



Bern, 20. Dezember 2016

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren zwischen

**Unternehmen A.____,
vertreten durch**

**G.____
(Antragstellerin nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ)**

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.¹ 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.² 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 *zwei Arzneimittel*, inkl. der Akten des Verwaltungsverfahrens, die zu den jeweiligen Wiedererwägungsverfügungen des BAG geführt haben. Diese zwei Arzneimittel werden von der Antragstellerin vertrieben. Deren Rechtsvertreter ist ebenfalls vom Zugangsgesuch betroffen. Diesbezüglich erliess der

¹ <www.spezialitaetenliste.ch> besucht am 8. Dezember 2016.

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



Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragter) eine separate Empfehlung.

3. Zudem ersuchten die Zugangsgesuchsteller auch um Zugang zu den Dokumenten der BAG-Preissenkungsverfahren betreffend *drei weitere Arzneimittel*, welche vom Unternehmen B.____ vertrieben werden. Dieses wurde in den BAG-Preissenkungsverfahren ebenfalls anwaltlich vertreten. Betreffend diesen Drittpersonen (Unternehmen B.____, Anwälte und weitere Drittpersonen) erliess der Beauftragte jeweils separate Empfehlungen.
4. Die Zugangsgesuchsteller vertreten das Unternehmen C.____ in einem vor Bundesverwaltungsgericht noch hängigen Verfahren gegen eine BAG-Preissenkungsverfügung. Sie fordern u.a., dass das BAG dieses Unternehmen gleich zu behandeln habe wie die Unternehmen A.____ und B.____, für welche das BAG im Jahr 2013 entsprechende Wiedererwägungsverfügungen erlassen hatte (siehe Ziffer 1).
5. Das BAG hörte die vom Zugangsgesuch vom 19. Mai 2015 betroffenen Drittpersonen nach Art. 11 BGÖ an, so auch die Antragstellerin. Es listete dieser im Anhörungsschreiben vom 14. August 2015 die seiner Ansicht nach vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a und 8 auf. Dabei handelt sich um eine Korrespondenz zwischen dem BAG und der Antragstellerin bzw. ihrem Rechtsvertreter (Dokumente 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7 und 7a) sowie um die Wiedererwägungsverfügung (Dokument 8) (siehe Ziffer 10).
6. Die Antragstellerin war mit der vom BAG vorgesehenen teilweisen Zugangsgewährung zu diesen Dokumenten nicht einverstanden. Sie berief sich im Schreiben vom 26. August 2015 auf das Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und machte auch geltend, es fehle am sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 BGÖ).
7. Das BAG hielt in seiner Stellungnahme vom 13. November 2015 (Art. 11 Abs. 2 BGÖ) an seiner teilweisen Zugangsgewährung fest. Es teilte der Antragstellerin aber mit, dass die Unterlagen des Beschwerdeverfahrens vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen seien, nicht aber die Dokumente des Wiedererwägungsverfahrens, welches zeitlich parallel mit dem Beschwerdeverfahren gelaufen sei. Diese unterlägen als (wiederum) erstinstanzliches Verfahren dem Öffentlichkeitsgesetz. Das Dokument 7a stufe es als nicht fertig gestelltes Dokument ein, weshalb es dieses vom Zugang ausnehme. In Bezug auf den Zugang zur Wiedererwägungsverfügung (Dokument 8) sei die Antragstellerin bereits in einem anderen Zugangsverfahren angehört worden. In der Folge sei dazu der Zugang in anonymisierter Form bereits gewährt worden. Zu den übrigen Dokumenten 1, 2, 2a, 3, 3a, 4, 5, 6 und 7 unterbreitete das BAG der Antragstellerin einen entsprechenden Einschwärvungsvorschlag (nachfolgend BAG Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015).
8. Dagegen reichte die Antragstellerin mit Schreiben vom 7. Dezember 2015 einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein. Die Dokumente 1–6 beträfen das verwaltungsrechtliche Verfahren bis zur Verfügung vom 2. Dezember 2012. Das Dokument 7 enthalte eine Stellungnahme des BAG, die erst im Nachgang zum nachfolgenden Beschwerdeverfahren entstanden sei. Die Dokumente 1 und 2 enthielten Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Die Beilagen 3–6 beträfen die Korrespondenz zwischen dem Rechtsvertreter der Antragstellerin und dem BAG und fielen unter das Berufsgeheimnis (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Schliesslich falle das Dokument 7 nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ).
9. Das BAG teilte in seiner Stellungnahme vom 19. Februar 2016 dem Beauftragten mit, es habe nach den erfolgten Arzneimittelüberprüfungen (siehe Ziffer 1) Preissenkungen verfügt. Dagegen hätte u.a. auch die Antragstellerin Beschwerde erhoben und verlangt, dass die Überprüfung der



Wirtschaftlichkeit nicht nur mittels Auslandpreisvergleich (APV), sondern auch mittels therapeutischem 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.³ 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 u. a. auch in der Beilage 6 die als Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6 und 7 bezeichneten Dokumente. Darin sind die vom BAG vorgenommenen Einschwäzungen gelb markiert (nachfolgend BAG-Beilage 6). Zudem reichte das BAG in der Beilage 2 die als Beilagen 7a und 8 bezeichneten Dokumente ein (nachfolgend BAG-Beilage 2). Zum Dokument Beilage 7a will das BAG den Zugang verweigern, während es zum Dokument Beilage 8 den Zugang bereits gewährt hat. Schliesslich reichte es in der Beilage 8 einen Ordner mit Unterlagen zum Beschwerdeverfahren betreffend das Unternehmen A.____ [Antragstellerin] (nachfolgend BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) ein.
11. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin 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 Antragstellerin als betroffene Drittperson vom BAG nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ hinsichtlich der Dokumente 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 7a und 8 angehört wurde. Das BAG will entgegen dem Willen der Antragstellerin den Zugang zu den Dokumenten 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6 und 7 (BAG-Beilage 6) teilweise gewähren. Als betroffene Dritte nahm die Antragstellerin an einem vorangegangenen Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten teil und ist 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.⁴ 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.

³ 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).

⁴ 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.⁵
15. Das Dokument Beilage 8 (BAG-Beilage 2) betreffend die Wiedererwägungsverfügung ist vom BAG bereits unter Anonymisierung von Personendaten nach Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BGÖ zugänglich gemacht worden. Die Antragstellerin äusserte sich dazu nicht mehr in ihrem Schlichtungsantrag.
16. *Zwischenfazit: In Bezug auf das Dokument Beilage 8 (BAG-Beilage 2) gilt der Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person (Art. 6 Abs. 1 BGÖ i.V.m. Art. 2 VBGÖ).*
17. Zu prüfen ist vorweg, ob das Öffentlichkeitsgesetz auf die vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente anwendbar ist.
18. Die Antragstellerin argumentierte, das Öffentlichkeitsgesetz gelte nicht für das Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ). Die mit dem Beschwerdeverfahren verbundenen Dokumente fielen nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz. Dieser Ausschluss müsse aber für alle Dokumente gelten, die im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Rechtsmittelverfahrens entstanden seien. Das Gesetz wolle eine klare Unterscheidung zwischen dem erstinstanzlichen Verfahren und dem daran anschliessenden Rechtsmittelverfahren vornehmen, welches nicht mehr dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht gegenüber der Öffentlichkeit folgen solle, sondern insbesondere die Interessen der beteiligten Parteien und die Verfügungsgewalt des Gerichts über die Zugänglichkeit des Entscheids zu schützen habe. Gemäss Botschaft gelte die Ausnahme sowohl für hängige als auch für abgeschlossene Verfahren. Art. 30 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 172.021) verwehre der Öffentlichkeit den Zugang zu amtlichen Akten des Bundesverwaltungsgerichts und zu sämtlichen Dokumenten, die Eingang in bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren genommen hätten. Deshalb falle etwa auch der Schriftenwechsel zwischen den Parteien oder sämtliche dem Gericht vorliegenden Dokumente über Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien nicht in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Das der Beilage 7 (BAG-Beilage 6) angehängte Dokument des BAG beziehe sich inhaltlich auf das Beschwerdeverfahren und sei ein Element des Vergleichs. Ziel der Schreiben sei gewesen, eine einvernehmliche Lösung zu erzielen und möglicherweise langwierige Beschwerdeverfahren zu beenden. Die geführten Verhandlungen seien insofern erfolgreich gewesen, als man sich auf den Erlass einer neuen Verfügung und den damit verbundenen Rückzug der Beschwerde einigen konnte. Mit der Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht sei beantragt worden, das hängige Verfahren infolge des erfolgten Vergleichs und der im Anschluss getätigten Wiedererwägungsverfügung des BAG abzuschreiben. Das Bundesverwaltungsgericht habe dieses Begehren im Abschreibungsentscheid bestätigt und den Erlass der Wiedererwägungsverfügung durch das BAG in seinen Erwägungen festgehalten. Daher sei dieses Dokument eindeutig dem Beschwerdeverfahren zuzuordnen und müsste als Schriftenwechsel verstanden werden, der schliesslich im Vergleich der Parteien gemündet habe. Als Schreiben zwischen den am Beschwerdeverfahren beteiligten Parteien hätten sie demnach Eingang in das bundesverwaltungsrechtliche Verfahren gefunden und seien daher dem Sachbereich von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ zuzuordnen und unterlägen daher konsequenterweise nicht dem Öffentlichkeitsgesetz.

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



19. Das BAG stimmt der Argumentation der Antragstellerin insofern zu, als es die Unterlagen des Beschwerdeverfahrens (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 den Wiedererwägungsverfügungen 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.
20. 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.⁶ Vorweg ist 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 Öffentlichkeitsgesetzes 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.⁷
21. Der Beauftragte vertritt in ständiger Empfehlungspraxis und in Übereinstimmung mit der Lehre⁸ 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 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

⁶ Urteil des BVerfG A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 5.2.1.

⁷ Urteil des BVerfG A-4186/2015 vom 28. Januar 2016 E. 7.4, 7.5.5 und 8.2.

⁸ 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.



Einleitung eines Verfahrens gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ sowie unter der Verfahrensherrschaft der jeweiligen Verfahrensinstanz erstellt wurden (Beschwerde und 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.⁹

22. 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 oder zuhänden der Beschwerdeinstanz entstanden sind.
23. *Zwischenfazit: Alle Dokumente, die explizit für das Verwaltungsgerichtsverfahren (Beschwerde) sowie unter der Verfahrenskompetenz 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).*
24. 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 bzw. die Einsichtsrechte nach den besagten Gesetzen.¹⁰ Erst nach einem rechtskräftigen Abschluss des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens können Zugangsgesuche *von Parteien und Dritten* nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes abgeschlossen werden.¹¹ Mit der Kollisionsnorm nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ wollte der Gesetzgeber somit keineswegs die Verwaltungsöffentlichkeit von Verwaltungsverfahren nach Öffentlichkeitsgesetz aushebeln.¹² Vielmehr bezweckt er die ungestörte Durchführung erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren.
25. Der Umstand, dass die fraglichen Dokumente in zeitlicher Hinsicht während eines hängigen Beschwerdeverfahrens betreffend vom BAG erlassene Preissenkungsverfügungen entstanden sind und im Rahmen eines Wiederwägungsverfahrens ausgetauscht wurden, entzieht diese nicht fortwährend dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Entscheidend ist erstens, dass diese Dokumente *aussergerichtlich*, d.h. nicht unter der Instruktion der Beschwerdeinstanz, sondern in der alleinigen Verfahrensherrschaft des BAG entstanden sind. Dieser aussergerichtliche Dokumentenaustausch im Rahmen der Wiedererwägungsverfahren führte schliesslich zu neuen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, zur Kenntnisnahme durch die Beschwerdeinstanz, zur Gegenstandslosigkeit der Beschwerden und schliesslich zur Abschreibung des Verwaltungsgerichtsverfahrens (Art. 58 Abs. 3 VwVG). Zweitens sind die Wiedererwägungsverfügungen und die mit ihr in Zusammenhang stehenden Unterlagen zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches Dokumente eines *abgeschlossenen* erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. Demzufolge sind sie grundsätzlich nach Öffentlichkeitsgesetz zugänglich, weshalb der Beauftragte sich der Einschätzung des BAG anschliesst.

⁹ 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.

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

¹¹ 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.

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



26. *Zwischenfazit: Die Dokumente der BAG-Beilage 6, nämlich die Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7 und 7a, die zwischen dem BAG und dem Antragsteller aussergerichtlich ausgetauscht wurden betreffen ein abgeschlossenes erstinstanzliches Verwaltungsverfahren und fallen in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario).*
27. 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 A.____ 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 schliesst diese Dokumente, die einst in der Verfahrenskompetenz des BAG entstanden sind, nicht automatisch andauernd 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 abgeschlossen 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.
28. *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 auf etwaige Ausnahmen nach Art. 5 und 7–9 BGÖ.*
29. Weiter ist für die Dokumente der BAG-Beilage 6, nämlich die Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6, 7 und 7a, zu prüfen, ob diese 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).
30. Das BAG qualifiziert das Dokument „Beilage 7a der BAG-Beilage 2“ als nicht fertig gestellt im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ. So führt es aus, die darin enthaltenen Formulierungsvorschläge seien als noch nicht fertig gestellt zu betrachten. „Die Endversion dieses Arbeitspapiers (vom 2. Juli 2013) wird hingegen vollumfänglich zugänglich gemacht (vgl. Beilage 2a zur Stellungnahme des BAG [in Bezug auf das Schlichtungsverfahren betreffend den Rechtsvertreter der Antragstellerin]).“ In dieser Stellungnahme erklärt das BAG, bezüglich der als nicht fertig gestellten Informationen müsse den Besonderheiten des aussergerichtlichen Vergleichs 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



Informationen 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.

31. 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.¹³
32. Der Beauftragte stützt die vom BAG vorgenommene Einschätzung des Dokumentes „Beilage 7a der BAG-Beilage 2“ als nicht fertig gestelltes Dokument (Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 2 VBGÖ). In Bezug auf das Enddokument verweist er auf die Ausführungen in der Stellungnahme im Schlichtungsverfahren betreffend den Rechtsvertreter der Antragstellerin.
33. *Zwischenfazit: Das Dokument „Beilage 7a der BAG-Beilage 2“ ist ein nicht fertig gestelltes Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 2 VBGÖ. Das Öffentlichkeitsgesetz ist nicht anwendbar.*
34. Nun ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob Ausnahmegründe nach Art. 7 und 8 BGÖ dem Zugang zu den Dokumenten der Beilage 6, nämlich Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6 und 7 entgegenstehen.
35. Die Antragstellerin beruft sich auf den Schutz des Berufs- Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und argumentiert, die Dokumente der Beilagen 3–6 (BAG-Beilage 6) fielen unter den Schutz des Anwaltsgeheimnisses.
36. Demgegenüber erklärt 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 diese von der Klientin direkt erhalten hätte.
37. 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.¹⁴
38. *Zwischenfazit: Die fraglichen Dokumente, die zwischen dem BAG und den Anwälten ausgetauscht wurden, fallen nicht unter das Anwaltsgeheimnis. Die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ ist nicht anwendbar.*
39. Die Antragstellerin macht zudem geltend, dass in den Dokumenten Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ enthalten seien. Es würden u.a. konkrete Angaben zu den entsprechenden Arzneimitteln kommuniziert. Es gebe sensitive

¹³ Urteil des BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E.2.5.1.

¹⁴ Vgl. eingehend zum Anwaltsgeheimnis Urteil des BVerger A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 5.3 ff.



Inhalte resp. Informationen, welche Rückschlüsse auf sensitive Inhalte ermöglichen. Es würden preissensitive Angaben, wie die in der Internetapplikation einzugebenden Angaben, wie Gammaeinteilung, Fabrikabgabepreis, Toleranzmarge, zugänglich gemacht. Es handle sich hierbei um nicht allgemein bekannte Informationen. Dies gelte auch für die in einem Dokument enthaltene grafische Darstellung und die mit ihr verbundenen Informationen. Schliesslich sei aus einem Schreiben die Präferenz der Antragstellerin ersichtlich, welche konkrete Preisbildungsüberlegungen widerspiegeln.

40. Das BAG schwärzte in den verlangten Dokumenten Geschäftsgeheimnisse wie Angaben zum erwarteten Umsatzrückgang. Entgegen dem Ersuchen der Antragstellerin schwärzte es in den Dokumenten einige Angaben nicht ein, da diese nach der Auffassung des BAG keine – wie von der Antragstellerin vorgebracht – Überlegungen zur Preisbildung, sondern bekannte Informationen zur Überprüfung der Aufnahmebedingungen von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste bzw. publizierte Preisangaben des betroffenen Arzneimittels darstellen. Deshalb betrachte das BAG diese Angaben nicht als Geschäftsgeheimnis.
41. 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.¹⁵
42. Einerseits sind u.a. Produkte, Firmenname und Wirkstoff im Internet veröffentlicht. Andererseits hat die beweisbelastete Antragstellerin zwar mögliche Geschäftsgeheimnisse genannt. Damit hat sie aber lediglich ihren subjektiven Geheimhaltungswillen geäussert. Sie konnte dem Beauftragten nicht aufzeigen, welche wirtschaftlichen Schäden ihr drohen und inwiefern die Offenlegung der verlangten Informationen konkret nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Wettbewerbsnachteilen bei ihr und zu Wettbewerbsvorteilen der Konkurrenz führen würde. Daher fehlt ein nachgewiesenes objektives Geheimhaltungsinteresse. Demzufolge stützt der Beauftragte die vom BAG vorgenommene Einschätzung, betreffend Geschäftsgeheimnisse.
43. *Zwischenfazit: Für die vom BAG beurteilten amtlichen Dokumente hat die beweisbelastete Antragstellerin das Vorliegen der von ihr geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht aufgezeigt. Demzufolge liegen entsprechend dem vom BAG vorgenommenen Einschwärzungsvorschlag vom 13. November 2015 nur teilweise Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse vor.*
44. Der Antragsteller macht keine weiteren Ausnahmegründe geltend. Demgegenüber nahm das BAG in den zu beurteilenden Dokumenten Einschwärzungen zum Schutze der Personendaten vor.
45. 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

¹⁵ Vgl. eingehend zum Geschäftsgeheimnis Urteil des BGER 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.2.2.1 ff.



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.¹⁶

46. Das BAG schwärzte den Namen, Telefonnummern und die E-Mailadressen von Drittpersonen ein. Die Namen von Verwaltungsmitarbeitenden, welche mit den administrativen Vorarbeiten des Zugangsgesuchs zu tun hatten, schwärzte es ebenfalls ein. Entsprechend der Rechtsprechung¹⁷ schwärzte es hingegen nicht die Namen von leitenden Verwaltungsangestellten. Ebenfalls nicht anonymisiert wurde die Firmenbezeichnung der Antragstellerin, weil bekannt sei, dass die vom Zugangsgesuch betroffenen Arzneimittel von ihr vertrieben werden.
47. *Zwischenfazit: Der Beauftragte stützt die vom BAG vorgenommenen Anonymisierungen der Personendaten (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Das BAG beachtet insgesamt das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Rechtsprechung betreffend die Anonymisierung von Personendaten von Verwaltungsmitarbeitern.*
48. *Fazit: Die Dokumente der BAG-Beilage 6, nämlich die Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6 und 7 fallen in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Der Beauftragte stützt die Einschätzung des BAG, wonach der Ausnahmegrund des Anwaltsgeheimnisses nicht und Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse nur teilweise bestehen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Auch pflichtet der Beauftragte den vom BAG vorgenommenen Anonymisierungen nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ bei. Insgesamt ist die vom BAG teilweise beabsichtigte Zugangsgewährung betreffend dieser Dokumente entsprechend dem Einschwärzungsvorschlag vom 13. November 2015 rechtmässig und verhältnismässig.*

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

49. Das Bundesamt für Gesundheit hat das Dokument Beilage 8 (BAG-Beilage 2) nach einem abgeschlossenen Zugangsgesuchs- und Anhörungsverfahren bereits anonymisiert zugänglich gemacht. Es gilt der Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person (Ziffer 16).
50. Das Bundesamt für Gesundheit hält an der Zugangsverweigerung zu den Dokumenten BAG-Beilage 8 (BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) fest, die explizit für die Einleitung des Verwaltungsgerichtsverfahrens bzw. unter der Verfahrenskompetenz der Beschwerdeinstanz erstellt wurden. Für den Zugang zu diesen Gerichtsakten gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht (Ziffer 23).
51. Das Bundesamt für Gesundheit prüft, ob im Ordner BAG-Beilage 8 (BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) sog. vorbestehende Verwaltungsdokumente enthalten sind, und beurteilt diese auf etwaige Ausnahmen nach Art. 5 und 7–9 BGÖ (Ziffer 28).

¹⁶ Vgl. dazu eingehend mit Verweis auf die Rechtsprechung [Empfehlung EDÖB vom 9. September 2016: BFE / Vollzugsresultate CO2-Emissionen](#), Ziffer 37 ff.

¹⁷ Urteil des BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1.



52. Das Bundesamt für Gesundheit hält an der Zugangsverweigerung zum Dokument „Beilage 7a der BAG-Beilage 2“, fest. Es gilt als nicht fertig gestelltes Dokument. Das Öffentlichkeitsgesetz ist nicht anwendbar (Ziffer 33).
53. Das Bundesamt für Gesundheit hält an seinem Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015 zu den Dokumenten der BAG-Beilage 6, nämlich Beilagen 1, 2, 3, 3a, 4, 5, 6 und 7, fest (Ziffer 48).
54. Die Antragstellerin 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).
55. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
56. 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).
57. 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.
58. 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).
59. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
A.____
vertreten durch
G.____
 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
H.____
[Zugangsgesuchsteller]
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Bundesamt für Gesundheit
3003 Bern

Jean-Philippe Walter