

MEMORANDUM

An	Public Eye, Dienerstrasse 12, 8021 Zürich
Von	Markus Prazeller, MLaw, Advokat, LL.M.
Betreff	Einschränkung des BGÖ-Zugangsrechts im Rahmen der KVG-Änderung: Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2
Datum	3. März 2022

A. Auftrag

1. Das vorliegende Memorandum wurde von uns im Auftrag von Public Eye erstellt. Es erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die Weitergabe an Dritte darf nur mit der schriftlichen Zustimmung der Wagner Prazeller Hug AG erfolgen.
2. Das vorliegende Memorandum gibt – nach Darstellung der Ausgangslage (B.) – einen kurssrischen Überblick über die rechtlichen Grundlagen des Zugangsrechts des Öffentlichkeitsgesetzes. Dabei wird insbesondere dargelegt, unter welchen Voraussetzungen das Zugangsrecht eingeschränkt werden kann (C.1.). Sodann äussert es sich zur vom Bundesrat beabsichtigten Einschränkung des Zugangsrecht, wobei die gegenständliche Bestimmung im Gesetzesentwurf rechtlich eingeordnet und anschliessend mit anderen Geheimhaltungsbestimmungen im Bereich der Sozialversicherungen verglichen wird (C.2.). Das Memorandum schliesst mit einer Würdigung (D.).

B. Ausgangslage

3. Am 2. Juni 2020 verfügte die Schweizerische Bundeskanzlei im Bundesblatt das Zustandekommen der eidgenössischen Volksinitiative «Für tiefere Prämien – Kostenbremse im Gesundheitswesen (Kostenbremse-Initiative)» (nachfolgend «Initiative»), welche von der Christlichdemokratischen Volkspartei der Schweiz (heute «Die Mitte») lanciert wurde und verlangt, dass der Bund «in Zusammenarbeit mit den Kantonen, den Krankenversicherern und den Leistungserbringern die Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung so [regelt], dass sich mit wirksamen Anreizen die Kosten entsprechend der schweizerischen Gesamtwirtschaft und den durchschnittlichen Löhnen entwickeln. Er führt dazu eine Kostenbremse ein».¹
4. Der Bundesrat lehnt die Initiative und den von ihr vorgeschlagenen «Mechanismus» zur Kostensenkung als «zu starr» ab und hat im November 2021 einen indirekten Gegenvorschlag zur Initiative vorgelegt, der die Einführung einer Zielvorgabe für das maximale

¹ Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Für tiefere Prämien – Kostenbremse im Gesundheitswesen (Kostenbremse-Initiative)» (Entwurf), BBI 2021 2820.

Kostenwachstum in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zum Gegenstand hat. Der Bundesrat hatte ursprünglich ein deutlich umfassenderes Massnahmenpaket inklusive dem indirekten Gegenvorschlag zur Initiative vorgesehen, welches er im August 2020 in die Vernehmlassung schickte und das diverse Anpassungen des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) und insbesondere eine Einschränkung des Zugangsrechts nach dem Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ; SR 152.3) vorsah («KVG-Änderung: Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2»). Nachdem der Bundesrat vom Vernehmlassungsbericht Kenntnis genommen hatte, entschied er im April 2021, den Vorschlag für eine Zielvorgabe aus dem Paket herauszulösen und diesen alleine als Gegenvorschlag zur Initiative vorzulegen.²

5. Die Massnahmen des Pakets 2 werden indes separat weiterverfolgt und laut Ankündigung des Bundesrates im Rahmen einer entsprechenden Botschaft im ersten Halbjahr 2022 vorgelegt.³
6. Das im Rahmen des zweiten Kostendämpfungspakets vom Bundesrat am 19. August 2020 beschlossene Massnahmenpaket sieht unter anderem die gesetzliche Verankerung von sog. Preismodellen und Rückerstattungen vor und in diesem Zusammenhang die Einschränkung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Gemäss dem vom Bundesrat vorgelegten Änderungserslass⁴ soll das KVG künftig namentlich um folgende Art. 52b und 52c ergänzt werden:

Art. 52b Rückerstattungen

¹ Bei der Festlegung des Preises der Arzneimittel nach Artikel 52 Absatz 1 Buchstabe b kann das BAG, soweit dies für die Einhaltung der Grundsätze nach Artikel 32 erforderlich ist, für die Inhaberinnen der Zulassung die Pflicht vorsehen, einen Teil des Arzneimittelpreises zurückzuerstatten:

- a. dem Versicherer auf dessen Verlangen; oder*
- b. dem Fonds für Rückerstattungen auf Verlangen des BAG.*

² Der Bundesrat kann das EDI ermächtigen, Rückerstattungen nach Absatz 1 in den Listen nach Artikel 52 Absatz 1 Buchstabe a vorzusehen.

³ Er regelt:

- a. die Voraussetzungen, unter denen Rückerstattungen nach Absatz 1 vorgesehen werden können;*

² Medienmitteilung des Bundesrates unter dem Titel „Bundesrat lehnt Kostenbremse-Initiative ab und verabschiedet Gegenvorschlag“, aufrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85812.html>> (zuletzt aufgerufen am 3. März 2022).

³ Bundesamt für Gesundheit (BAG), Mitteilung vom 10. November 2021, abrufbar unter <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/kvg-aenderung-massnahmen-zur-kostendaempfung-paket-2.html>> (zuletzt abgerufen am 3. März 2022).

⁴ Vernehmlassungsunterlagen, KVG-Änderung: Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2, abrufbar unter <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/kvg-aenderung-massnahmen-zur-kostendaempfung-paket-2.html>> (zuletzt abgerufen am 3. März 2022).

- b. die Berechnung und die Modalitäten der Rückerstattung;
- c. die Aufteilung der dem Fonds für Rückerstattung einbezahlten Beträge unter den Versicherten;
- d. die Verwaltungskosten des Fonds für Rückerstattungen.

Art. 52c Ausnahme vom Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Artikel 5 des Öffentlichkeitsgesetzes vom 17. Dezember 2004 wird verweigert, soweit diese die Höhe, die Berechnung oder die Modalitäten der Rückerstattungen nach Artikel 52b betreffen.

7. Im erläuternden Bericht zur KVG-Änderung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2) (nachfolgend «Bericht») wird präzisiert, dass neben der Höhe der Rückerstattung auch deren Berechnung vom Zugang ausgeschlossen werden soll, wozu auch Angaben zur Herleitung und der Festlegung der Rückerstattungen, also die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit bzw. der beiden Preisbildungskriterien (Auslandspreisvergleich und therapeutischer Quervergleich), gehören. Darüber hinaus wird der Zugang zu Informationen betreffend Modalitäten im Zusammenhang mit der Rückerstattung verweigert.⁵
8. Die Einschränkung des Zugangsrechts zu amtlichen Dokumenten in Bezug auf Unterlagen der vorgenannten Rückerstattungen bezeichnet der Bundesrat im Bericht als «unumgänglich» und er begründet diese im Wesentlichen mit folgenden Argumenten⁶:
 - Es könnten nicht alle Rückerstattungen transparent ausgewiesen werden, da sich die Zulassungsinhaberinnen ab einer gewissen Höhe nicht mit der öffentlichen Publikation der Rückerstattungen einverstanden erklären würden. Im Ausland unterständen die effektiv vergüteten Preise bzw. die Höhe der Rückerstattung grosser Geheimhaltung. Es würden deshalb keine effektiv vergüteten Preise von Arzneimitteln publiziert bzw. die tatsächliche Preisfestsetzung in solchen Fällen nicht öffentlich zugänglich gemacht. Auch Schweizer Pharmafirmen seien bereit, tiefere Preise anzubieten, wenn in Ausnahmefällen nur der Höchstpreis bekannt gegeben würde.
 - Das BGÖ stelle mit Art. 7 eine Bestimmung bereit, die es ermögliche, den Zugang unter Berücksichtigung der bestehenden Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse einzuschränken oder ganz zu verweigern. Jedoch habe das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren A-3649/2014 die Anwendung der entsprechenden Bestimmung im Zusammenhang mit der Preisfestlegung eines Arzneimittels *de lege lata* verneint.

⁵ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2) als indirekter Gegenvorschlag zur eidgenössischen Volksinitiative «Für tiefere Prämien – Kostenbremse im Gesundheitswesen (Kostenbremse-Initiative)», S. 74, abrufbar unter <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/kvg-aenderung-massnahmen-zur-kostendaempfung-paket-2.html>> (zuletzt abgerufen am 3. März 2022) [zit. erläuternder Bericht].

⁶ Erläuternder Bericht, S. 35 f.

- Die Mehrheit der Gesuche im Zusammenhang mit Unterlagen von Arzneimitteln der Spezialitätenliste stammten nicht nur von Personen, welche sich über das staatliche Handeln informieren wollten, sondern von Zulassungsinhaberinnen, welche Einsicht in Geschäftsinformationen von konkurrierenden Unternehmen verlangten. Zudem würden über das Zugangsrecht, so der Bundesrat im erläuternden Bericht, vor oder während Rechtsstreitigkeiten Beweisunterlagen gesammelt, womit die Zielsetzung des BGÖ untergraben werde.
- Durch die Einschränkung des Zugangsrechts würden Kosten gespart, indem Aufwendungen im Zusammenhang mit der Behandlung von Gesuchen nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu Arzneimitteln wegfallen würden.

C. Materielles

1. BGÖ-Zugangsrecht

1.1. Allgemeines

9. Das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ; SR 152.3) wurde am 17. Dezember 2004 vom Parlament verabschiedet und am 1. Juli 2006 in Kraft gesetzt. Es soll «die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung fördern» (Art. 1 BGÖ). Die Einführung des BGÖ führte zu einem Paradigmenwechsel in der Informationspolitik des Bundes und löste den bis dahin vorherrschenden Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt ab, indem es auf Bundesebene das Öffentlichkeitsprinzip (sog. Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt) etablierte.⁷
10. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet das Öffentlichkeitsprinzip «*eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden*».⁸ Nach BLECHTA wird mit dem Öffentlichkeitsprinzip der Druck auf die staatlichen Entscheidungsträger erhöht, deren Entscheidungen und deren Grundlagen erleichtert nachvollziehbar sein und überprüft werden könnten, womit im Rahmen der politischen und administrativen Entscheidungsprozesse sog. «*black boxes*» weitgehend eliminiert würden.⁹
11. Das vom BGÖ gewährte Zugangsrecht ist ein subjektives und durchsetzbares Recht, welches jeder Person zusteht und das als Individualrecht nicht an persönliche Voraussetzungen der gesuchstellenden Person anknüpft.¹⁰ Daraus folgt insbesondere, dass die gesuchstellende

⁷ MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in: EHRENZELLER (Hrsg.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St. Gallen 2006, S. 15.

⁸ BGE 133 II 209 E. 2.3.1 m.w.H.

⁹ BSK BGÖ-BLECHTA, Art. 1 N 6.

¹⁰ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuterungen zur Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 24. Mai 2006, Ziff. 1; BSK BGÖ-BLECHTA, Art. 1 N 20.

Person das Vorliegen eines Zugangsinteresses weder nachzuweisen noch glaubhaft zu machen hat¹¹ und ihr Gesuch auch nicht begründen muss¹².

12. Das BGÖ-Zugangsrecht beschränkt sich auf die passive Behördeninformation, verpflichtet Behörden jedoch nicht zur aktiven Information der Öffentlichkeit, die sich – auf Verfassungsebene und in Bezug auf die Regierungspolitik des Bundesrates – aus Art. 180 Abs. 2 BV ergibt.¹³ Das BGÖ regelt den Zugang zu amtlichen Dokumenten (Art. 5 BGÖ). Als amtliches Dokument gilt nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ jede Information, die (i) auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (lit. a), (ii) sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (lit. b) und welche (iii) die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (lit. c). Keine amtlichen Dokumente sind hingegen Dokumente, die durch eine Behörde kommerziell genutzt werden, nicht fertig gestellt sind oder zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind (Art. 5 Abs. 3 BGÖ).

1.2. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich (Art. 2 f. BGÖ)

13. Art. 2 BGÖ regelt den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes und hält fest, dass das BGÖ für die Bundesverwaltung und die Parlamentsdienste (Art. 2 Abs. 1 lit. a und c BGÖ) sowie für Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts gilt, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzlich Verfügungen im Sinn von Artikel 5 [VwVG] erlassen (Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ). Dahingegen unterfallen weder der Bundesrat als Kollegialbehörde noch die Bundesversammlung mit den parlamentarischen Kommissionen dem persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes.¹⁴ Art. 2 Abs. 2 BGÖ nimmt zudem die Schweizerische Nationalbank und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes aus.
14. Den sachlichen Geltungsbereich des BGÖ regelt Art. 3 BGÖ. Ausgangspunkt ist zunächst der Zugang zu amtlichen Dokumenten gemäss Art. 5. BGÖ. Die Umschreibung des sachlichen Geltungsbereichs hat der Gesetzgeber in Form einer Negativ-Liste vorgenommen. Demnach gilt das Gesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten in Justizverfahren (Art. 3 Abs. 1 lit. a BGÖ). Ebenfalls nicht anwendbar ist das Gesetz auf die Einsichtnahme einer Partei in die Akten des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens (lit. b). Davon umfasst werden sowohl die hängigen wie auch die abgeschlossenen Verfahren.¹⁵

¹¹ BRUNNER/MADER, in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Einleitung N. 40.

¹² BSK BGÖ-BLECHTA, Art. 1 N 21.

¹³ Vgl. MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in: EHRENZELLER (Hrsg.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St. Gallen 2006, S. 17.

¹⁴ BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N 9 f.

¹⁵ Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, 1989, Ziff. 2.1.3.

15. Aus der gesetzlichen Negativ-Liste ergibt sich im Umkehrschluss, dass das BGÖ – vorbehaltlich von Art. 4 BGÖ – auf sämtliche nicht in der gesetzlichen Aufzählung erwähnten Bereiche sachlich anwendbar ist.¹⁶

1.3. Vorbehalt von Spezialbestimmungen (Art. 4 BGÖ)

16. Art. 4 BGÖ formuliert einen Vorbehalt von Spezialbestimmungen, welche dem BGÖ vorgehen und damit dessen Anwendung ausschliessen oder einschränken. Die Bestimmung wurde nach der Vernehmlassung vom Bundesrat in den Gesetzesentwurf eingefügt und konkretisiert den Rechtsgrundsatz, wonach spezielle Regeln allgemeinen Regeln vorgehen (*lex specialis derogat legi generali*).¹⁷ Art. 4 BGÖ stellt somit *e contrario* eine Einschränkung des Grundsatzes dar, wonach jüngeres Recht älterem Recht vorgeht (*lex posterior derogat legi priori*), indem die Anwendbarkeit anderer Bundesgesetze, egal ob sie vor oder nach Inkrafttreten des BGÖ erlassen wurden, ausdrücklich festgehalten wird.¹⁸
17. Nach der Botschaft des Bundesrates ist unter dem in Art. 4 BGÖ referenzierten Begriff «Bundesgesetz» ein Gesetz im formellen Sinne nach Art. 163 Abs. 1 BV zu verstehen.¹⁹ Keine Beschränkung des Zugangsrechts zu rechtfertigen vermögen daher Geheimhaltungsbestimmungen auf Verordnungsstufe.
18. Art. 4 BGÖ definiert die entgegenstehenden Spezialbestimmungen als jene Bestimmungen, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (lit. a) oder vom BGÖ abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (lit. b). Solche Geheimhaltungsvorschriften dienen dem Schutz natürlicher und juristischer Personen vor Eingriffen in ihre Privatsphäre sowie dem Schutz des ungestörten Gangs der Verwaltung.²⁰ Mit Blick auf Art. 4 BGÖ stellt COTTIER zudem fest, dass das Bundesrecht diverse Geheimhaltungsnormen beinhaltet, welche auf den Schutz wichtiger öffentlicher Interessen wie der Landesverteidigung oder der inneren Sicherheit ausgerichtet sind, hauptsächlich aber den Schutz von Informationen aus der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger schützen sollen.²¹ Die Einschränkung des Zugangsrechts soll mit andere Worten insbesondere nur dort erfolgen, wo private Interessen (oder überwiegende Staatsinteressen) dem Zugangsrecht entgegenstehen, was im Übrigen auch dem Konzept von Art. 7 BGÖ (Ausnahmen des Zugangsrechts) entspricht.

¹⁶ BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 3 N. 1.

¹⁷ COTTIER, in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Einleitung N. 40; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 4 N 2.

¹⁸ BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 4 N 2.

¹⁹ Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, 1989, Ziff. 2.1.4.

²⁰ BSK StGB II-OBERHOLZER, Art. 320 N.1.

²¹ COTTIER, in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Einleitung N. 40; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 4 N 9 unter Hinweis auf konkrete Geheimhaltungsinteressen.

19. Die leichtfertige Annahme einer Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ (oder der leichtfertige Erlass neuer Spezialbestimmungen) führt demgegenüber zu einer Aushöhlung des Öffentlichkeitsprinzips und steht im Widerspruch zur Zweckbestimmung in Art. 1 BGÖ, wonach die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung gefördert werden soll. In diesem Kontext dürfte auch BGE 146 II 265 zu lesen sein, mit dem das Bundesgericht einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufhob, wonach es sich bei Art. 10 Abs. 4 i.V.m. Art. 12 des Bundesgesetzes über die Produktesicherheit (PrSG; SR 930.11) um eine spezialgesetzliche Grundlage handle, die dem Öffentlichkeitsgesetz nach Art. 4 BGÖ vorgehe. Die genannten Bestimmungen sehen im Wesentlichen vor, dass die Vollzugsorgane die Bevölkerung vor gefährlichen Produkten warnen und ihre Informationen über die Gefährlichkeit bestimmter Produkte und über die getroffenen Massnahmen öffentlich zugänglich machen, darüber hinaus aber einer Schweigepflicht unterliegen. Das Bundesgericht stellte klar, dass die genannten Bestimmungen nicht als *lex specialis* zum BGÖ-Zugangsrecht aufgefasst werden können und aus dem Umstand, dass die Botschaft eines nach dem Inkrafttreten des BGÖ erlassenen Gesetzes keine Hinweise zur Koordination mit dem BGÖ enthält, nicht geschlossen werden könne, dass die Geltung des BGÖ eingeschränkt werden soll.²² In Bezug auf die gesetzliche Schweigepflicht in Art. 12 PrSG hielt das Bundesgericht fest, dass diese nicht über das allgemeine Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis hinausgehe.²³
20. Unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung enthalten insbesondere folgende Bundesgesetze eine Beschränkung des Zugangsrechts nach Art. 4 BGÖ, wobei die nachfolgende Aufzählung²⁴ keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt:
- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1);
 - Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (NDG; SR 121);
 - Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11);
 - Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG; SR 642.21);
 - Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG; SR 641.10);
 - Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (MWSTG; SR 641.20);
 - Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14);
 - Bundesstatistikgesetz (BstatG; SR 431.01);
 - Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG; SR 817.0);

²² BGE 146 II 265 E. 5.2.1.

²³ BGE 146 II 265 E. 5.2.2.

²⁴ Schriftliche Auskunft des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) vom 6. September 2021 an Public Eye, welche dem Verfasser zur Verfügung gestellt wurde.

- Bundesgesetz über die Bundesversammlung (ParlG; SR 171.10);
 - Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (RAG; SR 221.302);
 - Eisenbahngesetz (EBG; SR 742.101);
 - Bundesgesetz über Seilbahnen zur Personenbeförderung (SebG; SR 743.01);
 - Bundesgesetz über die Personenbeförderung (PBG; SR 745.1);
 - Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt (BSG; SR 747.201);
 - Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0);
 - Bundesgesetz über die Erfindungspatente (PatG; SR 232.14);
 - Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (Covid-19-SBüG; SR 951.26).
21. Nach den Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft zum BGÖ soll es sich zudem auch bei den Schweigepflichtnormen des Sozialversicherungsrechts um Spezialbestimmungen i.S.v. Art. 4 BGÖ handeln.²⁵ Zu nennen ist diesbezüglich beispielhaft Art. 33 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1), wonach Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren haben. Die in der Botschaft transportierte Auffassung steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das Art. 33 ATSG nicht als Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ qualifiziert. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts dient die erwähnte ATSG-Bestimmung hauptsächlich dem Persönlichkeitsschutz der versicherten Person, weshalb in Art. 33 ATSG eine Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes in Art. 28 ZGB zu sehen ist. Diese gilt in Bezug auf Informationen, welche keine Daten eines Versicherten betreffen, nicht als Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ, was gemäss Bundesverwaltungsgericht auch für die entsprechende Bestimmung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20) zu gelten hat.²⁶
22. Im Weiteren sind auch in den Artikeln 61 und 62 des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG, SR 812.21) keine Spezialbestimmungen i.S.v. Art. 4 BGÖ zu erblicken. Dies ergibt sich aus einer kürzlich ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtes.²⁷

²⁵ Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, 1989, Ziff. 2.1.4.

²⁶ Urteil (des BVGer) A-5111/2013 vom 6. August 2014 E. 4.1 ff.

²⁷ Urteil (des BGer) 1C_562/2017 vom 2. Juli 2018 E. 3.2.

1.4. Beschränkung des Zugangs aufgrund vorgehender Interessen (Art. 7 BGÖ)

23. Im Gegensatz zu Art. 2 f. BGÖ wird der Geltungsbereich des BGÖ durch Art. 7 BGÖ nicht beschränkt. Nach der vorherrschenden Auffassung hat der Gesetzgeber bei der Formulierung der Ausnahmen in Art. 7 Abs. 1 BGÖ eine konkrete Interessensabwägung bereits vorweggenommen, indem er die Ausnahmen, die zur Einschränkung des Zugangsrechts führen, abschliessend aufgezählt hat.²⁸ Die Behörde hat sich auf die Beantwortung der Frage zu beschränken, ob durch die Gewährung des Zugangs ein (ernsthaftes) Schadensrisiko bezüglich der infrage stehenden Interessen besteht; eine Interessensabwägung darf dagegen nicht vorgenommen werden.²⁹ Dies hält die Gerichte jedoch nicht ab, bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Einschränkung des Zugangsrechts zuweilen eine konkrete Interessensabwägung vorzunehmen.³⁰ Eine Interessensabwägung vorzunehmen ist hingegen bei der Beurteilung von Art. 7 Abs. 2 BGÖ, wonach der Zugang beschränkt wird, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann.
24. Mit der (abschliessenden) Aufzählung in Art. 7 Abs. 1 BGÖ werden – neben öffentlichen Interessen wie der behördlichen Meinungsbildung und den staatlichen Sicherheitsinteressen – auch Interessen Privater geschützt. So hält Art. 7 Abs. 1 BGÖ mit lit. g auch eine Bestimmung bereit, die das Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis schützt. Gestützt auf lit. h kann schliesslich der Zugang zu Informationen beschränkt werden, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat.

2. Einschränkung des Zugangsrechts im Rahmen der KVG-Revision

2.1. Allgemeines

25. Wie vorstehend in Rz. 6 hiervoor ausgeführt, sieht das im August 2020 vom Bundesrat beschlossene Massnahmenpaket die gesetzliche Verankerung von sog. Preismodellen und Rückerstattungen vor und damit einhergehend, gewissermassen als flankierende Massnahme, eine Einschränkung des BGÖ-Zugangsrechts. Nach Art. 52c E-KVG wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten i.S.v. Art. 5 BGÖ verweigert, «soweit diese die Höhe, die Berechnung oder die Modalitäten der Rückerstattungen nach Artikel 52b betreffen».
26. Die Einschränkung des Zugangsrechts erachtet der Bundesrat, wie er im erläuternden Bericht ausführt, für «unumgänglich». Bezüglich der vom Bundesrat angeführten Gründe ist auf Rz. 8 hiervoor zu verweisen.

²⁸ BSK BGÖ-HÄNER/STEIMEN, Art. 7 N. 3; Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, 2006, Ziff. 2.2.2.1.

²⁹ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 N. 4; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 4 N 9 m.w.H. auf konkrete Geheimhaltungsinteressen; BSK BGÖ-HÄNER/STEIMEN, Art. 7 N 3 f.

³⁰ Vgl. BGer 1C_462/2018 vom 17. April 2019, E. 5.1; KÄMPFER, Strenge Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsprinzip festigt sich, Medialex 02/2020, 4. März 2020, <<https://doi.org/10.52480/ml.20.6>, N. 31> (zuletzt aufgerufen am 3. März 2022).

2.2. Rechtliche Einordnung von Art. 52c E-KVG

27. Im erläuternden Bericht des Bundesrates finden sich keine Hinweise zur rechtlichen Einordnung der Beschränkung des Zugangsrechts nach Art. 52c E-KVG.
28. Der Systematik des Öffentlichkeitsgesetzes (vgl. insbesondere Rz. 9 ff. hiervor) sowie dem Wortlaut der Bestimmung folgend handelt es sich bei Art. 52c E-KVG um eine Spezialbestimmung gemäss Art. 4 BGÖ, welche eine (umfassende) Zugangsbeschränkung zu amtlichen Dokumenten betreffend die Höhe, die Berechnung oder die Modalitäten der Rückerstattungen nach Artikel 52b stipuliert und solche Dokumente mithin als geheim i.S.v. Art. 4 lit. a BGÖ qualifiziert.
29. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass dem Erlass und der Anwendbarkeit einer Spezialbestimmung i.S.v. Art. 4 BGÖ *prima vista* keine rechtlichen Gründe entgegenstehen, sofern die entsprechende Bestimmung im Rahmen des verfassungsmässig und gesetzlich vorgeschriebenen Legiferierungsprozess erlassen worden ist und die Bestimmung darüber hinaus in ein Gesetz im formellen Sinne nach Art. 163 Abs. 1 BV aufgenommen wurde (vgl. Rz. 17 hiervor). Es steht dem Gesetzgeber mit anderen Worten frei, eine zugangsbeschränkende Bestimmung wie Art. 52c ins Bundesgesetz über die Krankenversicherung aufzunehmen und damit der Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips zur Anwendung zu verhelfen. Damit ist freilich nicht gesagt, dass die umfassende Einschränkung aus rechtlich nachvollziehbaren Gründen erfolgt.

2.3. Andere zugangsbeschränkende Bestimmungen im Bereich der Sozialversicherung

30. Im Bereich der Sozialversicherungen und des Heilmittelrechts finden diverse Bestimmungen, welche den betreffenden Behörden Geheimhaltung auferlegen und damit u.U. geeignet sein könnten, als *lex specialis* zum Öffentlichkeitsgesetz das BGÖ-Zugangsrecht einzuschränken. Diesbezüglich wird insbesondere verwiesen auf die einschlägige Bestimmung im ATSG, im UVG sowie im HMG. Wie in Rz. 21 f. hiervor aufgezeigt, sieht die Rechtsprechung in den gegenständlichen Bestimmungen der vorgenannten Bundesgesetze – zumindest in Bezug auf Dokumente, welche keine Informationen von Versicherten enthalten – keine Spezialbestimmungen i.S.v. Art. 4 BGÖ vor.
31. Spezialbestimmungen, welche dem BGÖ vorgehen, finden sich hingegen primär im Bereich der öffentlichen Sicherheit sowie in der Steuergesetzgebung (vgl. Rz. 20 hiervor).

2.4. Kritik in der Vernehmlassung

32. Im Vernehmlassungsbericht wird die Einschränkung des Zugangsrechts nur von einzelnen Vernehmlassungsteilnehmenden thematisiert.
33. Von den Kantonen stellt sich der Kanton Thurgau gegen die Einschränkung des Zugangsrechts, indem er ausführt, dass der Grundsatz der Transparenz verlangt, dass auch die

Genehmigungspraxis des BAG nachvollziehbar sein müsse, da gerade in diesem sensiblen Bereich ansonsten keine Möglichkeit bestünde, die Zulassungspraxis öffentlich zu überprüfen.³¹ Von den politischen Parteien hat sich insbesondere die Sozialdemokratische Partei der Schweiz gegen die Einschränkung des Zugangsrechts geäußert.³² Kritik an Art. 52c E-KVG äusseret auch der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB), der in der Einschränkung des Zugangsprinzips einen äusserst problematischen «Präzedenzfall der Kapitulation vor privatwirtschaftlichen Interessen» sieht.³³

34. Kritik äusserte auch der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB), der sich im Rahmen der Ämterkonsultation gegen die Beschränkung des Zugangsrechtes betreffend Preismodelle bei Arzneimitteln aussprach. Nach Ansicht des EDÖB besteht ein «breit abgestützter Konsens nach Kostentransparenz im Gesundheitswesen», weshalb es «unabdingbar» sei, dass sowohl die Bevölkerung als auch Mitbewerberinnen weiterhin die Möglichkeit haben, die Genehmigungspraxis des BAG «umfassend nachvollziehen und kontrollieren zu können».³⁴ Diesen Ausführungen ist der Bundesrat nicht gefolgt, wurde doch der gegenständliche Art. 52c E-KVG in den Gesetzesentwurf aufgenommen.

D. Würdigung

35. Der Bundesrat beabsichtigt mit Art. 52c E-KVG eine umfassende Einschränkung des BGÖ-Zugangsrechts betreffend die Höhe, die Berechnung oder die Modalitäten von Rückerstattungen i.S.v. Art. 52b E-KVG. Darin ist nach der hier vertretenen Auffassung eine systemwidrige Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips zu erblicken. Dieser Schluss drängt sich insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes auf, dass andere Bundesgesetze im Bereich der Sozialversicherungen keine Spezialbestimmungen i.S.v. Art. 4 BGÖ enthalten.
36. Als wenig überzeugend erweist sich das Argument des Bundesrates, wonach die Mehrheit der Zugangsgesuche nicht von Personen gestellt würden, die sich über staatliches Handeln informieren wollen, sondern von konkurrierenden Unternehmen stamme, die über das BGÖ-Zugangsrecht vor oder während Rechtsstreitigkeiten Beweise sammeln würden. Der Bundesrat verkennt, dass es sich beim BGÖ-Zugangsrecht um einen Individualanspruch handelt, der nicht an bestimmte Merkmale geknüpft werden kann. Das Abstellen auf die Identität der gesuchstellenden Partei widerspricht dem Öffentlichkeitsprinzip und darf daher bei Beurteilung der Einschränkung des Zugangsrechts keine Rolle spielen, zumal auch konkurrierende

³¹ Regierungsrat des Kantons Thurgau, Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2) vom 17. November 2020, S. 3.

³² Bundesamt für Gesundheit (BAG), Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung: Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2, Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, S. 32.

³³ Schweizerischer Gewerkschaftsbund (SGB), Vernehmlassung Teilrevision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung betreffend Massnahmen zur Kostendämpfung (Paket 2) vom 21. Oktober 2020, S. 6.

³⁴ Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), 27. Tätigkeitsbericht 2019/20, S. 75.

Unternehmen ein legitimes Zugangsrechtsinteresse haben können. Die Einschränkung des Zugangsrechts mit Verweis auf die Identität der gesuchstellenden Partei überzeugt daher nicht. Zudem übersieht der Bundesrat, dass das Öffentlichkeitsgesetz gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 3 BGÖ bereits *de lege lata* nicht anwendbar ist auf amtliche Dokumente des Justizverfahrens i.S.v. Art. 3 Abs. 1 BGÖ, weshalb die entsprechenden Ausführungen im erläuternden Bericht (Zugangsgesuche zur Beweismittelbeschaffung) in ihrer Allgemeinheit nicht nachvollziehbar sind.

37. Anlass zur Kritik gibt sodann die Tatsache, dass der Bundesrat bei der Begründung der gesetzlichen Ausnahme offenbar nicht primär auf rechtliche Interessen abstellt, sondern sich von politischen Zielen leiten lässt. So sollen über die Massnahme der Zugangsbeschränkung offensichtlich wirtschaftliche Anreize geschaffen werden, wird doch im erläuternden Bericht ausgeführt, dass die Zulassungsinhaberinnen mit der öffentlichen Publikation der Rückerstattungen nicht einverstanden seien, sofern diese eine gewisse Höhe übersteigen würden. Damit wird nicht nur auf Kosten der Transparenz und des Öffentlichkeitsprinzips Wirtschaftspolitik betrieben, sondern es wird darüber hinaus mittels Geheimhaltungsbestimmungen in den Wettbewerb eingegriffen, was zumindest in einem gewissen Widerspruch zum Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (Art. 1 KG) steht. Gerade im Bereich der Sozialversicherungen, in dem erhebliche Kosten für den Staat und die Versicherten anfallen, erscheint es nicht adäquat, die Transparenz der Verwaltung auf der Grundlage von wirtschaftspolitischen Steuerungsinteressen einzuschränken, zumal sich der Gesetzgeber beim Erlass von Spezialbestimmungen i.S.v. Art. 4 BGÖ bisher – soweit ersichtlich – nicht von vergleichbaren Überlegungen hat leiten lassen. Im Bereich der Sozialversicherungen und ihrer Finanzierung ist es m.E. von entscheidender Bedeutung, dass das Handeln des Staates transparent verfolgt und überprüft werden kann. Die gesetzliche Etablierung einer Zugangsbeschränkung käme demnach einem problematischen Präzedenzfall gleich und liefe der Zielsetzung des Öffentlichkeitsprinzips entgegen.
