



Bern, 12. März 2007

Empfehlung

gemäss

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

zum Schlichtungsantrag von

**X
(Antragsteller)**

gegen

Bundesamt für Gesundheit (BAG), Bern

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Mit einer Pressemitteilung informierte das BAG am 18. Oktober 2006 darüber, dass der Bundesrat den Kauf von acht Millionen Dosen eines Präpandemie-Impfstoffes beschlossen hat. Demnach unterzeichnete das BAG einen entsprechenden Vertrag mit dem Pharmaunternehmen GlaxoSmithKline (GSK). Gleichzeitig wurde mit dem Unternehmen eine Reservationsübereinkunft für Pandemie-Impfstoffe vereinbart. Gemäss Pressemitteilung des BAG betragen die Kosten für die Präpandemie- und Pandemie-Impfstoffe 180 Millionen Franken.
2. Der Antragsteller reichte am 27. Oktober 2006 beim Eidg. Departement des Innern (EDI) ein schriftliches Zugangsgesuch ein. Darin ersuchte der Antragsteller u.a. um Zugang zum



Vertrag und zur Reservationsübereinkunft inklusiv allfälliger Anhänge. Das Gesuch wurde zuständigkeitshalber an das BAG überwiesen.

3. Das BAG teilte dem Antragsteller am 29. November 2006 mit, dass „der Vertrag und die darin ebenfalls enthaltene Reservationsübereinkunft dem Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis (untersteht), da er vertrauliche Geschäfts- und Fabrikationsdaten unserer Vertragspartnerin enthält“. In der Folge lehnte das BAG den Zugang gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) ab.
4. Der Antragsteller reichte mit Schreiben vom 6. Dezember 2006 beim Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (der Beauftragte) einen Schlichtungsantrag nach Art. 13 BGÖ ein (eingegangen am 7. Dezember 2006). Der Antragsteller führte an, dass sich „eine vollständige Verweigerung der Herausgabe nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip in Einklang bringen [lasse], weil mit Sicherheit nicht der gesamte Inhalt des GSK-Vertrags und allfälliger Anhänge (bzw. der GSK-Verträge) Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betrifft.“
5. Am 8. Dezember 2006 forderte der Beauftragte das BAG auf, ihm die für die Bearbeitung des Schlichtungsantrags notwendigen Dokumente zu übermitteln. Die gewünschten Dokumente trafen am 13. Dezember 2006 beim Beauftragten ein.
6. Am 9. Februar 2007 lud der Beauftragte GSK als in der Sache Betroffene zu einer Stellungnahme ein (s. unten Ziffer II B. 8). In ihrer Antwort vom 20. Februar 2007 vertrat GSK die Ansicht, dass der Vertrag als Gesamtdokument zu betrachten sei und weitestgehend Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse enthalte. Die wenigen, unbedenklichen Bestimmungen, die zugänglich gemacht werden könnten, hätten für sich keine eigene Aussagekraft. Aus diesen Gründen vertrat GSK die Ansicht, dass von einem teilweisen Zugänglichmachen des Vertrages abgesehen und der Zugang vollumfänglich verweigert werden sollte.

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

A. Schlichtungsverfahren gemäss Art. 14 BGÖ

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

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig (BBI 2003 2023). Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

2. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuch nach Art. 6 BGÖ beim BAG eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren



ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde *formgerecht* (einfache Schriftlichkeit) und *fristgerecht* (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.

3. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Einzelnen obliegt alleine dem Beauftragten (BBI 2003 2024).

Kommt keine Einigung zu Stande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Einschätzung und Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis Art. 7 Art. 1 Bst. g BGÖ

1. Das BAG lehnte den Zugang des Antragstellers mit der Begründung ab, dass der Vertrag vertrauliche Geschäfts- und Fabrikationsdaten von GSK enthalte. Der Antragsteller wendete sich mit seinem Schlichtungsantrag dagegen, dass das BAG aufgrund der Ausnahmebestimmung über das Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis den Zugang *vollumfänglich* verweigerte. Der Beauftragte prüft daher zuerst die Frage, ob der Vertrag tatsächlich vollständig respektive teilweise Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse enthält.
2. Art. 7 BGÖ enthält eine abschliessende Liste mit Ausnahmefällen, bei deren Vorliegen der Zugang zum amtlichen Dokument eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann. Dabei handelt es sich um eine Aufzählung privater oder öffentlicher Interessen, die gemäss dem Willen des Gesetzgebers dem Grundsatz der Transparenz vorgehen und eine Geheimhaltung bestimmter Dokumente rechtfertigen. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ muss kein oder nur ein beschränkter Zugang gewährt werden, wenn durch eine vollumfängliche Gewährung Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können.
3. Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips hat nicht zur Folge, dass Bundesbehörden nun Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse von Privaten, von denen sie Kenntnis haben, an interessierte Dritte ausserhalb der Verwaltung bekannt geben müssen. Vielmehr ist die Verwaltung gemäss Öffentlichkeitsgesetz gehalten, diese Geheimnisse zu schützen. Eine Definition der Begriffe des Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisses finden sich weder in der Botschaft noch im Öffentlichkeitsgesetz oder einem anderen Bundesgesetz. Die Botschaft führt dazu lediglich aus, dass das Zugänglichmachen bestimmter Informationen nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen Marktteilnehmern führen darf¹.
4. Das Bundesamt für Justiz, das für die Umsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes verantwortlich zeichnete, umschrieb Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse als „Informationen, die sich auf eine Tätigkeit beziehen, die *unter Wettbewerb oder wettbewerbsähnlichen Bedingungen* stattfindet und denen *Geheimnischarakter* zukommt (d.h. es geht um Tatsachen, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind). Es muss ein *legitimes Geheimhaltungsinteresse* bestehen und der Geheimhaltungswille der privaten Drittperson muss zumindest aus den Umständen ersichtlich sein.“²

¹ BBI 2003 2012

² Bundesamt für Justiz: „Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen“ vom 29.06.2006



Entscheidend für die Beurteilung, ob eine Ausnahme nach Art. 7 BGÖ vorliegt, ist darüber hinaus die Tatsache, dass das öffentliche oder private Interesse (hier an der Wahrung des Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses) durch einen Zugang mit „*einer gewissen Wahrscheinlichkeit*“³ beeinträchtigt würde. In diesem Fall überwiegt das Interesse an der Geheimhaltung und das Transparenzprinzip muss zurücktreten.

5. Der Beauftragte darf in seiner Empfehlung keine vertraulichen oder geheimen Informationen und Details aus dem fraglichen Dokument bekannt gegeben. In Bezug auf den hier zu beurteilenden Vertrag kann lediglich festgehalten werden, dass es sich dabei um einen 62 Seiten umfassenden Vertrag mit 8 Anhängen handelt. Der Vertrag enthält u.a. detaillierte Ausführungen zur Zusammensetzung des Impfstoffes, zu Preisen, Lieferbedingungen und Garantieleistungen.

GSK steht in Bezug auf die Herstellung von Präpandemie- und Pandemie-Impfstoffen *im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern*. Unbestritten ist ebenso die Tatsache, dass sämtliche Informationen zur Zusammensetzung, Wirkungsweise usw. des Impfstoffes unter das Fabrikationsgeheimnis fallen. Angesichts der Risiken, die mit einer Pandemie für die Menschen verbunden sind, ist es nach Auffassung des Beauftragten angebracht, bestimmte Informationen als Geschäftsgeheimnisse einzustufen, beispielsweise die Bezeichnung der Produktionsorte einzelner Bestandteile des Impfstoffes respektive Angaben über deren Auslieferung ab den verschiedenen GSK-Unternehmen.

GSK hat an der Wahrung ihrer Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse ein *legitimes Interesse*. Nach Einsichtnahme in das fragliche Dokument ist der Beauftragte zur Überzeugung gelangt, dass das Zugänglichmachen einzelner Textpassagen oder des ganzen Vertragsdokuments nicht nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, sondern mit Bestimmtheit zu einer Offenbarung bestimmter Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse führen würde und für GSK mit Nachteilen im Wettbewerb im In- und Ausland verbunden wäre.

Nach Ansicht des Beauftragten ist es daher grundsätzlich richtig, dass der Zugang zu weiten Teilen des Vertragstextes, d.h. zu den Ziffern 2-19 sowie sämtlichen Anhängen, aufgrund des Vorliegens des Ausnahmefalls von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht gewährt wird.

6. Der Antragsteller beanstandet nicht die Tatsache, dass es sich vorliegend um einen Ausnahmefall von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ handelt. Vielmehr macht er geltend, dass das BAG nach dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* einen teilweisen Zugang zum Dokument hätte gewähren sollen.

Das BAG hat entschieden, den Zugang *vollumfänglich* zu verweigern, da der Vertrag „vertrauliche Geschäfts- und Fabrikationsdaten unserer Vertragspartnerin enthält“. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob diese Haltung vom Öffentlichkeitsgesetz abgedeckt ist.

7. Das Öffentlichkeitsgesetz besagt nicht, dass der Zugang zu einem Dokument vollumfänglich verweigert werden muss, nur weil das Dokument ein (oder mehrere) Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis(se) enthält. Vielmehr bietet Art. 7 BGÖ neben der vollumfänglichen Verweigerung auch die *Möglichkeit der Beschränkung des Zugangs* im Umfang des tatsächlich gegebenen Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 BGÖ). In

³ BBI 2003 2006f.



Anwendung des Verhältnismässigkeitsgebots gilt es somit stets zu prüfen, ob allenfalls ein teilweiser Zugang gewährt werden kann, indem die sensiblen Teilbereiche des Dokuments abgedeckt, entfernt oder verschlüsselt werden können.

Nach Ansicht des Beauftragten enthalten weite Teile des Vertrages Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (s. o. Ziffer II B. 5). Seiner Einschätzung nach gilt dies indes nicht für die Seiten 1-9, welche das Inhaltsverzeichnis, die Präambel und die Ziffer 1 des Vertrages (Definitionen und Interpretationen) beinhalten. Diese Vertragsteile enthalten nicht vollumfänglich respektive nicht überwiegend Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse. Sie können somit grundsätzlich zugänglich gemacht werden. Der Beauftragte teilte seine Einschätzung GSK mit und räumte ihr als in der Sache Betroffene die Gelegenheit zur Stellungnahme ein.

8. GSK hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass sie es den Vertrag als Gesamtdokument versteht, das weitestgehend Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse beinhaltet. Das „Zugänglichmachen der wenigen, aus unserer Sicht unbedenklichen Bestimmungen hat keine eigene Aussagekraft.“ Aus diesem Grund vertrat GSK die Ansicht, dass der Zugang zum gesamten Dokument verweigert werden sollte. Darüber hinaus hielt GSK fest, dass auch in der Präambel und den Definitionen „kommerziell wichtige Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse“ enthalten seien, und bezeichnete jene Textstellen, die aus diesem Grund nicht zugänglich gemacht werden sollten.
9. Wie bereits in Ziffer II B. 5 erwähnt, darf der Beauftragte in einer Empfehlung die als geheim bezeichneten Textpassagen nicht aufführen. Der Beauftragte erachtet das Geheimhaltungsinteresse von GSK an den von ihr bezeichneten Stellen betreffend die Seiten 1-9 des Vertrages als legitim. Diese Vertragsbestandteile (ebenso wie die Ziffern 2-19 sowie die Anhänge) fallen damit unter die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und müssen nicht zugänglich gemacht werden.⁴ Im Weiteren gilt es nun zu prüfen, ob in Bezug auf die Seiten 1-9 ein teilweiser Zugang gewährt werden kann.

Werden die nicht zugänglichen Passagen abgedeckt, so bleibt etwa die Hälfte des Textes der Seiten 1-9 offen. Nach Ansicht des Beauftragten kann nicht die Rede davon sein, dass die zugänglichen Informationen in Bezug auf diesen Vertragsbestandteil keinen Sinn mehr ergeben und daher der Zugang gänzlich verweigert werden kann. Das Öffentlichkeitsgesetz verlangt im Übrigen nicht, dass die offenen (d.h. nicht abgedeckten) Passagen in Beziehung zu den abgedeckten Teilen eines Dokuments gesetzt werden müssen, um deren Zugänglichkeit zu beurteilen. Nach Ansicht des Beauftragten ist daher ein beschränkter Zugang zu den Seiten 1-9 zu gewähren.

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

1. Das Bundesamt für Gesundheit gewährt dem Antragsteller einen teilweisen Zugang zum Vertrag mit GlaxoSmithKline zu Table of Contents (Seite 2 und 3), Preamble (Seite 4) und die Ziffer 1 „Definitions and Interpretation“ (Seite 4-9). Der Zugang wird entsprechend den im Anhang zu dieser Empfehlung aufgeführten Textpassagen zur Preamble und den Definitions beschränkt.

⁴ Diese vertraulichen Passagen aus den Seiten 1-9 werden im Anhang zu dieser Empfehlung aufgeführt, sind aus dem erwähnten Grund jedoch nur für das BAG und GSK zugänglich.



Zu den Ziffern 2-19 und zu den Anhängen A-H ist kein Zugang zu gewähren.

2. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes, wenn es in Abweichung dieser Empfehlung dem Antragsteller den teilweisen Zugang nicht gewährt.

Das Bundesamt für Gesundheit erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

3. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Gesundheit den Erlass einer Verfügung nach Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
4. Als von der Empfehlung Betroffene kann GlaxoSmithKline innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Gesundheit den Erlass einer Verfügung nach Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
5. Gegen die Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 16 BGÖ).
6. Diese Empfehlung wird mit Ausnahme des Anhangs veröffentlicht (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert.
7. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Bundesamt für Gesundheit (**inklusive Anhang**)
3003 Bern
 - GlaxoSmithKline AG (**inklusive Anhang**)
Talstrasse 3 – 5
3053 Münchenbuchsee

Hanspeter Thür

Anhang mit den gesperrten Textstellen der Seiten 1-9 (keine Veröffentlichung)