



Bern, den 28. November 2008

## **Empfehlung**

**gemäss**

**Art. 14 des  
Bundesgesetzes über das  
Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung  
vom 17. Dezember 2004**

**zum Schlichtungsantrag von**

**X  
(Antragsteller)**

**gegen**

**Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Bern**

### **I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

#### **A. Schlichtungsantrag Nr. 1:**

1. Die Antragsteller (zwei Rechtsanwälte) reichten gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3) am 9. Oktober 2008 beim Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) ein Zugangsgesuch ein. Darin nahmen sie Bezug auf eine Ausschreibung der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) sowie der Invalidenversicherung (IV) der Schweiz, welche die Beschaffung von Hörgeräten zum Gegenstand habe. „Im Zusammenhang mit der Frage, ob für die Ausschreibung eine gesetzliche Grundlage besteht“, vertreten die Antragsteller „mehrere Klienten der Hörgerätebranche“. In dieser Funktion entnahmen die Antragsteller einer an die Beschwerdeführerinnen gerichteten Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Oktober 2008 die Information, dass „anscheinend ein Rechtsgutachten des BSV zur Ausschreibung Hörgeräte durch das BSV“ bestehe, in welches sie nun um Einsicht ersuchen.



2. In der Stellungnahme vom 29. Oktober 2008 benannte das BSV zwei spezifische Dokumente:
  - „Memorandum von Y und Z vom 14. April 2008 betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung“ und
  - „Memorandum von Y und Z vom 30. Mai 2008 zu Zusatzfragen im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Hörgeräten.“

Das BSV verweigerte den Zugang zu diesen Dokumenten aufgrund von „Ausnahmebestimmungen (Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 4 BGÖ)“ und verwies auf das beim Bundesverwaltungsgericht hängige Verfahren.

3. Die Antragsteller reichten am 19. November 2008 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein. Die Antragsteller anerkennen in ihrem Schreiben, dass in Bezug auf die erwähnten Memoranden ein Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht hängig ist, und ersuchen um Entgegennahme des Schlichtungsantrags und um eine Sistierung des Schlichtungsverfahrens.
4. Der Beauftragte ersuchte das Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 21. November 2008 um eine kurze Stellungnahme, ob die fraglichen Dokumente Gegenstand eines Verfahrens, insb. eines Akteneinsichtsgesuchs beim Bundesverwaltungsgericht sind und ob ein Entscheid darüber schon ergangen ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ).
5. Am 24. November 2008 teilte der zuständige Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts dem Beauftragten mit, „dass die Beschwerdeführerinnen im Verfahren ein Akteneinsichtsgesuch betreffend die in Frage stehenden Parteimemoranden gestellt haben“. Ein Entscheid über das Gesuch sei noch nicht gefällt worden.

#### **B. Schlichtungsantrag Nr. 2:**

1. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2008 stellten die Antragsteller je ein Zugangsgesuch beim BSV und der Wettbewerbskommission (Weko). Im Zusammenhang mit der Frage, ob für die Ausschreibung der Hörgeräte eine gesetzliche Grundlage bestehe, hatte das BSV Rücksprache mit der Weko genommen. Die Antragsteller baten „um Zustellung der entsprechenden Protokolle und Stellungnahmen und/oder der mündlich erteilten Auskünfte“.
2. Die Weko äusserte sich in ihrer Antwort vom 4. November 2008 dahingehend, dass „eine Stellungnahme auf ein entsprechendes Gesuch durch die federführende Behörde abgegeben (vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 VBGO)“ werde. Das Sekretariat der Weko und das BSV hatten sich darauf geeinigt, dass die Federführung beim BSV liege, weshalb „die erwähnte Behörde in materieller Hinsicht über Ihr Ersuchen zu entscheiden“ habe.  
Des Weiteren machte die Weko die Antragsteller darauf aufmerksam, „dass das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ, SR 152.3) grundsätzlich auf abgeschlossene Verfahren Anwendung findet“ und entsprechende Verfahrensgesetze anwendbar und vorbehalten blieben, solange ein Rechtsmittelverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Zusätzlich werde „der Zugang zu amtlichen Dokumenten (...) so lange aufgeschoben, bis der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlagen darstellen, getroffen ist. Ebenfalls nicht zugänglich sind amtliche Dokumente über Positionen in laufenden und zukünftigen Verhandlungen (vgl. Art. 8 Abs. 2 und 4 BGÖ)“.
3. Das BSV teilte den Antragstellern mit Schreiben vom 5. November 2008 mit, dass „sich die beiden Behörden gemäss Art. 11 VBGO über die Federführung betreffend Stellungnahme geeinigt und das BSV als federführende Behörde bezeichnet haben“. Das BSV machte die



Antragsteller „auf das vor Bundesverwaltungsgericht hängige Verfahren aufmerksam“ und verwies „in diesem Zusammenhang auf die vom Öffentlichkeitsgesetz vorgesehenen Ausnahmebestimmungen (Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 4 BGÖ)“.

4. Daraufhin reichten die Antragsteller am 24. November 2008 beim Beauftragten einen weiteren Schlichtungsantrag ein.
5. Der Beauftragte ersuchte am 25. November 2008 das BSV als in dieser Angelegenheit federführende Behörde um eine Stellungnahme, ob die von den Antragstellern gewünschten Dokumente vorhanden seien.
6. Am 26. November 2008 teilte das BSV dem Beauftragten schriftlich mit, dass im Rahmen der Beschaffung von Hörgeräten eine Besprechung mit der Weko stattgefunden habe, aber keine Dokumente dazu existieren.

## **II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:**

### **A. Schlichtungsverfahren gemäss Art. 14 BGÖ**

1. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.<sup>1</sup> Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

2. Die Antragsteller haben Zugangsgesuche nach Art. 6 BGÖ beim BSV respektive bei der Weko eingereicht und ablehnende Antworten erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren sind sie zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Die Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
3. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten<sup>2</sup>.  
Kommt keine Einigung zu Stande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

---

<sup>1</sup> BBI 2003 2023

<sup>2</sup> BBI 2003 2024



## **B. Sachlicher Geltungsbereich**

### **1. Schlichtungsantrag Nr. 1:**

1. Die Antragsteller ersuchten um Zugang zu Dokumenten, welche Teil eines Verfahrens der Verwaltungsrechtspflege vor Bundesverwaltungsgericht sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat dem Beauftragten gegenüber bestätigt, dass die amtlichen Dokumente, zu denen die Antragsteller gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Zugang beanspruchen, Gegenstand eines Verfahrens im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ sind.

*Das Öffentlichkeitsgesetz gelangt somit im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung.*

2. Des Weiteren baten die Antragsteller den Beauftragten aufgrund des hängigen Verfahrens um eine vorläufige Sistierung des Schlichtungsverfahrens. Wie vorgängig ausgeführt, sieht der Beauftragte aufgrund fehlender Zuständigkeit von einer materiellen Beurteilung der Angelegenheit ab.

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Antragsteller die Möglichkeit haben, nach Abschluss des Verfahrens ein neues Zugangsgesuch beim BSV zu stellen.

### **2. Schlichtungsantrag Nr. 2:**

1. Das Öffentlichkeitsgesetz trägt zur Information der Öffentlichkeit bei, indem es den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet (Art. 1 BGÖ). Zentral ist dabei der Begriff „Dokument“: Ein Zugangsrecht besteht nur zu Informationen, die (1.) auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet sind, (2.) sich im Besitz einer Behörde befinden, von der sie stammen oder der sie mitgeteilt worden sind, und (3.) die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen (Art. 5 Abs. 1 BGÖ).

Das BSV sicherte zu, dass im Rahmen der Besprechung mit der Weko über die Beschaffung von Hörgeräten keine Dokumente erstellt wurden.

*Das Öffentlichkeitsgesetz gelangt im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung, da keine amtlichen Dokumente im Sinne von Art. 5 BGÖ existieren.*

## **III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:**

1. Das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3) kommt nicht zur Anwendung, da in Bezug auf den Schlichtungsantrag Nr. 1 die gewünschten amtlichen Dokumente Teil eines laufenden Verfahrens im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ sind respektive in Bezug auf den Schlichtungsantrag Nr. 2 keine amtlichen Dokumente im Sinne von Art. 5 BGÖ vorliegen.

Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) hält an seiner Zugangsverweigerung fest.

2. Die Antragsteller können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim BSV den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

Gegen diese Verfügung können die Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).



3. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragsteller anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

4. Die Empfehlung wird eröffnet:

- X

- Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV)  
Effingerstrasse 20  
CH-3003 Bern

Jean-Philippe Walter

Kopien:

- Wettbewerbskommission  
Monbijoustrasse 43  
CH-3003 Bern
  
- Bundesverwaltungsgericht  
Abteilung II  
Postfach  
CH-3000 Bern 14