



EDÖB-A-483C3401/4

Bern, 19. Juni 2020

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen**

**C
(Antragstellerin nach Art. 13 Abs. 1 bst. c BGÖ vertreten durch D)**

und

Bundesamt für Gesundheit BAG

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Eine Privatperson (Journalist) hat am 20. Februar 2020 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Gesundheit (BAG) Zugang zu «tous les documents en rapport avec la mise sur le marché des produits du tabac à chauffer, en particulier:
 - [Produkt X der Firma A]
 - [Produkt Y der Firma B]
 - [Produkt Z der Firma C]» ersucht.
2. Am 13. März 2020 führte das BAG bei der Firma C (Antragstellerin) eine Anhörung gemäss Art. 11 BGÖ durch. Die Behörde informierte das Unternehmen, dass sie beabsichtige, «den Zugang in eingeschränkter Form zu gewähren» und stellte der Antragstellerin fünf Dokumente mit einem Einschwärvungsvorschlag zur Stellungnahme zu.
3. Am 30. März 2020 nahm die Antragstellerin zur Anhörung Stellung. Sie erklärte sich mit dem Vorschlag des BAG nicht einverstanden und forderte eine vollständige Zugangsverweigerung. Sie machte geltend, dass die Schweigepflicht der Behörde gemäss Art. 42 des früheren Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (aLMG; SR 817.0) eine Ausnahme nach Art. 4 BGÖ bilde. Das aLMG sei für Tabakprodukte noch anwendbar (Art. 72 Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0). Ebenfalls Ausnahmen gemäss Art. 4 BGÖ stellten Art. 6 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 4 der Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV; SR 817.06) dar, welche eine Publikationspflicht der Zulassung neuer Stoffe wie auch der Angaben über die vom Hersteller der Schweiz abgegebenen Tabakerzeugnisse vorsehen. Damit verfüge der Gesuchsteller bereits über die Informationen bezüglich aller «relevanten Parameter der Substanz, die von Ihrem Amt für das [Produkt Z] zugelassen wurde». Diese Bestimmungen hätten Vorrang vor dem Öffentlichkeitsgesetz. Schliesslich informierte die Antragstellerin das BAG, dass «[Produkt Z] per Ende des 3. Quartals 2019 aus unserem Angebot genommen worden ist.»



4. Am 17. April 2020 teilte das BAG der Antragstellerin mit, dass es weiterhin beabsichtige, den Zugang im von ihm angekündigten Umfang zu gewähren. Das Gesuch betreffe «sämtliche mit Ihrem Produkt zusammenhängenden Dokumente [...] [und nicht] nur die mit dem Bewilligungsverfahren gemäss Artikel 6 Absatz 3 Tabakverordnung zusammenhängenden Stoff- und Mengeninformationen.» Nach Ansicht des BAG stehe der Bekanntgabe der verlangten Dokumente weder eine Ausnahme nach Art. 4 BGÖ noch das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entgegen.
5. Am 6. Mai 2020 reichte die Antragstellerin, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein und verlangte die vollständige Verweigerung des Dokumentenzugangs.
6. Die Antragstellerin vertritt erstens die Auffassung, dass die Schweigepflicht von Art. 42 aLMG, welcher die Mitarbeitenden des BAG unterständen, eine Ausnahmebestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ darstelle und der verlangten Zugangsgewährung entgegenstehe.
7. Ferner genüge für die Beantwortung des Zugangsgesuches der Inhalt der Publikation der Bewilligung für den Stoff Kaliumcarbonat gemäss Art. 6 Abs. 3 TabV. Eine Zugangsgewährung zu den gesamten Gesuchsakten sei nicht vorgesehen, «da diese ansonsten im Sinne einer Erweiterung der Publikationsbefugnis explizit in der TabV aufgeführt wäre.» In Anwendung von Art. 6 Abs. 3 BGÖ sei mit «der oben aufgeführten Publikation der Bewilligung und den darin gemachten Angaben [...] der Anspruch aus dem BGÖ [...] schon in angemessener Weise erfüllt.»
8. Weiter beruft sich die Antragstellerin auf die Meldepflicht gemäss Art. 10 TabV. Gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a TabV muss der Hersteller dem BAG jährlich eine Liste der markenspezifisch dem Rohtabak hinzugefügten Stoffe zustellen. Nach Art. 10 Abs. 4 TabV werden diese Angaben anschliessend veröffentlicht. Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die «Angaben» gemäss Art. 10 Abs. 4 TabV nicht den «Listen» gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a TabV entsprechen. Der Begriff «Angaben» sei weniger umfassend als der Begriff «Liste». Daraus müsse abgeleitet werden, dass alle andere Informationen auf der Liste, welche vom Begriff «Angaben» nicht erfasst seien, nicht veröffentlicht, sondern vertraulich behandelt werden müssten: «Eine solche lex specialis geht dem BGÖ vor und verbietet somit die Zugänglichmachung.»
9. Schliesslich macht die Antragstellerin Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ geltend. Insbesondere sei vorliegend das objektive Geheimhaltungsinteresse erfüllt, weil die «Gesuchsunterlagen [...] diverse Unterlagen [enthalten], welche für die Antragstellerin von wirtschaftlichem Wert sind (z.B. toxikologische Analysen, Stoffzusammensetzungen etc.), sodass die Zugänglichmachung der Gesuchsunterlagen einschneidende Auswirkungen auf die Wettbewerbstätigkeit der Antragstellerin haben könnte.» Auch die Schwärzung der Personendaten der Mitarbeitenden der Antragstellerin vermöge den Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin nicht zu gewährleisten.
10. Mit E-Mail vom 7. Mai 2020 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das BAG dazu auf, die betroffenen Dokumente einzureichen. Er informierte die Antragstellerin und das BAG, dass aufgrund der Massnahmen des Bundesrates in Bezug auf Covid-19 das Schlichtungsverfahren schriftlich durchgeführt werde, und gab den Beteiligten Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme.



11. Am 15. Mai 2020 reichte das BAG die betroffenen Dokumente und eine Stellungnahme ein. Das BAG präzisierte darin, dass der Antragstellerin am 11. April 2018 die Stoffzulassung für Kaliumcarbonat erteilt und dies per 17. Juli 2019 im Internet¹ und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert wurde. Der Gesuchsteller interessierte sich «nur für die Dokumente der Tabakhersteller» und nicht für diejenigen des BAG. Weiter teilte das BAG dem Beauftragten mit, dass die im Zugangsgesuch «verlangten Unterlagen im Zusammenhang mit den Produkten [X und Y] der beiden anderen Hersteller [...] dem [Gesuchsteller] durch das BAG [...] geliefert [wurden].»
12. In Bezug auf die Zugänglichkeit der gewünschten Dokumente ist das BAG im Gegensatz zur Antragstellerin der Auffassung, dass «sich bei Artikel 42 aLMG nicht um eine spezialgesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ [handelt].» «Die Schweigepflicht in Artikel 42 aLMG entspricht unseres Erachtens dem Amtsgeheimnis nach Art. 22 BPG. Die explizite Bestimmung steht im LMG, um klar zu stellen, dass andere Personen als Beamte, die Vollzugsfunktionen übernehmen, auch der Schweigepflicht unterliegen (vor allem private Fachleute oder private Firmen). Dies kann aus der Botschaft zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 30. Januar 1989 (BBl 1989 955) entnommen werden.» Das Amtsgeheimnis gehört nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz nicht zu den Spezialbestimmungen gemäss Art. 4 BGÖ.²
13. Betreffend die Relevanz der Publikation der Bewilligung gemäss Art. 6 Abs. 3 TabV ist das BAG der Auffassung, dass dieses Argument für die Prüfung der Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz irrelevant sei.
14. Das BAG erläutert weiter, dass der Gesuchsteller alle Dokumente der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Zulassung ihres Produktes verlangte und nicht nur dessen meldepflichtige Zusammensetzung (Rezeptur). Nur diese könne gemäss Art. 10 TabV an Dritte bekannt gegeben werden. Die weiteren vom Zugangsgesuch erfassten Informationen seien aufgrund des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich. Diese enthalten keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ: «Unseres Erachtens [hat die Antragstellerin] nicht nachgewiesen, inwieweit ihr durch die Bekanntgabe dieser Informationen ein wirtschaftlicher Schaden oder ein Wettbewerbsnachteil entstehen würde. Die Tatsache, dass das Produkt nicht mehr im Angebot der [Antragstellerin] steht, sei auch ein Hinweis dafür, dass «kein wirtschaftlicher Schaden mehr entstehen dürfte.»
15. Die Antragstellerin verzichtete darauf, eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
16. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und des BAG sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

¹ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesuche-bewilligungen/gesuche-bewilligungen-im-bereich-sucht/gesetzliche-vorgaben-tabakprodukte.html> (zuletzt besucht am 17. Juni 2020).

² BBl 2003 1990.



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

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

17. Die Antragstellerin wurde nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Als betroffene Dritte nahm sie an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren teil und ist somit zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
18. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.³ 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.

B. Materielle Erwägungen

19. 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.⁴
20. Gegenstand dieser Empfehlung sind die fünf vom BAG identifizierten Dokumente betreffend die Marktzulassung des Produktes Z mit Einschwärzung der Personennamen im Umfang des vom BAG der Antragstellerin zugestellten Vorschlags. Es ist somit zu prüfen, ob diese Dokumente nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich sind.
21. Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass das Öffentlichkeitsgesetz vorliegend nicht zur Anwendung kommt. Sie erkennt in der in Art. 42 aLMG vorgesehenen Schweigepflicht eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ. Demgegenüber bringt das BAG vor, dass besagte Bestimmung dem Amtsgeheimnis nach Art. 22 BPG entspricht. Da dieses nicht zu den Spezialbestimmungen nach Art. 4 BGÖ gehört, könne auch Art. 42 aLMG keine solche Spezialbestimmung darstellen. Art. 42 aLMG sieht vor, dass alle mit dem Vollzug des Gesetzes beauftragten Personen der Schweigepflicht unterstehen. Der Beauftragte schliesst sich der Argumentation des BAG an und sieht keinen Grund von dieser abzuweichen, zumal die Antragstellerin ihre Ansicht nicht begründet hat.
22. Eine weitere Sonderbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ sieht die Antragstellerin in Art. 10 TabV, insbesondere in der Publikationspflicht gemäss Art 10 Abs. 4 TabV. Das BAG dürfe keine weiteren Angaben bekannt geben, als diejenigen, die zu publizieren sind. Das BAG führt dazu aus, dass die «Angaben» nach Art. 10 Abs. 1 TabV die meldepflichtige Zusammensetzung des jeweiligen Produktes betreffen. Der Gesuchsteller hat hingegen sämtliche Informationen in Bezug auf die Marktzulassung des Produktes Z verlangt, sein Zugangsgesuch geht somit über die in Art. 10 Abs. 1 TabV erwähnten Informationen hinaus. Die Zugänglichkeit dieser Informationen ist nach Ansicht des BAG gemäss Öffentlichkeitsgesetz zu beurteilen.

³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

⁴ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.



23. Nach Ansicht des Beauftragten enthält Art. 10 Abs. 4 TabV eine aktive Informationspflicht der Behörde, welche vom Öffentlichkeitsgesetz nicht geregelt wird (Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 1977). Sie definiert, welche Informationen die Behörde bei Vorliegen der gesetzlichen Vorgaben veröffentlichen muss. Dies schliesst eine zusätzliche Bekanntgabe von Informationen auf Gesuch hin nicht aus, welches nach dem Öffentlichkeitsgesetz beurteilt werden muss. Das Öffentlichkeitsgesetz regelt somit die passive Information und zeichnet sich explizit dadurch aus, dass die gesuchstellende Person mit ihrem Gesuch einerseits Inhalt und Umfang der verlangten Information bestimmt und andererseits, in welcher Form (Dokumenteneinsicht oder eine Auskunft über den Inhalt) sie Zugang zum Dokument wünscht. Es obliegt somit nicht mehr dem freien Ermessen der Behörden, ob und wie sie welche Informationen oder Dokumente offenlegen wollen.⁵ Diese Unterscheidung ist auch für die Frage des Vorliegens einer Spezialbestimmung nach Art. 4 BGÖ von Bedeutung. So hat das Bundesgericht kürzlich in einem Urteil zu Recht festgehalten, dass aus einer Aktivinformativbestimmung nicht gefolgert werden kann, jeder beantragte weitergehende Zugang könne verweigert werden.⁶
24. Die Antragstellerin ist weiter der Auffassung, dass mit Art. 6 Abs. 3 TabV eine dritte Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ vorliegt, welche die Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes ausschliesst. Art. 6 Abs. 3 TabV sieht vor, dass das BAG Stoffe, welche nicht bereits von Art. 6 Abs. 1 TabV erfasst sind, zulassen kann. Solche Bewilligungen werden vom BAG publiziert. Die Veröffentlichung weiterer Angaben würde den abschliessenden Charakter der Publikationsbefugnis gemäss Art. 6 Abs. 3 TabV widersprechen. Das BAG äussert sich in diesem Zusammenhang nur knapp, indem es ausführt, dass dieses Argument für die Prüfung der Zugänglichkeit irrelevant ist. Nach Ansicht des Beauftragten gelten bei der Prüfung dieser Bestimmung die gleichen Überlegungen wie bei der Prüfung von Art. 10 Abs. 4 TabV. Bei Art. 6 Abs. 3 TabV handelt es sich auch um eine aktive Informationstätigkeit der Behörde bei der Zulassung neuer Stoffe. Art. 6 Abs. 3 TabV schliesst nicht aus, dass weitere Informationen veröffentlicht werden können, wenn ein entsprechendes Zugangsgesuch gestellt wird. Für den Beauftragten gelten im Übrigen die gleichen Überlegungen wie im Ziff. 23 dargelegt.
25. Die Zugänglichkeit der in Frage stehenden Dokumente muss somit gemäss Öffentlichkeitsgesetz beurteilt werden. Zu erwähnen ist noch, dass der Vorbehalt in Artikel 4 BGÖ nur für formelle Gesetze, d.h. vom Parlament erlassene generell-abstrakten Vorschriften gilt und nicht für Geheimhaltungsnormen, die durch Verordnung eingeführt wurden.⁷
26. Schliesslich beruft sich die Antragstellerin auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, wonach durch die Bekanntgabe der verlangten Dokumente ihre Geschäftsgeheimnisse offenbart würden. Sie führt aus, dass die gewünschten Unterlagen von wirtschaftlichem Wert seien, sodass deren Zugänglichmachung einschneidende Auswirkungen auf ihre Wettbewerbstätigkeit haben könnte. Demgegenüber bringt das BAG vor, dass die Antragstellerin weder einen wirtschaftlichen Schaden noch einen Wettbewerbsnachteil nachgewiesen habe, zumal das Produkt nicht mehr im Angebot der Antragstellerin steht.

⁵ BRUNNER/MADER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Einl. Rz. 86 ff.; Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 2001; SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheit, IFG, §1 Rz. 255ff., Verlag C.H. Beck, 2. Auflage 2016.

⁶ BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016, E. 4.2.

⁷ COTTIER, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 4, Rz. 7.



27. Als Geschäftsgeheimnis wird in der Rechtsprechung jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse) und welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse). Vom Geheimnisbegriff werden nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.⁸ Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit der betreffenden Informationen wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein. Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der (angehörte) Geheimnisherr.⁹
28. Strittig hier ist das Vorliegen eines objektiven Geheimhaltungsinteresses der Antragstellerin. Der Beauftragte ist mit dem BAG einig, dass aufgrund der bis anhin dargelegten generellen Ausführungen der Antragstellerin nicht erkennbar ist, inwiefern die Offenlegung der gewünschten Dokumente negative Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis bzw. auf die Wettbewerbsfähigkeit der Antragstellerin zur Folge haben könnte. Die Tatsache, dass die verlangten Informationen ein Produkt betreffen, welches nicht mehr verkauft wird, spricht für den Beauftragten ebenfalls dafür, dass diese Informationen für die Produzentin von keinem relevanten wirtschaftlichen Wert sein können. Der Beauftragte ist der Auffassung, dass es der Antragstellerin im Verlaufe des Schlichtungsverfahrens nicht gelungen ist aufzuzeigen, wie die Offenlegung der gewünschten Dokumente nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu Marktverzerrungen führen könnte, welche ihre wirtschaftlichen Interessen erheblich beeinträchtigen würden. Daher ist die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ für die vorliegend betroffenen Dokumente nicht anwendbar.
29. Zusammenfassend gelangt der Beauftragte zum Ergebnis, dass keiner der von der Antragstellerin aufgeführten Ausschlussgründe gegeben ist. Der Zugang zu den verlangten Dokumenten ist gemäss Vorschlag des BAG zu gewähren.

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

30. Das BAG gewährt den Zugang zu den betroffenen Dokumenten entsprechend seinem Einschwärvungsvorschlag (vom 13. März 2020), den es der Antragstellerin am 13. März 2020 zugestellt hatte.
31. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim BAG 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).

⁸ Urteil BGer 1C_299/2019 vom 7. April 2020, E. 3.2.

⁹ Urteil BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. und 4.3.2; Urteil BVerger A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.



32. Das BAG erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
33. Das BAG erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
34. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
35. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
D (als Rechtsvertreter der Firma C)
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Bundesamt für Gesundheit BAG
3003 Bern

Reto Ammann

Alessandra Prinz