



Bern, 3. Dezember 2014

Empfehlung
gemäss Art. 14 des
Bundesgesetzes über das
Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung
zum Schlichtungsantrag von
A
(Antragsteller 1)
und
B
(Antragsteller 2)
und
C
(Antragsteller 3)
und
D
(Antragsteller 4)
gegen
Bundesamt für Gesundheit BAG

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller 1 (Journalist) hat am 17. April 2014 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3) beim Bundesamt für Gesundheit BAG Einsicht in die Studie der Polynomics AG „Auswirkungen der Medikamentenabgabe durch die Ärzteschaft (Selbstdispensation) auf den Arzneimittelkonsum und die Kosten zu Lasten der OKP“ verlangt. Den Auftrag zu dieser Studie hatte das BAG im Herbst 2013 im Rahmen der Strategie Gesundheit2020 des Bundesrates vergeben.¹
2. Mit Schreiben vom 2. Mai 2014 nahm das BAG Stellung zum Gesuch und teilte dem Antragsteller mit, dass der Zugang zur gewünschten Studie nicht gewährt werden könne, da der Entscheid, für den das betroffene Dokument die Grundlage darstelle, noch nicht getroffen sei

¹ Vgl. dazu das Faktenblatt „Prüfung des Vertriebsanteils, Höhe und Ausgestaltung“ des BAG: <http://www.bag.admin.ch/gesundheit2020/14638/14668/index.html?lang=de&download=NHZLpZig7t.Inp6i0NTU042i2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yug2Z6gpJCLe4B6gWym162dpYbUzd.Gpd6emK2Oz9aGodetmqaN19XI2ldvoaCUZ.s-> (zuletzt besucht am 2. Dezember 2014).



(Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Der Bundesrat werde zu gegebener Zeit von dieser Studie Kenntnis nehmen und danach über allfällige weitere Schritte entscheiden. Ein erneutes Gesuch könne wieder beurteilt werden, wenn der definitive Entscheid vorliege.

3. Am 6. Mai 2014 reichte der Antragsteller 1 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein.
4. Mit Schreiben vom 8. Mai 2014 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller 1 den Eingang seines Schlichtungsantrages und forderte gleichentags vom BAG die Einreichung aller relevanten Dokumente sowie einer ausführlich begründeten Stellungnahme.
5. Auf zweimaliges Begehren des BAG vom 12. Mai 2014 bzw. 23. Mai 2014 hat der Beauftragte die Frist für die Einreichung der Dokumente und der Stellungnahme bis am 13. Juni 2014 erstreckt.
6. Am 13. Juni 2014 reichte das BAG eine Stellungnahme sowie die erwähnte Studie der Polynomics AG ein. Die aufgeschobene Zugangsgewährung begründete das BAG mit Art. 8 Abs. 2 BGÖ und führte aus, dass die Studie in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem pendenten Entscheid des Bundesrates über das weitere Vorgehen in Sachen Ausgestaltung des Vertriebsanteils stehe. Die Studie bilde zusammen mit den durch das BAG zu erarbeitenden Vorschlägen für das weitere Vorgehen (Aussprachepapier) und mit weiteren Unterlagen eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für den Bundesrat. Nach jetziger Einschätzung würde der Bundesrat diesen Entscheid in den kommenden Monaten treffen. Danach könne anlässlich eines erneuten Zugangsgesuchs beurteilt werden, ob und inwiefern die betroffene Studie zugänglich gemacht werden könne.
7. Der Antragsteller 2 (Journalist) hat am 1. Mai 2014 gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz beim BAG ebenfalls um Zugang zu dieser Studie (vgl. Ziff. 1) ersucht. Am 2. Mai 2014 liess das BAG dem Antragsteller 2 eine inhaltsgleiche Stellungnahme wie dem Antragsteller 1 zukommen, worin es den Zugang zum gewünschten Dokument mit derselben Begründung verweigerte (vgl. Ziff. 2). Am 15. Mai 2014 reichte der Antragsteller 2 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein.
8. Am 3. September 2014 hat sodann der Antragsteller 3 (Journalist) gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz beim BAG ebenfalls Zugang zu dieser Studie (vgl. Ziff. 1) verlangt. Mit Schreiben vom 19. September 2014 liess das BAG dem Antragsteller 3 die inhaltlich selbe ablehnende Stellungnahme wie bereits den beiden anderen Antragstellern zukommen (vgl. Ziff. 2). Am 24. September 2014 stellte das BAG dem Antragsteller 3 seine Stellungnahme erneut zu, da das Schreiben vom 19. September 2014 mangels vollständiger Adressierung von der Post an das BAG retourniert worden war. Am 2. Oktober 2014 reichte der Antragsteller 3 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein und machte geltend, dass Art. 8 Abs. 2 BGÖ zwar unmissverständlich formuliert sei, dass allerdings ein erhebliches öffentliches Interesse an einer raschen Publikation der Studienergebnisse bestehe.
9. Am 1. Oktober 2014 hat auch der Antragsteller 4 (Interessenvertreter) gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz beim BAG um Zugang zu betreffender Studie (vgl. Ziff. 1) ersucht. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2014 liess das BAG dem Antragsteller 4 wiederum die inhaltlich selbe ablehnende Stellungnahme wie bereits den anderen Antragstellenden zukommen (vgl. Ziff. 2). Daraufhin reichte der Antragsteller 4 am 31. Oktober 2014 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein.



10. Nach jeweils gewährter Fristerstreckung reichte das BAG dem Beauftragten am 13. Juni 2014, am 31. Oktober 2014 sowie am 19. November 2014 auch zu den Schlichtungsanträgen 2–4 die relevanten Unterlagen ein und hielt an seiner bisherigen Position betreffend Zugangsaufschub fest (vgl. Ziff. 6).
11. Auf die weiteren Ausführungen des BAG und der Antragstellenden sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

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

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

12. Die vier Antragstellenden haben je ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAG eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchverfahren sind sie zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Die vier Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
13. Die vier Schlichtungsanträge der Antragstellenden betreffen dasselbe Dokument. Damit rechtfertigt es sich, die vier Verfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.
14. 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.² 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.

B. Materielle Erwägungen

15. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).³
16. Da sich die vier Schlichtungsanträge auf dasselbe amtliche Dokument beziehen, nämlich eine vom BAG in Auftrag gegebene Studie der Polynomics AG „Auswirkungen der

² BBI 2003 2024.

³ CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, Rz 8.



Medikamentenabgabe durch die Ärzteschaft (Selbstdispensation) auf den Arzneimittelkonsum und die Kosten zu Lasten der OKP“ vom 10. Februar 2014, gelten die nachfolgenden Erwägungen für alle vier Schlichtungsanträge gleichermaßen.

17. Der Preis eines kassenpflichtigen Arzneimittels setzt sich zusammen aus dem Fabrikabgabepreis und dem Vertriebsanteil, der die logistischen Leistungen abgilt. Der Vertriebsanteil ist somit für alle Leistungserbringer, die Arzneimittel abgeben dürfen, gleich hoch, unabhängig von den tatsächlichen Vertriebskosten. Durch die Vergütung der logistischen Leistungen in Zusammenhang mit der Arzneimittelabgabe könnten Ärzte theoretisch dazu verleitet werden, eine grössere Anzahl Packungen sowie die teuersten Arzneimittel zu verkaufen. Die genannte Studie soll Aufschluss darüber geben, ob diese theoretischen Anreize tatsächlich die erwarteten Auswirkungen bezüglich der Wahl der abgegebenen Arzneimittel und der Kosten zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach sich ziehen.⁴
18. Der Entscheid eine solche Studie erstellen zu lassen ist gemäss Aussage des BAG auf einen Entscheid des Bundesrates von Ende 2012 zurückzuführen. Das Eidg. Departement des Innern (EDI) habe dem Bundesrat damals ein Aussprachepapier unterbreitet und vorgeschlagen, eine solche Studie in Auftrag zu geben und dem Bundesrat dann die Ergebnisse zu präsentieren. Der Bundesrat habe dieses Aussprachepapier am 19. Dezember 2012 verabschiedet und das EDI zudem beauftragt, ihm ein weiteres Aussprachepapier mit Vorschlägen für das weitere Vorgehen zur Regelung des Vertriebsanteils zu unterbreiten.
19. Das BAG begründet die Zugangsverweigerung bzw. den -aufschub zu besagter Studie ausschliesslich mit Art. 8 Abs. 2 BGÖ und führte in seinen Stellungnahmen an den Beauftragten Folgendes aus: *„Der in Frage stehende Bericht steht in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit dem pendenten Entscheid des Bundesrates über das weitere Vorgehen in Sachen Ausgestaltung des Vertriebsanteils nach Artikel 67 Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) und Artikel 35a Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV; SR 832.112.31). Mit der umfangreichen, systematischen Aufarbeitung von Literatur und Daten bildet dieser Bericht zusammen mit den in Erarbeitung stehenden Vorschlägen (Aussprachepapier) eine wesentliche Entscheidgrundlage für den Bundesrat. Nach heutiger Einschätzung wird der Bundesrat diesen Entscheid in den kommenden Monaten treffen. Erst im Anschluss daran kann bei einem erneuten Gesuch um Zugang beurteilt werden, ob und inwiefern die betroffene Studie zugänglich gemacht werden kann.“* Auf Nachfrage des Beauftragten, was dieses „weitere Vorgehen“ genau beinhalte, erklärte das BAG im Rahmen seiner Stellungnahme an den Beauftragten vom 31. Oktober 2014, dass der Bundesrat über den Handlungsbedarf entscheiden und sich gegebenenfalls zur Stossrichtung einer Anpassung der Regelung des Vertriebsanteils äussern werde. Im selben Schreiben teilte das BAG mit, dass sich „aus Ressourcengründen“ gewisse Verzögerungen des Geschäfts ergeben hätten, weshalb der Bundesrat voraussichtlich Ende Jahr entscheiden werde.
20. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist. Streng genommen liegt jedes amtliche Dokument mehr oder weniger direkt einem politischen oder administrativen Entscheid zugrunde. Wörtlich angewandt könnte Art. 8 Abs. 2 BGÖ folglich das Öffentlichkeitsprinzip über weite Strecken aushebeln. Um dies zu vermeiden, muss zwischen dem in Frage stehenden Dokument und dem jeweiligen politischen oder administrativen Entscheid eine relativ enge Verbindung bestehen. Voraussetzung für eine Einschränkung des Zugangs nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist somit, dass zwischen dem Dokument und dem konkreten Entscheid ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang besteht und das

⁴ BAG, Faktenblatt „Prüfung des Vertriebsanteils, Höhe und Ausgestaltung“ (vgl. Fussnote 1).



Dokument für den betreffenden Entscheid von beträchtlichem materiellen Gewicht ist.⁵ Weiter verlangt der Beauftragte, dass der ausstehende behördliche Entscheid in einer gewissen zeitlichen Nähe zum Zugangsverfahren erfolgen muss, da das verlangte Dokument sonst nicht als eigentliche Entscheidungsgrundlage gelten kann.⁶

21. Wie bereits dargelegt wurde im Rahmen der vorliegend relevanten Studie geprüft, ob die Selbstdispensation (ärztliche Medikamentenabgabe) zur Verschreibung von mehr und/oder teureren Medikamenten führt. Es ist daher einleuchtend, dass die Erkenntnisse dieser Studie einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit dem Entscheid über das weitere Vorgehen bezüglich der Ausgestaltung des Vertriebsanteils haben, da insbesondere gerade dieser Vertriebsanteil solche unerwünschten Anreize schaffen kann. Für einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Studie und dem ausstehenden Entscheid des Bundesrates spricht zudem der Umstand, dass der Bundesrat im Hinblick auf diese Ausarbeitung von neuen Regelungsmöglichkeiten die Vergabe des Studienauftrags selbst gutgeheissen hat. Der Beauftragte hält deshalb die Ansicht des BAG, dass die Studie in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit dem ausstehenden Entscheid des Bundesrates über das weitere Vorgehen steht und diesbezüglich eine wesentliche Entscheidungsgrundlage darstellt, für vertretbar.
22. Das BAG konnte allerdings auch nach mehrmaligen Nachfragen des Beauftragten keinen konkreten Termin nennen, an welchem der Bundesrat von der Studie Kenntnis nehmen und seinen Entscheid fällen wird. Die vom Beauftragten verlangte gewisse zeitliche Nähe zwischen Entscheid und Zugangsverfahren bedingt nicht in jedem Fall zwingend das Vorhandensein eines konkreten Termins. Da die Thematik des Vertriebsanteils zu den gesundheitspolitischen Prioritäten des Bundesrates für das Jahr 2014 gehört⁷ und das BAG dem Beauftragten mitgeteilt hat, dass der Bundesrat voraussichtlich Ende Jahr entscheiden werde (vgl. Ziff. 19), ist zumindest in absehbarer Zeit mit dem Entscheid zu rechnen. In Anbetracht der vier eingereichten Schlichtungsanträge und dem damit nachweisbar vorhandenen öffentlichen Interesse an dieser Studie weist der Beauftragte jedoch darauf hin, dass sich ein andauernder Zugangsaufschub nicht mehr mit den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 BGÖ vereinbaren lässt.
23. *Im Ergebnis sind zum jetzigen Zeitpunkt die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 BGÖ erfüllt und das BAG kann den Zugang zu der Studie der Polynomics AG bis zum Entscheid des Bundesrates über das weitere Vorgehen in Sachen Ausgestaltung des Vertriebsanteils aufschieben.*
24. Das BAG hat sich weiter auf den Standpunkt gestellt, im Anschluss an den Entscheid des Bundesrates müsse anhand eines *erneuten* Zugangsgesuchs beurteilt werden, ob und inwiefern die betroffene Studie zugänglich sei.
25. Unbestrittenermassen schliesst die Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ das Vorliegen von anderen Ausnahmetatbeständen nach Art. 7–9 BGÖ nicht aus. Die Zugangsbeschränkung nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist jedoch wie bereits erwähnt bloss eine vorläufige. Der Anspruch auf Zugang wird prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.⁸

⁵ Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, ISABELLE HÄNER, Art. 8 N 9, 3. Aufl., Basel 2014; PASCAL MAHON/OLIVIER GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, Rz 30; Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 7.1.3.

⁶ Vgl. [Recommandation du 18. décembre 2007: OFEV / Projet d'ordonnance de la protection contre les vibrations](#), Ziff. II. B. 3.

⁷ Medienmitteilung EDI/BAG vom 28. März 2014: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=52470> (zuletzt besucht am 2. Dezember 2014).

⁸ PASCAL MAHON/OLIVIER GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, Rz 32.



Spätestens zu diesem Zeitpunkt ist die Behörde verpflichtet, das Dokument auf das Vorliegen von anderen Ausnahmetatbeständen hin zu überprüfen und den Zugang sodann zu gewähren oder ihn weiterhin zu verweigern. Folglich sind die Gesuchsteller nicht verpflichtet ein neues Zugangsgesuch einzureichen.

26. *Sobald der Entscheid des Bundesrates über das weitere Vorgehen in Sachen Ausgestaltung des Vertriebsanteils getroffen ist, wird das BAG von sich aus tätig und stellt den Antragstellenden die gewünschte Studie zu.*

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

27. Das Bundesamt für Gesundheit schiebt den Zugang zu der Studie der Polynomics AG „Auswirkungen der Medikamentenabgabe durch die Ärzteschaft (Selbstdispensation) auf den Arzneimittelkonsum und die Kosten zu Lasten der OKP“ vom 10. Februar 2014 bis zum Entscheid des Bundesrates über das weitere Vorgehen in Sachen Ausgestaltung des Vertriebsanteils auf. Nach dem besagten Entscheid gewährt das BAG den Zugang entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes.
28. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 27 den Zugang nicht gewähren will.
29. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
30. Die Antragstellenden können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Gesundheit den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
31. Gegen die Verfügung können die Antragstellenden beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
32. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar still.
33. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragstellenden anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
34. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - A
 - B
 - C
 - D
 - Bundesamt für Gesundheit
3003 Bern