



Bern, 4.12.2012

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zu den Schlichtungsanträgen von

Antragsteller A

und

Antragsteller B

gegen

**Schweizerisches Heilmittelinstitut
Swissmedic**

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller A (Verband) hat mit Eingabe vom 1. Juni 2011 Swissmedic um eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Medizinprodukte der C AG ersucht. Konkret machte er Verstösse gegen die rechtlichen Vorschriften – insbesondere gegen Art. 21 Abs. 1 der Medizinprodukteverordnung (MepV, SR 812.213) – betreffend Verkauf und Werbung in Bezug auf die beiden Medizinprodukte F und G geltend.
2. In ihrer Antwort vom 9. Juni 2011 wies Swissmedic den Antragsteller A darauf hin, dass unter anderem aufgrund des grossen Echos, welches die Ankündigung der Produktlinie der C AG in der Tagespresse ausgelöst hatte, bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Absprache mit den Kantonen eine Abklärung über die Rechtmässigkeit von Verkauf und Werbung der betroffenen Produktpalette der C AG durchgeführt worden sei. In der Folge seien Massnahmen eingeleitet worden, welche allerdings nicht die beiden vom Antragsteller A bezeichneten Produkte F und G betroffen hätten. Weiter wurde der Antragsteller A darauf hingewiesen, dass eine Prüfung der von ihm bezeichneten Produkte F und G ergeben habe, dass durch deren Verkauf und Anpreisung die Bestimmungen in Art. 21 Abs. 1 und 2 MepV nicht verletzt worden seien.
3. Im Anschluss daran ersuchte der Antragsteller A mit E-Mail vom 24. Juni 2011 gestützt auf Art. 6 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3) um Zugang zu amtlichen Dokumenten, die der



Überprüfung der Rechtmässigkeit in Bezug auf Verkauf und Werbung der beiden Produkte F und G durch Swissmedic zugrunde lagen.

4. Mit Schreiben vom 8. Juli 2011 informierte Swissmedic den Antragsteller A gemäss Art. 17 BGÖ und Art. 16 Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) darüber, dass sich die Kosten für die Gesuchsbearbeitung auf insgesamt rund Fr. 2000.00 belaufen werden. Zur Begründung führte Swissmedic aus, die Bearbeitung des Gesuchs sei aufgrund des Umfangs und des Inhalts des Dossiers zeit- und arbeitsintensiv. Weiter wies Swissmedic den Antragsteller A darauf hin, dass die betroffenen amtlichen Dokumente Personendaten zahlreicher Dritter enthielten. Daher sei Swissmedic nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ verpflichtet, alle betroffenen Personen anzuhören. Aus diesen Gründen müsse die Frist zur Stellungnahme von Swissmedic nach Art. 12 Abs. 2 BGÖ um die erforderliche Dauer verlängert werden. Schliesslich wurde der Antragsteller A gebeten, Swissmedic innert 10 Tagen schriftlich zu bestätigen, ob er sein Gesuch aufrecht erhalten oder zurückziehen wolle.
5. Mit E-Mail vom 11. Juli 2011 bestätigte der Antragsteller A seinen Willen, an seinem Zugangsgesuch vom 24. Juni 2011 festzuhalten. Er wies zudem ausdrücklich darauf hin, dass er die zu erwartenden Kosten im Umfang von maximal Fr. 2000.00 zur Kenntnis nehme.
6. Mit E-Mail vom 11. Juli 2011 informierte Swissmedic den Antragsteller A, dass die Frist für ihre Stellungnahme gemäss Art. 12 Abs. 2 BGÖ wegen der durchzuführenden Anhörungen der betroffenen Personen um die erforderliche Dauer verlängert werde.
7. In seiner Stellungnahme vom 15. September 2011 teilte Swissmedic dem Antragsteller A mit, dass es ihm einen eingeschränkten Zugang zu den verlangten Dokumenten gewähre. Zeitgleich wurden ihm Dokumente im Umfang von 145 Seiten zugestellt. Swissmedic führte aus, es habe *„dort Schwärzungen vorgenommen, wo die Möglichkeit entweder einer Verletzung von Geschäftsgeheimnissen Dritter (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) oder einer Anonymisierung von Personendaten besteht oder wo mangels Anonymisierungsmöglichkeit die Offenlegung von Informationen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Privatsphäre eines Dritten führen kann.“* Zudem seien weitere Informationen geschwärzt worden, die nicht Gegenstand seines Zugangsgesuches seien.
8. In derselben Stellungnahme orientierte Swissmedic den Antragsteller A ausserdem darüber, dass es den Zugang zu weiteren 8 Seiten der von seinem Gesuch betroffenen Dokumente wegen darin enthaltener Personendaten gestützt auf Art. 12 Abs. 3 BGÖ bis zur Klärung der Rechtslage aufschiebe, da möglicherweise ein angehörter Dritter (Antragsteller B) beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 13 Abs. 2 BGÖ einen Schlichtungsantrag stellen werde. Aus diesem Grund erhalte der Antragsteller A vorläufig nur Dokumente im Umfang von 145 Seiten. Zudem liess Swissmedic dem Antragsteller A eine Gebührenrechnung über Fr. 1829.00 (zahlbar innert 30 Tagen) zukommen.
9. Am 29. September 2011 reichte der Antragsteller A einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein. Darin hielt er fest, dass
 - a) *„[...] wesentliche Teile unseres Gesuchs geschwärzt sind und dass*
 - b) *gewisse Teile (8 Seiten) noch der rechtlichen Klärung bedürfen.“*

Weiter führte der Antragsteller A aus:

- I. *„Aufgrund der massiven Schwärzungen können wir die Sachverhalte nicht prüfen, bei dem [sic] es uns in unserem Antrag ging. Es ist für uns nicht ersichtlich, ob und in*



welchem Umfang die Behörden die Gesetze konform vollzogen haben und ob weitere betroffene kantonale Amtsstellen entsprechend informiert wurden (Binnenmarktproblematik).“

II. „Die Kosten von Fr. 1829.00 sind im Verhältnis zu den lesbaren, ungeschwärzten Stellen in einem Missverhältnis.“

Rund 20 der insgesamt 145 Seiten wurden vollständig eingeschwärzt. In den übrigen 125 Seiten wurden hingegen bloss partielle Schwärzungen vorgenommen.

Schliesslich beantragte der Antragsteller A, dass:

- a) „[...] die geschwärzten Teile lesbar gemacht werden, sofern sie unser Gesuch inhaltlich betreffen [...]“*
- b) die Seiten zugänglich gemacht werden, die noch in rechtlicher Abklärung sind [...].“*
- c) „[...] die Höhe der Gebühr geprüft wird, weil Aufwand und Ertrag in einem Missverhältnis erscheinen.“*

10. Mit Schreiben vom 30. September 2011 bestätigte der Beauftragte dem Antragsteller A den Eingang des Schlichtungsantrages.
11. Ebenfalls am 30. September 2011 wurde Swissmedic aufgefordert, dem Beauftragten innerhalb von 10 Tagen eine Stellungnahme sowie alle relevanten Unterlagen einzureichen.
12. Mit E-Mail vom 4. Oktober 2011 ersuchte Swissmedic den Beauftragten um eine Fristerstreckung bis zum 31. Oktober 2011, welche am 11. Oktober 2011 durch den Beauftragten gewährt wurde.
13. Mit E-Mail vom 27. Oktober 2011 ersuchte Swissmedic den Beauftragten aufgrund grosser Arbeitsbelastung um eine Erstreckung der Frist zur Einreichung einer Stellungnahme und der Dokumente bis zum 30. November 2011. Am 28. Oktober wurde die Frist für die Stellungnahme von Swissmedic vom Beauftragten bis zum 30. November 2011 erstreckt.
14. Mit E-Mail vom 30. November ersuchte Swissmedic „aufgrund einer sehr hohen Geschäftslast und des grossen Umfangs des betroffenen Gesuches“ um nochmalige Erstreckung der Frist zur Einreichung der Stellungnahme und der Vorakten bis zum 30. Dezember 2011. Am 1. Dezember 2011 wurde die Frist vom Beauftragten bis zum 30. Dezember 2011 erstreckt.
15. Am 29. Dezember 2011 stellte Swissmedic dem Beauftragten eine Stellungnahme und die betroffenen amtlichen Dokumente zu. In Bezug auf die vorgenommenen Schwärzungen führte Swissmedic aus, dass die Dokumente unter anderem Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ enthielten, welche einem Zugang entgegenstünden. Dabei listete Swissmedic detailliert auf, an welchen konkreten Stellen solche Informationen enthalten seien.
16. Weiter machte Swissmedic geltend, in den Dokumenten seien auch Personendaten zahlreicher Dritter enthalten, welche gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ zu anonymisieren seien. Wo dies möglich war, habe es die Anonymisierungen vorgenommen. Aufgrund nicht anonymisierbarer Personendaten habe Swissmedic zusätzlich die C AG, die D AG, die E AG sowie den Antragsteller B gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört, worauf einzig der Antragsteller B mit den von Swissmedic vorgeschlagenen Schwärzungen nicht einverstanden gewesen sei.
17. Swissmedic wies zudem darauf hin, dass das Schlichtungsverfahren mit dem Antragsteller B ebenfalls noch beim Beauftragten hängig sei und daher dem Antragsteller A gestützt auf Art. 12 Abs. 3 BGÖ noch nicht alle von seinem Zugangsgesuch betroffenen amtlichen Dokumente hätten zugestellt werden können.



18. Der Antragsteller B – einer von vier nach Art. 11 BGÖ angehörten Personen – reichte mit Schreiben vom 29. September 2011 einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein. Er führte aus, dass er sich einer Herausgabe der ihn betreffenden Dokumente (8 Seiten) widersetze. Als Begründung fügte er Folgendes an: *„Bei unserem Brief [vom 15. November 2010] an Swissmedic handelte es sich um eine Anzeige und damit um die Eröffnung eines Straf- resp. Verwaltungsstrafverfahrens. Zu diesem Verfahren gehört auch die Antwort von Swissmedic [vom 30. November 2010]. Wir widersetzen uns einer Herausgabe des strittigen Dokuments, da es sich bei den erwähnten Dokumenten um Verfahrensakten im Sinne von Art. 3 BGÖ handelt, die dem Geltungsbereich des BGÖ nicht unterstellt sind.“*
19. Der Antragsteller B begründete seinen Standpunkt damit, dass es bei seiner als Anzeige eingereichten Eingabe nicht darauf ankomme, ob Swissmedic diese auch als solche bearbeite, sondern vielmehr allein auf die Absicht des Anzeigerstatters. Seiner Ansicht nach sei Sinn und Zweck von Art. 3 BGÖ darin zu sehen, bei Straf- bzw. Verwaltungsstrafverfahren sicherzustellen, dass ein Anzeigerstatter nicht mit der Veröffentlichung seiner Anzeige rechnen müsse. Dies könne dazu führen, dass ein Anzeigerstatter von einer Anzeige absehe. Ausserdem sei das blosses Unkenntlichmachen der Identität des Anzeigerstatters ohne Bedeutung, da allein aufgrund der firmenspezifischen Formatierung und der Firmenschriftart ohne Weiteres ersichtlich sei, woher die Anzeige komme. Schliesslich führte der Antragsteller B aus, die Verwaltung sei zur Erfüllung ihrer Aufsichtspflicht darauf angewiesen, dass ihr mutmassliche Rechtsverletzungen angezeigt würden. Somit liege das öffentliche Interesse in der Durchsetzung des Rechts. Zusammenfassend war Antragsteller B der Meinung, dass die bezeichneten Dokumente nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fielen und darüber hinaus ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer Verweigerung der Herausgabe bestünde.
20. Mit Schreiben vom 15. November 2011 reichte Swissmedic beim Beauftragten eine Stellungnahme und alle relevanten amtlichen Dokumente in Bezug auf Antragsteller B ein. Darin verwies es auf die Stellungnahme vom 7. September 2011 im Rahmen der Anhörung von Antragsteller B, in welcher dieser bereits darauf aufmerksam gemacht worden sei, *„dass es sich bei den vom Gesuch betroffenen Unterlagen nicht um Dokumente eines Verwaltungs- resp. Verwaltungsstrafverfahrens handle. Demzufolge unterstünden die beiden Briefe entgegen den Ausführungen [...] [des Antragstellers B] dem Geltungsbereich des BGÖ.“* In der oben erwähnten Stellungnahme vom 7. September 2011 schrieb Swissmedic dem Antragsteller B: *„Ihr als ‚Anzeige‘ bezeichnetes Schreiben vom 15. November 2010 hat Swissmedic im Sinne einer Meldung/Anfrage entgegengenommen und Ihnen eine Ihre Fragen beantwortende Stellungnahme vom 30. November 2010 zukommen lassen. Gemäss Art. 24 der Medizinprodukteverordnung [...] sind die Kantone zuständig für die nachträgliche Kontrolle im Rahmen der Überwachung der Abgabestellen. Swissmedic hatte als Koordinationsorgan (vgl. Art. 25 ff. MepV) bereits vor Ihrem Schreiben in Absprache mit den Kantonen beim legalen Hersteller, im Sinne einer koordinativen Dienstleistung für die Kantone, einen Review der betroffenen Produkte vorgenommen. Es handelt sich bei den von diesem Review betroffenen Dokumenten um Unterlagen eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. Diese Dokumente fallen unseres Erachtens in den sachlichen Geltungsbereich des BGÖ (Art. 3 BGÖ e contrario). Aus diesen Gründen hält Swissmedic an einer teilweisen Zugangsgewährung zu den betroffenen Dokumenten [...] fest.“*
21. Auf die weitere ausführliche Argumentation von Swissmedic 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

22. Gemäss Art. 13 Abs. 1 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert (Bst. a), oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt (Bst. b). Schliesslich kann auch eine nach Art. 11 BGÖ angehörte Person beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag stellen, sofern die Behörde gegen ihren Willen den Zugang gewähren will (Bst. c).
23. Die Schlichtungsanträge der Antragsteller A und B betreffen denselben Verfahrensgegenstand, bzw. denselben Sachverhalt. Der Antragsteller B ist durch die von Antragsteller A bezeichneten Dokumenten betroffen. In seiner Rolle als betroffener Dritter hat auch er einen Schlichtungsantrag eingereicht. Damit rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.
24. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur aufgrund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.¹ Berechtig, 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.
25. Der Antragsteller A hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei Swissmedic eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist er zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Sein Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
26. Der Antragsteller B wurde als betroffene Person gemäss Art. 11 BGÖ angehört und zu einer Stellungnahme eingeladen. Somit hat auch er am Gesuchsverfahren teilgenommen. Da Swissmedic am Zugang gegen seinen Willen festhält, ist der Antragsteller B ebenfalls zur Einreichung eines Schlichtungsantrags an den Beauftragten berechtigt. Sein Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.
27. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten.²
28. Kommt keine Einigung zu Stande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

¹ BBI 2003 2023.

² BBI 2003 2024.



B. Materielle Erwägungen

29. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er prüft damit im Schlichtungsverfahren einerseits beispielsweise, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 f. BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) rechtmässig angewendet hat. Andererseits prüft er in jenen Bereichen, in denen das Öffentlichkeitsgesetz der Behörde bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches einen gewissen Ermessensspielraum verleiht (z.B. Art der Einsichtnahme in amtliche Dokumente), ob die von der Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt und angemessen ist. Dabei kann der Beauftragte entsprechende Vorschläge im Rahmen des Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung erlassen (Art. 14 BGÖ).³
30. Wie in Ziffer 9 erwähnt, verlangte der Antragsteller A im Rahmen seines Schlichtungsantrages vom 29. September 2011 dreierlei. Erstens verlangte er vom Beauftragten, „*dass die geschwärzten Teile lesbar gemacht werden, sofern sie unser Gesuch inhaltlich betreffen [...]*“. Zweitens verlangte er, dass „*die Seiten zugänglich gemacht werden, die noch in rechtlicher Abklärung sind.*“ Drittens wünschte er, dass „*die Höhe der Gebühr geprüft wird, weil Aufwand und Ertrag in einem Missverhältnis erscheinen.*“
31. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sieht vor, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn durch seine Gewährung Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Diese Ausnahmerebestimmung ist grundsätzlich immer dann anwendbar, wenn der Zugang zu einem oder mehreren amtlichen Dokumenten den Wettbewerb zwischen Marktteilnehmern verzerren würde. Dabei ist als Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis jede Information zu verstehen, welche sich auf eine Tätigkeit bezieht, die unter Wettbewerb oder wettbewerbsähnlichen Bedingungen stattfindet und denen Geheimnischarakter zukommt. Verlangt wird ein legitimes Geheimhaltungsinteresse und ein zumindest aus den Umständen ersichtlicher Geheimhaltungswille des Geheimnisherrn⁴. Unter das Geschäftsgeheimnis fällt jede Information, die Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis eines Unternehmens haben kann, so z.B. Angaben zur Geschäftsstrategie, zur Organisation, zu seinen Lieferanten oder Vertriebshändlern, zur Preiskalkulation usw.⁵ Das Fabrikationsgeheimnis umfasst in erster Linie technische Informationen über Fabrikations-, Produktions- oder Konstruktionsverfahren. Darunter fallen selbstverständlich auch Informationen über die Zusammensetzung bzw. die Inhaltsstoffe von Produktionsgütern.
32. In seiner Stellungnahme vom 29. Dezember 2011 legte Swissmedic im Einzelnen dar, welche Teile bzw. Abschnitte eines bestimmten Dokuments aufgrund der darin enthaltenen Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse geschwärzt werden sollten. Bei genauer Prüfung jener Dokumente, welche durch Swissmedic aufgrund von darin enthaltenen Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen ganz oder teilweise eingeschwärzt wurden, wird ersichtlich, dass sich an eben diesen Stellen in der Tat Informationen finden, welche unter Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ fallen. So handelt es sich bei entsprechenden Stellen etwa um Informationen betreffend Herstellung, Zusammensetzung oder Entwicklung von Produkten der C AG. Unter anderem

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

⁴ [Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 5.1.3.](#)

⁵ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, RZ 43.



enthalten die geschwärzten Stellen konkrete Produktspezifikationen sowie Qualitätszertifikate und nicht zuletzt Produktionsangaben zu den diversen Inhaltsstoffen. Die durch Swissmedic vorgenommenen Schwärzungen sind für den Beauftragten somit nachvollziehbar und angemessen.

33. *Die betroffenen amtlichen Dokumente enthalten Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Der Zugang dazu muss eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden. Die von Swissmedic vorgenommenen Schwärzungen erachtet der Beauftragte im Ergebnis als recht- und verhältnismässig.*
34. Art. 9 Abs. 1 BGÖ bestimmt, dass amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren sind. Der Begriff Personendaten umfasst alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz, DSG, SR 235.1). Ist eine Anonymisierung nicht möglich, so ist ein Zugang nach den Vorschriften über die Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 DSG). In welchen Dokumenten solche Anonymisierungen aus der Sicht von Swissmedic notwendig waren, geht ebenfalls aus der Stellungnahme vom 29. Dezember 2011 an den Beauftragten hervor. Angaben über bestimmte oder bestimmbare Personen wurden durch Swissmedic in allen Dokumenten konsequent abgedeckt.
35. *Der Beauftragte beurteilt die von Swissmedic vorgenommenen Anonymisierungen von Personendaten vorliegend als recht- und verhältnismässig.*
36. Darüber hinaus hat Swissmedic die C AG, die D AG, die E AG sowie den Antragsteller B gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört, da deren Personendaten in den betroffenen amtlichen Dokumenten enthalten waren. Mit Ausnahme von einer betroffenen Person (Antragsteller B) waren alle übrigen Dritten mit den Schwärzungen einverstanden und stimmten im Ergebnis einem Zugang in anonymisierter Form zu.
37. Durch diese Anhörungen hat Swissmedic zwar alle betroffenen Personen mit in das Verfahren einbezogen, allerdings erachtet der Beauftragte diese Anhörungen als nicht notwendig (bzw. nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ gesetzlich nicht vorgesehen). Die in den betroffenen amtlichen Dokumenten vorhandenen Personendaten konnten ohne Schwierigkeiten eingeschwärzt werden, wodurch die Dokumente nach erfolgter Anonymisierung durch Swissmedic keine Personendaten nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ mehr enthielten⁶, da nach Ansicht des Beauftragten eine Reidentifikation des betroffenen Dritten ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht möglich ist.⁷ Da diese Anhörungen entgegen der gesetzlichen Konzeption erfolgten, darf dem Antragsteller daraus weder in zeitlicher Hinsicht noch in Bezug auf die Gebühren ein Nachteil erwachsen.
38. *Insgesamt wertet der Beauftragte das Vorgehen von Swissmedic in Bezug auf die geschwärzten und dem Antragsteller A bereits zugestellten Dokumente grundsätzlich als rechtmässig und angemessen. Eine Anhörung der betroffenen vier Dritten wäre hingegen nicht notwendig gewesen, weil eine Reidentifikation des betroffenen Dritten ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht möglich ist. Die Forderung des Antragstellers A, die geschwärzten Teile lesbar zu machen, kann der Beauftragte nicht stützen.*
39. Weiter verlangte der Antragsteller A in seinem Schlichtungsantrag vom 29. September 2011, dass die restlichen 8 Seiten, welche wegen darin enthaltenen Personendaten noch in rechtlicher Abklärung seien, zugänglich gemacht werden müssten. Diese bislang noch

⁶ ALEXANDRE FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 11, RZ 11.

⁷ Urteil des BVGer A-1200/2012 vom 27. November 2012 E. 3.3.



zurückbehaltenen Seiten enthalten teilweise Personendaten des Antragstellers B, welcher mit den von Swissmedic vorgeschlagenen Schwärzungen nicht einverstanden war und folglich am 29. September 2011 ebenfalls beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag einreichte.

40. *Der Beauftragte hält fest, dass es sich bei den Dokumenten betreffend den Schlichtungsantrag des Antragstellers B entgegen dessen Ausführungen im Schlichtungsantrag und der Stellungnahme von Swissmedic vom 15. September 2011 nicht um acht, sondern nur um vier Seiten handelt. Die restlichen vier Seiten beinhalten ausschliesslich Medienmitteilungen und Zeitungsartikel. Diese Dokumente – welche öffentlich zugänglich sind – sind dem Antragsteller A uneingeschränkt zugänglich zu machen. Im Folgenden wird nur noch auf jene vier verbleibenden Seiten eingegangen, welche bislang noch nicht zugänglich waren.*
41. In den verbleibenden vier Seiten sind Personendaten nach Art. 3 Bst. a. DSG enthalten. Amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten sind nach Art 9 Abs. 1 BGÖ nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Soweit dies möglich war, hat Swissmedic entsprechende Anonymisierungen vorgenommen. Darüber hinaus hat Swissmedic den Antragsteller B gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. In seiner Stellungnahme vom 18. August 2011 sowie in seinem Schlichtungsantrag vom 29. September 2011 vertritt der Antragsteller B die Ansicht, bei den ihn betreffenden Dokumenten handle es sich um eine Anzeige, welche er bei Swissmedic eingereicht habe. Diese Anzeige habe die Eröffnung eines Verwaltungs- bzw. Verwaltungsstrafverfahrens zur Folge, wodurch die betreffenden Dokumente Verfahrensakten i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ seien und somit nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fielen.
42. Wie aus dem bereits in Ziff. 20 zitierten Schreiben von Swissmedic vom 7. September 2011 hervorgeht, wurde die „Anzeige“ des Antragstellers B vom 15. November 2010 von Swissmedic nur „im Sinne einer Meldung/Anfrage“ entgegengenommen. Jedenfalls wurde auf dieses Schreiben kein Verwaltungs- bzw. Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet. Demzufolge kann es sich bei den Dokumenten, welche den Antragsteller B betreffen, nicht um Verfahrensakten eines Verwaltungsrechtspflegeverfahrens handeln.
43. In seinem Schlichtungsantrag vom 29. September 2011 weist der Antragsteller B weiter darauf hin, eine Reidentifikation seiner selbst als Anzeigerstatter sei schon infolge der firmenspezifischen Formatierung und Schriftart in seiner Korrespondenz möglich. Der Beauftragte erachtet jedoch weder die vom Antragsteller B gewählte Schriftart, noch die Formatierung in seiner Korrespondenz als besonders auffällig oder ungewöhnlich. Im Gegenteil handelt es sich bei der „Anzeige“ des Antragstellers B um einen Brief mit durchaus üblicher Schriftart und Formatierung. Im Hinblick darauf, dass von Swissmedic alle Personendaten und insbesondere der Briefkopf abgedeckt wurden, ist eine Reidentifikation nicht möglich.
44. *In Bezug auf den Schlichtungsantrag des Antragstellers B schliesst sich der Beauftragte der Einschätzung von Swissmedic an, dass es sich bei den betroffenen Dokumenten nicht um Verfahrensakten handelt. Vielmehr handelt es sich dabei um amtliche Dokumente nach Art. 5 BGÖ, wodurch ein Zugang grundsätzlich in Betracht kommt. Was die Anonymisierung der Personendaten von Antragsteller B betrifft, so ist der Beauftragte der Ansicht, dass diese von Swissmedic rechtmässig und vollständig vorgenommen worden ist. Der Einwand von Antragsteller B, eine Identifikation des Anzeigerstatters sei allein schon aufgrund des Schriftbildes und der Formatierung seines Briefes möglich, kann nicht überzeugen. Der bis anhin gestützt auf Art. 12 Abs. 3 BGÖ aufgeschobene Zugang zu den betreffenden vier Seiten ist durch Swissmedic zu gewähren.*
45. Schliesslich beantragte der Antragsteller A in seinem Schlichtungsantrag vom 29. September 2011 die Überprüfung der ihm von Swissmedic auferlegten Gebühren von Fr. 1829.00. Art. 17



Abs. 1 BGÖ sieht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten grundsätzlich eine Gebührenpflicht vor. Nach Abs. 2 Bst. a derselben Bestimmung wird keine Gebühr erhoben, wenn die Bearbeitung eines Gesuches einen geringen Aufwand erfordert. Nach Artikel 14 VBGÖ gelten die Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGV; SR 172.041.1), soweit die Öffentlichkeitsverordnung keine besondere Regelung enthält.

46. Vorab ist zu prüfen, inwiefern die durch Swissmedic vorgenommenen (nach Ansicht des Beauftragten aber nicht notwendigen) Anhörungen Auswirkungen auf die Gebührenerhebung hatten. Wie unter Ziffer 37 ausgeführt, dürfen die vom Öffentlichkeitsgesetz vorliegend nicht vorgesehenen Anhörungen keine nachteiligen Folgen für den Antragsteller A mit sich bringen. In Bezug auf die Gebührenerhebung bedeutet dies, dass Aufwendungen für ungerechtfertigte Anhörungen, welche trotz Anonymisierbarkeit von Personendaten gleichwohl vorgenommen wurden, dem Antragsteller nicht in Rechnung gestellt werden dürfen. Auf Nachfrage des Beauftragten konkretisierte Swissmedic mit E-Mail vom 13. November 2012, dass der Arbeitsaufwand der vier Anhörungsverfahren im Gebührenbetrag von Fr. 1829.00 nicht enthalten sei. Somit hat Swissmedic die durchgeführten vier Anhörungen zu Recht nicht in die Gebührenbemessung mit einbezogen.
47. Zu prüfen bleibt hingegen, ob die dem Antragsteller A auferlegten Gebühren von Fr. 1829.00 angemessen sind. Dazu ist die Frage zu klären, ob der in Rechnung gestellte Arbeitsaufwand von 18 Stunden à Fr. 100.00 (zuzüglich Fr. 29.00 für Kopien) im Verhältnis zum Umfang der betroffenen Dokumente (149 Seiten) sowie der im Einzelfall vorgenommenen Arbeitsschritte als verhältnismässig erscheint.
48. Für die Frage der Verhältnismässigkeit der Gebühren stellt der Beauftragte im vorliegenden Fall auf verschiedene Faktoren ab:
Erstens betrifft das Zugangsgesuch des Antragstellers A umfangreiche amtliche Dokumente. Bereits die Anonymisierung aller darin vorhandenen Personendaten sowie die Abdeckung aller Informationen betreffend weiterer Medizinprodukte der C AG, welche nicht Gegenstand des vorliegenden Zugangsgesuches waren, erfordern einen beträchtlichen Arbeitsaufwand seitens der Behörde. Unabhängig von Anzahl und Umfang der letztendlich zu schwärzenden Stellen ist die Verwaltung verpflichtet, das gesamte Dokument – Satz für Satz – zu prüfen.⁸ Weiter ist zu berücksichtigen, dass eine Anonymisierung nicht alleine darin besteht, entsprechende Bezeichnungen und Namen von Dritten unkenntlich zu machen, sondern vielmehr zu untersuchen, ob aus dem Kontext nicht auf einen Dritten geschlossen werden kann.⁹ Zweitens ist bei den betroffenen Dokumenten zu berücksichtigen, dass sie zu weiten Teilen nicht von Swissmedic selbst, sondern von seiner Aufsicht unterstellten Einrichtungen erstellt wurden, was die inhaltliche Prüfung zusätzlich erschwert. Daraus ergibt sich drittens, dass aufgrund des teilweise hohen fachlichen Anspruchs der Inhalte eine rein juristische Prüfung der Dokumente durch eine/n Öffentlichkeitberater/in nicht ausreicht. Mit Schreiben vom 13. November 2012 bestätigte Swissmedic gegenüber dem Beauftragten, dass neben der rechtlichen Prüfung der Dokumente durch die zuständige Öffentlichkeitsberaterin zusätzlich eine Fachperson aus dem Bereich Medizinprodukte beigezogen und mit der Beurteilung der Dokumente betraut wurde. Der Beauftragte beurteilt den Beizug einer Fachperson zur (Mit-)Beurteilung der Dokumente als ohne Weiteres zulässig.¹⁰ Dass sich die Konsultation von Fachpersonen im Ergebnis zu Ungunsten des

⁸ Urteil des BVGer A-1200/2012 vom 27. November 2012 E. 4.3.2.3.

⁹ Urteil des BVGer A-1200/2012 a.a.O.

¹⁰ Vgl. dazu [Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 8.2.3.](#), In diesem Sinne auch das Urteil des BVGer A-1200/2012 vom 27. November 2012 E. 4.3.2.3.



Antragstellers auswirken kann – vorliegend durch entsprechend höher ausfallende Gebühren – mag für den Antragsteller zwar unbefriedigend sein, ergibt sich jedoch bereits aus der grundsätzlichen Gebührenpflicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem Öffentlichkeitsgesetz.¹¹

49. *Im Hinblick auf die umfangreichen und hinsichtlich der Beurteilung fachlich anspruchsvollen Dokumente, welche vom Zugangsgesuch des Antragstellers A betroffen waren, sowie dem Einbezug einer Fachperson im Bereich Medizinprodukte, erachtet der Beauftragte die erhobenen Gebühren als nachvollziehbar und angemessen.*
50. *Zusammenfassend kommt der Beauftragte zum Schluss, dass Swissmedic das Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich korrekt angewendet und dem Antragsteller vorliegend in angemessener Weise einen teilweisen Zugang gewährt hat. Der Arbeitsaufwand von Swissmedic für die Beurteilung der konkreten Dokumente ist als vertretbar zu qualifizieren. Der Beauftragte erachtet daher die von Swissmedic in Rechnung gestellten Gebühren von Fr. 1829.00 als verhältnismässig.*

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

51. Swissmedic hält an einem teilweisen Zugang zu den betroffenen amtlichen Dokumenten gemäss Stellungnahme an den Antragsteller A vom 15. September 2011 fest.
52. Swissmedic gewährt dem Antragsteller A Zugang zu jenen vier von insgesamt acht bisher zurückbehaltenen Seiten, welche ausschliesslich Medienmitteilungen und Zeitungsartikel beinhalten und demzufolge ohnehin öffentlich zugänglich sind.
53. Swissmedic gewährt dem Antragsteller A in anonymisierter Form Zugang zu den noch nicht übermittelten vier Seiten, welche den Antragsteller B betreffen.
54. Swissmedic hält an der Gebührenrechnung vom 15. September 2011 über Fr. 1829.00 fest.
55. Die Antragsteller A und B können innerhalb von 10 Tagen ab Erhalt dieser Empfehlung von Swissmedic den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
56. Der Antragsteller A kann von Swissmedic eine Gebührenverfügung nach Art. 11 Abs. 2 AllGebV verlangen, sofern er mit der Höhe der in Rechnung gestellten Gebühren von Fr. 1829 nicht einverstanden ist.
57. Swissmedic erlässt von sich aus eine Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ), sofern es den Zugang in Abweichung dieser Empfehlung nicht gewähren will.
58. Gegen die Verfügung können die Antragsteller A und B beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
59. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 18. Dezember 2012 bis zum 2. Januar 2013 still.

¹¹ Vgl. allg. zur Gebührenbemessung: [Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 5. Juli 2012, Ziff. 8.2.3.](#)



60. Swissmedic stellt dem Beauftragten eine Kopie seiner Verfügung und allfällige Entscheide der Beschwerdeinstanzen zu (Art. 13a VBGÖ).
61. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragsteller A und B anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
62. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Antragsteller A
 - Antragsteller B
 - Schweizerisches Heilmittelinstitut Swissmedic
Hallerstrasse 7
Postfach
3000 Bern 9

Hanspeter Thür