsinteresse rechtfertigt die Befreiung vom Berufsgeheimnis. Zur Wahrung des Geheimhaltungsinteresses kann bestimmt werden, dass lediglich eine ärztliche Vertrauensperson Einsicht in die Originalakten erhält.

Gemäss Art. 35 Abs. 4 GesG ist das Gesundheitsamt für die Befreiung vom Berufsgeheimnis zuständig. Im Zusammenhang damit hat dieses Amt die sich entgegenstehenden Interessen abzuwägen und zu entscheiden.

⁵ Praxis 85, Nr. 94, S. 294; ZBI 91, 1990, S. 365; Datenschutzbeauftragter Kanton Zürich, Tätigkeitsbericht 6/2000, S. 11.

2. Entbindung vom Berufsgeheimnis und gesundheitspolizeiliche Massnahmen

1. Ausgangslage

Das Gesundheitsamt erhält im Zusammenhang mit der Entbindung vom Berufsgeheimnis Kenntnis von einem Sachverhalt, der eine Intervention aufgrund von gesundheitspolizeilichen Erwägungen verlangt. Es stellt sich die Frage, ob das Gesundheitsamt die Informationen, welche es im Rahmen der Entbindung vom Berufsgeheimnis erhält, im Zusammenhang mit der Einleitung von gesundheitspolizeilichen Massnahmen verwenden darf.

2. Rechtliches

Im vorliegenden Fall geht es um die Anwendung des Prinzips der Zweckbindung gemäss Art. 2 Abs. 1 und 2 KDSG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 4 DSGVO. Danach muss der Zweck der Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein. Die dem Gesundheitsamt überlassenen Elemente dienen der Abklärung, ob eine Befreiung vom Berufsgeheimnis gestützt auf Art. 35 Abs. 4 GesG erteilt werden konnte.

Der Bearbeitungsgrundsatz der Zweckbindung will sicherstellen, dass bereits bei der Datenbeschaffung für die betroffene Person feststeht, wofür die sie betreffenden Personendaten bearbeitet werden.¹

Konkret stellt sich die Frage, von welchen Bearbeitungszwecken die betroffene Person aufgrund der konkreten Umstände ausgehen durfte und musste, als sie die Beschaffung der Daten ermöglichte. Gemäss Epiney ist der Grundsatz der Zweckbindung eingehalten, wenn eine von drei Varianten der Datenbearbeitung zutrifft:

1. Bearbeitung zu dem Zweck, der bei der Beschaffung angegeben wurde,
2. Bearbeitung zu dem gesetzlichen Zweck,
3. Bearbeitung zu dem Zweck, der bei der Datenbeschaffung aus den Umständen ersichtlich ist.²

Vorliegend wurden dem Gesundheitsamt Daten zur Verfügung gestellt zur Abklärung, ob eine Entbindung vom Berufsgeheimnis erfolgen kann. Die Betroffenen haben für diesen Zweck die Daten abgegeben. Sie mussten nicht damit rechnen, dass diese Daten unabhängig von der Frage der Entbindung für die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens genutzt werden.

¹ Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Art. 4, N. 31; Maurer-Lambrou/Vogt in: BSK-DSG, Art. 4, N. 13; Epiney in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, 99, S. 538.

² Epiney, a.a.O., 99, S. 540.

Grundsätzlich können somit Erkenntnisse aus dem Entbindungsverfahren nicht für andere gesundheitspolitische Pflichten verwendet werden, zumal eine entsprechende gesetzliche Delegationsnorm fehlt.

Art. 4 DSGVO verbietet einen Verstoß gegen die Grundsätze für sich gesehen nicht, sofern dieser nicht widerrechtlich ist.³ In jedem Fall muss für die Bearbeitung eine gesetzliche Grundlage bestehen. Vorliegend ist dies zweifelsohne zutreffend (vgl. Art. 6a lit. b, Art. 30, Art. 31 GesG). Eine Rechtfertigung ist grundsätzlich durch überwiegende private oder öffentliche Interessen möglich. Ein weiterer Grund für eine Abkehr vom Zweckbindungsgebot besteht in der Bekämpfung von rechtswidrigem Verhalten.⁴ Indessen ist auch in diesem Fall eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Gestützt auf das Gesundheitsgesetz ist das Gesundheitsamt verpflichtet, für die Erhaltung und Förderung der Gesundheit der Bevölkerung zu sorgen. Es erteilt und entzieht die gesundheitspolizeilichen Bewilligungen. In Art. 31 GesG wird ausdrücklich festgehalten, dass eine Bewilligung entzogen werden kann, wenn schwerwiegende Widerhandlungen gegen dieses Gesetz oder die sich darauf stützenden Erlasse vorliegen. Besteht ein begründeter Verdacht, dass ein Grund für den Entzug der Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 31 Abs. 1 GesG vorliegt, kann zum Schutze von Leib und Leben die Bewilligung sogar vorsorglich entzogen werden (Art. 31 Abs. 3 GesG). Daraus erhellt, dass das Gesundheitsamt von Amtes wegen einzuschreiten hat, wenn es von Tatbeständen Kenntnis erhält, welche eine Verweigerung oder den Entzug der Berufsausübungsbewilligung nach sich ziehen. Diese Kenntnisnahme kann nun auch im Zusammenhang mit der Bearbeitung einer Entbindung vom Berufsgeheimnis erfolgen. Das Gesundheitsamt ist in diesem Fall gehalten, zu klären, ob der in diesem Zusammenhang übermittelte Sachverhalt in Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen (öffentliches Interesse auf Durchsetzung der gesundheitspolizeilichen Aufgaben und privates Interesse auf informationelle Selbstbestimmung) geeignet ist, das Prinzip der Zweckbindung zu durchbrechen. Sofern nach Abwägung der Kriterien das öffentliche Interesse im Zusammenhang mit der Erhaltung und der Förderung der Gesundheit der Bevölkerung gegenüber dem privaten Interesse auf Schutz der persönlichen Daten überwiegt, ist eine Bearbeitung der Daten für ein Verfahren betreffend Entzug einer Bewilligung möglich.

³ Rosenthal/Jöhri, a.a.O., Art. 4, N. 3.

⁴ Rosenthal/Jöhri, a.a.O., Art. 4, N. 50.

3. Vollzug flankierende Massnahmen

1. Sachverhalt

Eine Gewerkschaft ersucht um Einblick in die Erhebungsbogen, welche das KIGA bei allen Bergbahnen zur Prüfung der Löhne angefordert hat. Das KIGA hat die Bergbahnen ausdrücklich auf die vertrauliche Behandlung der Daten hingewiesen. Die Kontrolle erfolgte im Rahmen des Vollzugs der flankierenden Massnahmen aber auch für die Berechnung von Kompensationsleistungen durch die Arbeitslosenkasse.

22

2. Rechtliches

Das Bearbeiten von Personendaten, worunter auch die Weitergabe fällt (vgl. Art. 3 lit. e DSG), bedarf grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage (Art. 17 DSG). Massgebend für die Kontrolle der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen ist das Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer¹ sowie die dazugehörige Verordnung.² Ausgehend von diesen gesetzlichen Vorgaben ist es nicht vorgesehen, Personendaten an Dritte weiter zu geben.

Art. 19 DSG sieht jedoch im Einzelfall eine Weitergabe von Personendaten vor, wenn eine der in Art. 19 Abs. 1 lit. a-d DSG aufgeführten Voraussetzungen erfüllt ist. Für die Gewerkschaft ist die Bekanntgabe der verlangten Daten zur Erfüllung ihrer Aufgabe nicht unentbehrlich, eine Einwilligung liegt nicht vor und die Daten sind nicht allgemein zugänglich.

Daneben ist zusätzlich auf Art. 19 Abs. 4 DSG hinzuweisen. Danach lehnt eine Behörde die Bekanntgabe ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen. Mit Bezug darauf macht das KIGA geltend, es sei auf die Zusammenarbeit mit den Unternehmen angewiesen. Es bestehe ein ausgesprochenes Vertrauensverhältnis, weshalb nicht ungefiltert sensible unternehmerische Daten mitgeteilt würden. Eine Weitergabe dieser Daten würde dieses Vertrauensverhältnis zerstören und die künftige Aufgabenerfüllung des KIGA wesentlich erschweren. Es ist nun tatsächlich so, dass eine seriöse und aussagekräftige

¹ SR 823.20.

² SR 823.201.

Zusammenarbeit zwischen dem KIGA und den betroffenen Unternehmen nur möglich ist, wenn seitens der Amtsstelle abgegebene Zusagen auch eingehalten werden, zumal auf die vertrauliche Behandlung ausdrücklich hingewiesen wurde. Es besteht ein grosses Interesse seitens der Amtsstelle auf Diskretion. Mithin sind wesentliche öffentliche Interessen tangiert. Diese öffentlichen Interessen sind mit dem Interesse der Gewerkschaft auf Datenbekanntgabe zu vergleichen. Prima vista ist kein Grund ersichtlich, der eine Weitergabe rechtfertigen würde.

Hinzuweisen ist auf die Geheimhaltungspflicht gemäss kantonaler Personalgesetzgebung (vgl. Art. 50 PG sowie das Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB). Art. 320 StGB schützt die Privatsphäre des Bürgers sowie das Interesse des Staates an der Diskretion der Beamten und Behörden, denn die Schweigepflicht der Beamten lässt die Preisgabe sensibler Informationen an die Verwaltung erst zumutbar erscheinen.³ Im Zusammenhang mit dem Amtsgeheimnis lässt sich auch das öffentliche Interesse an einer Geheimhaltung ablesen. Ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse besteht dann, wenn bei der Verletzung des Geheimnisses der Staat, seine Behörden oder deren Mitglieder an ihrem Vermögen, ihrer Ehre oder ihrem Ansehen geschädigt werden oder wenn ihnen daraus andere Schwierigkeiten entstehen. Wenn also aufgrund der Bekanntgabe eine künftige Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgabe massiv erschwert wird, besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an einer Geheimhaltung.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass der Grosse Rat vor noch nicht allzu langer Zeit sich mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips auseinandergesetzt und dieses abgelehnt hat.

³ Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Art. 320, N. 1.

4. Kontrolle der Verweigerungsgründe für die Bündner Jagd

Das Jagdgesetz ist vor wenigen Jahren umfassend revidiert worden. Grundlegend für die Bündner Jagd ist die Berechtigung für die Jagd, das Jagdpatent (vgl. Art. 5 Abs. 1 KJG¹). Massgebend für den Bezug des Jagdpatentes ist unter anderem der Umstand, dass es kein Anlass für den Jagdausschluss oder die Patentverweigerung gibt (Art. 5 Abs. 2 lit. d KJG). Die Verweigerungsgründe werden in Art. 7 KJG aufgelistet. Die Abgabe des Jagdpatentes wird beispielsweise Personen verweigert, die trotz Mahnung die fälligen, rechtskräftig veranlagten Einkommens- und Vermögenssteuern oder den Wehrpflichtersatz nicht bezahlt haben (Art. 7 Abs. 1 lit. b KJG). Die Bewerber für ein Jagdpatent haben über Patentverweigerungsgründe und Bezugsvoraussetzungen wahrheitsgemäss Auskunft zu erteilen (Art. 8 KJG). Eine Gemeinde fragt an, ob das Amt für Jagd und Fischerei ihr eine Liste aller in der Gemeinde wohnhaften Jäger, welche im Jahr zuvor ein Patent gelöst haben, abgeben dürfe und die Gemeinde gestützt darauf die Jägerinnen und Jäger mit Steuerausständen vor Jagdbeginn anschreiben und auf den Verweigerungsgrund gemäss Jagdgesetz hinweisen dürfe.

Die Erlangung eines Jagdpatentes beruht auf einer Selbstdeklaration der Jägerinnen und Jäger.² In Nachachtung dieser Eigenverantwortung hat das Departement ein Formular mit dem Titel «Bestätigung für Jäger zum Bezug des Jagdpatentes» verfasst, das eine Gesuchstellerin oder ein Gesuchsteller unterzeichnet dem Amt abzugeben hat. In diesem Formular wird explizit auf die Verweigerungsgründe gemäss Art. 7 KJG hingewiesen. Es ist nun nicht Aufgabe der Gemeinde, Gesuchsteller für ein Jagdpatent auf die in Jagdkreisen bekannten Voraussetzungen aufmerksam zu machen. Vielmehr obliegt es der Jägerin und dem Jäger wahrheitsgetreu über die Berechtigung zur Ausübung der Jagd Auskunft zu erteilen, wollen sie sich nicht eines Jagdvergehens schuldig machen (vgl. Art. 47 KJG). Für eine präventive Massnahme fehlt die gesetzliche Grundlage.

Offenbar ist es nun so, dass eine gewisse Anzahl von Jägerinnen und Jägern trotz Deklarationspflicht das Bestätigungsformular wahrheitswidrig ausfüllt. Dem Amt fehlt es an Kapazitäten, jeden Antrag für den Bezug eines Jagdpatentes auf seinen Wahrheitsgehalt zu überprüfen. Es ist auf das richtige Ausfüllen des Formulars angewiesen. Als Aufsichtsorgan hat es indessen

¹ BR 740.000.

² Vgl. Botschaft vom 29. August 2005, S. 1242.

Fotofallen

Es muss zwischen dem Aufstellen von Fotofallen durch das Amt für Jagd und Fischerei (AJF) und durch Private unterschieden werden. Gemäss Jagdgesetz hat das AJF den Auftrag, gesunde Wildbestände und deren Lebensräume zu pflegen und zu erhalten, bedrohte Tierarten zu schützen und die Wildschäden zu begrenzen. Im Zusammenhang damit werden selektiv nur für bestimmte Perioden Fotofallen aufgestellt. Als Beispiel sei die Wolfpopulation am Calanda oder der Bär M13 genannt. Das auf diese Weise erhaltene Fotomaterial wird ausschliesslich für den erteilten Auftrag verwendet. Nicht relevante Aufnahmen werden vernichtet. Für solche Einsätze ist die gesetzliche Grundlage genügend.

Anders verhält es sich beim Aufstellen von Fotofallen durch Private in öffentlichen Wäldern. Art. 14 Abs. 1 Waldgesetz (WaG)¹ verlangt von den Kantonen, dass der Wald der Allgemeinheit zugänglich ist. Auch Wald in Privatbesitz darf nicht eingezäunt werden. Aus dieser gesetzlichen Grundlage folgt konsequenterweise, dass ein Wald uneingeschränkt (vgl. Ausnahmen in Art. 14 Abs. 2 WaG) begehbar sein muss. Das Aufstellen von privaten Fotofallen führt zu einer Einschränkung, die nicht geduldet werden muss. Das private Interesse des Jägers auf die Beobachtung von Wild geht dem öffentlichen Interesse auf uneingeschränkte Begehbarkeit des Waldes nach. Private Fotofallen sind nicht statthaft.

den Auftrag, die Jagd in formeller und materieller Hinsicht zu kontrollieren. Dazu gehört auch die Überprüfung der Patentvoraussetzungen. Vorstellbar wäre, wenn das Amt im Nachgang zur Jagd den zuständigen Steuerämtern die Liste der in der jeweiligen Gemeinde gelösten Inhaber der Jagdpatente abgibt, verbunden mit dem Auftrag, diejenigen Personen zu melden, welche bis Jagdbeginn die rechtskräftig veranlagten Steuern nicht bezahlt haben. Gegen diese Personen kann hernach ein Verfahren eröffnet werden.

Jägerinnen und Jäger, welche in dieser Weise gegen die Jagdvoraussetzungen verstossen haben, könnten im Folgejahr dazu aufgefordert werden, für die Erlangung eines Jagdpatentes eine Bestätigung der Steuerverwaltung über die Bezahlung der Steuern beizubringen. Vorstellbar wäre auch die konkrete Nachfrage bei den Gemeinden vor Jagdbeginn betreffend diese vereinzelt Fälle. Auf diese Weise könnte eine Kontrolle mit vernünftigem Aufwand durchgeführt werden.

¹ SR 921.0.

5. Veröffentlichung der Namen der Ortsbürger

Es stellt sich die Frage, ob die Namen der Ortsbürger publiziert werden dürfen.

Unproblematisch ist dieser Vorgang, wenn aufgrund der Namen nicht auf einzelne Personen geschlossen werden kann. Datenschutz bedeutet nämlich Persönlichkeitsschutz. Wenn eine Person nicht betroffen ist, werden Rechte, abgeleitet aus der Datenschutzgesetzgebung, nicht tangiert. In kleinräumlichen Gebieten kann jedoch wohl kaum von einer Anonymisierung ausgegangen werden. Vielmehr können veröffentlichte Namen ohne weiteres einzelnen Personen zugeordnet werden.

26

Für die Beurteilung ist das Bürgerrechtsgesetz des Kantons Graubünden (KBüG)¹ massgebend. Es findet sich keine Bestimmung im KBüG, die eine Veröffentlichung der Eingebürgerten vorsieht. Unter Art. 15c Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (BüG)² wird unter der Marginalie «Schutz der Privatsphäre» festgehalten, dass der Kanton für die Wahrung der Privatsphäre zu sorgen hat. In Art. 15c Abs. 2 BüG werden die Daten genannt, welche den Stimmberechtigten bekannt gegeben werden dürfen und in Art. 49b BüG wird die Datenbekanntgabe legiferiert. Eine Veröffentlichung der Namen der Eingebürgerten ist nicht vorgesehen.

Es gelten somit die allgemeinen Regeln der Datenschutzgesetzgebung. Da eine gesetzliche Grundlage fehlt, kommt an Stelle von Art. 17 Art. 19 DSG zur Anwendung. Diese Bestimmung befasst sich mit der Bekanntgabe von Personendaten. Vorstellbar ist der Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. b (Zustimmung) und lit. c (Daten allgemein zugänglich) DSG. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass im Rahmen des Einbürgerungsverfahrens, geschweige denn bei Bürgerrechten von Geburt, eine Einwilligung eingeholt wird. Wahrscheinlich nicht anwendbar ist ebenfalls Art. 19 Abs. 1 lit. c DSG, da eine betroffene Person ihre Daten selten allgemein zugänglich macht, insbesondere nicht im Zusammenhang mit der Einbürgerung. Mithin verbleibt einzig die Prüfung von Art. 19 Abs. 1 bis DSG, dessen Anwendung für Graubünden aufgrund des Fehlens des Öffentlichkeitsprinzips ungewiss ist. Danach dürfen Personendaten veröffentlicht wer-

¹ BR 130.100.

² SR 141.0.

Neophytenstandorte¹

Dürfen Neophytenstandorte veröffentlicht werden? Offensichtlich besteht diesbezüglich Handlungsbedarf, da in Graubünden bis anhin nichts vorgekehrt worden ist. Der Hinweis auf Art. 8 Abs. 1 lit. c der Geoinformationsverordnung (KGeoIV)² genügt nicht. Mit dem Begriff Katalog der übrigen öffentlichen Geodaten wird die Veröffentlichung der Neophytenstandorte nicht abgedeckt. Dafür genügt Art. 8 Abs. 2 KGeoIV ebenfalls nicht.

Bei den Neophytenstandorten handelt es sich um Personendaten. Gemäss Art. 3 lit. a DSGVO werden Personendaten definiert als alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Mit Verknüpfung der Parzellennummern und dem Eigentümer mit den Neophytenstandorten kann ohne weiteres auf die betroffene Person geschlossen werden. Die datenschutzrechtlichen Vorgaben sind damit zu beachten. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 4 Abs. 3 und 4 DSGVO und Art. 17 Abs. 1 DSGVO.

¹ Neophyten ist die Bezeichnung für Pflanzen, die erst seit der Entdeckung Amerikas (1492) bei uns vorkommen. Wörtlich übersetzt bedeutet Neophyten «neue Pflanzen». Diese gebietsfremden Pflanzen sind zum grössten Teil völlig harmlos (z.B. die Rosskastanie oder das Kleine Springkraut). Einige der neuen Pflanzen verhalten sich jedoch invasiv: Sie verwildern, breiten sich stark aus und verdrängen dabei die einheimische Flora (<http://www.neophyt.ch/>).

² BR 217.310.

den, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen und an dessen Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Die Anwendung dieser Bestimmung scheidet ebenfalls aus, weder die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe noch ein überwiegendes öffentliches Interesse steht zur Diskussion. Aus Datenschutzüberlegungen kann eine detaillierte Bekanntgabe aller Namen nicht erfolgen. Selbstverständlich kann in allgemeiner Form hingewiesen werden, welche Geschlechtsnamen in den einzelnen Gemeinden stark verbreitet sind und wo unter den Gemeinden Parallelen bestehen, da diese Informationen aus allgemein zugänglichen, insbesondere geschichtlichen Quellen beschafft werden können.

6. Kontrolle von Holzfeuerungsanlagen

1. Ausgangslage

Kaminfegermeister X hat einen im Jahre 2010 erstellten Speicherofen, der mit Stückholz beschickt wird, im September 2011 als Erstkontrolle überprüft und keine Mängel festgestellt. Im Rahmen der Prüfung hat er die Asche als auch das Holzlager kontrolliert.

Im Zuge der periodischen Mitteilung an das Amt für Natur und Umwelt (ANU) hat Herr X den elektronisch erfassten Kontrollrapport ohne Unterschrift, der mit dem manuell vor Ort erstellten Kontrollrapport inhaltlich identisch ist, an das Amt weitergeleitet. Das ANU hat den Rapport in der dafür vorhandenen Datenbank Genesis gespeichert.

2. Gesetzliche Grundlage

Es stellt sich die Frage, ob für die Tätigkeit von Kaminfegermeister X und die Speicherung der Daten auf dem ANU eine genügende gesetzliche Grundlage besteht.

Das Umweltschutzgesetz (Art.1 Bundesgesetz über den Umweltschutz, USG)¹ bezweckt u.a. den Menschen gegen schädliche und lästige Einwirkungen zu schützen. Als Einwirkungen werden Luftverunreinigungen qualifiziert (Art.7 Abs.1 USG). Zu diesen gehören Veränderungen des natürlichen Zustandes der Luft, namentlich durch Rauch, Russ, Staub, etc. (Art.7 Abs.3 USG). Schliesslich werden Bauten als Anlagen definiert (Art.7 Abs.7 USG).

Luftverunreinigungen werden durch Massnahmen an der Quelle begrenzt (Art.11 Abs.1 USG). Dazu dient beispielsweise der Erlass von Emissionsgrenzwerten (Art.12 Abs.1 USG) mittels Verordnungen oder Verfügungen.

Zur Durchsetzung dieser Umweltvorschriften kann der Bundesrat regelmässige Kontrollen vorschreiben (Art.45 USG). Dabei ist jedermann verpflichtet, den Behörden die für den Vollzug erforderlichen Auskünfte zu erteilen, Abklärungen durchzuführen oder zu dulden (Art.46 Abs.1 USG).

¹ SR 814.01.

Die Umsetzung der bundesgesetzlichen Vorgaben erfolgt über die Luftreinhalte-Verordnung (LRV).² In Art. 13 LRV wird ausdrücklich festgehalten, dass Emissionsmessungen und -kontrollen durchgeführt werden. Im Anhang 3 Ziff. 521 LRV kann nachgelesen werden, dass in Holzfeuerungen nur Holzbrennstoffe verbrannt werden dürfen, die aufgrund ihrer Art, Qualität und Feuchtigkeit für das Verbrennen in diesen Anlagen geeignet sind. Es sind nur naturbelassenes stückiges Holz sowie Reisig und Zapfen zulässig (Anhang 3, Ziff. 521 Abs. 2 LRV; Anhang 5, Ziff. 31 Abs. 1 LRV).

Gemäss Art. 2 und 3 EG zum USG (KUSG)³ vollziehen der Kanton und die Gemeinden die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes, wobei die Fachstelle (ANU) die zuständige kantonale Vollzugsbehörde ist (Art. 2 Abs. 3 KUSG). Gestützt auf Art. 5 Abs. 3 KUSG können die Gemeinden für Kontrollen zugezogen und Dritte mit der Durchführung von Untersuchungen beauftragt werden (Art. 7 KUSG).

In Art. 15 KUSG wird eine Zweiteilung der Kontrollen festgehalten. Währenddem die Fachstelle für die Kontrollen von Anlagen und erheblichen Luftverunreinigungen zuständig ist, obliegt die Kontrolle der übrigen Anlagen der Gemeinde. Die Gemeinde bestimmt auch den Feuerungskontrolleur.

Im Rahmen der Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen kann festgestellt werden, dass eine kleine Anlage, die Einwirkungen auf die Umwelt in Form von Rauch, Russ oder Staub verursacht, durch einen von der Gemeinde beauftragten Dritten zu kontrollieren ist. Für die Kontrolltätigkeit des Kaminfegermeisters X ist die gesetzliche Grundlage vorhanden.

Zu klären ist noch die Frage, was Gegenstand der Kontrolle bilden kann. Im Zusammenhang damit ist das allgemeine verwaltungsrechtliche Prinzip der Verhältnismässigkeit einzuhalten. Dieser Grundsatz besagt, dass diejenigen Massnahmen ergriffen werden dürfen, die notwendig oder erforderlich sind, um den gesetzlichen Auftrag erfüllen zu können. Die Messungen müssen die für die Beurteilung wichtigen Betriebszustände erfassen und die Behörde legt Art und Umfang der Messung fest (Art. 14 Abs. 1

² SR 814.318.142.1.

³ BR 820.100.

LRV). In Anhang 5 Ziff. 31 Abs. 1 lit. a-b LRV wird festgehalten, was verbrannt werden darf. Diese Holzbrennstoffe müssen zudem aufgrund ihrer Art, Qualität und Feuchtigkeit für das Verbrennen geeignet sein (Anhang 3, Ziff. 521 Abs. 1 LRV). In Nachachtung dieser gesetzlichen Vorgaben ist es durchaus nachvollziehbar und nicht zu beanstanden, wenn das ANU in Ziffer 7/4 der Weisung über die Kontrolle der kleinen Holzfeuerungen im Kanton Graubünden ein Kontrollgang im Brennstofflager vorsieht. Das ANU schreibt darüber hinaus auch die restlichen visuellen Überprüfungen der Anlage vor. Darunter fällt auch die Asche. Gestützt auf die Prüfung ist hernach eine Beurteilung vorzunehmen. Die Kontrolle beschränkt sich ausschliesslich auf die Begutachtung der Anlage, der Asche und des Brennstoffes. Überprüft werden ausschliesslich die gesetzlichen Vorgaben. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit wird eingehalten.

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob für die Ablage der Resultate der Feuerungskontrolle eine gesetzliche Grundlage besteht. In Art. 46 Abs. 2 USG wird dem Kanton das Recht eingeräumt, Verzeichnisse über Luftverunreinigungen zu führen. Mithin ist der Kanton befugt, die Kontrolleergebnisse zu speichern. Art. 47 Abs. 2 USG lässt sogar eine Veröffentlichung der Ergebnisse der Kontrolle nach Anhörung der Betroffenen zu.

7. Ordnungsbussenverfahren

Es stellt sich die Frage der Nennung von Personendaten im Ordnungsbussenverfahren.

Das Ordnungsbussenverfahren kommt bei Übertretungen der Strassenverkehrsvorschriften untergeordneter Natur zur Anwendung und zeichnet sich durch eine Vereinfachung des Verfahrens aus (vgl. Art. 1 Ordnungsbussengesetz; OBG). Es ist grundsätzlich anonym, da der Täter nicht ermittelt wird.¹ Dies ändert aber nichts daran, dass das Ordnungsbussenwesen zur Gerichtspolizei gehört.²

In Art. 6 OBG wird die Vorgehensweise im Rahmen der Bezahlung der Busse beschrieben. Beahlt der Täter die Busse nicht sofort, so erhält er ein Bedenkfristformular. Zahlt er innert Frist, so wird das Formular vernichtet. Andernfalls leitet die Polizei das ordentliche Verfahren ein. In diesem zeitlichen Verfahrensstand werden also keine gerichtspolizeilichen Ermittlungen vorgenommen. Folgerichtig hat sich die Polizei bei Unkenntnis des Täters ausschliesslich an den Halter des Fahrzeugs zu richten.

Werden im Zusammenhang mit der Abwicklung des Ordnungsbussenverfahrens zuhanden der Polizei Anfragen, Reklamationen, Anträge oder dergleichen vorgebracht, ändert dies nichts an der Tatsache, dass das Verfahren formell und einfach abgewickelt werden soll. Erst im Rahmen des ordentlichen Verfahrens, welches sich nach der StPO richtet, werden fallbezogene Abklärungen getätigt, welche natürlich auch die gegenüber der Polizei vorgebrachten Aussagen mitumfassen können. Im Rahmen des ordentlichen Verfahrens stehen den Beschuldigten die gesetzlich vorgesehenen Verteidigungsrechte zur Verfügung. Diese bleiben im Ordnungsbussenverfahren völlig unberücksichtigt.

Konsequenterweise bedeutet diese Sachlage für die Polizei, dass sie sich bei Unkenntnis des Täters immer an den Halter wenden muss.

¹ Vgl. Merkblatt betr. Ordnungsbussen der Stadtpolizei und Bussverfügung des Stadtrichteramtes der Stadt Zürich, Ziff. 1, Ordnungsbussenverfahren.

² Vgl. Handbuch Polizeiaufgaben der Gemeinden, Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Bern 2011, S. 68.

8. Abklärung der finanziellen Verhältnisse bei der Ausrichtung von Stipendien

1. Sachverhalt

32 | Eine mündige Person stellte ein Gesuch um Ausrichtung von Stipendien. Im Zusammenhang mit der Abklärung, ob die finanziellen Verhältnisse der Eltern die Ausrichtung von Ausbildungsbeiträgen zulassen, stellte die Abteilung Stipendien gestützt auf Art. 18 Stipendiengesetz (StipG)¹ bei der Steuerverwaltung ein Amtshilfegesuch mit dem Begehren, der Abteilung Stipendien die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des einen Elternteils bekannt zu geben. Diesem Gesuch wurde stattgegeben und die Steuerdaten des Vaters übermittelt. Aufgrund der konkreten Einkommens- und Vermögenssituation der Eltern wurde offenbar das Stipendiengesuch abgelehnt, ohne die entscheiderelevanten Berechnungsgrundlagen in die Verfügung aufzunehmen.

Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens wird die Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt und die vollumfängliche Einsichtnahme in die Akten verlangt.

2. Datenschutzrechtliche Abklärungen

Für Verfahren in Verwaltungssachen vor kantonalen Verwaltungsbehörden gilt das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG).² Gemäss Art. 16 VRG wird den von einem Entscheid Betroffenen Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme gegeben. Die am Verfahren Beteiligten haben ein Akteneinsichtsrecht. Die Einsichtnahme kann zur Wahrung wichtiger öffentlicher oder schutzwürdiger privater Interessen verweigert werden (Art. 17 Abs. 2 VRG). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die seitens der Steuerverwaltung an die Abteilung Stipendien mitgeteilten Steuerdaten des Vaters an die Tochter als Beschwerdeführerin bekanntgegeben werden müssen.

Art. 29 BV garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör im Verfahren vor Verwaltungsinstanzen. Das Akteneinsichtsrecht bildet einen Teil dieses verfassungsmässigen Rechtes. Grundsätzlich müssen sämtliche beweisereheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden, sofern in der sie unmittelbar

¹ BR 450.200.

² BR 370.100.

betreffenden Verfügung darauf abgestellt wird. Es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann. Ein Betroffener kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern, wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat (BGE 132 V 388 ff.). Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche, verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage für einen Entscheid zu bilden.

Dieser anerkannte Grundsatz kann vorliegend nur durchstossen werden, wenn wichtige schutzwürdige private Interessen vorliegen. Eine klare Definition des Gesetzgebers oder einen abschliessenden Katalog von schützenswerten Interessen gibt es nicht. Schützenswert sind jene Interessen, die vor dem Hintergrund der in der Schweiz geltenden Werteordnung anerkennungswürdig sind.³ Der Anspruch auf Diskretion in finanziellen Belangen kann durchaus als schützenswert im Sinne der Datenschutzgesetzgebung qualifiziert werden. Ob dieser Anspruch darüber hinaus das Attribut eines wichtigen schützenswerten Interesses beinhaltet, kann vorliegend offen bleiben. Denn die sich entgegenstehenden Interessen sind zwingend gegeneinander abzuwägen. Unter Berücksichtigung aller Umstände muss nach objektiven Gesichtspunkten ein Entscheid gefällt werden. Zu berücksichtigen sind die zur Diskussion stehenden Güter, der Grad der Gefährdung und das Ausmass der befürchteten Verletzung.

Für die betroffene Person steht der Schutz des verfassungsmässigen Rechtes auf Akteneinsicht, des Anspruchs auf Begründung einer Verfügung und insbesondere das Recht auf allgemeine Verfahrensgarantien im Vordergrund. Dabei ist zudem das verfahrensrechtliche Grundprinzip, wonach eine Partei auf alle entscheidungswesentlichen Informationen Zugriff haben soll, zu berücksichtigen. Demgegenüber steht das Interesse des Vaters auf Schutz der Privatsphäre im Bezug auf seine finanzielle Situation.

Die Schutzwürdigkeit der Steuerdaten wird in den Kantonen unterschiedlich gehandhabt. Währenddem einzelne Kantone Auskünfte ablehnen, werden in anderen Kantonen die Steuerdaten (Einkommen und Vermögen) der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt. Immerhin lässt sich

³ Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Art. 13, N. 10.

daraus ableiten, dass der Schutzgehalt der versteuerten Einkommen und Vermögen nicht sehr hoch eingestuft wird. Hinzu kommt die Tatsache, wonach gestützt auf Art.18 Abs.2 StipG die Einkommens- sowie Vermögensverhältnisse von Personen, die eine Unterhalts- und Unterstützungspflicht treffen, der Fachstelle bekannt gegeben werden müssen. Würden diese Daten einem Beschwerdeführer nicht weitergeleitet, wäre diesem verunmöglicht, sein gesetzlich vorgesehenes Beschwerderecht zu prüfen und auszuüben. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern nur einem kleinen Personenkreis bekannt gegeben werden.

Das Interesse auf Schutz der Bekanntgabe der finanziellen Verhältnisse ist gegenüber dem Interesse der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien von untergeordneter Bedeutung. Einem Gesuch auf Akteneinsicht ist deshalb stattzugeben.

IV. Verbände

Privatim, die Vereinigung der kantonalen Datenschutzbeauftragten, bildet für die Datenschutzbeauftragten eine gute Plattform, um Datenschutzprobleme einer breiten Öffentlichkeit bekannt zu machen. Darüber hinaus kann unter den Datenschutzbeauftragten ein reger fachlicher Austausch gepflegt werden. Und schliesslich wird die Weiterbildung massgeblich über den Verband vermittelt und organisiert.

Der DSG GR ist weiterhin Mitglied der Arbeitsgruppe Gesundheit von Privatim. Diese Arbeitsgruppe hat im vergangenen Jahr massgeblich zu den Verlautbarungen im Gesundheitswesen mit Bezug auf den Datenschutz beigetragen und auch das Gutachten von Prof. Bernhard Rütsche initiiert.

VI. Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AJF	Amt für Jagd und Fischerei
ANU	Amt für Natur und Umwelt
Art.	Artikel
B	Botschaft
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BIG	Behindertenintegrationsgesetz
BK	Berner Kommentar
BR	Bündner Rechtsbuch
BSK	Basler Kommentar
BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechtes
BV	Bundesverfassung
BVFD	Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement
bzw.	beziehungsweise
DJSG	Departement für Justiz, Sicherheit und Soziales
DSB	Datenschutzbeauftragter
DSG	Eidgenössisches Datenschutzgesetz
DVS	Departement für Volkswirtschaft und Soziales
EDOEB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlich- keitsbeauftragter
EKUD	Erziehungs-, Kultur- und Umweltschutz- departement
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f./ff.	folgend/folgende
FN	Fussnote
GesG	Gesundheitsgesetz
GPK	Geschäftsprüfungskommission
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
KBüG	Bürgerrechtsgesetz des Kantons Graubünden
KDSG	kantonales Datenschutzgesetz
KGeoIV	Kantonale Geoinformationsverordnung
KIGA	Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
KJG	Kantonales Jagdgesetz
KUSG	Einführungsgesetz zum BG über den Umweltschutz

KV	Kantonsverfassung
KVG	Krankenversicherungsgesetz
JStG	BG über das Jugendstrafrecht
lit.	litera
LRV	Luftreinhalteverordnung
N	Note
OBG	Ordnungsbussengesetz
PG	Personalgesetz
RB	Regierungsbeschluss
S.	Seite
SR	Sammlung der eidgenössischen Gesetze und systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
SMS	Short Message Service
StGB	Strafgesetzbuch
StipG	Stipendiengesetz
StPO	Strafprozessordnung
USG	BG über den Umweltschutz
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VDSD	Verordnung zum eidg. Datenschutzgesetz
VRG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege
VVG	Gesetz über das Verwaltungsverfahren
WaG	Waldgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer

Impressum

Gestaltung: zaroni.kommunikation, Chur · **Druck:** Druckerei Casutt AG, Chur

Gedruckt auf Cyclus Recycling-Papier aus 100 % speziell sortierten Druckerei- und Büroabfällen

