

EDOEB empfehlung-vom-22-dezember-2016-vbs-dokumente-militaeruebunggefaehrdung-der-inne-2016-12-22 vom 22. Dezember 2016

EDÖB, 2016-12-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-22-dezember-2016-vbs-dokumente-militaeruebunggefaehrdung-der-inne-2016-12-22

FR: EDOEB empfehlung-vom-22-dezember-2016-vbs-dokumente-militaeruebunggefaehrdung-der-inne-2016-12-22 du 22 décembre 2016

IT: EDOEB empfehlung-vom-22-dezember-2016-vbs-dokumente-militaeruebunggefaehrdung-der-inne-2016-12-22 del 22 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

<www.spezialtaetenliste.ch> besucht am 8. Dezember 2016.

E. 2

Die Zugangsgesuchsteller (Anwälte) ersuchten am 19. Mai 2015 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim BAG um Zugang zu mehreren Dokumenten, so auch zu den gesamten Akten der Verwaltungsverfahren betreffend die Preisüberprüfung 2012/2013 bezüglich drei Arzneimittel, inkl. der Akten des Verwaltungsverfahrens, die zu den jeweiligen Wiedererwägungsverfügungen des BAG geführt haben. Diese drei Arzneimittel werden vom Unternehmen B.____ vertrieben. Betreffend die Drittpersonen (Unternehmen B.____ und Anwälte) erliess der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (Beauftragter) eine separate Empfehlung. Zudem ersuchten die Zugangsgesuchsteller auch um Zugang zu den Dokumenten der BAG- Preissenkungsverfahren betreffend zwei weitere Arzneimittel, welche vom Unternehmen A.____ vertrieben werden. Dieses Unternehmen wurde in den BAG-Preissenkungsverfahren ebenfalls anwaltlich vertreten. Betreffend die Drittpersonen (Unternehmen A.____ und Anwalt) erliess der Beauftragte separate Empfehlungen.

E. 3

Die Zugangsgesuchsteller vertreten das Unternehmen C.____ in einem vor Bundesverwaltungsgericht noch hängigen Verfahren betreffend einer Preissenkungsverfügung des BAG. Sie fordern u.a., dass das BAG dieses Unternehmen gleich zu behandeln habe wie das Unternehmen A.____ und das Unternehmen B.____, für welche das BAG im Jahr 2013 entsprechende Wiedererwägungsverfügungen erlassen habe (Ziffer 1).

E. 4

Das BAG hörte die vom Zugangsgesuch vom 19. Mai 2015 betroffenen Drittpersonen nach Art. 11 BGÖ an, so auch die Antragsteller (Pharmaverband und Einzelperson). Es listete diesen im Anhörungsschreiben vom 21. August 2015 die seiner Ansicht nach vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente 1-6 auf. Dabei handelt sich um die E-Mail-Korrespondenz zwischen dem BAG und den Antragstellern.

E. 5

Die Antragsteller waren mit der vom BAG vorgesehenen teilweisen Zugangsgewährung zu diesen Dokumenten nicht einverstanden. Sie machten im Schreiben vom 2. September 2015 geltend, es fehle am sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 BGÖ), die Unterlagen seien nicht als amtliche Dokumente zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 lit. c BGÖ) und der Schutz der Privatsphäre (Art. 7 Abs. 2 BGÖ) sei verletzt. Sollte der Zugang dennoch grundsätzlich in Erwägung gezogen werden, seien sämtliche Namen und Kontaktdaten zu anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Es bestehe kein öffentliches Interesse, diese bekannt zu machen. Diesbezüglich stellten sie dem BAG einen Einschwärvungsvorschlag zu.

E. 6

Das BAG folgte in seiner Stellungnahme vom 13. November 2015 (Art. 11 Abs. 2 BGÖ) teilweise den Einwänden der Antragsteller. Es hielt jedoch in überwiegender Weise an seiner beabsichtigten teilweisen Zugangsgewährung fest und unterbreitete diesen einen entsprechenden Einschwärvungsvorschlag (nachfolgend BAG-Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015).

E. 7

Dagegen reichten die Antragsteller mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein. Sie machten geltend, es fehle am Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 BGÖ) und es lägen keine amtlichen Dokumente vor (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ). Zudem beriefen sie sich auf den Schutz der Privatsphäre (Art. 7 Abs. 2 BGÖ).

E. 8

Das BAG teilte in seiner Stellungnahme vom 19. Februar 2016 dem Beauftragten mit, es habe nach den erfolgten Arzneimittelüberprüfungen (siehe Ziffer 1) Preissenkungen verfügt. Dagegen hätten u.a. auch vom Zugangsgesuch betroffene Unternehmen Beschwerde erhoben und verlangt, dass die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit nicht nur mittels Auslandpreisvergleich (APV), sondern auch mittels therapeutischem Quervergleich (TQV) zu erfolgen habe. Am

E. 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.⁴ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

³ Vgl. dazu die Medienmitteilung des EDI vom 12. April 2013, abrufbar unter <<http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=de&msg-id=48492>> (besucht am 8. Dezember 2016). ⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

4/12

B. Materielle Erwägungen

E. 13

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGO; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁵

E. 14

Die Antragsteller argumentieren, das Öffentlichkeitsgesetz gelte nicht für das Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ). Gegen die vom BAG erlassenen Preissenkungsverfügungen 2012 hätten mehrere Unternehmen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens seien zwischen Vertretern der Industrie und dem BAG vorgängig Gespräche über die Beilegung der Rechtsstreitigkeiten geführt und Lösungen gefunden worden, weshalb das BAG anschliessend Wiedererwägungsverfügungen erlassen habe. Mit der Beschwerde ginge die Entscheidkompetenz in der Sache grundsätzlich an das Bundesverwaltungsgericht über. Einzig Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) mache vom Devolutiveffekt (Art. 54 VwVG) eine Ausnahme, nämlich wenn die Behörde die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehe. Bis die Wiedererwägungsverfügung erlassen sei, seien sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Handlungen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens und nicht des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens erfolgt. Es handle sich daher nicht um ein, wie das BAG annehme, „parallel laufendes erstinstanzliches Verwaltungsverfahren“. Die vom BAG zur Herausgabe beabsichtigten Dokumente beträfen kein eigenständiges erstinstanzliches Verfahren, sondern seien bis zum Erlass der Wiedererwägungsverfügung ausschliesslich Teil des damals noch hängigen Beschwerdeverfahrens. Daher könne keine Einsicht in diese Dokumente gewährt werden.

E. 15

Das BAG stimmt der Argumentation der Antragsteller insofern zu, als es die Unterlagen des Beschwerdeverfahrens gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ als nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallend qualifiziert. Hingegen zählt das BAG die Dokumente, die im Zusammenhang mit den Wiedererwägungsverfügungen entstanden sind, nicht zu den Akten des Beschwerdeverfahrens, da es sich seiner Ansicht nach um Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens auf Erlass einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handeln würde. Das BAG führt aus, dass das Verfahren auf Wiedererwägung mit einer neuen Verfügung abgeschlossen werde, die der Partei eröffnet und der Beschwerdeinstanz zur Kenntnis zu bringen sei (Art. 58 Abs. 2 VwVG). Diese Regelung durchbreche den Devolutiveffekt der Beschwerde (Art. 54 VwVG) und die damit einhergehende Zuständigkeitsverschiebung auf die Beschwerdeinstanz. Das BAG erläutert, dass die aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen zwischen dem BAG und den Antragstellern in einem engen Zusammenhang mit dem Wiedererwägungsverfahren gestanden und für den Entscheid des BAG wesentlich gewesen seien. Daher seien sämtliche im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens entstandenen Dokumente dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes zuzuordnen.

E. 16

Demnach ist zunächst zu prüfen, ob auf die vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente, vorliegend die E-Mail-Korrespondenz zwischen dem BAG und den Antragstellern, das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist. Der sachliche Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ist in Art. 3 BGÖ geregelt. Dieser Norm liegt der Gedanke

zugrunde, dass das Öffentlichkeitsgesetz dann nicht zur Anwendung gelangen soll, wenn spezialgesetzliche Verfahrensbestimmungen den Zugang zu amtlichen Dokumenten – konkret

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

5/12

den Verfahrensakten – regeln, um so eine Normenkollision zu vermeiden.⁶ Vorweg ist festzuhalten, dass Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ verschiedene Arten von Streitbeilegungsverfahren abschliessend auflistet, so u.a. auch Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege. Ob diese Bestimmung neben hängigen auch abgeschlossene Verfahren vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausschliesst, ist von der Rechtsprechung bisher nicht abschliessend entschieden worden. Das Bundesverwaltungsgericht erklärte in einem Fall, in welchem der Zugang zu Dokumenten mit Umweltinformationen (Aarhus-Konvention) verlangt wurde, dass die völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ es gebiete, dem Öffentlichkeitsgesetz nur dann gestützt auf die genannte Bestimmung die Anwendung zu versagen, wenn das amtliche Dokument, zu welchem Zugang verlangt werde, ein hängiges Verfahren betreffe.⁷

E. 17

Der Beauftragte vertritt in ständiger Empfehlungspraxis und in Übereinstimmung mit der Lehre⁸ die Ansicht, dass Art. 3 Abs. 1 BGÖ Bst. a BGÖ lediglich auf Dokumente von hängigen Verfahren anzuwenden ist. Ein genereller Ausschluss von amtlichen Dokumenten eines abgeschlossenen Verfahrens aus dem sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes würde restlos alle amtlichen Dokumente, welche beispielsweise im Rahmen eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens entstanden sind oder schon vor der Einleitung von Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ in der Verwaltung entstanden waren oder ihr zugestellt wurden, für immer dem Öffentlichkeitsgesetz entziehen. Auf diese Weise könnte, einzig mit der Einleitung entsprechender Verfahren ein Geheimbereich für das Handeln der Verwaltung geschaffen werden, was den Zielen des Öffentlichkeitsgesetzes widerspricht. Hauptzweck des Öffentlichkeitsgesetzes ist es, die Transparenz über Verwaltungshandeln zu fördern, weshalb entsprechende Geheimbereiche weitgehend zu verhindern bzw. aufzulösen sind. Vom Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen bleiben allerdings Dokumente, welche explizit für die Einleitung eines Verfahrens gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ sowie unter der Verfahrensherrschaft der jeweiligen Verfahrensinstanz erstellt wurden (Beschwerde und Schriftenwechsel). Diese Dokumente bleiben auch nach Abschluss des Verfahrens dem sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes entzogen. Für den Zugang zu solchen Dokumenten gelten die entsprechenden Spezialgesetze.⁹

E. 18

Der Beauftragte teilt die Ansicht des BAG, dass Unterlagen des Beschwerdeverfahrens gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht unter das BGÖ fallen, auch wenn dieses Verfahren als abgeschlossen gilt. Allerdings gilt dies nicht für alle Dokumente, sondern nur für solche, die der Einleitung des Beschwerdeverfahrens dienten oder während des hängigen Verfahrens unter der Leitung der Beschwerdeinstanz entstanden sind. Für diese Gerichtsakten gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht.

E. 19

Zwischenfazit: Alle Dokumente (BAG-Ordner Beschwerdeverfahren), die explizit für das Verwaltungsgerichtsverfahren (Beschwerde) sowie unter der Entscheidungskompetenz der Beschwerdeinstanz erstellt wurden (Schriftenwechsel), bleiben auch nach Abschluss des Verwaltungsgerichtsverfahrens dem sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziffer 5 BGÖ). Ihre Zugänglichkeit bestimmt sich nach den entsprechenden Spezialgesetzen.

6 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 5.2.1. 7 Urteil des BVGer A-4186/2015 vom 28. Januar 2016 E. 7.4, 7.5.5 und 8.2. 8 SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3 Rz 12; BRUNNER, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2008, Art. 26 N 19 Fn. 30; AMMANN/LANG, in: Passadelis/Rosenthal/Thür, [Hrsg.], Datenschutzrecht, Basel 2015 (zit. Datenschutzrecht) Rz 25.22. 9 Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 2.2.3; Empfehlung EDÖB vom 12. Mai 2015: BAZL / Abklärungen bei einer Anzeige, Ziffer 31 ff.

6/12

E. 20

Für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren gilt Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Diese Norm ist auf hängige Verfahren zugeschnitten. Während eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens gelten für die Parteien das VwVG und etwaige Verfahrensvorschriften von Spezialgesetzen bzw. die Einsichtsrechte nach den besagten Gesetzen.¹⁰ Erst nach einem rechtskräftigen Abschluss des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens können Zugangsgesuche von Parteien und Dritten nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes abgeschlossen werden.¹¹ Mit der Kollisionsnorm nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ wollte der Gesetzgeber somit keineswegs die Verwaltungsöffentlichkeit von Verwaltungsverfahren nach Öffentlichkeitsgesetz aushebeln.¹² Vielmehr bezweckt er die ungestörte Durchführung erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren.

E. 21

Für vorbestehende Verwaltungsdokumente, d.h. solche, die bereits vor der Einleitung des Beschwerdeverfahrens dem BAG zugestellt oder von ihm erstellt wurden, gilt das Öffentlichkeitsgesetz. Die Preissenkungsverfügung des Jahres 2012, welche die Antragsteller als Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht angefochten haben, sowie alle Dokumente, die zwischen dem BAG und vom Zugangsgesuch betroffenen Drittpersonen vor der Einreichung der Beschwerde ausgetauscht wurden, waren ursprünglich Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Der Weiterzug der Preissenkungsverfügungen des Jahres 2012 an das Bundesverwaltungsgericht nimmt diese Dokumente, die einst in der Entscheidungskompetenz des BAG entstanden sind, nicht automatisch und dauernd vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes aus, sondern nur während eines hängigen Verfahrens nach Art. 3 BGÖ. Die Verfügung des Jahres 2012 wurde durch eine Wiederwägungsverfügung ersetzt und das Beschwerdeverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht abgeschrieben und abgeschlossen. Demzufolge sind diese Dokumente zum jetzigen Zeitpunkt weder Akten eines hängigen

Verwaltungsgerichtsverfahrens (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ) noch eines hängigen Verwaltungsverfahrens (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Sie unterstehen als Verwaltungsakten wiederum dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes.

E. 22

Zwischenfazit: Dokumente, die vor der Einleitung des Verwaltungsgerichtsverfahrens im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren entstanden sind, welches mit der Preissenkungsverfügung 2012 abgeschlossen wurde, unterstehen infolge der Abschreibung des entsprechenden Beschwerdeverfahrens und Rechtskraft der Wiedererwägungsverfügung wiederum dem Öffentlichkeitsgesetz (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ e contrario und Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario). Das BAG klärt, ob solche vorbestehenden Dokumente bestehen und prüft diese auf etwaige Ausnahmen nach Art. 5 und 7-9 BGÖ.

E. 23

Der Umstand, dass die E-Mail Korrespondenz in zeitlicher Hinsicht während einem hängigen Beschwerdeverfahren betreffend vom BAG erlassene Preissenkungsverfügungen entstanden ist und im Rahmen eines Wiederwägungsverfahrens ausgetauscht wurde, entzieht diese nicht fortwährend dem Geltungsbereich des BGÖ. Entscheidend ist erstens, dass diese Dokumente aussergerichtlich, d.h. nicht unter der Instruktion der Beschwerdeinstanz, sondern im alleinigen Entscheidungsbereich des BAG entstanden sind. Dieser aussergerichtliche Dokumenten- austausch im Rahmen der Wiedererwägungsverfahren führte schliesslich zu neuen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, zur Kenntnisnahme durch die Beschwerdeinstanz, zur Gegenstandslosigkeit der Beschwerden und schliesslich zur Abschreibung des Verwaltungsgerichtsverfahrens (Art. 58 Abs. 3 VwVG). Zweitens sind die Wiedererwägungs-

10 SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3, Rz 43. 11 Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 3.1.1; Empfehlung EDÖB vom 12. Mai 2015: BAZL / Abklärungen bei einer Anzeige, Ziffer 36 f. 12 STAMM/PFISTER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 BGÖ N 26 ff.

7/12

verfügungen und die mit ihr im Zusammenhang stehenden Unterlagen zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches Dokumente eines abgeschlossenen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. Drittens stand die E-Mail-Korrespondenz im direkten Zusammenhang mit diesen Verfahren, welche zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches als abgeschlossene Verfahren gelten. Demzufolge sind sie grundsätzlich nach Öffentlichkeitsgesetz zugänglich, weshalb der Beauftragte in diesem Punkt mit dem BAG einig ist.

E. 24

Zwischenfazit: Die E-Mail-Korrespondenz zwischen dem BAG und den Antragstellern betrifft ein abgeschlossenes erstinstanzliches Verfahren und fällt somit in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario).

E. 25

Vorliegend ist in Bezug auf die E-Mail-Korrespondenz zu prüfen, ob diese die Kriterien eines amtlichen Dokumentes erfüllt (Art. 5 Abs. 1 BGÖ) und folglich auf sie das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist. Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Nicht als amtliche Dokumente gelten Dokumente, die durch eine Behörde kommerziell genutzt werden, die nicht fertig gestellt oder zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind (Art. 5 Abs. 3 BGÖ).

E. 26

Die Antragsteller wenden ein, bei den nachgefragten Dokumenten handle es sich um solche, die einzig zum persönlichen Gebrauch durch den Absender und Empfänger bestimmt seien (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ). Sie würden einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel dienen (Art. 1 Abs. 3 VBGÖ). Die Antragsteller seien weder Partei in den betreffenden Beschwerdeverfahren noch selber direkt involviert gewesen. Im Vordergrund sei somit der rein informelle persönliche Kontakt im indirekten Zusammenhang mit den hängigen Beschwerdeverfahren gestanden, weshalb der Meinungs austausch ausschliesslich der vertraulichen Benutzung als Arbeitshilfsmittel unter den betreffenden Personen gedient habe. Deshalb können die Dokumente von der Zweckbestimmung her unter keinen Umständen der Herausgabe an Dritte unterliegen.

E. 27

Das BAG widerspricht der Auffassung der Antragsteller, wonach die E-Mail-Korrespondenz als Dokumente zum persönlichen Gebrauch im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ zu qualifizieren seien. Die Vergleichsverhandlungen zwischen dem BAG und den Antragstellern hätten darauf abgezielt, das laufende Beschwerdeverfahren durch eine Einigung abzuschliessen und eine erneute Beschwerde der Adressatinnen der Wiedererwägungsverfügungen zu verhindern sowie auch weitere Beschwerdeverfahren künftiger Adressaten von Preissenkungsverfügungen zu vermeiden. Die Antragsteller waren stellvertretend für Verbandsmitglieder (tatsächliche und potentielle Verfügungsadressaten) Verhandlungspartner des BAG. Dass die Antragsteller selber nicht Adressaten der Wiedererwägungsverfügungen oder künftiger Preissenkungsverfügungen gewesen seien, sei angesichts dieser Konstellation irrelevant. Die Vergleichsverhandlungen hätten einen wesentlichen Teil des Entscheidungsprozesses gebildet, der zum Erlass der Widererwägungsverfügungen (und weiterer Preissenkungsverfügungen) geführt habe. Die teilweise schriftlich geführten Verhandlungen hätten die fraglichen E-Mails generiert. Der E-Mail-Austausch zwischen Verhandlungspartnern erfülle die Kriterien eines amtlichen Dokumentes nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.

E. 28

Als ein zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument gilt nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ jede Information, die dienstlichen Zwecken dient, deren Benutzung aber ausschliesslich dem Autor oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten ist, wie Notizen, Arbeitskopien, Dispositionen, Kurzzusammenfassungen, mit Anmerkungen versehene Textentwürfe oder persönliche handschriftliche oder elektronische Aufzeichnungen auf einem

Dokument. Auch fallen unter diesen Begriff Dokumente, die als Arbeitsgrundlage oder Arbeitshilfsmittel dienen (bspw. Dispositionen, handschriftliche Notizen, Arbeitskopien von Dokumenten, Korrekturvorschläge, Gedankenstützen oder Begleitnotizen) und innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern und Vorgesetzten ausgetauscht werden.¹³ Dokumente können aber auch als Arbeitshilfsmittel qualifiziert werden, wenn Dokumente zwischen Verwaltungsmitarbeitern und Personen ausserhalb der Verwaltung ausgetauscht werden.¹⁴

E. 29

Vorliegend handelt es sich um Dokumente, die zwischen dem BAG und Personen ausserhalb der Verwaltung ausgetauscht wurden. Der Beauftragte geht einig mit dem BAG, wonach die E-Mail-Korrespondenz, d.h. die Beilagen 1-6 (BAG-Beilage 4), keine Arbeitshilfsmittel im Sinne von Art. 1 Abs. 3 VBGÖ sind.

E. 30

Zwischenfazit: Die Dokumente (Beilagen 1-6 der BAG-Beilage 4) sind keine zum persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ e contrario). Sie sind daher amtliche Dokumente gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ.

E. 31

Nun ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob Ausnahmegründe nach Art. 7-9 BGÖ dem Zugang zu den verlangten Dokumenten entgegenstehen.

E. 32

Die Antragsteller berufen sich auf den Schutz der Privatsphäre nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ.

E. 33

Nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen. Sodann sind nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ Personendaten in amtlichen Dokumenten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Die Anonymisierungspflicht richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls und muss insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) Rechnung tragen. In bestimmten Fällen kann eine Anonymisierung sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts darstellen, namentlich dann, wenn sich das Zugangsgesuch auf Personendaten bezieht, zu welchen der Zugang begehrt wird. Ist eine Anonymisierung nicht möglich, ist das Zugangsgesuch gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) zu prüfen. Einschlägig ist Art. 19 Abs. 1bis DSG. Demnach darf die Behörde gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Das Bundesverwaltungsgericht grenzt bei der Prüfung der Zugangsgesuche die beiden Bestimmungen von Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1bis DSG nicht streng voneinander ab. Es prüft, ob und, falls ja, inwieweit der verlangte Zugang gestützt auf die in beiden Bestimmungen geforderte Abwägung der berührten Interessen als zulässig und verhältnismässig erscheint. Im Rahmen der Interessenabwägung hat die Behörde stets das Interesse der Drittperson am Schutz der Privatsphäre zu berücksichtigen (Art. 1 DSG und Art. 13 BV). Diese privaten Interessen sind im Einzelfall zu gewichten und den öffentlichen

Interessen am Zugang zu amtlichen Dokumenten gegenüberzustellen. Die Gewichtung der privaten Interessen hat anhand der Art der betroffenen Informationen, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Person sowie möglicher Konsequenzen einer Bekanntgabe zu erfolgen. Bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses ist der Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes im Einzelfall zu beachten. Als Kriterium kann die Bedeutung der Materie herangezogen werden; je grösser die politische und

13 Urteil des BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 2.5.2; Urteil des BVGer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E.6.5.1. 14 BVGE 2011/53 E. 8.3.2.

9/12

gesellschaftliche Bedeutung eines bestimmten Aufgabenbereiches ist, desto eher rechtfertigt sich ein Zugang zu den Dokumenten. Zum allgemeinen Interesse an der Verwaltungsöffentlichkeit können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten, die in Art. 6 Abs. 2 VBGÖ beispielhaft aufgezählt werden. So überwiegt das öffentliche Interesse am Zugang, wenn dies dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient wie z.B. der öffentlichen Gesundheit (Bst. b) oder wenn ein besonderes Informationsinteresse der Bevölkerung besteht (Bst. a).¹⁵

E. 34

Das BAG ist den Begehren der Antragsteller, Anonymisierungen nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ vorzunehmen, teilweise gefolgt. Die Personendaten von Verwaltungsmitarbeitenden, welche mit den administrativen Vorarbeiten des Zugangsgesuchs zu tun hatten, schwärzte es ein. Stellen, welche private und nicht mit der verhandelten Angelegenheit in Zusammenhang standen, deckte es ab. Dabei handelt es sich insbesondere um Orts- und Zeitangaben sowie Reisehinweise. Ebenfalls schwärzte es Angaben einer Drittperson ein, welche nicht Gegenstand des Zugangsverfahrens war. Auch deckte es die Namen von Mitarbeitenden des einen Antragstellers, welche in die Verhandlungen involviert waren, ab. Den Namen des Verbandes (einer der Antragsteller) schwärzte es nicht, da ansonsten nicht nachvollziehbar sei, mit wem das BAG verhandelt habe. Zudem sei über die mit der Pharmabranche erzielte Vereinbarung anlässlich einer Medienkonferenz ausführlich berichtet worden, an welcher dieser auch teilgenommen habe. Es sei auch bekannt, dass der Verband in der Folge auch daran beteiligt gewesen sei, dass die Vereinbarung in Bezug auf die Wiederwägungsverfügungen umgesetzt werden konnte. Schliesslich sei allgemein bekannt, dass der Verband die Interessen seiner Mitgliederfirmen auch gegenüber Behörden vertrete. Entsprechend der Rechtsprechung¹⁶ will das BAG den Zugang zu den Kontaktdaten von leitenden Verwaltungsangestellten gewähren. Die Firmenbezeichnung eines betroffenen Unternehmens, schwärzte das BAG nicht, da allgemein bekannt sei, wer welche Arzneimittel vertreiben würde (www.spezialitaetenliste.ch).

E. 35

Der Beauftragte stützt die vom BAG vorgenommenen Abdeckungen gemäss seinem Einschwärvungsvorschlag vom 13. November 2015.

E. 36

Zwischenfazit: Bei der Anonymisierung der fraglichen Personendaten (Art. 9 Abs. 1 BGÖ) beachtete das BAG insgesamt das Verhältnismässigkeitsprinzip und auch die Rechtsprechung betreffend die Anonymisierung von Personendaten von Verwaltungsmitarbeitern.

E. 37

Die Antragsteller sind der Auffassung, dass die teilweise Zugangsgewährung ihre Privatsphäre beeinträchtigen würde. Beim gesamten Schriftverkehr mit dem BAG handle es sich um öffentlich nicht einsehbare resp. erkennbare Handlungen, an welchen ein legitimes Geheimhaltungsinteresse der Antragsteller bestehe, ebenso auch seitens des EDI/BAG. Das gelte auch in Bezug auf die in den Dokumenten enthaltenen Namen der Unternehmen und der Namen der beigezogenen Anwälte. Es handle sich um vertrauliche Informationen, welche im Rahmen des informellen Meinungs austausches und im Zusammenhang mit den hängigen Beschwerdeverfahren ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bestimmt gewesen seien. Weiter sei zu beachten, was auch für Schlichtungsverhandlungen in Zivilprozessen gelten würde. In diesem Rahmen dürften Aussagen der Parteien weder protokolliert noch später im Entscheidungsverfahren verwendet werden (Art. 205 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272). Eine offene Aussprache sei nur möglich, wenn die Parteien nicht riskieren würden, dass allfällig signalisierte Zugeständnisse sich für sie in einem

15 Vgl. dazu eingehend mit Verweis auf die Rechtsprechung Empfehlung EDÖB vom 9. September 2016: BFE / Vollzugsresultate CO₂-Emissionen, Ziffer 37 ff. 16 Urteil des BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1.

10/12

späteren Verfahrens stadium nachteilig auswirken würden. Eine Einigung im damaligen Streit um die Preissenkungen sei nur aufgrund der guten Kontakte zwischen Industrie und dem EDI/BAG möglich gewesen. Falls nun der Zugang gewährt werde, würde die Vertrauensbasis zerstört und ein negatives Präjudiz geschaffen. Mit einer gütlichen Streitbeilegung könne nicht mehr gerechnet werden, da alle Personen mit der Offenlegung der informellen Kommunikation rechnen müssten. Mit anderen Worten habe die Gewährung des Zugangs zu diesen Dokumenten einen erheblichen Einfluss auf künftige Gespräche resp. Kommunikation mit den Behörden im Falle von Rechtsstreitigkeiten. Die Antragsteller könnten künftig keine offene Kommunikation über aktuelle Probleme mehr führen. Es bestehe daher ein erhebliches privates wie öffentliches Interesse daran, dass solche informellen Kontakte und die informell ausgetauschten Informationen geheim blieben. Auch wenn die Streitsache einige Wellen in den Medien geschlagen habe, überwiege das Interesse an der Geheimhaltung.

E. 38

Dieser Auffassung folgt das BAG nicht. Die Situation könne nicht mit dem Zivilprozess verglichen werden. Dies schon allein aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips, welches statuiere, dass Handlungen und Entscheidungen von Bundesbehörden für die Öffentlichkeit nachvollziehbar sein müssten. Dies gelte insbesondere auch im Rahmen von Verwaltungsverfahren. Schon deshalb könne der Geheimnisvorbehalt nicht so weit gehen wie im Zivilprozess. Dem Argument der Antragsteller, es handle sich um informell ausgetauschte Informationen, könne nicht gefolgt werden. Vergleichsverhandlungen könnten nicht als informelle und vollständig unter den Schutz der Privatsphäre fallende Kontakte qualifiziert werden. Aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips könne die Tatsache, dass und worüber verhandelt werde, nicht geheim bleiben. Über das ab dem Jahr 2012 gültige Preismodell für Arzneimittel sei in den Medien mehrmals berichtet worden. Es sei allgemein bekannt, dass einzelne Preissenkungsverfügungen von 2012 angefochten worden

seien. Auch über die Einigung, die das EDI im Frühjahr 2013 mit der Pharmabranche erzielt habe, sei berichtet worden. Der Inhalt der Vereinbarung sei am 12. April 2013 anlässlich einer gemeinsamen Medienkonferenz des Generalsekretariats EDI (GS EDI) bekannt gegeben worden. Die Frage der Festlegung von Arzneimittelpreisen im Kontext der obligatorischen Krankenversicherung werde im Rahmen der Diskussionen um Kostensteigerung im Gesundheitswesen immer wieder diskutiert. Sie sei ohne Zweifel von überwiegendem öffentlichem Interesse. Damit könne die Frage, ob eine mehr als geringfügige Beeinträchtigung der Privatsphäre bestehe, offen gelassen werden. Deshalb sei eine vollständige Verweigerung des Zugangs nicht gerechtfertigt. Den gemäss Öffentlichkeitsgesetz zu berücksichtigenden Geheimhaltungsinteressen könne vorliegend vielmehr mit einer partiellen Zugangsverweigerung Rechnung getragen werden.

E. 39

Vorliegend sind die Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beachten. Demnach untersteht das Verwaltungshandeln grundsätzlich der Transparenz, es sei denn es liege ein Ausnahmegrund vor, so beispielsweise Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, wonach die Geheimhaltung vereinbart werden könnte.¹⁷ Vorliegend liegt keine entsprechende Zusicherung vor, weshalb bereits deshalb diese Ausnahmeregelung nicht anwendbar ist. Vielmehr bleibt die Prüfung, ob die Privatsphäre nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wesentlich beeinträchtigt ist. Diesbezüglich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.

E. 40

Der Beauftragte teilt die Ansicht des BAG, dass die teilweise Veröffentlichung der fraglichen Dokumente nicht mehr als geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenzen für die Betroffenen hat und daher die privaten Interessen nicht besonders gewichtig sind. Dies umso

17 Empfehlung EDÖB vom 9. September 2016: BFE / Vollzugsresultate CO2-Emissionen Grossimporteure, Ziffer 32.

11/12

mehr, als die Antragsteller ihrerseits gegenüber dem Beauftragten nicht nachvollziehbar aufzeigen konnten, inwiefern die Offenlegung der Personendaten die Privatsphäre der Betroffenen mehr als geringfügig verletzt.

E. 41

Der Beauftragte stützt auch die Einschätzung des BAG, wonach ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Zugangsgewährung der fraglichen Dokumente zu bejahen ist. Es besteht ein allgemeines öffentliches Interesse an der Berechenbarkeit und Kontrolle der behördlichen Tätigkeit des BAG. Die Öffentlichkeit soll wissen und nachprüfen können, mit wem das BAG verhandelt und wie behördliche Entscheide zustande kommen. Dies gilt umso mehr, als mit Interessenvertretern in einem Bereich verhandelt wurde, der von grosser gesellschaftlicher und politischer Bedeutung ist. Die Frage der Festlegung von Arzneimittelpreisen im Kontext der obligatorischen Krankenversicherung wird im Rahmen der Diskussion um Kostensteigerungen im Gesundheitswesen immer wieder diskutiert. Es betrifft finanziell jeden Bürger und den Staat. Darüber hinaus ist auch von einem besonderen Informationsinteresse der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a VBGÖ auszugehen. Das BAG informierte zwar speziell mit der Medienmitteilung vom 12. April 2013 über die Verhandlungen und die Einigung mit der Pharmabranche.¹⁸ Die

Medienmitteilung ersetzt aber nicht den Anspruch nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ. Die Öffentlichkeit soll sich selber gestützt auf die primäre Datenquelle ein eigenes Bild machen und die Verwaltungstätigkeit des BAG selber einschätzen können.¹⁹ Mit der Kontrolle durch die Bevölkerung sollen etwa Geheimbereiche im Verwaltungshandeln und damit zusammenhängende Missbräuche und Fehlleistungen verhindert bzw. aufgedeckt werden. So kann kontrolliert werden, wer wie Einfluss auf die Entscheidungen der Verwaltung nimmt. Entgegen der Ansicht der Antragsteller ist vorliegend demzufolge nicht die Geheimhaltung der Dokumente der aussergerichtlichen Verhandlungen von öffentlichem Interesse, sondern die Transparenz. Zudem kann die Transparenz letztlich auch allfälligen Spekulationen Einhalt gebieten.²⁰ Die teilweise Offenlegung der Dokumente stärkt somit das Vertrauen in das Verwaltungshandeln des BAG.

E. 42

Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zu den amtlichen Dokumenten. Die vom BAG vorgenommenen Einschätzungen und Anonymisierungen betreffend den Schutz der Privatsphäre sind entsprechend seinem Einschwärzungsvorschlag vom 13. November 2015 rechtmässig und verhältnismässig.

E. 43

Fazit: Die E-Mail Korrespondenz (BAG-Beilage 4, Beilage 1-6) ist vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario). Der Beauftragte stützt die vom BAG vorgenommenen Anonymisierungen nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ sowie das Resultat der Interessenabwägung betreffend den Schutz der Privatsphäre (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Insgesamt ist die vom BAG beabsichtigte teilweise Zugangsgewährung betreffend dieser Dokumente entsprechend seinem Einschwärzungsvorschlag vom 13. November 2015 rechtmässig und verhältnismässig. III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

E. 44

Das Bundesamt für Gesundheit hält an der Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten (BAG-Ordner Beschwerdeverfahren, Ziffer 9), welche explizit für die Einleitung des

18 Vgl. FN 3. 19 Vgl. Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.2.3.1. 20 Empfehlung EDÖB vom 4. März 2013: VBS / Bericht Feststellungen Kassenrevision, Ziffer 35; Urteil des BGer 1C_390/2012 vom 26. März 2013 E. 3.3.

12/12

Verwaltungsgerichtsverfahrens bzw. unter der Entscheidungskompetenz der Beschwerdeinstanz erstellt wurden, fest. Für den Zugang zu diesen Gerichtsakten gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht (Ziffer 19).

E. 45

Das Bundesamt prüft, ob sog. vorbestehende Verwaltungsdokumente im BAG-Ordner Beschwerdeverfahren bestehen und beurteilt diese auf etwaige Ausnahmen nach Art. 5 und 7-9 BGÖ (Ziffer 22).

E. 46

Das Bundesamt für Gesundheit hält gemäss seinem Einschwärzungsvorschlag vom 13. November 2015 an der teilweisen Zugangsgewährung zur E-Mail-Korrespondenz (BAG-

Beilage 4, Beilage 1-6) fest (Ziffer 43).

E. 47

Die Antragsteller und die Zugangsgesuchsteller können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Gesundheit den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs.1 BGÖ).

E. 48

Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

E. 49

Das Bundesamt für Gesundheit erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

E. 50

In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, still: a. vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern; b. vom 15. Juli bis und mit 15. August; c. vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar. 51. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragsteller sowie die Namen der Zugangsgesuchsteller anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). 52. Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert E.____, und F.____, [Antragsteller], beide vertreten durch D.____

- Einschreiben mit Rückschein (R), teilweise anonymisiert H.____ [Zugangsgesuchsteller]

- Einschreiben mit Rückschein (R) Bundesamt für Gesundheit 3003 Bern

Jean-Philippe Walter

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