



Bern, den 19. Juni 2012

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von X (Antragsteller)

gegen

Bundesamt für Gesundheit (BAG)

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Im Jahre 2002 wurde erstmals entdeckt, dass viele Lebensmittel einen hohen Gehalt an möglicherweise krebserregenden Molekülen, dem sogenannten Acrylamid, enthalten. Es handelt sich hierbei um eine chemische Verbindung, die sich bei der Zubereitung bzw. Verarbeitung stärkehaltiger Lebensmittel unter hohen Temperaturen bildet. Betroffen sind nicht nur industriell hergestellte Produkte, sondern auch Lebensmittel, die in Privathaushalten zubereitet werden.¹
2. In einer Empfehlung forderte die Europäische Kommission die EU-Mitgliedstaaten auf, den Acrylamidgehalt in Lebensmitteln während der Jahre 2007-2009 zu überwachen, um die Wirksamkeit der freiwilligen Massnahmen der Lebensmittelindustrie zur Senkung dieses Gehalts zu prüfen.² In zwei weiteren Empfehlungen sprach sie sich im Jahr 2010 für eine Fortführung der jährlichen Überwachung³ aus und führte auf europäischer Ebene Richtwerte betreffend Acrylamidgehalt von Lebensmitteln für die meisten Lebensmittelgruppen ein.⁴

¹ <http://www.bag.admin.ch/themen/lebensmittel/04861/04907/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 5. Juni 2012).

² [Empfehlung der Kommission vom 3. Mai 2007 zur Überwachung des Acrylamidgehalts in Lebensmitteln, ABl. L 123 vom 12. Mai 2007, S. 33-40](#) (zuletzt besucht am 5. Juni 2012).

³ [Empfehlung der Kommission vom 2. Juni 2010 zur Überwachung des Acrylamidgehalts in Lebensmitteln, ABl. L 137 vom 3. Juni 2010, S. 4-10](#) (zuletzt besucht am 5. Juni 2012).

⁴ [Empfehlung der Kommission vom 10. Januar 2011 zur Untersuchung des Acrylamidgehalts von Lebensmitteln](#)



3. Parallel zum EU-Monitoring 2007-2009 führte die Schweiz eine eigene Untersuchung durch. Dafür beauftragte das Bundesamt für Gesundheit (BAG) das Kantonale Labor Zürich (KL ZH). Dieses analysierte während dreier Jahre jährlich annähernd 300 Stichproben auf Acrylamid oder reduzierende Zucker. Die Untersuchungen umfassten sämtliche Produkte, bei welchen nach bisherigen Erfahrungen eine hohe Acrylamidkonzentration erwartet werden konnte, jedoch nicht sämtliche Hersteller bzw. Anbieter. Die erhobenen Untersuchungsdaten hat das KL ZH in einer Datentabelle erfasst und zusammen mit dem Schlussbericht dem BAG eingereicht. In der Folge wurde am 18. August 2010 ein wissenschaftlicher Bericht unter dem Titel „Acrylamide monitoring in Switzerland, 2007-2009: results and conclusions“ in der Online Ausgabe der Zeitschrift „Food Additives & Contaminants Part A: Chemistry, Analysis, Control, Exposure & Risk Assessment“ publiziert.⁵
4. Am 21. Oktober 2010 reichte der Antragsteller (Privatperson) beim BAG gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ, SR 153.0) ein Gesuch ein, um Zugang zur „Liste der Acrylamid Messungen der Jahre 2007-2009 mit den namentlich aufgeführten geprüften Lebensmitteln“ zu erhalten. Dabei handelt es sich um die vom KL ZH erstellte Datentabelle im Umfang von 20 Seiten.
5. Das BAG verweigerte dem Antragsteller mit Schreiben vom 17. November 2010 vollständig die Einsicht in die Datentabelle, im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Die Untersuchungen dienten dem BAG zur Klärung seines allfälligen Handlungsbedarfs. Bei den Tests handle es sich um zufällige Stichproben. So seien denn auch die für den Test vorgesehenen Produkte willkürlich ausgewählt worden. Für den Acrylamidgehalt sei kein gesetzlicher Höchstwert festgelegt. Damit bestehe bei der Veröffentlichung der Ergebnisse die Gefahr, dass Produkte und Produzenten in Misskredit geraten könnten, obwohl sie den gesetzlichen Anforderungen entsprächen. Zudem sei bezüglich der Acrylamidgehalte das Fabrikationsgeheimnis zu wahren (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Zu bedenken sei, dass durch die Herausgabe der Testergebnisse der Wettbewerb zwischen Marktteilnehmern verzerrt würde, da auch bei nicht untersuchten Produkten die grosse Wahrscheinlichkeit bestünde, dass diese ähnliche oder identische Acrylamid-Gehalte aufweisen würden. Durch die Veröffentlichung käme es daher zu einem unzulässigen Markteingriff. Weiter sei die Offenlegung auch unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes abzulehnen. Die Firmennamen seien Personendaten und Art. 9 BGÖ gebiete deren Anonymisierung. Eine solche sei im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Publikation vorgenommen worden (Art. 3 Bst. a BGÖ, Art. 9 BGÖ). Auch bei der Prüfung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ bestünde kein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zur Liste. Wäre die öffentliche Gesundheit tatsächlich gefährdet, wäre das BAG nicht nur verpflichtet, die Produkteliste zu veröffentlichen, sondern es müsste darüber hinaus von Amtes wegen aktiv werden und im Sinne von Art. 43 des Lebensmittelgesetzes (LMG, SR 817.0) öffentlich warnen. Eine solche Gefährdung sei im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Es sei zwar unbestritten, dass längerfristig eine Belastung mit Acrylamid zu vermeiden sei, ein unmittelbares Gesundheitsrisiko bestehe jedoch nicht. Weiter führte das BAG aus, dass die Bevölkerung der Offenlegung von amtlich angeordneten Produktetests eine weitaus stärkere Aussagekraft beimessen würde, als dies bei der Veröffentlichung von Testresultaten durch eine private Organisation der Fall wäre. Abschliessend hält es fest: „Die Konsequenzen für die Produkthersteller bezüglich Imageschaden und Wettbewerbsnachteil wären entsprechend gravierend. Das BAG kommt daher nach Berücksichtigung aller Umstände zum Schluss, dass kein über-

⁵ <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/19440049.2010.501037> (zuletzt besucht am 5. Juni 2012).
<http://www.klzh.ch/aktuelles/detail.cfm?id=127> (zuletzt besucht am 5. Juni 2012).



wiegendes öffentliches Interesse am Zugang zu den Produktelisten besteht und eine Offenlegung der Marken-, Produkte- und Herstellernamen nicht gerechtfertigt werden kann.“

6. Daraufhin reichte der Antragsteller am 19. November 2010 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein und erklärte, dass er die Herausgabe der vom BAG gemachten Acrylamid Untersuchungen respektive deren Liste begehre.
7. Das BAG beruft sich in seiner Stellungnahme vom 20. Dezember 2010 an den Beauftragten erneut auf das Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) sowie den Persönlichkeitsschutz (Art. 9 BGÖ). In Bezug auf das Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis wiederholt es hauptsächlich die Argumente, die es in der Stellungnahme gegenüber dem Antragsteller geäußert hatte. Darüber hinaus erklärt es, dass „[f]ür Acrylamid [...] heute mangels genügender Kenntnisse über dessen konkretes Schadenspotenzial (noch) kein gesetzlicher Höchstwert festgelegt [ist]. Lebensmittel mit einem hohen Acrylamidgehalt können nach heutiger Rechtslage deshalb nicht beanstandet werden. Würden die Ergebnisse der Untersuchungen mit dem Hinweis auf Produkt, Marke und Produzent öffentlich gemacht, bestünde deshalb die Gefahr, dass Produkte und Produzenten in Misskredit gebracht würden, deren Produkte den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.“ In Bezug auf den Persönlichkeitsschutz und die Anonymisierung der in der Untersuchung erwähnten Produkte, Namen und Firmen im Sinne von Art. 9 BGÖ führt das BAG ergänzend aus: „Eine solche Anonymisierung wurde im Zusammenhang mit der Herausgabe der wissenschaftlichen Publikation [...] vorgenommen. Damit wurde die Öffentlichkeit transparent und in verhältnismässiger Weise über die vorgenommenen Tests, die festgestellten Resultate und die vorgeschlagenen Massnahmen informiert sei. Das öffentliche Informationsinteresse wurde damit erfüllt.“
8. Am 15. und 16. Mai 2012 hat der Beauftragte mit dem Antragsteller und dem BAG getrennte Gespräche durchgeführt. Das BAG zeigt sich bereit, die vom Antragsteller begehrte Liste in anonymisierter Form zugänglich zu machen, während der Antragssteller weiterhin den vollständigen Zugang zur Liste begehrt. Es liegt also keine Einigung zwischen den Parteien vor.
9. Gegenstand dieser Empfehlung ist entsprechend dem Zugangsgesuch des Antragstellers einzig die Liste der Acrylamid-Messungen der Jahre 2007-2009. Diese umfasst 20 Seiten und enthält die Tabellen I-VII mit den einzeln untersuchten Werten:
 - Tabelle I: Zucker in Kartoffel-Vorfabrikation;
 - Tabelle II: Pommes frites: Acrylamid in frittierten Pommes frites und Zuckergehalte in den entsprechenden Vorprodukten;
 - Tabelle III: Reduzierende Zucker in Frischkartoffeln für Rösti und Pommes frites;
 - Tabelle IV: Reduzierende Zucker in Frischkartoffeln für Rösti und Pommes frites Saison 2007/2008;
 - Tabelle V: Reduzierende Zucker in Frischkartoffeln 2008/2009;
 - Tabelle VI: Acrylamid in Kartoffelchips;
 - Tabelle VII: Diverse Produkte. Erwähnt sind das Produkt, der Hersteller, der Verteiler, der Zeitpunkt der Proben, die erhobenen Daten, die Auslobung und das Abpackdatum.
10. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers, des BAG und auf die eingereichten Akten 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

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.
2. Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.⁶ 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.
3. Der Antragsteller hat ein Zugangsgesuche nach Art. 10 BGÖ beim BAG eingereicht. Dieses nahm zum Zugangsgesuch des Antragstellers Stellung. Als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist der Antragsteller zur Einreichung eines Schlichtungsantrages berechtigt (Art. 13 Abs. 1 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).
4. 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.⁷
5. 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. Die Voraussetzungen für eine Empfehlung sind gegeben.

B. Materielle Erwägungen

1. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde. Er kann damit im Schlichtungsverfahren einerseits prüfen, ob die Bearbeitung des Zugangsgesuches durch die Behörde rechtmässig erfolgt ist. So zum Beispiel, ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde den Begriff des amtlichen Dokumentes (Art. 5 BGÖ) sowie die in Art. 7 BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln oder die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) korrekt angewendet hat. Andererseits kann 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), prüfen, 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

⁶ Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963 und 2023.

⁷ Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963 und 2024.



Schlichtungsverfahrens machen (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ) oder gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung aussprechen (Art. 14 BGÖ).⁸

2. Jede Person hat das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über deren Inhalt zu verlangen (Art. 6 BGÖ). Ein amtliches Dokument ist jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz der Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist, und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient (Art 5 Abs. 1 Bst. a-c BGÖ).
 - 2.1 Der Antragsteller begehrt Zugang zur Liste der Acrylamidmessungen der Jahre 2007-2009. Diese Liste wurde als Datentabelle vom KL ZH im Auftrag des BAG erstellt und ihm zugestellt. Sie enthält Informationen, die der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen, nämlich der Erhebung des Acrylamidgehaltes in Lebensmitteln, welche das BAG zum Zwecke der Klärung eines allfälligen Handlungsbedarfs untersuchen liess.
 - 2.2 *Die Datentabelle, welche das KLZH im Rahmen des Monitoring Acrylamid 2007 – 2009 erstellt hat, ist ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ und daher grundsätzlich zugänglich.*
3. Das BAG bezieht sich in seiner Stellungnahme vom 20. Dezember 2010 an den Beauftragten auf die wissenschaftliche Publikation (vorne Ziff. I. 3.) und führt aus, dass mit deren Veröffentlichung „die Öffentlichkeit transparent und in verhältnismässiger Weise über die vorgenommenen Tests, die festgestellten Resultate und die vorgeschlagenen Massnahmen informiert [wurde]“.
 - 3.1 Vorweg ist zu prüfen, welche Wirkung diese Publikation auf das Verfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten hat. Es gilt zunächst zwischen aktiver und passiver Information der Behörde zu unterscheiden. Bei der *aktiven Information* hat der Gesetzgeber spezialgesetzliche Bestimmungen erlassen, welche die Behörden verpflichten, aus eigener Initiative bestimmte Informationen bekannt zu geben. Diese Kategorie zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Pflicht zur aktiven Information auf bestimmte Dokumente respektive auf bestimmte Bereiche beschränkt. Als Beispiel kann die Pflicht des Beauftragten zur Veröffentlichung der vorliegenden Empfehlung (Art. 13 Abs. 3 Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ, SR 152.31) genannt werden.⁹
 - 3.2 Bei der *passiven Information* hingegen sind die staatlichen Organe gesetzlich verpflichtet, auf Ersuchen einer interessierten Person bestimmte Informationsdienstleistungen zu erbringen. Ein Anwendungsfall der passiven Information ist die Bekanntgabe von Informationen in Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsgesetz, also der Zugang zu amtlichen Dokumenten.¹⁰ Somit befasst sich auch das Öffentlichkeitsgesetz mit der staatlichen Informationstätigkeit, allerdings nur mit jener, die durch die konkrete Einzelanfrage eines Bürgers ausgelöst wird. Es zielt jedoch nicht darauf ab, die aktive, von Behörden initiierte Informationsvermittlung zu normieren. Das Öffentlichkeitsgesetz gilt daher nicht für die aktive Information.¹¹
 - 3.3 Dennoch besteht zwischen aktiver und passiver Information ein Zusammenhang: Einerseits hängt die passive Information wesentlich davon ab, dass Behörden verfügbare Informationen

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

⁹ [Empfehlung des Beauftragten vom 3. April 2009: ESTV / Cockpits und Amtsreportings](#), Ziffer II. B. 4. und FN 5, (zuletzt besucht am 5. Juni 2012).

¹⁰ a.a.O. und FN 6.

¹¹ Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963, 1977.



aktiv bekannt machen (Metainformationen).¹² Andererseits kann der Anspruch auf Zugang zu einem amtlichen Dokument verwirklicht sein, wenn die Behörde das begehrte Dokument bereits in einem Publikationsorgan oder auf einer Internetseite des Bundes veröffentlicht hat (Art. 6 Abs. 3 BGÖ).¹³ Sind amtliche Dokumente auf dem Internet verfügbar oder in einem Publikationsorgan des Bundes veröffentlicht, kann sich die Behörde darauf beschränken, die Fundstelle mitzuteilen.

3.4 Vorliegend ist konkret zu prüfen, ob die Online-Zeitschrift „Food Additives & Contaminants Part A: Chemistry, Analysis, Control, Exposure & Risk Assessment“ ein Publikationsorgan im Sinne des Art. 6 Abs. 3 BGÖ ist. Der Begriff „Publikationsorgan“ ist unbestimmt. Weder in der Verordnung noch in der Botschaft wird er weiter ausgeführt. Es ist davon auszugehen, dass er sich „auf jede Form von Veröffentlichungen eines amtlichen Dokumentes oder dessen Inhalt in einer Zeitschrift oder auf einem anderen Informationsträger bezieht, der von einer Bundesbehörde oder unter deren Leitung herausgegeben wird.“¹⁴ Die zu beurteilende Fachzeitschrift wird weder vom BAG noch unter seiner Leitung herausgegeben und ist deshalb kein Publikationsorgan nach Art. 6 Abs. 3 BGÖ. Darüber hinaus ist der darin veröffentlichte Bericht „Acrylamide monitoring in Switzerland, 2007-2009: results and conclusions“ eine in englischer Sprache verfasste wissenschaftliche Arbeit, die nur entgeltlich zugänglich ist. Es kann deshalb nicht davon gesprochen werden, dass das BAG das Zugangsrecht nach Öffentlichkeitsprinzip gemäss Art. 6 Abs. 3 BGÖ erfüllt hat. Kommt dazu, dass der Antragsteller gar nicht Einsicht in diese Publikation begehrt, sondern in die 20 Seiten umfassende unveröffentlichte Datentabelle, die das KL ZH erstellt hat und auf welcher die wissenschaftliche Publikation basiert.

3.5 Zusammenfassend kommt der Beauftragte zum Schluss, dass das subjektive Zugangsrecht des Antragstellers durch die wissenschaftliche Publikation in der Onlinezeitschrift „Food Additives and Contaminants“ nicht erfüllt ist (Art. 6 Abs. 3 BGÖ).

4. Aus verfahrensökonomischen Gründen¹⁵ wird nachfolgend zuerst beurteilt, ob dem Zugang zum fraglichen Dokument eine der Ausnahmeregelungen nach den Artikeln 7f. BGÖ entgegensteht. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen beruht nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ *einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos*. Dabei müssen kumulativ zwei Bedingungen vorliegen: Das öffentliche (Bst. a-f) oder private (Bst. g-h) Interesse wird durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt, und es besteht ein ernsthaftes Risiko, dass die Beeinträchtigung eintritt. Die Behörde muss beweisen, dass die im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten Ausnahmeregelungen gegeben sind.¹⁶
5. Das BAG beruft sich auf das Vorliegen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen und führt u.a. aus, dass bei einer Offenlegung der Untersuchungsergebnisse inkl. Produkt, Marke und Produzenten die Gefahr bestünde, dass Produkte und Produzenten in Misskredit gebracht würden. Der Gehalt an Acrylamid könne von Produktionsbatch zu Produktionsbatch variieren. Würden bei einem solchen Batch hohe Werte gemessen, bedeute dies nicht, dass sämtliche Produkte dieses Herstellers derart hohe Werte aufweisen. Die Warenproben hätten

¹² STEPHAN C. BRUNNER, Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: Ein Leitfaden, ZBI 11/2010, S. 601.

¹³ PASCAL MAHON/OLIVIER GONING, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 6, RZ 62 ff.

¹⁴ MAHON/GONING, (a.a.O.), Art. 6, RZ 65.

¹⁵ ALEXANDRE FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 9, RZ 43.

¹⁶ BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 RZ 4.; Urteil des BVGer, A-1135/2011 vom 7. Dezember 2011 E.6.



zwar alle Produkte, jedoch nicht alle Produzenten/Anbieter betroffen und seien somit Stichproben. Würden die geprüften Produkte/Anbieter publik gemacht, entstünde der Eindruck, dass die Produkte der übrigen Unternehmer keine hohen Acrylamidgehalte aufwiesen. Weiter hält das BAG fest, dass auch Rückschlüsse darüber möglich wären, aus welchen Zutaten ein bestimmtes Lebensmittel hergestellt sei, weshalb auch das Fabrikationsgeheimnis gewahrt werden müsse.

- 5.1 Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zufolge wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden könnten. Nach der Botschaft darf das Öffentlichkeitsprinzip nicht dazu führen, dass solche Geheimnisse ausserhalb der Verwaltung stehender Dritter offenbart werden müssen.¹⁷
- 5.2 Fraglich ist jedoch, welche Unternehmensinformationen als Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis einzustufen sind. In der schweizerischen Gesetzgebung werden die Begriffe „Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis“ nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche sich im Wesentlichen anhand von Art. 162 StGB und Art. 6 UWG herausgebildet hat, gelten „alle Tatsachen als Geheimnisse, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind, wobei der Geheimnisherr an ihnen ein berechtigtes Interesse haben muss und sie tatsächlich geheim halten will“.¹⁸ Da einzelne Tatsachen das Geheimnis bilden, können Dokumente nur ausnahmsweise integral als geheim erklärt werden. Nicht die Tatsachen an und für sich bilden das Geheimnis, sondern *das Wissen des betreffenden Geheimnisherrn um sie*. Ein Geheimnis liegt somit dann vor, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind: die fraglichen Tatsachen sind *relativ unbekannt*, der Geheimnisherr hat ein *berechtigtes Geheimhaltungsinteresse* und es besteht ein *Geheimniswille*.¹⁹
- 5.3 Ein Geheimnis muss, damit ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt, nach dem Gegenstand beschränkt sein und entweder einen Fabrikationsvorgang oder eine geschäftlich relevante Information betreffen. Unter *Fabrikationsgeheimnis* ist technisches Wissen zu verstehen, also jede Kenntnis, die eine Anleitung zu technischem Handeln enthält (bspw. Fabrikationsanleitungen, Forschungsergebnisse, Herstellungsverfahren und -mittel, etc.).²⁰ Als Geschäftsgeheimnisse kommen alle jene Tatsachen in Betracht, welche in irgendeiner Weise für die Organisation und die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens von Bedeutung sind.²¹ Das *Geschäftsgeheimnis* betrifft Innen- sowie Aussenverhältnisse des Unternehmens, die für Konkurrenten wissenswert sind. Das Geschäftsgeheimnis hat folglich kaufmännische und betriebswirtschaftliche Tatsachen zum Gegenstand.²² Beispiele für Geschäftsgeheimnisse sind etwa Absatzmöglichkeiten, Preis- und Rabattpolitik, Kalkulationen, allgemeine Geschäftslage sowie künftige geschäftliche Absichten, der Plan zur Lancierung eines Produktes oder der Fehlschlag eines Projektes.²³

¹⁷ Botschaft BGÖ, BBl 2003 1963 2011 f.

¹⁸ BGE 80 IV 22 E. 2.a; 103 IV 283 E. 2.b; 109 Ib 47 E. 5.c; 118 Ib 547 E. 5.

¹⁹ BSK-StGB II - MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art. 162 N 11.

²⁰ CARL BAUDENBACHER/JOCHEN GLÖCKNER, in: Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, Art. 6 N 32; RAMON MABILLARD, in: Peter Jung / Philipp Spitz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Art. 6 N 15.

²¹ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 34.

²² MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 16.

²³ Vgl. Baudenbacher/Glückner, (a.a.O.), Art. 6 N 34; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 16.



- 5.4 Das erste Merkmal des Geheimnisses bedingt eine *Tatsache, die relativ unbekannt* ist, was gegeben ist, wenn diese nur einem engen Personenkreis geläufig ist²⁴. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts geht der Geheimnischarakter einer Tatsache verloren, sobald sie offenkundig wird oder allgemein zugänglich ist.²⁵ Die Liste der Acrylamid Messungen der Jahre 2007-2009 enthält Produktnamen, Namen der Hersteller, Lieferanten und Verteiler. Je nach untersuchten Produkten sind je weitere Informationen aufgelistet, so Glucose- und Fructozuckermessungen, Acrylamidgehalt, Abpackdatum, Verpackungsbezeichnungen, Sortennamen, Auslobung, Zutaten, Backtriebmittel und E-Nummern. Die Namen der betroffenen Unternehmen (Hersteller, Lieferanten, Verteiler, Gastrobetriebe) sind allgemein bekannt, ebenso ihre Produkte. Bekannt sind auch die Verpackung, das Abpackdatum, die Sortennamen, die Auslobung, die Zutaten, die Backtriebmittel und die E-Nummern. Diese einzelnen Daten können ohne erheblichen Aufwand herausgefunden werden. Bei den in den Produkten gemessenen Werte Glucose und Fructose sowie Acrylamidgehalt ist zu beachten, dass solche Untersuchungen in gleicher Weise auch von privaten Laborfachleuten durchgeführt werden können, sogar gegen den Willen der Unternehmen. Damit sind auch diese vom KL ZH gemessenen Werte für Dritte *leicht zugängliche Tatsachen und* entgleiten deshalb der Kontrolle des Geheimnisherrn. Der Geheimnischarakter geht auch dann verloren, wenn informiert wird und gewisse Angaben aus einem Dokument veröffentlicht werden. So sind Informationen aus der ersuchten Datentabelle in der wissenschaftlichen Publikation zusammengefasst, anonymisiert und mit Empfehlungen veröffentlicht worden.
- 5.5 Das zweite Merkmal des Geheimnisses liegt vor, wenn es *vom Geheimnisherrn gewollt* ist. Der Geheimhaltungswille muss durch den Geheimnisherrn ausdrücklich bekundet oder aus den Umständen durch konkludentes Verhalten erkenntlich gemacht werden.²⁶ Er kann sich jedoch nur auf jene *Tatsachen beziehen, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind*. Wie vorne ausgeführt, sind aus der Sicht des Beauftragten alle in der Tabelle vorhandenen Tatsachen allgemein zugänglich und daher nicht geheim. Deshalb entfällt der Geheimhaltungswille der betroffenen Unternehmen.
- 5.6 *Zusammenfassend kommt der Beauftragte zum Schluss, dass bereits zwei der drei erforderlichen Merkmale (fehlende Offenkundigkeit und Geheimhaltungswille des Geheimnisherrns) zur Bejahung eines Geheimnisses fehlen. Daher sind die in der Liste vorhandenen Tatsachen keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse, weshalb Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht anwendbar ist.*
6. Schliesslich beruft sich das BAG auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ). Einerseits hält es fest, dass eine Anonymisierung der Personendaten im Zusammenhang mit der Herausgabe der wissenschaftlichen Publikation vorgenommen worden sei, andererseits bestünde nach Art. 7 Abs.2 BGÖ kein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zur Datentabelle.
- 6.1 Der Begriff „Personendaten“ entspricht der Definition in Art. 3 Bst. a des Datenschutzgesetzes (DSG; SR 235.1). Demnach gelten als Personendaten, alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Erfasst werden damit sowohl die Personendaten der natürlichen als auch der juristischen Personen. Entscheidend ist, dass sich die Informatio-

²⁴ BSK-StGB II - MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art.162 N 12.

²⁵ BGE 80 IV 22; 88 II 319; ausführlich dazu BSK-StGB II, MARC AMSTUTZ / MANI REINERT, Art. 162 N 12; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 6 ff.; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 9 ff.

²⁶ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, (a.a.O.), Art. 6 N 16 ff.; MABILLARD, (a.a.O.), Art. 6 N 12.



nen einer oder mehreren Personen zuordnen lassen²⁷. In der Datentabelle lassen sich Tatsachen einzeln (wie z.B. Firmenname oder Produkt) oder zusammen mit anderen (z.B. Zutaten und Acrylamidgehalt, Produkt und Acrylamidgehalt) jeweils einem Unternehmen zuordnen. Dieses Tatsachen sind daher Personendaten, und somit ist das in Art. 9 BGÖ vorgesehene Verfahren zum Schutz von Personendaten zu beachten.

6.2 Nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Personendaten, die in amtlichen Dokumenten enthalten sind, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Durch die Wendung „nach Möglichkeit“ räumt der Gesetzgeber der rechtsanwendenden Behörde einen Ermessensspielraum ein. Sie ist damit nicht völlig frei, sondern ist an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung des öffentlichen Interesses beachten. Pflichtgemässes Ermessen bedeutet, dass ihr Entscheid nicht nur rechtmässig, sondern auch angemessen (zweckmässig) sein muss.²⁸ Falls dem Zugang zum Dokument nur die Tatsachen entgegenstehen, dass es Personendaten enthält, diese jedoch ohne weiteres anonymisiert werden können, hat die Behörde keinen Ermessensspielraum und das Dokument ist zu anonymisieren. Die Anonymisierungsverpflichtung entfällt nur, wenn eine Anonymisierung unmöglich ist.²⁹

6.3 Demnach gilt es zu prüfen, ob die Personendaten in der unveröffentlichten Datentabelle allenfalls anonymisiert zugänglich gemacht werden können. Diese Prüfung hat das BAG anlässlich der Sitzung mit dem Beauftragten vom 15. Mai 2012 vorgenommen und sich bereit erklärt, die Liste in anonymisierter Form zugänglich zu machen. Der Antragsteller wiederum hat gegenüber dem Beauftragten telefonisch am 16. Mai 2012 mitgeteilt, dass er nach wie vor den Zugang zu nichtanonymisierten Daten begehre.

6.4 Nach Einschätzung des Beauftragten können Unternehmensnamen und Produkte, die einen Rückschluss auf ein Unternehmen geben können, ohne grossen Aufwand eingeschwärzt werden. Nicht einzuschwärzen sind hingegen das Abpackdatum, die Verpackungsbezeichnungen rot, blau und grün bei den Kartoffeln, die Sortennamen, die Auslobung, die Zutaten, die Backtriebmittel, die E-Nummern, die Glucose- und die Fruchtzuckermessungen sowie der Acrylamidgehalt, da diese Daten nicht mehr einem einzelnen Unternehmen zugeordnet werden können. Nicht zu anonymisieren sind die Daten des Koordinaten des Kantonalen Labors Zürich.

6.5 *Zusammenfassend kommt der Beauftragte zum Schluss, dass die Datentabelle mit dem Einschwärzen der Unternehmensnamen und der Produkte in anonymisierter Form zugänglich gemacht werden kann.*

7. Selbst bei einer Interessenabwägung nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO i.V.m. Art. 7 Abs. 2 BGÖ käme man zum selben Ergebnis. Um das private Interesse der Unternehmen an der Geheimhaltung von Informationen zu überwiegen, müsste ein gewichtiges öffentliches Interesse vorliegen (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Ein solches kann namentlich der Schutz der öffentlichen Gesundheit sein (Art. 6 Abs. 2 Bst. b VBGÖ).

7.1 Das BAG räumt zwar ein, dass längerfristig eine Belastung mit Acrylamid zu vermeiden sei. Da aber heute mangels genügender Kenntnisse über das konkrete Schadenspotential von Acrylamid (noch) kein gesetzlicher Höchstwert festgelegt ist, hat jedoch keines der Unternehmen

²⁷ BSK-DSG - URS BELSER, Art. 3, RZ 5.

²⁸ ULRICH HÄFELI/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich, 2010; RZ 441.

²⁹ ALEXANDRE FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 9, RZ 22.



gegen gesetzliche Bestimmungen verstossen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass nach Art. 43 LMG das BAG, ungeachtet einer Wettbewerbsverzerrung, eine öffentliche Warnung aussprechen müsste, wenn die öffentliche Gesundheit tatsächlich gefährdet ist. Das bestehende öffentliche Interesse am Schutz der öffentlichen Gesundheit muss aber die privaten Interessen der Unternehmen am Schutz ihrer Personendaten überwiegen.

7.2 Bei der Bewertung der privaten Interessen ist zu bedenken, dass das BAG zur Klärung seines allfälligen Handlungsbedarfs nur einzelne Produkte willkürlich ausgewählter Unternehmen stichprobenweise testen liess. Der Beauftragte schliesst sich der Einschätzung des BAG an, wonach einerseits die Veröffentlichung der Testergebnisse die betroffenen Unternehmen in Misskredit bringen kann, obwohl deren Produkte den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Andererseits es nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Kenntnisnahme der Testresultate die im gleichen Markt tätigen Unternehmen bevorteilt, deren Produkte höchstwahrscheinlich ähnliche oder identisch hohe Werte aufweisen.

7.3 *Nach den vorliegenden Umständen kommt der Beauftragte daher zum Schluss, dass das private Interesse der Unternehmen am Schutz ihrer Personendaten das öffentliche Interesse an der vollständigen Offenlegung der Untersuchungsergebnisse überwiegt.*

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

1. Das Bundesamt für Gesundheit gewährt den Zugang zum Dokument in anonymisierter Form. Es schwärzt alle Daten ein, die einen Rückschluss auf ein Unternehmen ermöglichen (vorne Ziff. II. B. 6.4).
2. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn es in Abweichung von Ziffer 1 den Zugang nicht gewähren will.
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 Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
4. Gegen die Verfügung kann der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
5. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
6. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Bundesamt für Gesundheit (BAG), 3001 Bern,
 - Kantonales Labor Zürich, 8032 Zürich.