



Bern, 21. Dezember 2016

Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen
G.____
(Antragsteller 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 vom Unternehmen A.____ vertrieben, das der Antragsteller (Anwalt) in den BAG-Preisüberprüfungsverfahren vertreten hat. Dieses Unternehmen ist auch vom Zugangsgesuch betroffen. Diesbezüglich erliess der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragter) eine separate Empfehlung.

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.



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 dieser Drittpersonen (Unternehmen B.____ und Anwälte sowie weiterer 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 den Antragsteller. Es listete diesen im Anhörungsschreiben vom 14. August 2015 die seiner Ansicht nach vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente 1, 2, 2a, 3, 4, 5 und 6 auf. Dabei handelt sich um eine Korrespondenz zwischen dem BAG und dem Antragsteller (Dokumente 1, 2, 2a, 3, 4 und 5) sowie um ein Schreiben des Antragstellers an das Bundesverwaltungsgericht (Dokument 6).
6. Der Antragsteller war mit der vom BAG vorgesehenen teilweisen Zugangsgewährung zu diesen Dokumenten nicht einverstanden. Er machte im Schreiben vom 26. August 2015 geltend, es fehle am sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 BGÖ). Selbst wenn es anwendbar wäre, sei der Zugang aufgrund des Schutzes des Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) zu verweigern. Dabei stützte sich der Antragsteller explizit auf das Anwaltsgeheimnis.
7. Das BAG hielt in seiner Stellungnahme vom 13. November 2015 (Art. 11 Abs. 2 BGÖ) an seiner teilweisen Zugangsgewährung fest. Es teilte dem Antragsteller 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. Dieses unterliege als (wiederum) erstinstanzliches Verfahren dem Öffentlichkeitsgesetz. Ein Dokument, welches Teile beider Verfahren enthalte, so das Schreiben an das Bundesverwaltungsgericht (Beilage 6), würde das BAG als Dokument des Beschwerdeverfahrens einordnen und den Zugang verweigern. Zu den Dokumenten 1, 2, 2a, 3, 4 und 5 unterbreitete es dem Antragsteller einen entsprechenden Einschwärzungsvorschlag (nachfolgend BAG Einschwärzungsvorschlag vom 13. November 2015).
8. Dagegen reichte der Antragsteller mit Schreiben vom 7. Dezember 2015 einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein. Er wendet sich gegen die Offenlegung der fraglichen Dokumente. Dabei machte er die fehlende Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziffer 5 BGÖ) geltend. Ferner berief er sich auf das Anwaltsgeheimnis (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ).
9. Das BAG teilte in seiner Stellungnahme vom 19. Februar 2016 dem Beauftragten mit, es habe nach der erfolgten Arzneimittelüberprüfungen (siehe Ziffer 1) Preissenkungen verfügt. Dagegen hätte u.a. auch das vom Antragsteller vertretene und auch von diesem Zugangsgesuch betroffene Unternehmen A.____ Beschwerde erhoben und verlangt, dass die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit nicht nur mittels Auslandspreisvergleich (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 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, 2a, 3, 4, 5 bezeichneten Dokumente. Darin sind die vom BAG vorgenommenen Einschwärzungen gelb markiert (nachfolgend BAG-Beilage 6). Zu diesen Dokumenten will das BAG den Zugang teilweise gewähren. Zudem reichte das BAG in der Beilage 2 ein als Beilage 6 bezeichnetes Dokument ein (nachfolgend BAG-Beilage 2). Zu diesem Dokument verweigert es den Zugang vollständig. Nicht aufgeführt im Beilagenverzeichnis des BAG ist der Ordner mit Unterlagen zum Beschwerdeverfahren (nachfolgend BAG-Ordner Beschwerdeverfahren) des vom Antragsteller vertretenen Unternehmens A.____. Diesen Ordner reichte das BAG im Schlichtungsverfahren des Unternehmens A. ____ ein, zu welchen der Beauftragte eine separate Empfehlung erlassen hat (siehe Ziffer 2).
11. Auf die weiteren Ausführungen der Antragsteller und des BAG sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

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

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

12. Der Schlichtungsantrag richtet sich gegen ein Zugangsgesuch, zu welchem der Antragsteller als betroffene Drittperson vom BAG nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ hinsichtlich der Dokumente 1, 2, 2a, 3, 4, 5 und 6 (siehe Ziffer 5) angehört wurde. Das BAG will mit Ausnahme des Dokumentes 6 (BAG Beilage 2) entgegen dem Willen des Antragstellers, den Zugang zu den Dokumenten 1, 2, 2a, 3, 4 und 5 (BAG Beilage 6) gewähren. Als betroffener Dritte nahm der Antragsteller 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. Der Antragsteller 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. Diese Einschätzung teile auch das BAG. Dieses habe aber die entsprechenden Dokumente nur teilweise von der Veröffentlichung ausgenommen. Dieser Ausschluss müsse aber für alle Dokumente gelten, die im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Rechtsmittelverfahrens entstanden seien. Gemäss Botschaft gelte die Ausnahme sowohl für hängige als auch für abgeschlossene Verfahren. Art. 30 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32) 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. 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 Wiederwägungsverfügung durch das BAG in seinen Erwägungen festgehalten. Daher seien die nachgefragten Dokumente eindeutig dem Beschwerdeverfahren zuzuordnen und müssten 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.
16. Das BAG stimmt der Argumentation des Antragstellers insofern zu, als es die Unterlagen des Beschwerdeverfahrens 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

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



einem engen Zusammenhang mit dem Wiedererwägungsverfahren gestanden und für den Entscheid des BAG wesentlich gewesen seien. Daher seien sämtliche im Rahmen des Wiederwägungsverfahrens entstandenen Dokumente dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes zuzuordnen.

17. Demnach ist zunächst zu prüfen, ob das Öffentlichkeitsgesetz auf die vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente, vorliegend die E-Mail-Korrespondenz zwischen dem BAG und dem Antragsteller (Beilagen 1, 2, 2a, 3, 4 und 5 der BAG-Beilage 6) und das Schreiben des Antragstellers an das Bundesverwaltungsgericht (Beilage 6 der BAG-Beilage 2), anwendbar ist.
18. 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
19. 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 schon vor der Einleitung von Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ in der Verwaltung waren oder ihr zugestellt wurden, für immer dem Öffentlichkeitsgesetz entziehen. Auf diese Weise könnte einzig mit der Einleitung entsprechender Verfahren, ein Geheimbereich für das Handeln der Verwaltung geschaffen werden, was den Zielen des Öffentlichkeitsgesetzes widerspricht. Hauptzweck des Öffentlichkeitsgesetzes ist es, die Transparenz über Verwaltungshandeln zu fördern, weshalb entsprechende Geheimbereiche weitgehend zu verhindern bzw. aufzulösen sind. Vom Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen bleiben allerdings Dokumente, welche explizit für die Einleitung eines Verfahrens gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ sowie unter der Verfahrensherrschaft der jeweiligen 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

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.

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.



20. 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. Für solche Gerichtsakten gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht.
21. Betreffend des vom BAG dem Antragsteller zur Anhörung unterbreiteten Dokuments Beilage 6 (BAG-Beilage 2) verweigert es den Zugang. Der Beauftragte pflichtet dem BAG bei, dass dieses Schreiben des Antragstellers an das Bundesverwaltungsgericht dem Schriftenwechsel zuzuordnen ist und daher nach Öffentlichkeitsgesetz nicht zugänglich ist.
22. *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). Für das Dokument Beilage 6 (BAG-Beilage 2) gilt Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ.*
23. 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.
24. Der Umstand, dass die Dokumente der BAG-Beilage 6, nämlich die Beilagen 1, 2, 2a, 3, 4 und 5, 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.
25. *Zwischenfazit: Die Dokumente der BAG-Beilage 6, nämlich die Beilagen 1, 2, 2a, 3, 4 und 5, welche zwischen dem BAG und dem Antragsteller ausgetauscht wurden, fallen in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario).*

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. 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 und dauernd vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes aus, sondern nur während des hängigen Verfahrens nach Art. 3 BGÖ. Die Verfügung des Jahres 2012 wurde durch eine Wiederwägungsverfügung ersetzt und das Beschwerdeverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht 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.
27. *Zwischenfazit: Dokumente im BAG-Ordner Beschwerdeverfahren (siehe Ziffer 10), 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 im BAG-Ordner Beschwerdeverfahren (siehe Ziffer 10) und prüft diese auf etwaige Ausnahmen nach Art. 5 und 7–9 BGÖ.*
28. Weiter ist für die Dokumente der BAG-Beilage 6, nämlich die Beilagen 1, 2, 2a, 3, 4 und 5, 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).
29. Das BAG qualifiziert einige Dokumente bzw. darin enthaltene Informationen als nicht fertig gestellt im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ. So führt es aus, die Formulierungsvorschläge im Dokument Beilage 1 der BAG-Beilage 6 seien als noch nicht fertig gestellt zu betrachten. Die definitive Fassung werde dann im fertig gestellten Dokument Beilage 2a der BAG-Beilage 6 demgegenüber vollständig zugänglich gemacht. Bezüglich der nicht als 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 würden 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.



30. 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
31. Der Beauftragte stützt die vom BAG im Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015. vorgenommene Einschätzung des Dokumentes Beilage 1 der BAG-Beilage 6 in teils amtliches (Art. 5 Abs. 1 BGÖ) und teils nicht fertig gestelltes Dokument (Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 2 VBGÖ).
32. *Zwischenfazit: Es liegen betreffend des Dokumentes der Beilage 1 der BAG-Beilage 6 teilweise nicht fertig gestellte Dokumente bzw. Informationen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ i.V.m. Art. 1 Abs. 2 VBGÖ vor.*
33. Nun ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob Ausnahmegründe nach Art. 7-9 BGÖ dem Zugang zu den verlangten Dokumenten entgegenstehen.
34. Der Antragsteller beruft sich auf den Schutz des Berufs- Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Er argumentiert, die fraglichen Dokumente fielen unter den Schutz des Anwaltsgeheimnisses. Er erläuterte u.a., es erscheine eindeutig, dass eine im Auftrag des Auftraggebers geführte Korrespondenz mit der Gegenpartei, um eine einvernehmliche Lösung im hängigen Beschwerdeverfahren zu finden, als Auftragshandlung zu qualifizieren sei, für welche das Anwaltsgeheimnis gelte.
35. 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.
36. 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
37. *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 daher nicht anwendbar.*
38. Der Antragsteller macht keine weiteren Ausnahmegründe geltend. Demgegenüber nahm das BAG in den zu beurteilenden Dokumenten Einschwärvungen zum Schutze der Personendaten vor.

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

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



39. Nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen. Sodann sind nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ Personendaten in amtlichen Dokumenten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Die Anonymisierungspflicht richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls und muss insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) Rechnung tragen. In bestimmten Fällen kann eine Anonymisierung sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts darstellen, namentlich dann, wenn sich das Zugangsgesuch auf Personendaten bezieht, zu welchen der Zugang begehrt wird. Ist eine Anonymisierung nicht möglich, ist das Zugangsgesuch gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) zu prüfen. Einschlägig ist Art. 19 Abs. 1bis DSG.¹⁵
40. Das BAG schwärzte den Namen, die Anschrift und die E-Mailadresse des Antragstellers sowie Angaben zu Drittpersonen sowie Ortsangaben ein. Die Namen von Verwaltungsmitarbeitenden, welche mit den administrativen Vorarbeiten des Zugangsgesuchs zu tun hatten, schwärzte es ebenfalls ein. Entsprechend der Rechtsprechung¹⁶ schwärzte es hingegen nicht die Namen von leitenden Verwaltungsangestellten. Ebenfalls nicht anonymisiert wurde die Firmenbezeichnung des vom Antragsteller vertretenen Unternehmens A.____, da allgemein bekannt sei, wer welche Arzneimittel vertreibt.
41. *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.*
42. *Fazit: Die Dokumente der Beilagen 1, 2, 2a, 3, 4 und 5 (BAG-Beilage 6). Diese Dokumente sind vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario). Sie sind, mit Ausnahme der als nicht fertig gestellten Passagen im Dokument Beilage 1 der BAG-Beilage 6, amtliche Dokumente nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ. Der Beauftragte stützt die Einschätzung des BAG, wonach der Ausnahmegrund des Anwaltsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) nicht besteht, und die vorgenommenen Anonymisierungen nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ. Insgesamt ist die vom BAG teilweise beabsichtigte Zugangsgewährung betreffend diese Dokumente entsprechend seinem Einschwärtzungsvorschlag vom 13. November 2015 rechtmässig und verhältnismässig.*

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

43. Das Bundesamt für Gesundheit hält an der Zugangsverweigerung zu den Dokumenten (BAG-Ordner Beschwerdeverfahren, Ziffer 10) 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. Dies gilt auch für das Dokument Beilage 6 der BAG-Beilage 2 (Ziffer 22).
44. Das Bundesamt für Gesundheit prüft, ob sog. vorbestehende Verwaltungsdokumente im BAG Ordner Beschwerdeverfahren bestehen (Ziffer 10) und beurteilt diese auf etwaige Ausnahmen nach Art. 5 und 7–9 BGÖ (Ziffer 27).

¹⁵ Vgl. dazu eingehend mit Verweis auf die Rechtsprechung [Empfehlung EDÖB vom 9. September 2016: BFE / Vollzugsresultate CO2-Emissionen](#), Ziffer 37 ff.

¹⁶ Urteil des BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1.



45. Das Bundesamt für Gesundheit hält gemäss seinem Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015 an der teilweisen Zugangsgewährung zu den von ihm beurteilten Dokumenten, welche im Zusammenhang mit dem Wiedererwägungsverfahren stehen (Beilagen 1, 2, 2a, 3,4 und 5 der BAG-Beilage 6), fest (Ziffer 42).
46. Der Antragsteller und die Zugangsgesuchsteller können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Gesundheit den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
47. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
48. 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).
49. 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.
50. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden der Namen des Antragstellers sowie die Namen der Zugangsgesuchsteller anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
51. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
G.____
[Antragsteller]
 - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert
H.____
[Zugangsgesuchsteller]
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Bundesamt für Gesundheit
3003 Bern

Jean-Philippe Walter