



Bern, 19. Dezember 2016

**Empfehlung  
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

**im Schlichtungsverfahren zwischen**

**D.\_\_\_\_  
(Antragsteller nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ)**

**und**

**Unternehmen B.\_\_\_\_  
(Antragstellerin nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ),  
vertreten durch D.\_\_\_\_**

**und**

**Bundesamt für Gesundheit BAG**

**und**

**H.\_\_\_\_  
(Zugangsgesuchsteller)**

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

1. Das Bundesamt für Gesundheit BAG führt eine Spezialitätenliste (SL), die im Internet veröffentlicht ist.<sup>1</sup> Auf dieser Liste sind diejenigen Arzneimittel aufgeführt, die im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) von den Krankenversicherern zu vergüten sind. Alle drei Jahre prüft das BAG die gelisteten Arzneimittel, ob sie die Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (sog. WZW-Kriterien, Art. 32 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG; SR 832.10]) noch erfüllen.<sup>2</sup> Erstmals kontrollierte das BAG im Jahr 2012 ein Drittel aller in der SL aufgenommenen Arzneimittel und im Jahr 2013 ein weiteres Drittel (Preisprüfung 2012/2013). Gegen die vom BAG verfügten Preissenkungen haben davon betroffene Unternehmen Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. In der Folge wurden diese aufgrund der zwischenzeitlich vom BAG im Juni/Juli 2013 erlassenen Wiedererwägungsverfügungen abgeschrieben.
2. Die Zugangsgesuchsteller (Anwälte) ersuchten am 19. Mai 2015 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim BAG um Zugang zu mehreren Dokumenten, so auch zu den gesamten Akten der Verwaltungsverfahren betreffend die Preisüberprüfung 2012/2013 bezüglich *drei Arzneimittel*,

<sup>1</sup> <[www.spezialitaetenliste.ch](http://www.spezialitaetenliste.ch)> besucht am 8. Dezember 2016.

<sup>2</sup> Vgl. dazu <<http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/00265/index.html?lang=de>> besucht am 8. Dezember 2016.



inkl. der Akten des Verwaltungsverfahrens, die zu den jeweiligen Wiedererwägungsverfügungen des BAG geführt haben. Diese drei Arzneimittel werden vom einem der Antragsteller (Unternehmen B.\_\_\_\_) vertrieben.

3. Zudem ersuchten die Zugangsgesuchsteller auch um Zugang zu den Dokumenten der BAG Preissenkungsverfahren betreffend *zwei weitere Arzneimittel*, welche vom Unternehmen A.\_\_\_\_ vertrieben werden. Dieses Unternehmen wurde in den BAG-Preissenkungsverfahren ebenfalls anwaltlich vertreten. Betreffend diesen Drittpersonen (Unternehmen A.\_\_\_\_ und Anwalt) erliess der Beauftragte separate Empfehlungen.
4. Die Zugangsgesuchsteller vertreten das Unternehmen C.\_\_\_\_ in einem vor Bundesverwaltungsgericht noch hängigen Verfahren betreffend einer Preissenkungsverfügung des BAG. Sie fordern u.a., dass das BAG dieses Unternehmen gleich zu behandeln habe wie das Unternehmen A.\_\_\_\_ und das Unternehmen B.\_\_\_\_ (Antragstellerin) für welche das BAG im Jahr 2013 entsprechende Wiedererwägungsverfügungen erlassen habe (Ziffer 0).
5. Das BAG hörte die vom Zugangsgesuch vom 19. Mai 2015 betroffenen Drittpersonen nach Art. 11 BGÖ an, so auch die Antragsteller (Anwälte) bzw. das von diesen vertretene Unternehmen. Es listete diesen im Anhörungsschreiben vom 21. August 2016 die seiner Ansicht nach vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumenten 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10 auf. Dabei handelt sich um ein Memorandum zum Beschwerderückzug, eine Kurznotiz des BAG sowie die E-Mail-Korrespondenz zwischen dem BAG und den Antragstellern, welche während der jeweils hängigen Beschwerdeverfahren im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens erstellt wurden (siehe Ziffer 2).
6. Die Antragsteller waren mit der vom BAG vorgesehenen teilweisen Zugangsgewährung zu diesen Dokumenten nicht einverstanden. Sie machten im Schreiben vom 2. September 2015 geltend, es fehle am sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 BGÖ), die Unterlagen seien nicht als amtliche Dokumente zu qualifizieren (Art. 5 BGÖ), der Schutz des Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und der Schutz der Privatsphäre (Art. 7 Abs. 2 BGÖ) seien verletzt. Sollte der Zugang dennoch in Erwägung gezogen werden, seien sämtliche Namen zu anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Diesbezüglich stellten sie dem BAG einen Einschwärvungsvorschlag zu.
7. Das BAG folgte in seiner Stellungnahme vom 13. November 2015 (Art. 11 Abs. 2 BGÖ) teilweise den Einwänden der Antragsteller. Es hielt jedoch in überwiegender Weise an seiner beabsichtigten teilweisen Zugangsgewährung fest und unterbreitete diesen einen entsprechenden Einschwärvungsvorschlag (nachfolgend BAG-Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015).
8. Dagegen reichten die Antragsteller mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein. Sie machten geltend, es fehle am Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ) und es lägen keine amtlichen Dokumente vor (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ). Zudem beriefen sie sich auf den Schutz von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und den Schutz der Privatsphäre (Art. 7 Abs. 2 BGÖ).
9. Das BAG teilte in seiner Stellungnahme vom 19. Februar 2016 dem Beauftragten mit, es habe nach der erfolgten Überprüfungen der Arzneimittel (siehe Ziffer 0) Preissenkungen verfügt. Dagegen hätte u.a. auch das vom Zugangsgesuch betroffene Unternehmen Beschwerde erhoben und verlangt, dass die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit nicht nur mittels Auslandspreisvergleich (APV), sondern auch mittels therapeutischen Quervergleich (TQV) zu erfolgen habe. Am 12. April 2013 hätten das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) und



zwei Pharmaverbände eine Vereinbarung getroffen. Darin sei u.a. vereinbart worden, dass die Unternehmen, die im Jahr 2012 aufgrund der Überprüfung der Aufnahmebedingungen der gelisteten Arzneimittel Beschwerde erhoben hatten, diese Beschwerden zurückziehen würden, sofern diese als einzigen Streitpunkt die Berücksichtigung des TQV neben dem APV enthielten. Darüber haben das EDI und das BAG in einer Medienmitteilung informiert.<sup>3</sup> In der Folge sei das BAG vereinbarungsgemäss mit den Unternehmen resp. deren Rechtsvertretern sowie auch zwei Pharmaverbänden in Kontakt gestanden und habe im Juni/Juli 2013 entsprechende Wiedererwägungsverfügungen, so auch bezüglich der Antragstellerin, erlassen. Durch die Verspätung der Umsetzung der Preissenkungen hätten die Betroffenen einige Monate von höheren Preisen profitieren können.

10. Zusammen mit seiner Stellungnahme reichte das BAG mehrere Beilagen ein, so auch die in der Beilage 3 als Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10 bezeichneten Dokumente (nachfolgend BAG-Beilage 3) inkl. Einschwärvungsvorschlag der Antragsteller. In der Beilage 4 reichte es die als Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10 bezeichneten Dokumente (nachfolgend BAG-Beilage 4) inkl. Einschwärvungsvorschlag des BAG ein. Schliesslich reichte es in der Beilage 5 einen Ordner mit Unterlagen zum Beschwerdeverfahren der Antragstellerin (Unternehmen B.\_\_\_\_, siehe Ziffer 2) (nachfolgend BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) ein.
11. Auf die weiteren Ausführungen der Antragsteller und des BAG 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. Der Schlichtungsantrag richtet sich gegen ein Zugangsgesuch, zu welchem die Antragsteller als betroffene Drittpersonen vom BAG nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ hinsichtlich der Dokumente 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10 angehört wurden. Das BAG will entgegen dem Willen der Antragsteller den Zugang zu den fraglichen Dokumenten 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10 (BAG-Beilage 4) teilweise gewähren. Als betroffene Dritte nahmen die Antragsteller an einem vorangegangenen Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten teil und sind somit zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
13. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>4</sup> Kommt keine Einigung zustande 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>3</sup> Vgl. dazu die Medienmitteilung des EDI vom 12. April 2013, abrufbar unter <http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=de&msg-id=48492> (besucht am 8. Dezember 2016).

<sup>4</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.



## B. Materielle Erwägungen

14. 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.<sup>5</sup>
15. Die Antragsteller argumentieren, das Öffentlichkeitsgesetz gelte nicht für das Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ). Die vor dem Erlass der Wiedererwägungsverfügung erfolgten Handlungen seien nicht im Rahmen eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens, sondern während des noch hängigen Verwaltungsgerichtsverfahrens betreffend die Beschwerde gegen die Preissenkungsverfügungen des BAG erfolgt. Die Entscheidungskompetenz in der Sache sei grundsätzlich an das Bundesverwaltungsgericht übergegangen. Einzig Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) mache vom Devolutiveffekt (Art. 54 VwVG) eine Ausnahme, nämlich wenn die Behörde die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehe. Bis die Wiedererwägungsverfügung erlassen sei, seien sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Handlungen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens und nicht des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens erfolgt. Es handle sich daher nicht um ein, wie das BAG annehme, „parallel laufendes erstinstanzliches Verwaltungsverfahren“. Dementsprechend beträfen die vom BAG zur Herausgabe beabsichtigten Dokumente (mit Ausnahme der Beilage 10) allesamt Vorgänge, die vor dem Erlass der Wiedererwägungsverfügung stattgefunden hätten. Sie seien nicht Teil eines eigenständigen erstinstanzlichen Verfahrens. Vielmehr seien diese ausschliesslich Teil des damals noch hängigen Beschwerdeverfahrens.
16. Das BAG stimmt der Argumentation der Antragsteller insofern zu, als es die Unterlagen des Beschwerdeverfahrens (BAG-Beilage 5, BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ als nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallend qualifiziert. Hingegen zählt das BAG die Dokumente, die im Zusammenhang mit der Wiedererwägungsverfügung entstanden sind, nicht zu den Akten des Beschwerdeverfahrens, da es sich seiner Ansicht nach um Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens auf Erlass einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt. Das BAG führt aus, dass das Verfahren auf Wiedererwägung mit einer neuen Verfügung abgeschlossen werde, die der Partei eröffnet und der Beschwerdeinstanz zur Kenntnis zu bringen sei (Art. 58 Abs. 2 VwVG). Diese Regelung durchbreche den Devolutiveffekt der Beschwerde (Art. 54 VwVG) und die damit einhergehende Zuständigkeitsverschiebung auf die Beschwerdeinstanz. Das BAG erläutert, dass die aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen zwischen dem BAG und den Antragstellern in einem engen Zusammenhang mit dem Wiedererwägungsverfahren gestanden und für den Entscheid des BAG wesentlich gewesen seien. Daher seien sämtliche im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens entstandenen Dokumente dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes zuzuordnen.
17. Demnach ist zunächst zu prüfen, ob auf die vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente betreffend die drei Arzneimittel das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist. Der *sachliche Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes* ist in Art. 3 BGÖ geregelt. Dieser Norm liegt der Gedanke zugrunde, dass das Öffentlichkeitsgesetz dann nicht zur Anwendung gelangen soll, wenn spezialgesetzliche Verfahrensbestimmungen den Zugang zu amtlichen Dokumenten – konkret den Verfahrensakten – regeln, um so eine Normenkollision zu vermeiden.<sup>6</sup> Vorweg ist

<sup>5</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

<sup>6</sup> Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 5.2.1.



festzuhalten, dass Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ verschiedene Arten von Streitbeilegungsverfahren abschliessend auflistet, so u.a. auch Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege. Ob diese Bestimmung neben hängigen auch abgeschlossene Verfahren vom Geltungsbereich des BGÖ ausschliesst, ist von der Rechtsprechung bisher nicht abschliessend entschieden worden. Das Bundesverwaltungsgericht erklärte in einem Fall, in welchem der Zugang zu Dokumenten mit Umweltinformationen (Aarhus-Konvention) verlangt wurde, dass die völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ es gebiete, dem Öffentlichkeitsgesetz nur dann gestützt auf die genannte Bestimmung die Anwendung zu versagen, wenn das amtliche Dokument, zu welchem Zugang verlangt werde, ein hängiges Verfahren betreffe.<sup>7</sup>

18. Der Beauftragte vertritt in ständiger Empfehlungspraxis und in Übereinstimmung mit der Lehre<sup>8</sup> die Ansicht, dass Art. 3 Abs. 1 BGÖ Bst. a BGÖ *lediglich auf Dokumente von hängigen Verfahren* anzuwenden ist. Ein genereller Ausschluss von *amtlichen Dokumenten eines abgeschlossenen Verfahrens* aus dem sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes würde restlos alle amtlichen Dokumente, welche beispielsweise im Rahmen eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens entstanden sind, oder Dokumente, die schon vor der Einleitung von Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ in der Verwaltung waren oder ihr zugestellt wurden, für immer dem Öffentlichkeitsgesetz entziehen. Auf diese Weise könnte einzig mit der Einleitung entsprechender Verfahren ein Geheimbereich für das Handeln der Verwaltung geschaffen werden, was den Zielen des Öffentlichkeitsgesetzes widerspricht. Hauptzweck des Öffentlichkeitsgesetzes ist es, die Transparenz über Verwaltungshandeln zu fördern, weshalb entsprechende Geheimbereiche weitgehend zu verhindern bzw. aufzulösen sind. Vom Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen bleiben allerdings Dokumente, welche explizit für die Einleitung eines Verfahrens gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ sowie unter der Verfahrensherrschaft der jeweiligen Verfahrensstanz erstellt wurden (die Beschwerde und der Schriftenwechsel). Diese Dokumente bleiben auch nach Abschluss des Verfahrens dem sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes entzogen. Für den Zugang zu solchen Dokumenten gelten die entsprechenden Spezialgesetze.<sup>9</sup>
19. Der Beauftragte teilt die Ansicht des BAG, dass Unterlagen des Beschwerdeverfahrens gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fallen, auch wenn dieses Verfahren als abgeschlossen gilt. Allerdings gilt dies nicht für alle Dokumente, sondern nur für solche, die der Einleitung des Beschwerdeverfahrens dienten oder während des hängigen Verfahrens unter der Leitung der Beschwerdeinstanz entstanden sind. Für diese Gerichtsakten gilt das BGÖ nicht.
20. *Zwischenfazit: Alle Dokumente, die explizit für das Verwaltungsgerichtsverfahren (Beschwerde) sowie unter der Entscheidungskompetenz der Beschwerdeinstanz erstellt wurden (Schriftenwechsel), bleiben auch nach Abschluss des Verwaltungsgerichtsverfahrens dem sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziffer 5 BGÖ).*
21. Für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren gilt Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Diese Norm ist auf *hängige Verfahren zugeschnitten*. Während eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens gelten für die Parteien das VwVG und etwaige Verfahrensvorschriften von Spezialgesetzen

<sup>7</sup> Urteil des BVerG A-4186/2015 vom 28. Januar 2016 E. 7.4, 7.5.5 und 8.2.

<sup>8</sup> SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3 Rz 12; BRUNNER, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2008, Art. 26 N 19 Fn. 30; AMMANN/LANG, in: Passadelis/Rosenthal/Thür, [Hrsg.], Datenschutzrecht, Basel 2015 (zit. Datenschutzrecht) Rz 25.22.

<sup>9</sup> Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 2.2.3; [Empfehlung EDÖB vom 12. Mai 2015: BAZL / Abklärungen bei einer Anzeige](#), Ziffer 31 ff.



bzw. die Einsichtsrechte nach den besagten Gesetzen.<sup>10</sup> Erst nach einem rechtskräftigen Abschluss des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens können Zugangsgesuche *von Parteien und Dritten* nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes abgeschlossen werden.<sup>11</sup> Mit der Kollisionsnorm nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ wollte der Gesetzgeber somit keineswegs die Verwaltungsöffentlichkeit von Verwaltungsverfahren nach Öffentlichkeitsgesetz aushebeln.<sup>12</sup> Vielmehr bezweckt er die ungestörte Durchführung erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren.

22. Für *vorbestehende Verwaltungsdokumente*, d.h. solche, die bereits vor der Einleitung des Beschwerdeverfahrens dem BAG zugestellt oder von ihm erstellt wurden, gilt das Öffentlichkeitsgesetz. Die Preissenkungsverfügungen des Jahres 2012, welche der Antragsteller als Rechtsvertreter des Unternehmens B.\_\_\_\_ beim Bundesverwaltungsgericht angefochten hat, sowie alle Dokumente, die zwischen dem BAG und vom Zugangsgesuch betroffenen Drittpersonen *vor der Einreichung der Beschwerde* ausgetauscht wurden, waren ursprünglich Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Der Weiterzug der Preissenkungsverfügungen des Jahres 2012 an das Bundesverwaltungsgericht nimmt diese Dokumente, die einst in der Verfahrenskompetenz des BAG entstanden sind, nicht automatisch und dauernd vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes aus, sondern nur während des hängigen Verfahrens nach Art. 3 BGÖ. Die Verfügung des Jahres 2012 wurde durch eine Wiederwägungsverfügung ersetzt und das Beschwerdeverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht abgeschrieben und abgeschlossen. Demzufolge sind diese Dokumente zum jetzigen Zeitpunkt weder Akten eines hängigen Verwaltungsgerichtsverfahrens (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ) noch eines hängigen Verwaltungsverfahrens (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Sie unterstehen als Verwaltungsakten wiederum dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.
23. *Zwischenfazit: Dokumente, die vor der Einleitung des Verwaltungsgerichtsverfahrens im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren entstanden sind, unterstehen infolge der Abschreibung des entsprechenden Beschwerdeverfahrens und der Rechtskraft der Wiedererwägungsverfügung wiederum dem Öffentlichkeitsgesetz (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ e contrario und Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario). Das BAG klärt das Bestehen solcher vorbestehenden Dokumente und prüft sie nach etwaigen Ausnahmen nach Art. 5 und 7–9 BGÖ.*
24. Der Beauftragte teilt zwar die Ansicht der Antragsteller, dass die im Zusammenhang mit dem Wiedererwägungsverfahren stehenden Dokumente, nämlich die Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 8, 9 und 19 (BAG-Beilage 4), in zeitlicher Hinsicht während einem hängigen Beschwerdeverfahren entstanden sind. Der Umstand, dass diese Dokumente in zeitlicher Hinsicht während einem hängigen Beschwerdeverfahren betreffend vom BAG erlassene Preissenkungsverfügungen entstanden sind und im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens ausgetauscht wurden, entzieht jedoch diese nicht fortwährend dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Entscheidend ist erstens, dass diese Dokumente *aussergerichtlich*, d.h. nicht unter der Instruktion der Beschwerdeinstanz, sondern im alleinigen Entscheidungsbereich des BAG entstanden sind. Dieser aussergerichtliche Dokumentenaustausch im Wiedererwägungsverfahren führte schliesslich zu einer neuen Verfügung nach Art. 5 VwVG, zur Kenntnisnahme durch die Beschwerdeinstanz, zur Gegenstandslosigkeit der Beschwerde und schliesslich zur Abschreibung des Verwaltungsgerichtsverfahrens (Art. 58 Abs. 3 VwVG). Zweitens sind die

<sup>10</sup> SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3, Rz 43.

<sup>11</sup> Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 3.1.1; [Empfehlung EDÖB vom 12. Mai 2015: BAZL / Abklärungen bei einer Anzeige](#), Ziffer 36 f.

<sup>12</sup> STAMM/PFISTER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 BGÖ N 26 ff.



Wiedererwägungsverfügung und die mit ihr im Zusammenhang stehenden Unterlagen zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches Dokumente eines abgeschlossenen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. Demzufolge sind sie grundsätzlich nach BGÖ zugänglich. Der Beauftragte schliesst sich der Einschätzung des BAG an.

25. *Zwischenfazit: Die Dokumente der Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10 (BAG-Beilage 4), welche zwischen dem BAG und den Antragstellern im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens aussergerichtlich ausgetauscht wurden, fallen in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario).*
26. Weiter gilt es zu prüfen, ob die Dokumente, welche das BAG in der BAG-Beilage 5 (BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) dem Beauftragten zugestellt hat, dem Geltungsbereich des BGÖ unterstehen. Diese drei Ordner enthalten je Arzneimittel Dokumente, die *vor Einreichung der Beschwerde* an das Bundesverwaltungsgericht erstellt wurden. Weiter finden sich darin neben der Beschwerde inkl. der Beilagen auch Dokumente, die *während dem hängigen Verwaltungsgerichtsverfahren* erstellt wurden, so die Wiedererwägungsverfügung, die Mitteilung des Beschwerdeverzichts und schliesslich der Abschreibungsentscheid. Das Dokument betreffend den Beschwerdeverzicht ist identisch mit dem Dokument 10, das vom BAG dem Beauftragten auch in den Beilagen 3 und 4 (siehe Ziffer 10) zugestellt wurde. Für Letzteres will das BAG bereits den Zugang gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario gewähren, weshalb auf die obigen Ausführungen verwiesen wird (Ziffer 24 und Ziffer 25).
27. Weiter ist in Bezug auf die Dokumente der BAG-Beilage 4, nämlich die Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10) zu prüfen, ob sie die *Kriterien eines amtlichen Dokumentes* erfüllen (Art. 5 Abs. 1 BGÖ) und folglich auf sie das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist. Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Nicht als amtliche Dokumente gelten Dokumente, die durch eine Behörde kommerziell genutzt werden, die nicht fertig gestellt oder zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind (Art. 5 Abs. 3 BGÖ).
28. Die Antragsteller wenden ein, bei den nachgefragten Dokumenten handle es sich um solche, die *zum persönlichen Gebrauch bestimmt* seien (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ). Das BAG verkenne, dass – mit Ausnahme des Dokumentes 10 (Beilage 10, BAG-Beilage 4) – die Dokumente zwar dienstlichen Zwecken dienen, deren Benutzung aber klarerweise dem Autor und den jeweils Betreffenden als Arbeitshilfsmittel vorbehalten sei (Art. 1 Abs. 3 VBGÖ). Zu solchen Dokumenten dürfe kein Zugang gewährt werden.
29. Das BAG widerspricht der Auffassung der Antragsteller, wonach sämtliche Unterlagen als zum persönlichen Gebrauch im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ zu qualifizieren seien, und damit von keinen amtlichen Dokumenten gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ auszugehen sei. Die fraglichen Dokumente seien im Rahmen von aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen im Hinblick auf den Erlass einer Wiedererwägungsverfügung entstanden und erfüllten mehrheitlich die Kriterien eines amtlichen Dokumentes im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ.
30. Als ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument gilt nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ jede Information, die dienstlichen Zwecken dient, deren Benutzung aber ausschliesslich dem Autor oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten ist, wie Notizen, Arbeitskopien, Dispositionen, Kurzzusammenfassungen, mit Anmerkungen versehene Textentwürfe oder persönliche handschriftliche oder elektronische Aufzeichnungen auf einem Dokument. Auch fallen unter diesen Begriff Dokumente, die als Arbeitsgrundlage oder



Arbeits Hilfsmittel dienen (bspw. Dispositionen, handschriftliche Notizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschläge, Gedankenstützen oder Begleitnotizen) und innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern und Vorgesetzten ausgetauscht werden.<sup>13</sup> Dokumente können aber auch als Arbeitsmittel qualifiziert werden, wenn Dokumente zwischen Verwaltungsmitarbeitern und Personen ausserhalb der Verwaltung ausgetauscht werden.<sup>14</sup>

31. Der Beauftragte geht einig mit dem BAG, wonach die fraglichen Dokumente, die im Rahmen von Vergleichsverhandlungen entstanden sind, nicht als Arbeitsmittel im Sinne von Art. 1 Abs. 3 VBGÖ zu betrachten sind.
32. *Zwischenfazit: Es liegen keine Dokumente vor, die zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ e contrario).*
33. Die Antragsteller erklären weiter, sie stimmen dem BAG zu, dass keine Einsicht in *nicht fertig gestellte Dokumente* gewährt werde. Sinngemäss gehen die Antragsteller davon aus, dies gelte für alle Dokumente.
34. Das BAG hingegen qualifiziert lediglich einige Dokumente bzw. darin enthaltene Informationen als nicht fertig gestellt im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ. So führt es aus, es seien in einzelnen Unterlagen Formulierungsvorschläge vorhanden, die in der definitiven Fassung der Eckpunkte des aussergerichtlichen Vergleiches erst im Dokument Beilage 7a (BAG-Beilage 4) enthalten seien. Diesbezüglich müsse den Besonderheiten des aussergerichtlichen Vergleiches Rechnung getragen werden. Es läge in der Natur der Sache, dass die Parteien bei der Suche nach einer einvernehmlichen Streitbeilegung Formulierungswünsche ausgetauscht hätten. Entscheidend sei der Austausch des Entwurfs des Dokumentes zwecks Korrektur, Ergänzungen und Finalisierung. Hinsichtlich dieser Dokumente würde die Bekanntgabe von Formulierungsentwürfen letztlich Rückschlüsse auf die Verhandlungspositionen und –strategien des Amtes zulassen und damit den mit Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ geschützten Freiraum unzulässig beschränken.
35. Gemäss Art. 1 Abs. 2 VBGÖ gilt ein *Dokument als fertig gestellt*, das von der Behörde, die es erstellt hat, unterzeichnet ist oder das von der Erstellerin dem Adressaten definitiv übergeben wurde, namentlich zur Kenntnis- oder Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage. Mithin müssen Dokumente in ihrer Endfassung vorliegen, damit sie eingesehen werden können. Grund dafür ist, dass die Verwaltung ihren Handlungsspielraum bewahren und ihre Projekte mit der nötigen Freiheit entwickeln können muss. Ausserdem sollen Missverständnisse, Unklarheiten und andere Risiken, die sich aus der Veröffentlichung eines Dokuments mit provisorischem Charakter ergeben könnten, vermieden werden. Dasselbe gilt für Druckversuche von aussen als Folge der Veröffentlichung nicht fertig gestellter Dokumente.<sup>15</sup>
36. Der Beauftragte stützt die vom BAG im Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015 vorgenommene Einschätzung der Dokumente in amtliche gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ und in nicht fertig gestellte im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ i. V. m. Art. 1 Abs. 2 VBGÖ.
37. *Zwischenfazit: Es liegen nur teilweise nicht fertig gestellte Dokumente bzw. Informationen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ i. V. m. Art. 1 Abs. 2 VBGÖ vor.*

<sup>13</sup> Urteil des BGer 1C\_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 2.5.2; Urteil des BVerger A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E.6.5.1.

<sup>14</sup> BVGE 2011/53 vom 22. Dezember 2011 E. 8.3.2.

<sup>15</sup> Urteil des BGer 1C\_14/2016 vom 23. Juni 2016 E.2.5.1.



38. Nun ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob Ausnahmegründe nach Art. 7-9 BGÖ dem Zugang zu den verlangten Dokumenten entgegenstehen.
39. Die Antragsteller berufen sich auf den Schutz des Berufs- Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Sie argumentieren, die fraglichen Dokumente fielen unter den *Schutz des Anwaltsgeheimnisses*. Um die Verletzung des Anwaltsgeheimnisses zu verhindern sei es erforderlich, die gesamte Korrespondenz zwischen den Antragstellern und dem BAG vom Zugang auszunehmen.
40. Demgegenüber erklärte das BAG, es sei mit dem Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes nicht vereinbar, eine Kategorie von grundsätzlich dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Dokumenten pauschal vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes auszunehmen. Wenn ein Anwalt Dokumente namens und im Auftrag einer Klientin einer Behörde übermittle, könne die Behörde nach der Rechtsprechung mit den erhaltenen Informationen verfahren, wie wenn sie dieses von der Klientin direkt erhalten hätte.
41. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits entschieden, dass die Anwaltskorrespondenz zwischen Anwalt und Behörde nicht unter den Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ fällt. Das Anwaltsgeheimnis schützt nur die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Klient und Anwalt. Eine Behörde hat die erhaltenen Informationen also nicht schon deshalb besonders zu schützen, weil sie ihr über einen Anwalt mitgeteilt worden sind.<sup>16</sup>
42. *Zwischenfazit: Die fraglichen Dokumente, die zwischen BAG und den Anwälten ausgetauscht wurden, fallen nicht unter das Anwaltsgeheimnis. Die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ ist nicht anwendbar.*
43. Die Antragsteller erklären ferner, dass mindestens die Namen und die Produkte des betroffenen Unternehmens unter dem Schutz der *Geschäftsgeheimnisse* nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ stünden.
44. Demgegenüber führt das BAG aus, diese Informationen seien bekannt und im Internet ([www.spezialtaetenliste.ch](http://www.spezialtaetenliste.ch)) zugänglich.
45. Als Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ gelten nur wesentliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil verschafft wird. Als Geheimnis wird dabei jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist, an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse) und welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse). Der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde hat konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist. Allgemeine und grundsätzliche Überlegungen genügen nicht.<sup>17</sup>
46. Einerseits sind u.a. Produkte, Firmenname und Wirkstoff im Internet veröffentlicht. Andererseits haben sich die beweisbelasteten Antragsteller nur allgemein auf das Geschäftsgeheimnis berufen. Sie konnten nicht aufzeigen, welche wirtschaftlichen Schäden den Betroffenen drohen und inwiefern die Offenlegung der verlangten Informationen konkret nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Wettbewerbsnachteilen bei den Betroffenen

---

<sup>16</sup> Vgl. eingehend zum Anwaltsgeheimnis Urteil des BVerfG A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 5.3 ff.

<sup>17</sup> Vgl. eingehend zum Geschäftsgeheimnis Urteil des BVerfG 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.2.2.1 ff.



und Wettbewerbsvorteilen der Konkurrenz führen würde. Demzufolge stützt der Beauftragte die vom BAG vorgenommene Einschätzung, wonach keine Geschäftsgeheimnisse bestehen.

47. *Zwischenfazit: Für die vom BAG beurteilten amtlichen Dokumente haben die beweisbelasteten Antragsteller das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht hinreichend dargelegt.*
48. Letztlich berufen sich die Antragsteller auf den *Schutz der Privatsphäre* nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ.
49. Nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen. Sodann sind nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ Personendaten in amtlichen Dokumenten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Die Anonymisierungspflicht richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls und muss insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) Rechnung tragen. In bestimmten Fällen kann eine Anonymisierung sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts darstellen, namentlich dann, wenn sich das Zugangsgesuch auf Personendaten bezieht, zu welchen der Zugang begehrt wird. Ist eine Anonymisierung nicht möglich, ist das Zugangsgesuch gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) zu prüfen. Einschlägig ist Art. 19 Abs. 1bis DSG. Demnach darf die Behörde gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Das Bundesverwaltungsgericht grenzt bei der Prüfung der Zugangsgesuche die beiden Bestimmungen von Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1bis DSG nicht streng voneinander ab. Es prüft, ob und, falls ja, inwieweit der verlangte Zugang gestützt auf die in beiden Bestimmungen geforderte Abwägung der berührten Interessen als zulässig und verhältnismässig erscheint. Im Rahmen der Interessenabwägung hat die Behörde stets das Interesse der Drittperson am Schutz der Privatsphäre zu berücksichtigen (Art. 1 DSG und Art. 13 BV). Diese privaten Interessen sind im Einzelfall zu gewichten und den öffentlichen Interessen am Zugang zu amtlichen Dokumenten gegenüberzustellen. Die *Gewichtung der privaten Interessen* hat anhand der Art der betroffenen Informationen, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Person sowie möglicher Konsequenzen einer Bekanntgabe zu erfolgen. Bei der *Gewichtung des öffentlichen Interesses* ist der Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes im Einzelfall zu beachten. Als Kriterium kann die Bedeutung der Materie herangezogen werden; je grösser die politische und gesellschaftliche Bedeutung eines bestimmten Aufgabenbereiches ist, desto eher rechtfertigt sich ein Zugang zu den Dokumenten. Zum allgemeinen Interesse an der Verwaltungsöffentlichkeit können weitere besondere Interessen der Öffentlichkeit treten, die in Art. 6 Abs. 2 VBGÖ beispielhaft aufgezählt werden. So überwiegt das öffentliche Interesse am Zugang, wenn dies dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient wie z.B. der öffentlichen Gesundheit (Bst. b) oder wenn ein besonderes Informationsinteresse der Bevölkerung besteht (Bst. a).<sup>18</sup>
50. Das BAG ist dem Begehren der Antragsteller, Anonymisierungen nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ vorzunehmen, teilweise gefolgt. Es schwärzte die Namen, die Anschrift und die E-Mailadresse der Antragsteller, Angaben zu Drittpersonen, Ortsangabe, Angaben von Verwaltungsmitarbeitenden, welche mit den administrativen Vorarbeiten des Zugangsgesuchs zu tun hatten sowie Hinweise auf einen anderen Fall, der nicht Gegenstand des

<sup>18</sup> Vgl. dazu eingehend mit Verweis auf die Rechtsprechung [Empfehlung EDÖB vom 9. September 2016: BFE / Vollzugsresultate CO2-Emissionen](#), Ziffer 37 ff.



Zugangsgesuches war. Entsprechend der Rechtsprechung<sup>19</sup> schwärzte es hingegen nicht die Namen von leitenden Verwaltungsangestellten. Die Firmenbezeichnung der vom Antragsteller vertretenen Unternehmung schwärzte das BAG nicht, da allgemein bekannt sei, wer welche Arzneimittel vertreiben würde ([www.spezialitaetenliste.ch](http://www.spezialitaetenliste.ch)). Nach Ansicht des Beauftragten ist eine vollständige Anonymisierung dieser Personendaten nicht möglich. Sie würde eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts darstellen, weil sich das Zugangsgesuch auf Personendaten bezieht, zu welchen der Zugang begehrt wird.

51. *Zwischenfazit: Bei der Anonymisierung der Personendaten (Art. 9 Abs. 1 BGÖ) beachtet das BAG insgesamt das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Rechtsprechung betreffend die Anonymisierung von Personendaten von Verwaltungsmitarbeitern.*
52. Die Antragsteller sind der Auffassung, dass die teilweise Zugangsgewährung ihre Privatsphäre (Anwälte und betroffene Unternehmen) tangieren würde. Weiter sei zu beachten, was auch für Schlichtungsverhandlungen in Zivilprozessen gelte würde. In diesem Rahmen dürften Aussagen der Parteien weder protokolliert noch später im Entscheidverfahren verwendet werden (Art. 205 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272). Sinn und Zweck dieser Regelung sei, dass die Parteien die Möglichkeit haben sollen, ihre Anliegen und Interessen offen zu äussern und ihre Vorstellungen bzgl. einer einvernehmlichen Lösung frei darlegen zu können. Eine offene Aussprache sei nur möglich, wenn die Parteien nicht riskieren würden, dass allfällig signalisierte Zugeständnisse sich für sie in einem späteren Verfahrensstadium nachteilig auswirken würden. Eine Einigung im damaligen Streit um die Preissenkungen sei nur aufgrund der guten Kontakte zwischen Industrie und dem EDI/BAG möglich gewesen. Falls nun der Zugang gewährt werde, würde die Vertrauensbasis zerstört und ein negatives Präjudiz geschaffen. Mit einer gütlichen Streitbeilegung könne nicht mehr gerechnet werden, da alle Personen mit der Offenlegung der informellen Kommunikation rechnen müssten, was nicht Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes sein könne. Es bestehe daher ein erhebliches privates wie öffentliches Interesse daran, dass solche informellen Kontakte und die informell ausgetauschten Informationen geheim blieben. Auch wenn die Streitsache einige Wellen in den Medien geschlagen habe, überwiege das Interesse an der Geheimhaltung.
53. Dieser Auffassung folgt das BAG nicht. Die Situation könne nicht mit dem Zivilprozess verglichen werden. Dies schon allein aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips, welches statuiere, dass Handlungen und Entscheidungen von Bundesbehörden für die Öffentlichkeit nachvollziehbar sein müssten. Dem Argument, es handle sich um informell ausgetauschte Informationen, könne nicht gefolgt werden. Aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips könne die Tatsache, dass und worüber verhandelt werde, nicht geheim bleiben. Über das ab dem Jahr 2012 gültige Preismodell für Arzneimittel sei in den Medien mehrmals berichtet worden. Es sei allgemein bekannt, dass einzelne Preissenkungsverfügungen von 2012 angefochten worden seien. Auch über die Einigung, die das EDI im Frühjahr 2013 mit der Pharmabranche erzielt habe, sei berichtet worden. Der Inhalt der Vereinbarung sei am 12. April 2013 anlässlich einer gemeinsamen Medienkonferenz des Generalsekretariats EDI (GS EDI) bekannt gegeben worden. Die Frage der Festlegung von Arzneimittelpreisen im Kontext der obligatorischen Krankenversicherung werde im Rahmen der Diskussionen um Kostensteigerung im Gesundheitswesen immer wieder diskutiert. Sie sei ohne Zweifel von überwiegendem öffentlichem Interesse. Damit könne die Frage, ob eine mehr als geringfügige Beeinträchtigung

---

<sup>19</sup> Urteil des BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1.



der Privatsphäre bestehe, offen gelassen werden. Deshalb sei eine vollständige Verweigerung des Zugangs nicht gerechtfertigt, da schliesslich das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten sei.

54. Vorliegend sind die Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beachten. Demnach untersteht das Verwaltungshandeln grundsätzlich der Transparenz, es sei denn es liege ein Ausnahmegrund vor, so beispielweise Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, wonach die Geheimhaltung vereinbart werden könnte.<sup>20</sup> Vorliegend liegt keine entsprechende Zusicherung vor, weshalb bereits deshalb diese Ausnahmebestimmung nicht anwendbar ist. Vielmehr bleibt die Prüfung, ob die Privatsphäre nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wesentlich beeinträchtigt ist. Diesbezüglich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.
55. Der Beauftragte teilt die Ansicht des BAG, dass die teilweise Veröffentlichung der fraglichen Dokumente nicht mehr als geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenzen für die Betroffenen hat und daher die privaten Interessen nicht besonders gewichtig sind. Dies umso mehr als die Antragsteller ihrerseits gegenüber dem Beauftragten nicht nachvollziehbar aufzeigen konnten, inwiefern die Offenlegung der Personendaten die Privatsphäre der Betroffenen *mehr als geringfügig* verletzt. Der Beauftragte stützt auch die Einschätzung des BAG, wonach ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Zugangsgewährung der fraglichen Dokumente zu bejahen ist. Es besteht ein allgemeines öffentliches Interesse an der Berechenbarkeit und Kontrolle der behördlichen Tätigkeit des BAG. Die Öffentlichkeit soll wissen und nachprüfen können, mit wem das BAG verhandelt und wie behördliche Entscheide zustande kommen. Dies gilt umso mehr, als mit Interessenvertretern in einem Bereich verhandelt wurde, der von grosser gesellschaftlicher und politischer Bedeutung ist. Die Frage der Festlegung von Arzneimittelpreisen im Kontext der obligatorischen Krankenversicherung wird im Rahmen der Diskussion um Kostensteigerungen im Gesundheitswesen immer wieder diskutiert. Es betrifft finanziell jeden Bürger und den Staat. Darüber hinaus ist auch von einem besonderen Informationsinteresse der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a VBGÖ auszugehen. Das BAG informierte zwar speziell mit der Medienmitteilung vom 12. April 2013 über die Verhandlungen und die Einigung mit der Pharmabranche.<sup>21</sup> Die Medienmitteilung ersetzt aber nicht den Anspruch nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ. Die Öffentlichkeit soll sich selber gestützt auf die primäre Datenquelle ein eigenes Bild machen und die Verwaltungstätigkeit des BAG selber einschätzen können.<sup>22</sup> Mit der Kontrolle durch die Bevölkerung sollen etwa Geheimbereiche im Verwaltungshandeln und damit zusammenhängende Missbräuche und Fehlleistungen verhindert bzw. aufgedeckt werden. So kann kontrolliert werden, wer wie Einfluss auf die Entscheidungen der Verwaltung nimmt. Entgegen der Ansicht der Antragsteller ist vorliegend demzufolge nicht die Geheimhaltung der Dokumente der aussergerichtlichen Verhandlungen von öffentlichem Interesse, sondern die Transparenz. Zudem kann die Transparenz letztlich auch allfälligen Spekulationen Einhalt gebieten.<sup>23</sup> Die teilweise Offenlegung der Dokumente stärkt somit das Vertrauen in das Verwaltungshandeln des BAG.
56. *Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zu den amtlichen Dokumenten. Die vom BAG vorgenommenen Einschätzungen und Anonymisierungen betreffend den Schutz der Privatsphäre sind entsprechend seinem Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015 rechtmässig und verhältnismässig.*

---

<sup>20</sup> [Empfehlung EDÖB vom 9. September 2016: BFE / Vollzugsresultate CO2-Emissionen Grossimporteure](#), Ziffer 32.

<sup>21</sup> Vgl. FN 3.

<sup>22</sup> Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.2.3.1.

<sup>23</sup> [Empfehlung EDÖB vom 4. März 2013: VBS / Bericht Feststellungen Kassenrevision](#), Ziffer 35; Urteil des BGer 1C\_390/2012 vom 26. März 2013 E. 3.3.



57. *Fazit: Die Dokumente der BAG-Beilage 4, nämlich die Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10, welche im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens entstanden sind, unterstehen dem sachlichen Geltungsbereich des BGÖ (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario). Der Beauftragte stützt die Einschätzung des BAG betreffend der Qualifikation dieser Dokumente in amtliche bzw. nicht amtliche Dokumente gemäss seinen Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015. Ebenso stützt er die Einschätzungen des BAG, wonach der Ausnahmegrund des Anwaltsgeheimnisses nicht und Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nur teilweise bestehen. Auch pflichtet der Beauftragte der vom BAG vorgenommenen Anonymisierungen nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ bei. Insgesamt ist die vom BAG beabsichtigte teilweise Zugangsgewährung betreffend dieser Dokumente entsprechend dem Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015 des BAG rechtmässig und verhältnismässig.*

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

58. Das Bundesamt für Gesundheit hält an der Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten der BAG-Beilage 5 (BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) fest, die explizit für die Einleitung des Verwaltungsgerichtsverfahrens bzw. unter der Entscheidungskompetenz der Beschwerdeinstanz erstellt wurden. Für den Zugang zu diesen Gerichtsakten gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht (Ziffer 20).
59. Das Bundesamt für Gesundheit prüft, ob sog. vorbestehende Verwaltungsdokumente in der BAG-Beilage 5 (BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) bestehen und beurteilt diese auf etwaige Ausnahmen nach Art. 5 und 7-9 BGÖ) (Ziffer 23).
60. Das Bundesamt für Gesundheit hält an der teilweisen Zugangsgewährung zu den Dokumenten der BAG-Beilage 4, nämlich Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a, 8, 9 und 10 gemäss seinem Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015, fest (Ziffer 57).
61. Die Antragsteller und die Zugangsgesuchsteller 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).
62. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
63. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
64. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, still: a. vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern; b. vom 15. Juli bis und mit 15. August; c. vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.
65. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragsteller sowie die Namen der Zugangsgesuchsteller anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).



66. Die Empfehlung wird eröffnet:

- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert  
D.\_\_\_\_  
[Antragsteller]
- Einschreiben mit Rückschein (R) teilweise anonymisiert  
B.\_\_\_\_, vertreten durch D.\_\_\_\_  
[Antragstellerin]
- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert  
H.\_\_\_\_  
[Zugangsgesuchsteller]
- Einschreiben mit Rückschein (R)  
Bundesamt für Gesundheit  
3003 Bern

Jean-Philippe Walter