



Bern, 16. Juli 2024

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X
(Antragstellerin)**

und

**Schweizerische Stiftung für Organspende und Transplantation
Swisstransplant
(vertreten durch Z)**

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Die Antragstellerin (Journalistin) hat am 28. April 2023 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Schweizerischen Stiftung für Organspende und Transplantation Swisstransplant (nachfolgend Swisstransplant) um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht:
 - Den Untersuchungsbericht zur Organtransplantation durch A._ am 21./22. April 2006 und all-fällige nachfolgende, in Zusammenhang (mit dem Untersuchungsbericht) stehende Operationen oder Ereignisse;
 - den Namen der Ombudsstelle und die Namen sämtlicher Personen oder Organisationen, welche an der Untersuchung des fraglichen Falles beteiligt waren;
 - sämtliche Korrespondenz (Briefe, E-Mails, WhatsApp-, SMS- oder Sprachnachrichten) zwischen Swisstransplant und allen am Fall beteiligten Ärzten sowie allen weiteren beteiligten Personen im Zusammenhang mit dem Untersuchungsbericht.
2. Am 5. Juni 2023 nahm Swisstransplant Stellung zum Zugangsgesuch. Sie teilte der Antragstellerin mit, dass "das Verhältnis der Geheimbestimmungen des Transplantationsrechts zum Zugangsrecht nach dem Öffentlichkeitsgesetz nicht geklärt ist, dass die Geheimbestimmungen aber vorgehen können (Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ). Zum Schutz der betroffenen Patientinnen und Patienten sowie der behandelnden Fachpersonen haben nicht nur die Datenschutz-, sondern auch die Geheimnisbestimmungen einen hohen Stellenwert für Swisstransplant. Vor diesem Hintergrund kann die Stiftung die angeforderten Dokumente nicht aushändigen."

3. Am 9. Juni 2023 reichte die Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
4. Mit Schreiben vom 13. Juni 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags Swisstransplant dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
5. Am 11. Juli 2023 reichte Swisstransplant durch ihre rechtliche Vertretung einen siebenseitigen Untersuchungsbericht (nachfolgend: Bericht), datiert vom 12. November 2007, und eine Stellungnahme ein. Darin führte Swisstransplant vorab aus, dass "einige der ersuchten Dokumente, etwa Korrespondenzen zwischen Swisstransplant und den am Fall beteiligten Ärzten und weiteren Personen, nicht mehr vorliegen." Insbesondere sei Swisstransplant "nicht (mehr) im Besitz der auf Seite 2 und 3 des Untersuchungsberichts aufgelisteten Dokumente." Sodann begründete Swisstransplant die Zugangsverweigerung mit verschiedenen Argumenten:
 - In Bezug auf Art. 4 BGÖ: Swisstransplant vertritt die Ansicht, dass Art. 57 und Art. 58 des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, TxG¹; SR 810.21) Spezialbestimmungen im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ darstellen. Als Vergleichsbeispiel zu Art. 57 TxG sei Art. 33 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) zu nennen. Wie Art. 33 ATSG gehe Art. 57 TxG dem Öffentlichkeitsgesetz vor. Zu Art. 58 TxG führt Swisstransplant aus, dass diese Bestimmung "die Daten ausdrücklich als vertraulich" bezeichne und dass sich die Vertraulichkeit "auf Informationen beschränkt, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht. Ein solches Interesse liegt aber für die ersuchten Dokumente auf jeden Fall vor, weil insbesondere das Interesse bei Daten über Gesundheit besonders schutzwürdig ist." Eine weitere relevante Geheimnisbestimmung stelle laut Swisstransplant Art. 35 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) dar: "Daran ändert Art. 9 BGÖ nichts, weil das BGÖ bei spezialgesetzlichen Geheimnispflichten nicht anwendbar ist (Art. 4 lit. a BGÖ). Das BGÖ gilt deshalb bei geheimen Personendaten – nach Art. 35 DSG etwas enger – generell nicht."
 - In Bezug auf Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ: Swisstransplant ist der Auffassung, dass sie im vorliegenden Sachverhalt dem persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes nicht unterstellt sei. Sie macht geltend, dass "[z]um relevanten Zeitpunkt [...] Swisstransplant keine Verfügungen erlassen [konnte], weil das TxG erst am 1. Juli 2007 in Kraft trat, mehr als ein Jahr nach den Ereignissen. Damals war das Transplantationsrecht fragmentarisch durch kantonale Erlasse geregelt [...]. Eine Verfügung gestützt auf öffentliches Recht des Bundes kam also nicht in Frage. Auch heute als nationale Zuteilungsstelle verfügt Swisstransplant nicht. Die im Swiss Organ Allocation System (SOAS) hinterlegten Algorithmen errechnen die mögliche Zuteilung von Organen und anschliessend fällen die Transplantationszentren den endgültigen Entscheid über die Annahme oder Ablehnung eines Organs."
 - In Bezug auf Art. 5 BGÖ: Swisstransplant bringt weiter vor, das betroffene Dokument stelle kein amtliches Dokument im Sinn von Art. 5 Abs. 1 BGÖ dar: "Ein amtliches Dokument ist eine Information, welche die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Gemeint sind damit ausschliesslich Aufgaben des Bundes [...]. Die von der Gesuchstellerin ersuchten Informationen betreffen aber Ereignisse im Frühjahr 2006, und damals war Swisstransplant nicht mit einer öffentlichen Aufgabe des Bundes betraut."
 - In Bezug auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ: Swisstransplant beruft sich sodann auf das in Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ geschützte Berufsgeheimnis. "Als Berufsgeheimnisse vorbehalten ist u.a. das Arztgeheimnis nach Art. 321 StGB. Dieses erfasst alle Informationen, die der Patient dem Arzt zur Ausführung des Auftrags anvertraut oder die der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt (BGE 101 Ia 10 E. 5c). [A.], die meisten und relevanten im Untersuchungsbericht erwähnten Vertreter von Swisstransplant und die Angehörigen der darin angesprochenen Transplantationsteams sind Ärzte oder deren Hilfspersonen und unterstehen damit umfassend dem Arztgeheimnis. Die Ausführungen in den ersuchten Dokumenten gehen alle auf Informationen zurück, die diese[n] Personen im Rahmen ihres Auftrags anvertraut wurden bzw. sie in Anwendung ihres Berufs wahrgenommen haben." Weiter führt Swisstransplant aus, dass die

¹ In dieser Empfehlung wird die Abkürzung "TxG" als Abkürzung für das Transplantationsgesetz verwendet, obwohl sie nicht die offizielle Abkürzung ist. Die Abkürzung TxG wird in der Branche und auf der Seite des Bundesamtes für Gesundheit BAG üblicherweise gebraucht.

Tatsache, dass Swisstransplant keine Ärztin ist, unerheblich sei: “[D]ie Übermittlung durch einen Arzt reicht. Ebenfalls keine Rolle spielt es, dass die in den Dokumenten angesprochenen Patienten (der Spender und der Empfänger) verstorben sind. Das Arztgeheimnis überdauert den Tod des Patienten.“

- In Bezug auf Art. 7 Abs. 2 BGÖ: Schliesslich macht Swisstransplant geltend, dass der Zugang oder der Teilzugang zum Bericht die Privatsphäre von A._ beeinträchtigen würde, “und zwar unabhängig vom Inhalt des Berichtes allein schon aufgrund der Berichterstattung über Sachverhalte, die in seinen privaten Bereich fallen.“ Ausserdem würde er “mit grosser Wahrscheinlichkeit eine ernsthafte Schädigung der Persönlichkeit, konkret seines Ansehens und seiner Ehre, drohen. [...] Ein gewisses öffentliches Interesse an den ersuchten Dokumenten bestreitet Swisstransplant nicht. Es wiegt aber wenig schwer, weil die in den Dokumenten thematisierten Ereignisse über 17 Jahre zurückliegen. [...] eine weitere mediale Erstattung würde den falschen Eindruck erwecken, es gäbe eine Kontinuität zwischen den damaligen Ereignissen und heute. In Wirklichkeit besteht die einzige Kontinuität in der Person von [A._]. Diese auch bei bester Medienarbeit unvermeidliche Kollusion würde dem Vertrauen der Bevölkerung in den Spende- und Transplantationsprozess, einem besonders hochwertigen Gut, Schaden zufügen. Dies wiederum hätte fatale Folgen für sämtliche Personen auf der Warteliste für ein Spendeorgan“. Eine Anonymisierung der Daten von A._ komme gemäss Swisstransplant auch nicht in Betracht, weil “sämtliche Inhalte [des Dokuments] Personendaten von ihm darstellen – sämtliche Inhalte beziehen sich letztlich auf ihn und er ist u.a. aufgrund der bisherigen Medienberichterstattung ohne Weiteres bestimmbar. Die Voraussetzungen für eine Bekanntgabe von Personendaten, die sich nicht anonymisieren lassen, sind nicht erfüllt. Denn die Personendaten stehen nicht im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe des Bundes [...], und die Interessenabwägung ergibt weiter, dass das öffentliche Interesse am Zugang nicht überwiegt.“
6. Mit Schreiben vom 14. November 2023 forderte der Beauftragte Swisstransplant auf, sich zur Frage der Unterstellung der Stiftung unter das Öffentlichkeitsgesetz (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ) zu äussern. Insbesondere sollte die Behörde darlegen, aus welchem Grund sie der Auffassung sei, dass ihr keine Verfügungskompetenz zukomme. Hierzu bat der Beauftragte, ihm eine Kopie der Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) und Swisstransplant über die finanzielle Abgeltung der ihr übertragenen Aufgaben durch den Bund (Art. 38 Abs. 2 der Verordnung über die Zuteilung von Organen zur Transplantation, Organzuteilungsverordnung; SR 810.212.4) zuzustellen.
 7. Mit Schreiben vom 21. November 2023 nahm Swisstransplant Stellung dazu. Darin führte sie u.a. aus, dass sie “zum massgebenden Zeitpunkt keine Verfügungen erlassen konnte, weil das TxG erst am 1. Juli 2007 in Kraft trat, mehr als ein Jahr nach den vorliegend interessierenden Ereignissen. Überdies – aber entscheidend ist dies nicht – erlässt Swisstransplant als heutige Nationale Zuteilungsstelle auch nach Inkrafttreten des TxG keine Verfügungen. Bei der von Ihnen angesprochenen Zuteilung errechnen die im Swiss Organ Allocation System (SOAS) hinterlegten Algorithmen die mögliche Zuteilung von Organen, und anschliessend fällen die Transplantationszentren den Entscheid über die Annahme oder Ablehnung eines Organs. Es ist daher Aufgabe des zuständigen Arztes zu prüfen, ob eine Transplantation aufgrund medizinischer Faktoren und des Gesundheitszustandes seines Patienten in Frage kommt.“
 8. Am 23. November 2023 übermittelte Swisstransplant dem Beauftragten den angeforderten “Abgeltungsvertrag“ zwischen dem BAG und Swisstransplant vom 21. Dezember 2022, welcher die Rechte und Pflichten der Parteien für die mit Bundesmitteln finanzierten Leistungen regelt.
 9. Am 30. Januar 2024 fand eine Schlichtungssitzung statt, in welcher sich die Beteiligten nicht einigen konnten. Dennoch erklärte sich die Antragstellerin bereit, auf die Namen des Organempfängers und der beteiligten Ärzte ohne leitende Funktion, welche im Bericht enthalten sind, zu verzichten.
 10. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und von Swisstransplant 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

11. Die Antragstellerin reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei Swisstransplant ein. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a 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).
12. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² 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.
13. Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) wurden der Schutz, die Bearbeitung und die Bekanntgabe von Daten juristischer Personen aus dem Datenschutzgesetz ausgenommen. Deshalb sind im neuen Recht nur noch die Personendaten natürlicher Personen geschützt. Im revidierten Art. 9 Abs. 2 BGÖ wird für den Zugang von Personendaten auf das Datenschutzgesetz (neu Art. 36 DSG) verwiesen. In Bezug auf die Daten juristischer Personen verweist das Öffentlichkeitsgesetz neu auf Art. 57s des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).
14. Angesichts der Tatsache, dass das revidierte Datenschutzgesetz während des vorliegenden Schlichtungsverfahrens in Kraft getreten ist, ist vorab zu klären, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt: Der Gesetzgeber hat keine Übergangsbestimmungen für das Zugangs- und Schlichtungsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht³ hatte kürzlich einen Fall zu beurteilen, bei welchem das neue Datenschutzgesetz während des hängigen Beschwerdeverfahrens in Kraft getreten ist. Es weist darauf hin, dass die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist, ausser das seither geänderte Recht sehe ausdrücklich eine andere Ordnung vor. "Es ist deshalb regelmässig auf das alte Recht abzustellen. Zu relativieren ist dieser Nachwirkungsgrundsatz insofern, als für den Beschwerdeführer günstigeres Recht stets berücksichtigt werden soll und strengeres Recht dann, wenn zwingende Gründe für dessen sofortige Anwendung sprechen." Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Tragweite der neuen Bestimmungen gleich geblieben und das alte Recht anzuwenden ist. Aus diesen Gründen wendet der Beauftragte in diesem Schlichtungsverfahren die altrechtlichen Bestimmungen des Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetzes⁴ an.

B. Materielle Erwägungen

15. 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
16. Die Antragstellerin grenzte in der Schlichtungssitzung den Umfang der gewünschten Informationen ein (Ziff. 9). Zu beurteilen ist somit die Zugänglichkeit des Berichtes vom 12. November 2007 (erster Punkt des Zugangsgesuches) mit Einschwärzung der Namen des Organempfängers und der beteiligten Ärzte ohne leitende Funktion sowie die Zugänglichkeit des Namens der Ombudsstelle und desjenigen der dazugehörigen Personen, die den Bericht erstellt haben (zweiter Punkt

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

³ Urteil des BVGer A-516/2022 vom 12. September 2023 E. 8.2.2 m.w.H.

⁴ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (altes Datenschutzgesetz, aDSG; SR 235.1).

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

des Zugangsgesuches). Letztere sind ebenfalls im fraglichen Bericht enthalten. Weitere Dokumente gemäss drittem Punkt des Zugangsgesuches sind gemäss Swisstransplant nicht mehr vorhanden (Ziff. 5). Dies wurde von der Antragstellerin nicht bestritten.

17. Zunächst ist zu prüfen, ob Swisstransplant vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst ist (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Die Behörde stellt sich auf den Standpunkt, dies sei nicht der Fall, weil sie zum Zeitpunkt der im Bericht geprüften Ereignisse keine Verfügungen erlassen konnte, da das Transplantationsgesetz noch nicht in Kraft war (Ziff. 5 und 7). Ergänzend präzisiert sie, dass sie auch heutzutage keine Verfügungen erlasse, weil der Entscheid der Organzuteilung durch die Transplantationszentren erfolge.
18. Anknüpfungspunkt für die Unterstellung einer Behörde oder einer Organisation unter das Öffentlichkeitsgesetz ist das Datum des Zugangsgesuches⁶ und nicht der Inhalt des verlangten Dokumentes bzw. vorliegend der Zeitpunkt der im verlangten Bericht geprüften Ereignisse. Zu prüfen ist somit, ob Swisstransplant am 28. April 2023 (Ziff. 1) vom persönlichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst war. Das Transplantationsgesetz ist am 1. Juli 2007 in Kraft getreten. Gemäss Art. 19 Abs. 2 Bst. b TxG teilt die nationale Zuteilungsstelle die verfügbaren Organe nach Rücksprache mit den Transplantationszentren zu. Diese Vollzugsaufgabe wurde vom Bundesrat an Swisstransplant übertragen (Art. 54 Abs. 2 Bst. a TxG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Organzuteilungsverordnung). Art. 68 TxG regelt den Rechtsschutz und legt in seinem Abs. 2 die Kompetenzen des Bundesverwaltungsgerichts fest, wenn eine Beschwerde gegen Verfügungen über die Zuteilung von Organen begründet ist. Der Rechtsschutz richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Abs. 3). Swisstransplant als nationaler Zuteilungsstelle steht somit eine Verfügungskompetenz im Sinne von Art. 5 VwVG zu. Dass sie aktuell eine Verfügungskompetenz besitzt, bestreitet die Behörde in ihrer Antwort an den Beauftragten (Ziff. 7) abgesehen davon nicht, obwohl sie gemäss eigener Aussage davon kaum Gebrauch macht. Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass der Abgeltungsvertrag zwischen dem BAG und Swisstransplant (Ziff. 8) die Verfügungskompetenz von Swisstransplant erwähnt (Leistungsbeschreibung, Leistung 2.3: "Auf Verlangen von Personen auf der Warteliste: Erlass und Eröffnung der Feststellungsverfügung").
19. *Zwischenfazit: Der Beauftragte ist der Ansicht, dass die Stiftung Swisstransplant in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ).*
20. Weiter vertritt Swisstransplant gegenüber dem Beauftragten die Auffassung, dass Art. 57 und Art. 58 TxG Spezialbestimmungen im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ darstellen. Zudem wird Art. 35 aDSG ebenfalls als Geheimnisbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ bezeichnet. Das Öffentlichkeitsgesetz sei daher gar nicht anwendbar, was einem Zugang zum verlangten Bericht entgegenstehe. Nachfolgend ist zu prüfen, ob diese Bestimmungen einen Vorbehalt gegenüber dem Öffentlichkeitsgesetz begründen.
21. Gemäss Art. 4 BGÖ sind Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b). Sofern der Wortlaut der Spezialnorm nicht eindeutig ist und unterschiedliche Interpretationen möglich sind, muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden.⁷ Der Vorbehalt spezieller Bestimmungen anderer Bundesgesetze nach Art. 4 BGÖ bezieht sich auf Gesetze im formellen Sinn gemäss Art. 163 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101).⁸ Das Vorhandensein von Spezialbestimmungen i.S.v. Art. 4 BGÖ hat zur Folge, dass die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar sind; vielmehr beurteilt sich die Zugänglichkeit der betreffenden Informationen nach Massgabe ebendieser Spezialbestimmungen.⁹

⁶ S. dazu sinngemäss auch Art. 7 Abs. 1 VwVG: "Die Behörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen." Für die Ausführungen betreffend den massgebenden Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuständigkeit der Behörde s. FLÜCKIGER, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Schulthess Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 3. Auflage, Genf 2023, Art. 7 N 26.

⁷ BGE 145 II 270 E. 4.1 m.w.H.

⁸ BBl 2003 1989.

⁹ Vgl. Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 7.2.

22. Gemäss Art. 57 TxG unterstehen Personen, die mit dem Vollzug des Transplantationsgesetzes beauftragt sind, der Schweigepflicht. Gemäss der Botschaft¹⁰ zum Transplantationsgesetz bezieht sich die Schweigepflicht auf "Tatsachen, an deren Geheimhaltung die betroffene Person ein schutzwürdiges Interesse haben könnte" und erfasst alle aufgrund des Transplantationsgesetzes in Frage kommenden Geheimnistragenden. Die Botschaft führt weiter aus, dass "[e]ine Verletzung dieser Schweigepflicht [...] nach Artikel 67 Absatz 1 Buchstabe g mit Haft oder Busse bis 50'000 Franken bestraft werden [kann], sofern nicht Artikel 320 (Verletzung des Amtsgeheimnisses) oder 321 StGB (Verletzung des Berufsgeheimnisses) zur Anwendung kommen. Damit wird insbesondere gewährleistet, dass für Personenkreise, die gemäss StGB einer spezifischen Schweigepflicht unterliegen – wie beispielsweise Ärztinnen und Ärzte –, die strengere Strafordrohung des StGB zur Anwendung kommt." Aus diesen Ausführungen lässt sich ableiten, dass Art. 57 TxG subsidiär zur strafrechtlichen Amtsgeheimnisverletzung und Berufsgeheimnisverletzung angewendet werden kann und so keine weitergehende Tragweite haben kann als das Amtsgeheimnis, welches keinen Anwendungsfall von Art. 4 BGÖ darstellt.¹¹ Zu berücksichtigen ist auch, dass das Transplantationsgesetz zeitlich nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen worden ist und sich in der Botschaft zum Transplantationsgesetz keine Hinweise auf einen möglichen Vorrang von Art. 57 TxG gegenüber dem Öffentlichkeitsgesetz finden. In Bezug auf den von Swisstransplant gezogenen Vergleich mit der Schweigepflicht nach Art. 33 ATSG ist zu erwähnen, dass sich die bisherige Rechtsprechung in den jeweils konkret zu beurteilenden Fällen gegen die Qualifikation von Art. 33 ATSG als Sondernorm im Sinne von Art. 4 BGÖ ausgesprochen hat.¹² Nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts "[...] rechtfertigt es sich, die Regeln der Geheimhaltung im Sozialversicherungsrecht nach Inkrafttreten [des Öffentlichkeitsgesetzes] restriktiv auszulegen und diese [...] auf den Schutz der Persönlichkeit und die persönlichen Daten der versicherten Person zu beschränken [...]"¹³. Das Bundesverwaltungsgericht lässt offen, welche Informationen den "persönlichen Daten" der versicherten Person zuzurechnen sind. Allfällige Fragen zur konkreten Anwendung von Art. 33 ATSG können jedoch auch hier offen bleiben, zumal Swisstransplant Art. 33 ATSG lediglich als Vergleichsbeispiel erwähnt und nicht im konkret zu beurteilendem Fall geltend gemacht hat. Damit kommt der Beauftragte zum Schluss, dass es sich bei Art. 57 TxG nicht um eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ handelt.
23. Art. 58 TxG mit dem Titel "Vertraulichkeit von Daten" besagt, dass die aufgrund des Transplantationsgesetzes gesammelten Daten, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht, vertraulich zu behandeln sind. Da die Antragstellerin an der Schlichtungssitzung auf die Bekanntgabe des Namens des Organempfängers verzichtet hat, sind in der vorliegenden Empfehlung keine weiteren (Patienten-)daten zu beurteilen, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse bestehen würde. Ausserdem war der im Bericht analysierte Vorfall Gegenstand von mehreren Medienberichten, in welchen der Vorfall, inklusiv Patienteninformationen, ausführlich beschrieben wurde.¹⁴ Somit erübrigt sich eine weitere Prüfung dieser Bestimmung hinsichtlich Art. 4 Bst. a BGÖ.
24. Schliesslich macht Swisstransplant geltend, Art. 35 aDSG¹⁵ stelle eine "vorbehaltene Geheimnisbestimmung" dar. Dazu führt sie lediglich aus: "Daran ändert Art. 9 BGÖ nichts, weil das BGÖ bei spezialgesetzlichen Geheimnispflichten nicht anwendbar ist (Art. 4 lit. a BGÖ). Das BGÖ gilt deshalb bei geheimen Personendaten – nach Art. 35 DSG etwas enger – generell nicht." Art. 35 aDSG (Verletzung der beruflichen Schweigepflicht) ist eine strafrechtliche Bestimmung. Sie regelt ausschliesslich die Strafbarkeit der unbefugten Bekanntgabe von geheimen, besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen durch Personen, die im Rahmen ihres Berufs davon erfahren haben. Beim Zugang gemäss Öffentlichkeitsgesetz handelt es sich jedoch nicht

¹⁰ BBl 2002 175 (die Botschaft thematisiert die Schweigepflicht in Art. 55).

¹¹ S. insbesondere "Berufsgeheimnis, dem Geschäfts- und dem Amtsgeheimnis" Art. 22 Bundespersonalgesetz (BPG ; SR 172.220.1), welcher keine Spezialbestimmung nach Art. 4 BGÖ darstellt (Botschaft BGÖ, BBl 2003 1990; BJ/EDÖB, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 25 Februar 2010, Ziff. 1.2).

¹² Urteil des BVGer A-5111/2013 vom 6. August 2014 E. 4.1 ff.; Urteil des BVGer A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 6.1.3.

¹³ Urteil des BVGer A-5111/2013 vom 6. August 2014 E. 4.5 m.H.

¹⁴ Annick Chevillot, Serge Michel, verschiedene Beiträge in: heidi.news vom 20. April 2023, 25. April 2023 und 1. Mai 2023; Chantal Hebeisen, Gian Signorell, «Ein Skandal – oder Intrige» in: Beobachter vom 26. April 2023; Annegret Mathari, Beitrag in: Neue Zürcher Zeitung vom 28. April 2023.

¹⁵ Als das Zugangsgesuch gestellt wurde, galt noch das Datenschutzgesetz in der Fassung bis 31. August 2023.

um eine "unbefugte Bekanntgabe" von Personendaten, was sich u.a. aus Art. 19 Abs. 1^{bis} aDSG ergibt. Vorausgesetzt der Bericht enthielte Informationen, die der beruflichen Schweigepflicht im Sinne von Art. 35 aDSG unterliegen würden, was von Swisstransplant nicht aufgezeigt wurde, handelt es sich bei der Anwendung von Art. 35 aDSG nicht um eine unbefugte Bekanntgabe von Daten. Da Art. 35 aDSG damit nach Ansicht des Beauftragten nicht zur Anwendung gelangt, erübrigt sich eine weitere Prüfung dieser Bestimmung.

25. *Zwischenfazit: Art. 57 TxG stellt keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ dar. Das Öffentlichkeitsgesetz kommt somit zur Anwendung. Art. 58 TxG und Art. 35 aDSG kommen nicht zur Anwendung.*
26. Sofern der persönliche (Art. 2 BGÖ) und sachliche (Art. 3 BGÖ) Geltungsbereich gegeben sind und keine Spezialbestimmungen nach Art. 4 BGÖ bestehen, gewährt Art. 6 Abs. 1 BGÖ jeder Person ein generelles Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden muss.¹⁶ Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁷
27. Der Anspruch auf Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz bezieht sich nur auf amtliche Dokumente. Ein amtliches Dokument liegt vor, wenn eine Information die in Art. 5 Abs. 1 oder 2 BGÖ festgehaltenen Bedingungen erfüllt. Der Tatbestand von Absatz 1 ist an drei kumulative Voraussetzungen geknüpft: Erstens muss die Information auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet sein (Bst. a), zweitens muss sie sich im Besitz der angefragten Behörde befinden (Bst. b) und drittens muss sie der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen (Bst. c).
28. Swisstransplant bringt vor, der betroffene Bericht stelle kein amtliches Dokument dar. Da Swisstransplant zur Zeit der im Bericht beschriebenen Ereignisse (Frühjahr 2006) noch nicht mit einer öffentlichen Aufgabe des Bundes betraut gewesen sei, fehle es beim Dokument an der Bedingung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch die Behörde, die das Dokument erstellt habe (Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ).
29. Das Öffentlichkeitsgesetzes ist auf amtliche Dokumente anwendbar, die nach seinem Inkrafttreten von einer Behörde erstellt oder empfangen wurden (Art. 23 BGÖ). Der in Frage stehende Bericht trägt das Datum vom 12. November 2007. Zu diesem Zeitpunkt waren sowohl das Öffentlichkeitsgesetz als auch das Transplantationsgesetz bereits in Kraft. Wie in Ziffer 18 aufgeführt, wurde im Transplantationsgesetz Swisstransplant als nationaler Zuteilungsstelle die Aufgabe der Zuteilung von Organen übertragen (Art. 54 Abs. 2 Bst. a TxG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Organzuteilungsverordnung). Vor diesem Hintergrund kann nach Ansicht des Beauftragten kein Zweifel daran bestehen, dass der verlangte Bericht im Rahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe von Swisstransplant erstellt oder mitgeteilt worden ist. Der Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ ist damit zu bejahen.
30. *Zwischenfazit: Der verlangte Bericht erfüllt die Voraussetzungen eines amtlichen Dokumentes nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.*
31. Weiter beruft sich Swisstransplant zum Schutz des Berufsgeheimnisses auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden.
32. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der

¹⁶ Urteil des BGer 1C_299/2019 vom 7. April 2020 E. 2.

¹⁷ Urteil des BGer 1C_299/2019 vom 7. April 2020 E. 2; Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1.

Vermutung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹⁸

33. In Bezug auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ führt Swisstransplant im Schlichtungsverfahren nicht eingehender aus, welche der im Bericht enthaltenen Informationen oder Passagen zu schützen sind. Die Stiftung beschreibt nur allgemein diejenigen Informationen, welche vom Arztgeheimnis nach Art. 321 StGB erfasst werden, ohne diese konkret zu bezeichnen und zu begründen: "Dieses erfasst alle Informationen, die der Patient dem Arzt zur Ausführung des Auftrags anvertraut oder die der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt (BGE 101 Ia 10 E. 5c). [A.], die meisten und relevanten im Untersuchungsbericht erwähnten Vertreter von Swisstransplant und die Angehörigen der darin angesprochenen Transplantationsteams sind Ärzte oder Hilfspersonen und unterstehen damit umfassend dem Arztgeheimnis. Die Ausführungen in den ersuchten Dokumenten gehen alle auf Informationen zurück, die diesen Personen im Rahmen ihres Auftrages anvertraut wurden bzw. sie in Ausübung ihres Berufs wahrgenommen haben."
34. Unter das Arztgeheimnis nach Strafgesetzbuch fallen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung alle Informationen, die der Patient oder die Patientin dem Arzt oder der Ärztin zur Ausführung des Auftrags anvertraut oder die diese bzw. dieser in Ausübung seines bzw. ihres Berufes wahrnimmt.¹⁹ In Bezug auf das Berufsgeheimnis besteht der Zweck der Ausnahme von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ darin, die Vertraulichkeit der Informationen zu wahren, die bei der Ausübung des Berufes (vorliegend durch den Arzt bzw. die Ärztin) über die Kunden (vorliegend über die Patienten und Patientinnen) zusammengetragen wurden.²⁰ Dabei muss es sich um geheime Informationen handeln.²¹
35. Der verlangte Bericht enthält weder den Namen der *organspendenden* Person noch sonstige patientenbezogene Informationen, welche ihr zugeordnet werden können. Der Bericht enthält auch keine Informationen, die sonstigen Patienten oder Patientinnen zugeordnet werden können. Als patientenbezogene Informationen, welche unter das Arztgeheimnis fallen, können vorliegend nur diejenigen Informationen identifiziert werden, welche dem *Organempfänger* zuzuordnen sind. Da die Antragstellerin an der Schlichtungssitzung auf den Namen des Organempfängers verzichtet hat, kann dieser abgedeckt werden. Die im Bericht verbleibenden ihn betreffenden Patienteninformationen sind bereits öffentlich bekannt.²² Swisstransplant hat schliesslich nicht dargetan, welche konkrete Informationen der Patient (Organempfänger) welchem Arzt zur Ausübung seines Berufes mitgeteilt hat, und damit vorliegend den Gegenstand des Arztgeheimnisses nicht hinreichend genau bezeichnet. Aus diesen Gründen fehlt es nach Ansicht des Beauftragten am Gegenstand eines möglichen Berufsgeheimnisses im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Somit erübrigt sich eine weitere Prüfung dieses Ausnahmetatbestandes.
36. *Zwischenfazit: Swisstransplant als beweisbelastete Behörde hat vorliegend den Gegenstand des Arztgeheimnisses nicht hinreichend genau bezeichnet und die Anwendung des Ausnahmetatbestandes bislang nicht belegt. Nach Ansicht des Beauftragten ist die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht gegeben.*
37. Schliesslich beruft sich Swisstransplant auf den Schutz der Privatsphäre von A. (Art. 7 Abs. 2 BGÖ), weil die Bekanntgabe des Berichtes seine Privatsphäre "allein schon aufgrund der Berichtserstattung über Sachverhalte, die in seinen privaten Bereich fallen," beeinträchtigen würde. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Ausnahmsweise kann der Zugang trotz möglicher Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt.

¹⁸ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E.3.2.2 m.H.; A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1.

¹⁹ BGE 101 Ia 10 E. 5c.

²⁰ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 43.

²¹ Frédéric Erard, *Le secret médical* - thèse, sui generis, Zürich 2021, N 425.

²² S. FN 11.

38. Im vorliegend verlangten Bericht werden die Ereignisse im Zusammenhang mit einer von A._ im Jahr 2006 durchgeführten Organtransplantation überprüft und beurteilt. Der Bericht stellt die juristisch und medizinisch relevanten Sachverhaltselemente der durchgeführten Transplantation dar, nimmt eine Beurteilung der Ereignisse vor und zieht entsprechende Schlussfolgerungen.²³ Bezeichnet werden unter anderem Funktionen und konkrete Rollen der betroffenen Ärzte, insbesondere bezüglich des leitenden Arztes A._, welcher der Antragstellerin und aufgrund der Medienberichterstattung auch der Öffentlichkeit bekannt ist. Weiter enthält der Bericht die Namen weiterer Ärzte, welche in verschiedenen Funktionen am Transplantationsprozess beteiligt waren. Der Bericht enthält demnach Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. a aDSG. Er enthält hingegen keine besonders schützenswerten Personendaten von A._ und der weiteren erwähnten Ärzte im Sinne von Art. 3 Bst. c aDSG. Eine Anonymisierung der Personendaten von A._ und der weiteren betroffenen Ärzte mit leitender Funktion, welche von der Antragstellerin explizit verlangt wurden (Ziff. 1 und 9), gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ fällt demnach vorliegend nicht in Betracht. Somit ist das Zugangsgesuch bezüglich der Bekanntgabe dieser Personendaten nach den Vorschriften des Datenschutzgesetzes zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis aDSG).
39. Demnach dürfen Behörden im Rahmen ihrer Informationstätigkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Die erste Voraussetzung ergibt sich bereits aus der Definition des amtlichen Dokuments nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.²⁴ Die zweite Voraussetzung verlangt nach einer Interessenabwägung zwischen den privaten Interessen der betroffenen Personen am Schutz ihrer Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse am Zugang zum amtlichen Dokument (und den darin enthaltenen Personendaten).²⁵
40. Die Gewichtung der privaten Interessen hat insbesondere anhand der Natur der in Frage stehenden Daten, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Personen sowie möglicher Konsequenzen der Bekanntgabe zu erfolgen.²⁶ Hinsichtlich der Funktion und Stellung der betroffenen Person ist zu unterscheiden zwischen Personen des öffentlichen Lebens bzw. Verwaltungsangestellten in höheren Führungsfunktionen, hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellten und privaten Dritten. Verwaltungsangestellte können im Zusammenhang mit ihrer öffentlichen Funktion ihren Privatsphärenschutz nicht im gleichen Masse geltend machen wie private Dritte. Der in Art. 9 Abs. 1 BGÖ vorgesehene Schutz gilt nicht in gleichem Masse für Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung. Ihre Personendaten sind im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Funktion grundsätzlich nicht zu anonymisieren.²⁷ Es ist jedoch auch innerhalb der Verwaltungsangestellten zwischen höheren Führungspersonen und hierarchisch nachgeordnetem Behördenpersonal zu unterscheiden. Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen müssen sich unter Umständen auch die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten gefallen lassen. Hierarchisch nachgeordnete Verwaltungsangestellte müssen sich zumindest gefallen lassen, dass bekannt wird, wer ein bestimmtes Dokument verfasst hat oder für ein bestimmtes Geschäft zuständig war. Unabhängig von der Stellung der Person dürfen Personendaten nicht bekanntgegeben werden, wenn dies nicht (leicht) wiedergutzumachende Nachteile für die Betroffenen zur Folge hat.²⁸ Rechtserhebliche Interessen können in diesem Zusammenhang bspw. die Beeinträchtigung des beruflichen Ansehens, des Rufes oder der beruflichen Stellung sein.²⁹ Nicht jede Bekanntgabe von Personendaten stellt eine Verletzung der Privatsphäre dar, die eine systematische Verweigerung des Zugangs zu dem ersuchten Dokument rechtfertigen könnte. Die Gefahr einer ernsthaften Schädigung der Persönlichkeit muss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dro-

²³ Vgl. [Stellungnahme der Stiftung Swisstransplant zu den Ereignissen von 2006 im Zusammenhang mit einer Transplantation - Swisstransplant](#) (besucht letztmals am 01.07.2024).

²⁴ BVGE 2011/52 E. 7.1.1.

²⁵ Urteil des BVGer A6108/2016 vom 28. März 2018 E. 7.

²⁶ Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3.

²⁷ Urteil des BGer 1C_59/2020 vom 20. November 2020 E. 4.6.1.

²⁸ Vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-6054/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 5.1.3.1 1 [*recte* Urteil des BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1].

²⁹ BGE 142 II 340 E. 4.6.8.

hen. Mithin muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung gewichtig sein. Geringfügige bloss unangenehme Konsequenzen reichen nicht aus, um ein überwiegendes privates Interesse geltend zu machen, ebenso wenig, wenn eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit lediglich denkbar bzw. entfernt möglich ist.³⁰

41. Gleichzeitig ist das öffentliche Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten zu berücksichtigen. Zum (allgemeinen) Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung (Art. 1 BGÖ) können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten.³¹ Gemäss Art. 6 Abs. 2 VBGÖ kann das öffentliche Interesse am Zugang namentlich dann überwiegen, wenn die Zugänglichmachung einem besonderen Informationsinteresse aufgrund wichtiger Vorkommnisse dient (Bst. a), wenn die Zugänglichmachung dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient, insbesondere dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit (Bst. b), oder wenn die Person, deren Privatsphäre durch die Zugänglichmachung beeinträchtigt werden könnte, zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Bst. c).
42. Nachstehend werden die zu beurteilenden Personendaten behandelt:
- Name von A.: Swisstransplant ist der Auffassung, dass die Bekanntgabe seines Namens "mit grosser Wahrscheinlichkeit eine ernsthafte Schädigung der Persönlichkeit, konkret seines Ansehens und seiner Ehre" verursachen würde. Diese Aussage wird nicht eingehender begründet, insbesondere wird von Swisstransplant nicht aufgezeigt, welche der im Bericht enthaltenen Informationen, die A. direkt betreffen oder auf A. zurückgeführt werden können, seine Ehre aus welchem Grund schädigen würden. Betrifft das Zugangsgesuch Personendaten, muss die Behörde grundsätzlich eine Anhörung gemäss Art. 11 BGÖ bei den betroffenen Personen durchführen. Erst nach einer Anhörung der betroffenen Personen kann die Gewichtung ihrer privaten Interessen und die darauffolgende Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 1bis aDSG durchgeführt werden. Da Swisstransplant keine Anhörung von A. durchgeführt hat, sind für den Beauftragten allfällige private Interessen von A. nicht ersichtlich. Die Anhörung von A. ist somit nachzuholen. Wichtig ist in diesem Rahmen zu erwähnen, dass viele der im Bericht enthaltenen Informationen in verschiedenen Medienberichten veröffentlicht wurden und somit bereits bekannt sind. Solche betreffen ausschliesslich die berufliche Tätigkeit von A.
- Bezüglich des öffentlichen Interesses ist Folgendes zu berücksichtigen: A. ist im Kanton Genf ein bekannter Chirurg und hat für die Staatsratswahlen 2023 von Genf kandidiert. Er ist somit mindestens im Kanton Genf eine öffentlich bekannte Person, bei welcher ein erhöhtes öffentliches Interesse vorhanden ist. Mit einer Kandidatur zum Staatsrat muss eine Person unter anderem damit rechnen, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an ihrem beruflichen Leben vorhanden ist. In diesem Zusammenhang sind verschiedentlich Presseartikel über die im Jahr 2006 von ihm durchgeführte Transplantation, insbesondere über die Umstände der getroffenen Wahl des Organempfängers, veröffentlicht worden. Aus diesen Gründen bestehen nach Einschätzung des Beauftragten besondere Vorkommnisse i.S.v. Art. 6 Abs. 2 Bst. a VBGÖ, an welchen ein besonderes Informationsinteresse besteht. Die Transplantationsthematik kann die ganze schweizerische Bevölkerung betreffen, und ist damit auch ein Thema der öffentlichen Gesundheit. Die Voraussetzungen für die Wahl einer Person als Empfängerin sind und waren bereits im 2006 geregelt. Die Zugänglichmachung der Aufklärung und der Beurteilung einer offiziellen Stelle über die Umstände, die zur Bezeichnung eines konkreten Empfängers geführt haben, erlaubt der Öffentlichkeit, sich ein eigenes Bild von der Untersuchungsführung, den Erkenntnissen sowie den daraus gezogenen Schlüssen machen können. Daran besteht laut Rechtsprechung ein erhebliches öffentliches Interesse.³² Die Zugänglichmachung dieser Informationen steht somit auch in Zusammenhang mit der öffentlichen Gesundheit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. b VBGÖ.

³⁰ Urteil des BGER 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 3.4; Urteil des BGER A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3.

³¹ Urteil des BGER A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.5.

³² Urteil des BGER A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.2.3.1.

- Namen der beteiligten Ärzte mit leitender Funktion: Von Swisstransplant wurden keine privaten Interessen dieser Personen aufgeführt, die einer Bekanntgabe entgegenstehen würden. Betrifft das Zugangsgesuch Personendaten, muss die Behörde grundsätzlich eine Anhörung gemäss Art. 11 BGÖ bei den betroffenen Personen durchführen. Erst nach einer Anhörung der betroffenen Personen kann die Gewichtung ihrer privaten Interessen und die darauffolgende Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 1bis aDSG durchgeführt werden. Diese Personen wurden von Swisstransplant nicht angehört und für den Beauftragten sind bisher keine sie betreffenden Informationen ersichtlich, deren Bekanntgabe konkrete nachteilige Folgen bzw. mehr als geringfügige und bloss unangenehme Konsequenzen haben könnte. Wie für A._ ist auch für diese Ärzte eine Anhörung nachzuholen.
 - Name der Ombudsstelle, die den Bericht erstellt hat: Die korrekte Bezeichnung dieser Ombudsstelle ist im verlangten Bericht enthalten, dessen Zugang vollständig verweigert wurde. Zur Zugangsverweigerung dieser Bezeichnung hat sich Swisstransplant jedoch nicht explizit geäussert. Dem Beauftragten ist zudem nicht bekannt, ob diese Ombudsstelle heutzutage immer noch existiert und ob sie zur internen Struktur von Swisstransplant gehört bzw. gehörte.³³ Mit den ihm zur Verfügung stehenden Informationen erkennt der Beauftragte für die Ombudsstelle als Erstellerin des Berichtes keine hinreichenden Gründe für eine Zugangsverweigerung und empfiehlt die Offenlegung dieses Namens.
 - Namen der Mitglieder der Ombudsstelle, die den Bericht verfasst haben: Diese Namen sind ebenfalls im verlangten Bericht enthalten, dessen Zugang vollständig verweigert wurde. Zur deren Zugangsverweigerung hat sich Swisstransplant jedoch nicht explizit geäussert, insbesondere wurden keine privaten Interessen dieser Personen aufgeführt, die einer Bekanntgabe entgegenstehen würden. Für den Beauftragten sind bisher auch keine Informationen ersichtlich, deren Bekanntgabe konkrete nachteilige Folgen bzw. mehr als geringfügige und bloss unangenehme Konsequenzen für diese Personen haben könnte. Betrifft das Zugangsgesuch Personendaten, muss die Behörde grundsätzlich eine Anhörung gemäss Art. 11 BGÖ bei den betroffenen Personen durchführen. Erst nach einer Anhörung der betroffenen Personen kann die Gewichtung ihrer privaten Interessen und die darauffolgende Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 1bis aDSG durchgeführt werden. Im Rahmen der Gewichtung der öffentlichen Interessen weist der Beauftragte darauf hin, dass sich diese Personen, sofern es sich um Verwaltungsangestellte handelt, als Verfasserinnen des betroffenen Berichtes nach der Rechtsprechung grundsätzlich gefallen lassen müssen, dass ihre Namen bekanntgegeben werden, ausser wenn dies einen nicht (leicht) wiedergutzumachenden Nachteil für sie zur Folge hätte (Ziff. 40).
43. Ziffer 2 des Berichtes enthält weitere Personennamen, die von der Antragstellerin nicht gewünscht wurden. Diese Namen können in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ eingeschwärzt werden.
44. *Zusammengefasst gelangt der Beauftragte somit zu folgendem Ergebnis:*
- *Swisstransplant fällt unter den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ) (Ziff. 19).*
 - *Art. 57 TxG stellt keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ dar. Das Öffentlichkeitsgesetz kommt somit zur Anwendung (Ziff. 25).*
 - *Art. 58 TxG und Art. 35 aDSG kommen nicht zur Anwendung (Ziff. 25).*
 - *Der verlangte Bericht erfüllt die Voraussetzungen eines amtlichen Dokumentes nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ (Ziff. 30).*
 - *Die Ausnahmegestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ kommt nicht zur Anwendung (Ziff. 36).*
 - *Der Name der Ombudsstelle, die den Bericht erstellt hat, ist bekanntzugeben (Ziff. 42).*
 - *Die Personendaten von A._, der Verfasser des Berichts und von weiteren an der Transplantation beteiligten Ärzten mit leitender Funktion sind nach erfolgter Anhörung (Art. 11 BGÖ) entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung bekannt zu geben (Ziff. 42).*
 - *Weitere im Bericht enthaltene Personennamen können in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ abgedeckt werden (Ziff. 43).*

³³ Auf der Webseite von Swisstransplant sind keine Informationen darüber enthalten.

Aus verfahrensökonomischen Gründen empfiehlt der Beauftragte Swisstransplant, nach der Durchführung der Anhörungen gemäss Ziffer 42 direkt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu erlassen, sofern der Zugang zu Personendaten eingeschränkt werden sollte. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass betroffene Dritte vor Erlass der Verfügung zumindest einmal Gelegenheit erhalten, sich zur Sache zu äussern³⁴ und im Rahmen einer entsprechenden Stellungnahme im Verfügungsverfahren allenfalls vorhandene private Interessen geltend machen können.

(Dispositiv auf der nächsten Seite)

³⁴ Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.4.

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

45. Swisstransplant gewährt den Zugang zum Bericht vom 12. November 2007 (Ziff. 16). Die Personendaten von A. __, von weiteren an der Transplantation beteiligten Ärzten mit leitender Funktion sowie der Mitglieder der Ombudsstelle, die den Bericht verfasst haben, werden entsprechend den Ausführungen in Ziffer 44 bekannt gegeben. Der Name der Ombudsstelle wird bekanntgegeben. Die verbleibenden Personennamen können abgedeckt werden.
46. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei Swisstransplant 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 ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
47. Swisstransplant erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
48. Swisstransplant 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. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin sowie der betroffenen Person A anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
50. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Swisstransplant vertreten durch
Z

Adrian Lobsiger
Eidgenössischer Datenschutz-
und Öffentlichkeitsbeauftragter

Alessandra Prinz
Juristin Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip