

EDOEB empfehlung-vom-13-juni-2023-ksd-daten-website-icumonitoringchbearbeitung-zugangs-2023-06-13 vom 13. Juni 2023

EDÖB, 2023-06-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-13-juni-2023-ksd-daten-website-icumonitoringchbearbeitung-zugangs-2023-06-13

FR: EDOEB empfehlung-vom-13-juni-2023-ksd-daten-website-icumonitoringchbearbeitung-zugangs-2023-06-13 du 13 juin 2023

IT: EDOEB empfehlung-vom-13-juni-2023-ksd-daten-website-icumonitoringchbearbeitung-zugangs-2023-06-13 del 13 giugno 2023

Erwägungen

E. 1

Der Antragsteller (Rechtsanwalt) ersuchte am 14. August 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich ETH (nachfolgend ETH) wie folgt um Zugang zu Dokumenten: "Sie betreiben die Website unter dem Domainnamen icumonitoring.ch [nachfolgend Plattform]. Mit Verweis auf das [Öffentlichkeitsgesetz] ersuche ich Sie, mir den Zugang zu sämtlichen Daten, welche den auf der Website veröffentlichten oder anderweitig zugänglichen Angaben und Darstellungen zugrunde liegen, zu gewähren. Die Daten umfassen demnach insbesondere - die 'National forecasts', - die 'National trends' und - das 'Cantons summary' sowie - die Daten für 'Hospitals', 'Cantons' und 'Regions'."

E. 2

Die Plattform ist Gegenstand eines Dienstleistungsvertrages, den die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das Bundesamt für Rüstung armasuisse (customer), mit der ETH (contractor) für den Armeestab ASTAB bzw. die Geschäftsstelle Koordinierter Sanitätsdienst KSD – SANKO (requesting unit) im November 2020 abgeschlossen hat. Nach dem detaillierten Leistungsbeschreibung ist "[d]as icumonitoring [...] eine Plattform, um die Belegung von Betten/Beatmungsgeräten auf Intensivstationen (ICU) in der Schweiz während der Covid-19-Epidemie nahezu in Echtzeit zu verfolgen und für die Zukunft zu simulieren. Die Plattform bietet Projektionen der Belegung der Intensivstationen 3 und 7 Tage im Voraus nach Regionen, Kantonen und Spitälern.

2/13 Die Plattform wird Montag-Nachmittag und Donnerstag-Nachmittag aktualisiert." Der Auftraggeber übernimmt gemäss Vertrag "die notwendigen Informations- und Koordinationspflichten."

E. 3

Die Plattform ist infolge der Beendigung des Dienstleistungsvertrages zwischen dem KSD und der ETH (nachfolgend Dienstleistungsvertrag) seit dem März 2023 nicht mehr öffentlich zugänglich.¹ Entsprechend einem Bericht des KSD vom 26. September 2022 (s. Ziffer 13) sind "[h]istorische Daten von BAG und KSD [...] auf covid19.admin.ch verfügbar. Historische OpenZH Daten sind auf Github verfügbar. Historische icumonitoring-Daten sind nicht öffentlich verfügbar, werden jedoch in einem gesicherten Bereich aufbewahrt. Die Nachvollziehbarkeit und Transparenz sind somit auch im

Nachhinein gegeben."

E. 4

Nach Art. 8 dieses Dienstleistungsvertrages, zu welchem der Antragsteller gemäss Öffentlichkeitsgesetz Zugang erhalten hat, werden der ETH nur anonymisierte oder pseudonymisierte Daten übermittelt ("such data does not contain personal identifiers such as names, initials, or other data derived from information related to the data subject").

E. 5

Die ETH, bei welcher der Antragsteller das Zugangsgesuch eingereicht hatte, erklärte sich für die Gesuchbearbeitung als nicht zuständig. Sie begründete dies mit dem Hinweis, dass gemäss Dienstleistungsvertrag eine Geheimhaltungsvereinbarung bestünde. Demnach habe der Antragsteller die der Plattform zugrundeliegenden Basis- und Rohdaten bei den zuständigen Dateneignern und Datenlieferanten, d.h. beim Bundesamt für Gesundheit BAG, der armasuisse und dem KSD, zu erfragen.

E. 6

Zu dieser Stellungnahme der ETH reichte der Antragsteller mit Schreiben vom 23. August 2021 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein.

E. 7

Am 20. Oktober 2021 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher der Antragsteller und die ETH sich nicht einigen konnten. Aufgrund der Sachverhaltslage erliess der Beauftragte am 21. Oktober 2021 eine verfahrensleitende Empfehlung² betreffend die Zuständigkeitsfrage. Gleichzeitig übermittelte die ETH das Zugangsgesuch an die armasuisse und an das BAG. Letzteres leitete das Gesuch weiter an den KSD.

E. 8

Der KSD nahm zum Zugangsgesuch mit Schreiben vom 3. Februar 2022 u.a. wie folgt Stellung: "Seit dem 14. März 2020 erfolgt die Datenerfassung im Rahmen des Koordinierten Sanitätsdienstes durch den KSD gemäss Auftrag vom 16.03.2020 und gestützt auf Art. 54f. Epidemien-gesetz (EpG, SR 818.101) in Verbindung mit Art. 27 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26) bzw. Art. 13 und 25 der Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3; SR 818.101.24) sowie der Verordnung über den Koordinierten Sanitätsdienst (VKSD; SR 501.31). [...] IES-KSD dient dem Beauftragten des Bundesrates für den KSD sowie den zivilen Stellen, die mit der Planung von sanitätsdienstlichen Massnahmen beauftragt sind (KSD-Partner), bei der Bewältigung von sanitätsdienstlich relevanten Ereignissen, u.a. zur Übersicht über die verfügbaren Ressourcen im Gesundheitswesen. Die betreffenden, im IES-KSD hierfür bearbeiteten Daten, werden dem KSD seit dem 14. März 2020 von den Kantonen und von den entsprechenden Spitälern zur laufenden Aktualisierung zugestellt. [...]. Die Daten, welche den [auf der von der ETH betriebenen Plattform] veröffentlichten Angaben und Darstellungen zugrunde liegen, umfassen neben den Daten des KSD ebenso Daten der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI). Auf Letztere hat der KSD weder Zugriff noch Einfluss. Nachfolgende Ausführungen beschränken sich demnach ausschliesslich auf die vom KSD erhobenen und an die Website [der ETH] weitergeleiteten Daten." Gleichzeitig stellte der KSD dem Antragsteller eine gemäss KSD von der ETH

aufbereitete, anonymisierte Datenliste (Datenauszug) von 18 Spitälern zu. Dazu erklärte der KSD: "Mit dem teilweisen Zugang wird dem Gesuchsteller ermöglicht, die aktuellsten Daten, welche den auf der [Plattform] veröffentlichten Angaben und Darstellungen zugrunde liegen, im Zeitverlauf der vergangenen letzten sieben Kalendertage nachzuvollziehen". Die teilweise Zugangsverweigerung begründet der KSD mit den Ausnahmenorm nach Art. 7 Bst. e BGÖ (Beeinträchtigung der Beziehungen zwischen dem Bund und

1 Bericht KSD vom 26. September 2023 (s. Ziffer 13). 2 Empfehlung vom 21. Oktober 2021: Eidgenössische Technische Hochschule Zürich ETH / Rohdaten Website icumonitoring.ch, besucht am 7. Juni 2023.

3/13 den Kantonen) sowie Art. 7 Abs. 2 BGÖ (Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter) i.V.m. Art. 9 BGÖ (Schutz von Personendaten).

E. 9

Der Antragsteller war mit dieser teilweisen Zugangsgewährung des KSD nicht einverstanden und reichte mit Schreiben vom 14. Februar 2022 beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag ein.

E. 10

Der KSD verweist in der ergänzenden Stellungnahme vom 28. Februar 2022 an den Beauftragten auf seine Stellungnahme vom 3. Februar 2022 an den Antragsteller und beruft sich für die teilweise Zugangsverweigerung auf Art. 7 Abs. 2 BGÖ (Schutz der Privatsphäre) i.V.m. Art. 9 BGÖ (Schutz der Personendaten), Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen), Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ (Beeinträchtigung der Beziehungen zwischen Bund und den Kantonen), Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ (Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen), Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ (Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz) und indirekt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ (Zusicherung der Vertraulichkeit).

E. 11

Mit E-Mail vom 2. März 2022 legt der Antragsteller dem Beauftragten u.a. dar: "Der KSD erklärt, gar keine Daten bei [der Plattform] zu bearbeiten und verweist auf den Betrieb der Website durch die ETH Zürich. Der KSD schreibt gleichzeitig, es würden eigene Daten an [die Plattform] weitergeleitet, aber es gäbe auch noch Daten der SGI, auf die der KSD weder Einfluss noch Zugriff habe. Für mich ergibt sich der Eindruck, dass weiterhin unklar zu sein scheint, wer für [die Plattform] verantwortlich bzw. zuständig ist. Der KSD hat lediglich den beschränkten Zugang zu Daten von irgendwelchen sieben Kalendertagen gewährt. Der gewährte Zugang ist weit davon entfernt, was auf [der Plattform] abrufbar ist und wozu ich den Zugang verlangt habe. [...] Aus meiner Sicht wurde der Zugang pro forma gewährt, ist aber meines Erachtens weit von der gesetzlichen geforderten Transparenz entfernt. [...]. Der KSD hat auch nicht begründet, wie ein Rückschluss auf einzelne IPS-Patienten möglich sein sollte und wieso kein Rückschluss auf 'private Institutionen' und überhaupt Spitäler zulässig sein sollte. Der KSD beruft sich pauschal auf den Persönlichkeitschutz."

E. 12

Am 10. Mai 2022 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien wie folgt über das weitere Vorgehen einigten: "1. Der KSD formuliert zu Händen des

Antragstellers bis am 1.10.2022 einen Bericht zu a) Sachverhalt der Bearbeitung der verlangten Daten inkl. Rollen aller beteiligten Stellen b) Vorhandene Daten 2. Weiter formuliert der KSD ein konkretes Angebot, welcher Zugang gewährt wird (mit allen beteiligten Stellen abgesprochen). 3. Der Antragsteller gibt dem EDÖB bis spätestens am 5.1.2023 eine Rückmeldung." Gleichzeitig sistierte der Beauftragte aufgrund dieser Einigung das Schlichtungsverfahren am 10. Mai 2022 und erklärte, er behalte sich vor, bei Weiterführung des Schlichtungsverfahrens die- ses schriftlich durchzuführen.

E. 13

In Ausführung der Einigung (Ziffer 1 und 2) stellte der KSD mit E-Mail vom 24. Oktober 2022 dem Antragsteller den Bericht vom 26. September 2022 zu. In Bezug auf die Zugangsgewährung er- klärte der KSD betreffend seine Daten, dass der Zugang, aggregiert auf Kantone über <https://www.covid19.admin.ch/de/overview> sichergestellt sei. Daten auf Spitalebene würden nicht publiziert: "Eine Bekanntgabe ohne Einverständnis der Spitäler wäre ein massiver Vertrauens- bruch und eine zweckentfremdete Verwendung der Daten und wären [sic] dadurch datenschutz- widrig. Der KSD erfasst keine Patientendaten." Der Zugang zu den ETH-Daten, aggregiert auf die Kantone, sei auf [auf der Plattform der ETH]³ sichergestellt. Betreffend BAG seien die Daten auf <https://www.covid19.admin.ch/de/overview> und <https://opendata.swiss/de/dataset/covid-19-schweiz> öffentlich verfügbar. Die armasuisse habe keine Daten.

E. 14

Entsprechend Seite drei des Berichtes vom 26. September 2022 bezog die ETH für die Plattform Daten aus drei Quellen: - Epidemiologische Daten (bspw. Fallzahlen) aus OpenZH bzw. Covid-■19 Schweiz | Coronavirus | Dashboard (admin.ch),

3 Siehe FN 5.

4/13 - Spitalbelegungsdaten aus dem Informations- und Einsatz-System des KSDS (IES-KSD)⁴ und - Daten der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI). Entsprechend der Legende auf Seite 3 des Berichtes: - waren die Daten von Open ZH öffentlich zugänglich; - wurden die Daten des IES-KSD auf Kantonsebene aggregiert und teilweise auf covid19.ad- min.ch veröffentlicht; - waren die Daten der SGI nicht öffentlich zugänglich. Soweit aus der Legende auf Seite drei des Berichtes zu entnehmen ist, wurden die Erkenntnisse der ETH, d.h. die "National Forecast" und die "Kantonalen Forecasts", auf ihrer Plattform publi- ziert⁵, während die "Spitalforecasts" nicht öffentlich zugänglich waren. Das Forschungsprojekt "Covid-19: RISC-19-ICU Registry" ist auf aramis⁶ beschrieben.

E. 15

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2022 legte der Antragsteller dem Beauftragten dar, er halte am ersuchten Zugang fest, und führte dazu u.a. aus: "Der Bericht [vom 26. September 2022] ist in- haltlich äusserst dürftig und geht kaum über die Erkenntnisse aus der Schlichtungsverhandlung vom 10. Mai 2022 sowie bereits vorliegenden Informationen hinaus. [...] Immerhin erklärt der KSD, die Daten seien weiterhin abrufbar beziehungsweise verfügbar für die beteiligten Stellen."

E. 16

Infolge der Nichteinigung hob der Beauftragte mit Schreiben vom 15. Februar 2023 die Sistierung auf.

E. 17

Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des KSD 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

E. 18

Der Antragsteller reichte am 14. August 2021 ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der ETH ein. Im Anschluss an die Empfehlung vom 21. Oktober 2021 (s. Ziffer 7) leitete die ETH das Zugangsgesuch an die armasuisse und das BAG weiter. Letzteres übermittelte das Gesuch an den KSD, der in der Folge einen anonymisierten Zugang zu einem Teil der von ihm an die ETH gelieferten Daten gewährte. Der Antragsteller ist als Teilnehmer 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).

E. 19

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁷ 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.

4 Informations- und Einsatz-System (IES).pdf, besucht am 7. Juni 2023. 5 Die Plattform ist seit März 2023 nicht mehr öffentlich zugänglich (s. Ziffer 3). 6 Weiterführung des Projektes "RISC-19-ICU Register, unterstützt durch die Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin" zur laufenden Monitorisierung kritisch kranker COVID-19 Patienten auf Schweiz 2021 - 2022 - Texte (admin.ch), besucht am 7. Juni 2023. 7 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

5/13 B. Materielle Erwägungen

E. 20

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.⁸

E. 21

Gemäss Zugangsgesuch vom 14. August 2021 verlangt der Antragsteller den Zugang zu sämtlichen Daten, welche den auf der Plattform der ETH veröffentlichten oder anderweitig zugänglichen Daten zugrunde liegen und nicht nur auf solche, die der KSD an die ETH geliefert hat (s. Ziffer 1). Zeitlich umfasst das Zugangsgesuch den Zeitraum von Beginn der Datenlieferungen an die ETH bis und mit 14. August 2021, da sich das Gesuch nur auf die zum Gesuchszeitpunkt bereits vorhandenen amtlichen Dokumente auf der Plattform beziehen kann (Art. 5 BGÖ).⁹

E. 22

Die für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches zuständige Behörde trägt – obwohl sie im Verfahren eine Parteirolle einnimmt – als hoheitlich auftretende Behörde, die insbesondere an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden ist, Verantwortung für den rechtsstaatlichen Ablauf des Verfahrens um Zugang zu amtlichen Dokumenten.¹⁰ In Bezug auf die Gesuchstellung erlangt der Grundsatz von Treu und Glauben auch bei der Unterstützung der gesuchstellenden Person durch die Behörden Bedeutung (Art. 3 Abs. 1 VBGÖ). Diese Unterstützung ist im Hinblick auf das Ungleichgewicht bezüglich der Information und das Wissen um die vorhandenen amtlichen Dokumente unabdingbar.¹¹

E. 23

Der Beauftragte hat sich zur Zuständigkeit für die Bearbeitung des Zugangsgesuches in dieser Sache bereits in einer verfahrensleitenden und veröffentlichten Empfehlung¹² geäußert, nachdem die ETH sich für die Bearbeitung des Zugangsgesuches als nicht zuständig erklärt und auf das BAG und die armasuisse verwiesen hatte. In der Folge leitete die ETH das Zugangsgesuch an das BAG weiter, welches dieses dem KSD zukommen liess.

E. 24

Dieses Zugangsgesuch beantwortete der KSD dem Antragsteller am 3. Februar 2022. Aus seiner Stellungnahme ergibt sich, dass der KSD seine Zuständigkeit für die Zugangsgesuchsbearbeitung eingeschränkt hat. So erklärte er, die Daten, welche den auf der Plattform der ETH veröffentlichten Angaben und Darstellungen zugrunde liegen, würden neben den Daten des KSD ebenso Daten der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI) erfassen. Auf Letztere habe der KSD weder Zugriff noch Einfluss. Aufgrund dessen würden sich die Ausführungen des KSD ausschliesslich auf die von ihm selber erhobenen und an die Website weitergeleiteten Daten beziehen. Auch im Bericht vom 26. September 2022 (s. Ziffer 13) bearbeitete der KSD das Zugangsgesuch nur hinsichtlich seiner eigenen an die ETH gelieferten Daten. In Bezug auf die ETH und das BAG verweist der KSD auf S. 10 seines Berichtes allgemein auf die von diesen Behörden veröffentlichten Daten. Damit zeigt sich im Ergebnis, dass der KSD und die ETH sich letztlich nicht über die Zuständigkeit für die Bearbeitung des Zugangsgesuches vom 14. August 2021 einig sind. So geht der KSD davon aus, er müsse das Zugangsgesuch nur für die von ihm an die ETH gelieferten Daten bearbeiten, während sich die ETH gestützt auf den Dienstleistungsvertrag für die Bearbeitung des Zugangsgesuches vom 14. August 2021 als nicht zuständig erklärt. Demzufolge ist vorab die Frage der Zuständigkeit zu prüfen.

E. 25

Je nach Konstellation sind Zuständigkeitsfragen für die Bearbeitung von Zugangsgesuchen nach Öffentlichkeitsgesetz in der Praxis mitunter schwierig zu klären und zu beantworten. Hingegen kann aus dem Zusammenspiel von Art. 2 Abs. 1, Art. 5, Art. 10 und Art. 12 BGÖ die Zuständigkeit in vielen Fällen direkt abgeleitet werden. Ein bei der unzuständigen Behörde eingereichtes Gesuch ist unverzüglich an die zuständige Behörde weiterzuleiten.¹³ Zuständig für die Behandlung eines Zugangsgesuches zu amtlichen Dokumenten ist grundsätzlich die Behörde, welche das

⁸ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. ⁹ Vgl. Urteil des BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 6.2. ¹⁰ Vgl. dazu Urteil des BVGer A-3215/2020 vom

7. Dezember 2020 E. 7.4.6. 11 HÄNER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 10, Rz 10 f. 12 Empfehlung vom 21. Oktober 2021: Eidgenössische Technische Hochschule Zürich ETH / Rohdaten Website icumonitoring.ch, besucht am 7. Juni 2023. 13 BBl 2003 2019; Art. 8 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) sinngemäss.

6/13 Dokument erstellt hat oder dieses von Dritten, die nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen, erhalten hat (Art. 10 BGÖ).

E. 26

Art. 11 VBGÖ regelt in den Absätzen 1-4 vor allem Fälle, in welchen sich Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Zuständigkeit für die Gesuchsbearbeitung ergeben können. Diese Bestimmung bezweckt ausschliesslich, das Verfahren für die gesuchstellende Person möglichst einfach zu gestalten und einen raschen Entscheid zu ermöglichen, weshalb eine Koordination bzw. die Frage der Zuständigkeit nicht zu ihrem Nachteil erfolgen darf. Daher soll die gesuchstellende Person nicht bei jeder Behörde ein separates Gesuch stellen müssen. So soll bspw. nach Art. 11 Abs. 2 VBGÖ ein Gesuch zu mehreren Dokumenten, die das gleiche Geschäft betreffen und die durch verschiedene, dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörden erstellt oder empfangen wurden, aus verfahrensökonomischen Gründen von einer Behörde bearbeitet werden. Der zuständigen Behörde ist es unbenommen, die anderen Behörden anzuhören. Wenn bezüglich deren Zuständigkeit Unklarheiten bestehen, sind sie dazu verpflichtet. Dies ergibt sich auch aus der allgemeinen Pflicht zur Zusammenarbeit unter den Verwaltungsbehörden nach Art. 15 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1).¹⁴

E. 27

Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ gilt das Gesetz für die Bundesverwaltung. Art. 2 Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) und Art. 6 Abs. 1 RVOV unterscheiden zwischen den zentralen und dezentralen Einheiten der Bundesverwaltung. Diese Einheiten werden im Anhang zur RVOV aufgelistet.

E. 28

Der KSD ist eine Einheit der Bundesverwaltung und untersteht dem Öffentlichkeitsgesetz. Die ETH ist gemäss Anhang I zur RVOV (VI Ziffer 2.1.1) als eine Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung aufgeführt und untersteht damit auch dem Öffentlichkeitsgesetz. Beide Behörden haben miteinander einen Dienstleistungsvertrag abgeschlossen. Das vorliegende Schlichtungsverfahren betrifft ein Zugangsgesuch, welches sich auf die von diesen Parteien vereinbarte Dienstleistung bezieht (s. Ziffer 1f.).

E. 29

Nach Art. 1.1 des Dienstleistungsvertrages übernimmt der Auftraggeber (d.h. der KSD) die notwendigen Informations- und Koordinationspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrag, weshalb von einer Federführung des KSD auszugehen ist.¹⁵ Dafür spricht auch die Koordination der Behörden im Zugangsgesuchverfahren zum Dienstleistungsvertrag (s. Ziffer 4). Das diesbezügliche Zugangsgesuch hat der Antragsteller bei der ETH eingereicht, die es am 7. Dezember 2021 an die armasuisse weiterleitete. Da zu diesem Zugangsgesuch beim Beauftragten ein Schlichtungsantrag eingegangen war, erkundigte sich der Beauftragte am 3. März 2022 bei der armasuisse nach dem Stand der fraglichen Gesuchsbearbeitung. Mit E-Mail vom 4. März 2022 informierte armasuisse den

Beauftragten, dass der Armeestab (ASTAB, bzw. der KSD) "die Federführung in der Angelegenheit 'icumonitoring' übernommen hat." Der KSD hat dem Antragsteller zwischen- zeitlich zum Dienstleistungsvertrag den Zugang gewährt. Demzufolge ist nicht nachvollziehbar, weshalb der KSD das dem vorliegenden Schlichtungsverfahren zugrundeliegende Zugangsge- such vom 14. August 2021 betreffend die Plattform icumonitoring, die Gegenstand des Dienstleis- tungsvertrages ist, nicht in seiner Gesamtheit, sondern nur hinsichtlich seiner gelieferten Daten bearbeitet hat, zumal der Beauftragte in dieser Sache bereits eine Empfehlung erlassen hatte (s. Ziffer 7). Das Zugangsgesuch vom 14. August 2021 bezieht sich nicht nur auf die vom KSD an die ETH gelieferten Daten, sondern auf alle Daten der "Plattform icumonitoring" bzw. der gesam- ten Dienstleistung der ETH für den KSD vom Beginn der Datenlieferung bis zum 14. August 2021 (Zeitpunkt der Einreichung des Zugangsgesuches). Als Auftraggeber der Dienstleistung "Plattform icumonitoring" kann der KSD die Pflicht zur Bearbeitung des Zugangsgesuches, welches sich auf die Auftragsdatenbearbeitung für den KSD bezieht, nicht an die ETH als Auftragnehmer verla- gern.¹⁶ Es entspricht darüber hinaus nicht dem Sinne und Zweck des Art. 11 VBGÖ, dass die Beantwortung des Zugangsgesuches vom 14. August 2021 von zwei Behörden separat bearbeitet wird, die sich über ihre Zuständigkeit nicht einig sind. Aufgrund des Dienstleistungsvertrages und der dem Beauftragten vorliegenden Informationen kommt dem KSD für die Bearbeitung des

14 HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 12, RZ 5. Bundesamt für Justiz, Verordnung über das Öffent- lichkeitsprinzip der Verwaltung – Erläuterungen, 24. Mai 2006, S. 12 f. 15 "The requesting unit assumes the necessary information and coordination duties" 16 Vgl. dazu auch SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz IFG, Kommentar, 2. Auflage, 2016, § 7 RZ 50.

7/13 Zugangsgesuches vom 14. August 2021 die Federführung im Sinne vom Art. 11 VBGÖ zu, was bedeutet, dass er das Gesuch in seiner Gesamtheit zu bearbeiten hat. Dies beinhaltet auch, dass der KSD mit der ETH als Spezialistin zusammenarbeitet, damit ein entsprechender Datenauszug generiert werden kann.

E. 30

Der KSD kann das Zugangsgesuch vom 14. August 2021 auch nicht mit dem Verweis auf andere öffentlich zugängliche Quellen (s. Ziffer 13) im Sinne von Art. 6 Abs. 3 BGÖ als erledigt betrachten. Einerseits ist das Zugangsgesuch zeitlich beschränkt auf den Zeitpunkt der Erstlieferung der Da- ten bis zum 14. August 2021 (Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches). Andererseits bezieht sich das Zugangsgesuch auch auf bisher nicht öffentlich zugängliche Daten der Plattform, welche die ETH im Zusammenhang mit ihrer Dienstleistung für den KSD besitzt (s. Ziffer 3). Demgegenüber stellte der KSD dem Antragsteller zusammen mit seiner Stellungnahme vom 3. Februar 2022 eine Liste zu, die einen Zeitraum von sieben Tagen abdeckt, und hielt fest: "Mit dem teilweisen Zugang wird dem [Antragsteller] ermöglicht, die aktuellsten Daten, welche den auf der [Plattform] veröf- fentlichten Angaben und Darstellungen zugrunde liegen, im Zeitverlauf der vergangenen sieben Kalendertage nachzuvollziehen." Der KSD begründete nicht weiter, weshalb er den Zeitraum des Zugangsgesuches auf diese sieben Kalendertage beschränkt hat.

E. 31

Zwischenfazit: Der KSD ist gemäss Art. 1.1 des Dienstleistungsvertrages als Auftraggeber der Dienstleistung für die notwendige Koordination und Information diesen Vertrag

betreffend zuständig und damit auch für die gesamte Bearbeitung des Zugangsgesuches vom 14. August 2021. Er bearbeitet demzufolge federführend dieses Zugangsgesuch, wenn nötig in Zusammenarbeit mit der ETH. Der Umfang des Zugangsgesuches betrifft die auf der Plattform bestehenden vom Antragsteller verlangten Daten seit Beginn der Datenlieferung bis zum 14. August 2021, die im Zusammenhang mit den Dienstleistungen stehen, die die ETH für den KSD gemäss Dienstleistungsvertrag erbracht hat.

E. 32

Mit Verweis auf Art. 11 BGÖ hörte der KSD 151 Spitäler und eine Anzahl Kantonsärzte an. 18 Spitäler (4 ZH, 1 VD, 2 BE, 2 AG, 1 BL, 1 BS, 2 SG, 1 ZG, 1 NE, 1 JU, 1 LU und 1 GE) waren mit der vom KSD vorgeschlagenen Zugangsgewährung einverstanden. Der KSD gewährte dem Antragsteller am 3. Februar 2022 Zugang zu einer Liste mit den Daten dieser 18 Spitäler, wobei er die Spitalnamen durch Nummern ersetzte und eine Zuordnung nach Kantonen vornahm. Die IPS-Auslastung wurde erst ab der Anzahl von mindestens 6 Personen pro Tag ausgewiesen. Die Spitäler, die mit der vorgeschlagenen Herausgabe des KSD nicht einverstanden waren, wurden auf der dem Antragsteller zugestellten Liste nicht aufgeführt. Diese Liste deckt nicht den mit dem Zugangsgesuch verlangten Zeitraum ab, sondern umfasst lediglich die letzten 7 Kalendertage vor Erstellung der Liste (s. Ziffer 8 und 30).

E. 33

Gemäss Art. 8 des Dienstleistungsvertrages werden der ETH nur anonymisierte oder pseudonymisierte Daten geliefert. Etwas anderes ist dem Beauftragten bisher im Schlichtungsverfahren denn auch nicht dargelegt worden. Auch enthält das RISC-19-ICU (s. Ziffer 5) keine Personendaten. Demnach kann sich das Zugangsgesuch bei der ETH nur auf anonymisierte oder pseudonymisierte Daten beziehen, welche im Zusammenhang mit dem Dienstleistungsvertrag stehen. Demzufolge wäre von Anfang an eine anonymisierte Zugangsgewährung nach Art. 9 Abs.1 BGÖ zu den Daten aller 151 Spitäler möglich gewesen. Gleichwohl begründete der KSD seine weitergehende Zugangsverweigerung mit verschiedenen Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ sowie mit dem Schutz der Privatsphäre Dritter (Art. 7 Abs. 2 BGÖ), weshalb auf diese – um Klarheit zu schaffen – nachfolgend eingegangen wird.

E. 34

Für das Vorliegen einer Ausnahmebestimmung nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ kommt der Bundesbehörde zwar ein gewisser Ermessensspielraum zu. Allerdings müssen für die Wirksamkeit eines Ausnahmetatbestandes kumulativ folgende zwei Bedingungen erfüllt sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden; eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus.

8/13 Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweist und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen muss. Dies ist dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem üblichen Lauf der

Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz¹⁷ genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.¹⁸

E. 35

Bei den Ausnahmegründen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruft sich der KSD hauptsächlich auf den Schutz der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen (Art. 7 Abs.1 Bst. e BGÖ). Diese Bestimmung entstand im Bestreben, jenen Kantonen Rechnung zu tragen, die das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung (noch) nicht eingeführt haben. Es sollte, sofern es sich nicht um ein belangloses Dokument handelt, verhindern, dass die strengeren Geheimhaltungsvorschriften der Kantone umgangen werden können, indem ein Dokument, das aus einem Kanton stammt, bei einer Bundesbehörde, die ein Exemplar davon besitzt, eingesehen werden kann. Das Öffentlichkeitsgesetz ist vor 17 Jahren in Kraft getreten. Zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches war das Öffentlichkeitsprinzip für einige Kantone noch nicht eingeführt. Seither haben jedoch alle Kantone das Öffentlichkeitsprinzip eingeführt bzw. führen dieses ein. Nach der Rechtsprechung kommt daher diesem Ausnahmetatbestand heute nur noch eine geringe Bedeutung zu.¹⁹

E. 36

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Ausnahmenorm nach Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ hätte der KSD nach Ansicht des Beauftragten bedenken müssen, dass aufgrund der Spitallisten öffentlich bekannt ist, welche Spitäler über welchen Leistungsauftrag verfügen. Weiter hätte der KSD die Kompetenzverschiebung im Gesundheitswesen zwischen Bund und Kantonen während der Pandemie berücksichtigen müssen: So legt das revidierte EpG eine klare gesetzliche Kompetenz- und Aufgabenzuweisungen zwischen Bund und Kantonen bei der Bewältigung von Situationen mit erhöhter Gefahr für die öffentliche Gesundheit fest. Es unterscheidet neu zwischen der normalen, der besonderen und der ausserordentlichen Lage. Nach EpG bestehen Meldepflichten bzw. können solche vorgesehen werden. Zudem haben die Aufsichtsbehörden nach Art. 77 EpG verschiedene Instrumente, die ihnen für die Aufsichtstätigkeit zur Verfügung stehen.²⁰ Dabei ist auch die Covid-19-Verordnung (s. Ziffer 8) zu berücksichtigen, so insbesondere Art. 13 (Meldepflicht) und Art. 25f. (Gesundheitsversorgung). Demnach waren die Spitäler verpflichtet, dem KSD regelmässig Spitaldaten zu liefern. Während der Covid-Pandemie passte das BAG die Kostenübernahme mit Empfehlungen resp. Richtlinien oder Teile davon in Abhängigkeit der Entwicklung der epidemiologischen Lage und der Massnahmen des Bundesrates gegen das Coronavirus jeweils an.²¹ Das BAG veröffentlichte auf der Website <https://www.covid19.admin.ch/de/hosp-capacity/icu>²² die Auslastung der Intensivstationen und die gesamten Spitalkapazitäten der mehr als 150 Spitäler für die einzelnen Kantone, jeweils aufgeschlüsselt nach Covid-19, Non-Covid-19, freie Betten und Auslastung.

E. 37

Aus den dem Beauftragten vorliegenden Anhörungsunterlagen, der Stellungnahme vom 3. Februar 2022 des KSD an den Antragsteller und der Stellungnahme an den Beauftragten

vom 28. Februar 2022 ergibt sich, dass sich der KSD nicht eingehend mit den Stellungnahmen der nach Art. 11 BGÖ Angehörten befasst hat. Bis anhin zeigte er nicht auf, welche allenfalls anwendbare restriktivere kantonale Gesetzgebung dem Recht auf Zugänglichkeit der Daten der jeweiligen

17 BBl 2003 2006. 18 BGE 142 II 77 E. 3; BGE 142 II 324 E. 3.4; BGE 142 II 340 E. 2.2; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4. 19 Urteil des BVGer A-6255/2018 vom 12. September 2019, E. 7.2. 20 Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) 2010 311 (337); Büro Vatter, Analyse besondere Lage gemäss EpG; Aufgaben, Zuständigkeiten und Kompetenzen des Bundes, 2018; Gesetzgebung Übertragbare Krankheiten – Epidemiengesetz (EpG) (admin.ch), besucht am 7. Juni 2023. 21 <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/regelung-krankenversicherung.html>, besucht am 7. Juni 2023. 22 Dieser Website ist zu entnehmen: "Die Kapazitäten der mehr als 150 Spitäler und Kliniken der Schweiz erhebt der Koordinierte Sanitätsdienst (KSD) über das Informations- und Einsatzsystem (IES). Der KSD, das BAG, die Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI) und der Verband H+ Die Spitäler der Schweiz haben gemeinsam die zu erhebenden Daten festgelegt."

9/13 angefragten Institutionen entgegensteht und welche Institution welche Ausnahmegründe, insbesondere Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ, angerufen hat. Weder brachte der KSD die Einschätzungen der jeweiligen Kantonsärzte in Beziehung zu den Ausführungen der jeweiligen kantonalen Spitäler noch nahm er zu den Ausführungen der Kantonsärzte Stellung. Vielmehr äusserte er sich bisher im Zugangs- und Schlichtungsverfahren lediglich allgemein. Vor diesem Hintergrund hat der KSD bisher nicht konkret dargelegt, inwiefern aus der anonymisierten Veröffentlichung der nachgefragten Informationen eine ernsthafte und nachhaltige Beeinträchtigung der Beziehungen zwischen dem Bund und den betroffenen Kantonen droht und welcher Unterschied zu den bereits veröffentlichten Informationen besteht. Sofern der KSD befürchtet, die Kantone würden in Zukunft keine entsprechenden für die Aufgabenerfüllung des KSD notwendigen Daten liefern, kann dies nicht als ernsthaftes Risiko im Sinne einer gewissen Wahrscheinlichkeit eines erheblichen Schadens für die Beeinträchtigung der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes gewertet werden.²³ Angesichts der bereits erwähnten gesetzlichen Pflicht zur Lieferung der Daten, liefe die Argumentation des KSD im Ergebnis darauf hinaus, die Zugangsbeschränkung damit zu rechtfertigen, dass ein potenzielles, rechtswidriges Verhalten der meldepflichtigen Spitäler, das der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung abträglich sein könnte, verhindert werden sollte. Abgesehen davon ist ein solches Gebaren der betroffenen Spitäler nicht zu erwarten, da davon auszugehen ist, dass gesetzliche Meldepflichten befolgt werden.²⁴ Demzufolge konnte der KSD das Schadensrisiko für die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ bis anhin nicht nachvollziehbar darlegen.

E. 38

Sofern der KSD mit einer Verletzung der Vertraulichkeit gegenüber den Kantonen im Falle der Offenlegung von anonymen Daten ausgeht und er damit die Ausnahmenorm nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ meint, wonach der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann, wenn Informationen vermittelt werden, die der Behörde von Dritten

freiwillig mitgeteilt worden sind, ist zu beachten, dass die Auslegung der Norm nicht die Ziele der Verwaltungsöffentlichkeit ins Gegenteil verkehren soll. Gemäss Rechtsprechung findet diese Ausnahmebestimmung nur dann Anwendung, wenn folgende drei Anforderungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst müssen die Informationen der Behörde von einer Privatperson mitgeteilt worden sein. Zweites müssen diese der Behörde freiwillig, d.h. nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, abgegeben worden sein, und schliesslich muss die Behörde die Zusicherung der Vertraulichkeit auf ausdrückliches Verlangen des Informanten erteilt haben.²⁵ Für die dem KSD gelieferten Daten besteht gemäss EpG eine gesetzliche Informationspflicht, weshalb bereits das Kriterium der Freiwilligkeit nicht erfüllt ist. Überdies stellt sich die Frage, ob die Spitäler vorliegend überhaupt privatrechtlich handeln und damit als Private gelten. Demzufolge ist diese Ausnahmenorm nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht wirksam.²⁶

E. 39

Der KSD argumentiert weiter, eine Herausgabe der Daten könnte dazu führen, dass sich die Spitäler nach Aufhebung der Covid-19-Verordnung 3 künftig weigern würden, dem KSD die für die Ausübung seiner gesetzlich vorgesehenen Koordinationsfunktion bei der Bewältigung von Krisenereignissen oder Pandemien etc. benötigten Daten bekannt zu geben. Dadurch würde die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ beeinträchtigt, was im schlimmsten Fall dazu führen könnte, dass die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung beeinträchtigt bzw. nicht mehr gewährleistet werde.

E. 40

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Damit soll sichergestellt werden, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen. Geschützt sind insbesondere Inspektionen, Ermittlungen und administrative Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an

23 BGE 142 II 324 E. 3.4. 24 Vgl. dazu BGE 144 II 77 E. 5.8. 25 Urteil des BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.3.4; Urteil des BVGer A-4781/2019 vom 17. Juni 2020, E. 7.1. 26 Vgl. auch BGE 144 II 91 E. 3.3.

10/13 das Gesetz halten.²⁷ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Ausnahmenorm auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme beeinträchtigt zu werden droht."²⁸ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein²⁹ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt ist von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht erfasst.³⁰

E. 41

Der KSD bezog sich in seiner Argumentation lediglich auf seine Koordinationsfunktion bei der Bewältigung von (künftigen) Krisenereignissen oder Pandemien, mithin auf seine

allgemeine Aufgabenerfüllung und Aufsichtstätigkeit bei der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung, welche von der Ausnahmenorm nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht erfasst wird. Der KSD benannte weder eine zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches bestehende konkrete offene Massnahme noch belegte er, dass die vom Antragsteller angeforderten Dokumente in direktem Zusammenhang mit einer solchen stehen. Demzufolge konnte der KSD das Schadensrisiko bis anhin nicht darlegen, weshalb die Ausnahmenorm nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht anwendbar ist.

E. 42

Auch in Bezug auf die Ausnahmenorm Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Offenlegung von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen)³¹ und Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ (Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit)³² brachte der KSD einzig pauschale Einschätzungen vor, indem er die Begründungen zu diesen jeweiligen Ausnahmegründen nicht konkret, sondern zusammen mit den Begründungen zum Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. e BGÖ allgemein ausgeführt hat. Demzufolge konnte der KSD auch bei den Ausnahmetatbeständen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c und g BGÖ konkret kein Schadensrisiko aufzeigen.

E. 43

Zwischenfazit: Der KSD konnte keine der von ihm angerufenen Ausnahmegründe nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ mit einer von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte nachweisen.

E. 44

Schliesslich begründet der KSD seine anonymisierte Zugangsgewährung bzw. seine teilweise Zugangsverweigerung mit dem Schutz der Privatsphäre nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ (s. Ziffer 46). Im Anhörungsschreiben nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ erklärte der KSD den Angehörten, für eine Datenerfreigabe in diesem Zusammenhang sei deren vorgängige Zustimmung notwendig. Weiter zeigt das Anhörungsschreiben des KSD, dass er "[a]ufgrund der Anrufung und unter Ausschöpfung der gesetzlichen Möglichkeit, [...]" den Angehörten zwei Varianten zur Auswahl unterbreitet hatte. Eine solche Auswahl ist nach Öffentlichkeitsgesetz nicht vorgesehen. Sofern die Behörde den Zugang von Personendaten in Betracht zieht, liegt es an der angehörten Person im Rahmen der Anhörung ihre privaten Geheimhaltungsinteressen zu benennen und zu begründen, während danach die Behörde den Angehörten ihre Einschätzung gemäss Art. 11 Abs. 2 BGÖ mitteilt, damit diese allenfalls einen Schlichtungsantrag einreichen können (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Weiter entspricht es, wie nachfolgend dargelegt wird, nicht den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes, dass im Falle einer anonymisierten Zugangsgewährung gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ noch eine Anhörung nach Art. 11 BGÖ durchzuführen ist (s. Ziffer 47).

E. 45

Amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, sind nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Auch wenn sich ein Dokument anonymisieren lässt, muss es nur soweit wie möglich anonymisiert werden. Eine Anonymisierung bedeutet, dass die Personendaten zu entfernen oder soweit unkenntlich zu machen sind, so dass eine Reidentifizierung ohne unverhältnismässigen Aufwand vernünftigerweise nicht mehr möglich ist. Sind die Perso-

27 Urteile des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1; A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.2 28 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. 29 BGE 144 II 77 E. 4.3. 30 BGE 144 II 77 E. 4.2. 31 Vgl. BGE 144 II 91 E. 3.1. 32 Vgl. Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.

11/13 nendaten anonymisiert, gelangt das Datenschutzgesetz nicht zur Anwendung. Die Anonymisierungspflicht gilt nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.³³ Bei dieser Entscheidung ist die Behörde an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip³⁴ und die Pflicht zur Wahrung des öffentlichen Interesses beachten.³⁵ Von einer Anonymisierung ist insbesondere abzuweichen, wenn das Gesuch gerade die Offenlegung von Personendaten bezweckt oder die nötigen Abdeckungen einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern.

E. 46

Erst wenn eine Anonymisierung nicht möglich ist (Art. 9 Abs. 2 BGÖ), muss das Zugangsgesuch nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1), d.h. nach datenschutzrechtlichen Vorgaben beurteilt werden (Art. 9 Abs. 2 BGÖ).³⁶ Einschlägig ist dabei Art. 19 Abs. 1bis DSG als Koordinationsnorm zwischen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip. Zu beachten ist dabei stets, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes die Transparenz der Verwaltungstätigkeit bezweckt hat.³⁷ Die Möglichkeit eines Zugangs zu amtlichen Dokumenten trotz Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter ist auch in Art. 7 Abs. 2 BGÖ vorgesehen. Danach 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. Gestützt auf Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSG ist somit eine Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten und dem Schutz der Privatsphäre bzw. der informationellen Selbstbestimmung jener Personen, deren Daten im Dokument enthalten sind und zugänglich gemacht werden sollen.³⁸ Dabei ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei jedem Zugangsgesuch bereits das allgemeine öffentliche Interesse an der Verwaltungsöffentlichkeit (Art. 1 BGÖ) zu berücksichtigen.³⁹

E. 47

Obwohl der KSD nur einen anonymisierten Zugang gewähren wollte bzw. nach Dienstleistungsvertrag nur anonymisierte oder pseudoanonymisierte Daten an die ETH geliefert wurden, führte er eine Anhörung nach Art. 11 BGÖ durch. Enthält das Dokument keine Personendaten, gib es auch keine betroffene Person. Zudem ist zu bedenken, dass Art. 11 BGÖ nur die privaten Interessen von betroffenen Personen schützt. Die betroffene Person wird nach der Datenschutzgesetzgebung definiert (Art. 3 Bst. b DSG). Es handelt sich daher um eine natürliche oder juristische Person.⁴⁰ Gemäss Art. 11 BGÖ sind betroffene Dritte zu konsultieren, wenn das Gesuch amtliche Dokumente betrifft, die Personendaten enthalten und die Behörde die Gewährung des Zugangs zu diesen Personendaten in Betracht zieht. Soweit Personendaten in amtlichen Dokumenten ohne Weiteres anonymisiert werden können, erübrigt sich hingegen die Frage, ob diese Personen angehört werden müssten.⁴¹ Überdies ist fraglich, ob Spitäler, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen, vorliegend überhaupt als Privatpersonen betroffen sind und private

Interessen geltend machen können.

E. 48

Für den Beauftragten ist nicht nachvollziehbar, weshalb der KSD nicht für alle Spitäler einen anonymisierten Zugang gewährt hat, sondern nur für deren 18 und inwiefern bei einer Anzahl von unter 6 Fällen ein Rückschluss auf Patienten und Patientinnen bei anonymisierten Daten möglich sein soll. Der KSD konnte im Schlichtungsverfahren nicht aufzeigen, inwiefern es infolge der Offenlegung der verlangten Daten der Plattform möglich sein soll, ohne einen unverhältnismässigen

33 BVGer Urteil A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.2.1; Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020, E. 8.2.f.; AMMANN/LANG, Anwaltspraxis Datenschutzrecht, Rz 25.96. 34 Urteil des BVGer A-3241/2021 vom 30. Mai 2023, E. 3.6. 35 FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 9, Rz. 21. 36 Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 5.2.2. 37 Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 3.1.3. 38 Urteil des BGer 1C_93/2021 vom 6. Mai 2022 E. 4.3.1. 39 Urteil BGer 1C_93/2021 vom 6. Mai 2022 E. 5.3.1. 40 FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art.11, Rz. 1, 5 und 6. 41 Vgl. Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020, E. 8.3.

12/13 Aufwand Rückschlüsse auf diese Angaben⁴² zu ziehen, wenn doch gemäss Art. 8 des Dienstleistungsvertrages nur anonymisierte oder pseudoanonymisierte Daten an die ETH geliefert wurden. Auch hat der KSD nicht dargetan und wie bei einer anonymisierte Zugangsgewährung die Privatsphäre von Spitälern und Patienten beeinträchtigt wird.

E. 49

Ist eine Anonymisierung nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ möglich, erfolgt, wie oben ausgeführt, keine Interessenabwägung nach Art. 9 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 BGÖ.

E. 50

Selbst wenn im Falle einer nicht möglichen Anonymisierung die Privatsphäre der Spitäler und der Patientinnen und Patienten tangiert worden wäre, hätte der KSD entsprechend der Rechtsprechung⁴³ eine nuancierte Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ vornehmen müssen. Dabei hätte er einzubeziehen, dass bereits ein allgemeines öffentliches Interesse besteht zu überprüfen, wie der Bund in Anwendung des Epidemiegesetzes gehandelt hat, und ob allenfalls ein Verbesserungspotential in der behördlichen Zusammenarbeit in Krisensituationen gegeben ist. Eine Transparenz wirkt auch möglichen Spekulationen entgegen und stärkt das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Verwaltung. Daher liegt es im Interesse der Öffentlichkeit und damit auch der Verwaltung selber, so transparent wie möglich zu informieren.⁴⁴ Weiter bezweckt das Öffentlichkeitsgesetz auch die Verwaltungsmodernisierung⁴⁵ mit dem Ziel der Erhöhung der Qualität der Verwaltungsarbeit. 51. Der Beauftragte kommt zum Ergebnis, dass eine Zugangsgewährung zu den vom Antragsteller verlangten Daten der "Plattform icumonitoring", welche die ETH im Auftrag für den KSD bearbeitet hat, für den Zeitraum ab Lieferung der Daten bis zum 14. August 2021 (Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches) in anonymisierter Form zu gewähren ist. III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 52. Der KSD ist als Auftraggeber der Dienstleistung "Plattform icumonitoring" zuständig für die vollständige

Bearbeitung des Zugangsgesuches vom 14. August 2021, welches der Antragsteller bei der ETH eingereicht hat. Dieses Zugangsgesuch betrifft alle bei der ETH vorhandenen Daten, soweit sie diese Daten auftragsgemäss für den KSD bearbeitet hat. 53. Der KSD gewährt einen anonymisierten Zugang zu den vom Antragsteller verlangten Daten für den Zeitraum ab Lieferung der Daten an die "Plattform icumonitoring" bis zum 14. August 2021. 54. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim KSD den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ). 55. Der KSD erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 56. Das KSD erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ). 57. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

42 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 8.2: AMMANN/LANG, Anwaltspraxis Datenschutzrecht, Rz 25.96. 43 BGE 142 II 340 E. 4.4 f.; Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3; Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.2 44 AMMANN/LANG, Anwaltspraxis Datenschutzrecht, Rz 25.96. 45 Urteil BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019, E. 3.1; Urteil des BVGer A-3241/2021 vom 30. Mai 2023, E. 3.2.

13/13 58. Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R)

X.

- Einschreiben mit Rückschein (R)

Koordinierter Sanitätsdienst KSD 3003 Bern

- Einschreiben mit Rückschein (R)

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich ETH 8092 Zürich

Reto Ammann

Astrid Schwegler Leiter Direktionsbereich

Juristin Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

Öffentlichkeitsprinzip

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.