

Iris Sidler

Ungelöster Interessenkonflikt zwischen BGÖ, DSG und FIFG

Weiterführende Überlegungen und Lösungsansätze zum Bundesgerichtsurteil «Schweizerischer Nationalfonds» (BGer, sic! 2021, 66 ff.)

Dem Urteil des BGer «Schweizerischer Nationalfonds» liegt ein Sachverhalt zugrunde, bei dem es um einen Konflikt geht zwischen dem öffentlichen Interesse an einer transparenten und vertrauenswürdigen Verwaltung (BGÖ) und dem privaten Interesse am Schutz von Personendaten (DSG). Ein solcher Interessenkonflikt taucht jeweils auf, wenn Personendaten, die durch das DSG geschützt sind, in Dokumenten enthalten sind, welche dem BGÖ und somit dem Öffentlichkeitsprinzip unterstehen. Sowohl das BGÖ als auch das DSG enthalten Regeln zu diesem Interessenkonflikt.

Zudem enthält das für den Schweizerischen Nationalfonds SNF einschlägige FIFG einen Absatz zum Schutz der Namen der Gutachter (Art. 13 Abs. 4 FIFG, Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und der Innovation).

In welchem Verhältnis stehen diese unterschiedlichen Regeln des BGÖ, DSG und FIFG zueinander? Das BGer löst den vorliegenden Interessenkonflikt im Urteil «Schweizerischer Nationalfonds» nicht.

Dieser Diskussionsbeitrag versucht einen Weg bzw. drei Schlüsselemente aufzuzeigen, mit welchen der Interessenkonflikt gelöst werden kann.

L'arrêt du Tribunal fédéral «Fonds national suisse» met en évidence l'existence d'un conflit entre l'intérêt public à une administration fédérale transparente et fiable (loi sur la transparence, LTrans) et l'intérêt privé à la protection des données personnelles (loi fédérale sur la protection des données, LPD). Un tel conflit d'intérêts se produit lorsque des données personnelles protégées par la LPD sont mentionnées dans des documents relevant de la LTrans et, partant, du principe de la transparence. Tant la LPD que la LTrans contiennent des règles relatives au conflit d'intérêts.

En outre, la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI), pertinente pour le Fonds national suisse (FNS), comprend un alinéa concernant la communication des noms des experts (art. 13 al. 4 LERI).

Il convient dès lors de s'interroger sur le rapport entre les différentes règles en vigueur inscrites dans la LTrans, la LPD et la LERI. Sur ce point, le Tribunal fédéral n'a apporté aucune solution dans son arrêt «Fonds national suisse».

La présente discussion cherche à définir une approche, soit trois éléments clés susceptibles de résoudre le conflit d'intérêts susmentionné.

I. Wortlaut der Gesetze

1. BGÖ
2. DSG
3. FIFG

II. Einordnung der unterschiedlichen Gesetze gemäss Vorinstanz

III. Kritik an den Entscheiden der Vorinstanz

1. Kritik des BGer: BGÖ ist anwendbar
2. FIFG ist widersprüchlich und unklar
3. Art. 13 Abs. 4 FIFG ist verfassungswidrig
4. Legalitätsprinzip
5. Fehlende Interessenabwägung

IV. Drei Schlüsselemente zur Lösung des Interessenkonflikts

1. Erstes Schlüsselement: Analyse der Personendaten

2. Zweites Schlüsselement: Verfassungskonforme Auslegung
3. Drittes Schlüsselement: Interessenabwägung inklusive Anhörung der Betroffenen

V. Ausblick

1. Auf das nDSG
2. Auf den weiteren Verlauf des Verfahrens

Zusammenfassung

I. Wortlaut der Gesetze

Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Wortlaut der Gesetze.

1. BGÖ

Das BGÖ statuiert in Abs. 2 von Art. 7 (Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip), dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wer-

IRIS SIDLER, Rechtsanwältin, Aarau.

den kann, wenn durch den Zugang die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt würde. Ausnahmsweise könne jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen.

Art. 9 BGÖ betrifft den Schutz von Personendaten. Er hält in Abs. 1 fest, dass amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren sind. Für die Fälle, bei welchen eine Anonymisierung nicht möglich ist, verweist Art. 9 Abs. 2 BGÖ auf Art. 19 DSGVO.

2. DSGVO

Art. 19 DSGVO behandelt die Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane. Mit Einführung des BGÖ wurde Art. 19 DSGVO um zwei Absätze erweitert. Davon ist i.c. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO einschlägig (der andere durch das BGÖ eingeführte Art. 19 Abs. 3^{bis} betrifft die Digitalisierung der Verwaltung):

Bundesorgane dürfen im Rahmen der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 auch Personendaten bekannt geben, wenn:

- die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen; und
- an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

Gemäss Art. 19 Abs. 2 DSGVO dürfen Bundesorgane auf Anfrage Name, Vorname, Adresse und Geburtsdatum einer Person bekannt geben, auch wenn die Voraussetzungen von Abs. 1 nicht erfüllt sind, z.B. wenn weder eine Rechtsgrundlage noch eine Einwilligung vorhanden sind.

3. FIFG

Im FIFG wird als eine der Forschungsförderungsinstitutionen auch der SNF gesetzlich geregelt (vgl. Art. 10 i.V.m. Art. 4 lit. a Ziff. 1 FIFG). Art. 9 ff. FIFG legen die Aufgaben, Fördergrundsätze und die Beiträge der Forschungsförderungsinstitutionen fest.

Art. 13 FIFG regelt unter dem Titel «Verfahren und Rechtsschutz» namentlich das Folgende:

¹ Die Forschungsförderungsinstitutionen [wie der SNF] regeln ihre Verfahren für Verfügungen über Beiträge. Diese müssen den Anforderungen nach den Artikeln 10 [Ausstand] und 26–38 [Akteneinsicht, rechtliches Gehör, Verfahrenssprache, gütliche Einigung und Mediation, Eröffnung] des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG) entsprechen.

[...]

⁴ Die Namen der Referentinnen und Referenten und der wissenschaftlichen Gutachterinnen und Gutachter dürfen nur mit deren Einverständnis der beschwerdeführenden Person bekannt gegeben werden.

⁵ Im Übrigen richtet sich das Beschwerdeverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

II. Einordnung der unterschiedlichen Gesetze gemäss Vorinstanz

Somit liegen drei verschiedene Bundesgesetze mit unterschiedlichen Aussagen vor.

Art. 4 BGÖ besagt, dass spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten bleiben, die entweder (a.) bestimmte Informationen als geheim bezeichnen; oder (b.) von diesem Gesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen.

Diese Regelung legt nahe, dass das Spezialgesetz FIFG dem BGÖ vorgeht. Zudem ist das FIFG in der aktuellen Fassung (es wurde totalrevidiert) jünger als das BGÖ und das zurzeit geltende DSGVO (FIFG 2012, BGÖ 2004, DSGVO 1992).

Die Vorinstanz (BVGer vom 4. November 2019, A-6160/2018, E. 4.2 f.) hat denn auch unter Bezugnahme auf ein Präjudiz (BVGer vom 16. Dezember 2014, A-590/2014, E. 11.2) entschieden, dass betreffend die Namen der Gutachter (Begehren 4) Art. 13 Abs. 4 FIFG als *lex specialis* dem BGÖ vorgehe. Zudem führe die historische und teleologische Auslegung des FIFG zum Schluss, dass sich die Geheimhaltung der Namen der Gutachter nicht auf das Gesuchs- und Beschwerdeverfahren beschränke, sondern permanent gelte. Bei Bekanntgabe der Namen der Gutachter bestehe die Gefahr, dass diese unkritisch Stellung beziehen würden, um mit keinem Gesuchsteller in Konflikt zu geraten. Zudem sei der Pool der möglichen Gutachter begrenzt und es sei aufgrund «der engen Beziehungen unter den Wissenschaftlern schwierig, qualifizierte Experten [...] zu finden». Ohne den Schutz der Namen sei die Gewinnung von Gutachtern kaum möglich (BVGer vom 16. Dezember 2014, A-590/2014, E. 11.2.3).

Betreffend die Unterlagen zur Zusammenstellung und Wahl der Leitungsgruppe (Begehren 2) war die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass diese Unterlagen nicht in den Anwendungsbereich des BGÖ fallen, weil es sich bei der Zusammenstellung und der Wahl nicht um hoheitliche Tätigkeiten des SNF i.S.v. Art. 2 Abs. 1 lit. b BGÖ handle (BVGer vom 4. November 2019, A-6160/2018, E. 3.3; mit Verweisen auf BVGer vom 16. Dezember 2014, A-590/2014).

III. Kritik an den Entscheiden der Vorinstanz

Der Entscheid und das Präjudiz der Vorinstanz können aus unterschiedlichen Gründen kritisiert werden.

1. Kritik des BGER: BGÖ ist anwendbar

Das BGER hält im Urteil vom 21. August 2020, 1C_643/2019, «Schweizerischer Nationalfonds» fest, dass das BGÖ auf die Unterlagen zur Zusammenstellung und Wahl der Experten-Gruppe anwendbar ist. Die Ernennung der Gutachter sei Teil des Verwaltungsverfahrens. Die Gutachter hätten aufgrund ihres besonderen Fachwissens eine ähnliche Funktion wie Sachverständige. Dabei zitiert das BGER Art. 12 lit. e und Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 58 f. BZP (E. 3.5).

Art. 12 lit. e VwVG erwähnt die Gutachten von Sachverständigen bei der Feststellung des Sachverhalts, Art. 19

VwVG besagt, dass auf das Beweisverfahren im Verwaltungsverfahren sinngemäss die zitierten Regeln des BZP Anwendung finden. Art. 58 Abs. 1 BZP statuiert, dass für Sachverständige die Ausstandsgründe nach Art. 34 BGG gelten.

Die Bedeutung und die Tragweite des Verweises des BGer auf das VwVG und das BZP bleiben unklar.

Betreffend die Namen der Gutachter lag kein Endentscheid vor, daher musste sich das BGer diesbezüglich nicht äussern.

2. FIFG ist widersprüchlich und unklar

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass die Geheimhaltung der Namen der Gutachter permanent gelte und sich nicht auf das Gesuchs- und Beschwerdeverfahren beschränke (BVGer vom 4. November 2019, A-6160/2018, E. 4.2 f.). Dabei berücksichtigt die Vorinstanz nicht, dass das FIFG in sich widersprüchlich und unklar ist.

Einerseits müssen Forschungsförderungsinstitutionen sicherstellen, dass ihre Verfahren die wesentlichen Bestimmungen des VwVG einhalten, namentlich betreffend Ausstandsgründe (Art. 13 Abs. 1 FIFG i.V.m. Art. 10 VwVG).

Andererseits verunmöglicht Art. 13 Abs. 4 FIFG die Prüfung der Ausstandsgründe durch beschwerdeführende Personen bei fehlendem Einverständnis der Gutachter (gl.A. E. CHRISTOPH, *Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung*, in: V. Boillet/A.-C. Favre/V. Martenet [Hg], *Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève 2020, 206).

Der Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 4 FIFG ist unklar. Der Wortlaut ist eng formuliert und spricht von Bekanntgabe an beschwerdeführende Personen. Gemäss Wortlaut kann dem FIFG daher keine Regelung der Frage, wie bei Einsichtsgesuchen nach BGÖ mit den Namen der Gutachter umzugehen ist, entnommen werden.

3. Art. 13 Abs. 4 FIFG ist verfassungswidrig

Wenn die Gutachter nicht mit der Bekanntgabe ihrer Namen einverstanden sind, haben beschwerdeführende Personen keine Möglichkeit zu prüfen, ob Ausstandsgründe gegen die Gutachter vorliegen, weil ihnen die Namen der Gutachter nicht bekannt gegeben werden. Diesbezüglich verletzt Art. 13 Abs. 4 FIFG den Anspruch auf ein faires Verwaltungsverfahren gemäss Art. 29 BV (gl.A. CHRISTOPH, 206).

Art. 29 BV gewährleistet, dass jede Person Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen (vgl. dazu auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK und A. KLEY, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt. Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art. 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1993, 42 ff., 50 ff.). Aus diesem allgemeinen Anspruch auf ein faires Verfahren werden diverse Einzelansprüche abgeleitet, unter anderem auch der Anspruch auf Unbefangenheit und Unparteilichkeit der Behörde bzw. auf Ausstand eines Behördenmitglieds bei Anschein von Befangenheit oder Voreingenommenheit (vgl.

z.B. G. BIAGGINI, in: *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017, BV 29 N 11 ff., N 15).

4. Legalitätsprinzip

Die Vorinstanz beschränkt die Geheimhaltung der Namen der Gutachter nicht auf das Gesuchs- und Beschwerdeverfahren und dehnt dadurch den Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 4 FIFG über den Wortlaut hinaus aus (BVGer vom 4. November 2019, A-6160/2018, E. 4.2 f.).

Es wird kritisiert, dass dies das Legalitätsprinzip von Art. 5 BV verletze (diese Ansicht vertrat der Beschwerdeführer, er vermochte damit das BVGer jedoch nicht zu überzeugen; BVGer vom 4. November 2019, A-6160/2018, E. 4.3).

5. Fehlende Interessenabwägung

Dem Entscheid der Vorinstanz fehlt eine substantielle Interessenabwägung weitgehend (betreffend Begehren 1 und 4).

Dies ist darauf zurückzuführen, dass das BVGer das BGÖ betreffend die Unterlagen über die Zusammenstellung und die Wahl der Leitungsgruppe (Begehren 1) für nicht anwendbar hielt. Hier hat das BGer nun entschieden, dass das Urteil zu revidieren ist.

Eine substantielle Interessenabwägung fehlt zudem betreffend die Bekanntgabe der Namen der Gutachter (Begehren 4). Hier berücksichtigt das BVGer einseitig nur den verfassungswidrigen Art. 13 Abs. 4 FIFG und weist die Sache zur Einholung des Einverständnisses der Gutachter an den SNF zurück.

Die Vorinstanz nimmt die Interessenabwägung einzig betreffend Begehren 2 vor (Zugang zu den abgelehnten Gesuchen). Der Entscheid der Vorinstanz zum Begehren 2 wurde nicht angefochten (vermutlich hat die Interessenabwägung überzeugt).

Im Entscheid «armasuisse» hat das BVGer entschieden, dass eine Verfügung einer Behörde «rechtsfehlerhaft» ist, wenn sie ein Zugangsgesuch nach BGÖ aufgrund des DSG ablehnt, ohne eine einzelfallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen (BVGer sic! 2016, 660 ff., E. 7, «armasuisse»).

IV. Drei Schlüsselemente zur Lösung des Interessenkonflikts

1. Erstes Schlüsselement: Analyse der Personendaten

Welche Art von Personendaten sind überhaupt betroffen? Sind es sogenannte Stammdaten? Sind es besonders schützenswerte Personendaten? Was ist von den Daten sowieso bereits bekannt? Ist eine Anonymisierung möglich? Die Klärung dieser Fragen ist die Grundlage für das Finden einer sachgerechten Lösung.

Auf welche Personendaten sich Begehren 1 betreffend Zugang zu den Dokumenten über die Zusammenstellung und Wahl der Leitungsgruppe genau bezieht, geht aus den

mir vorliegenden Unterlagen nicht hervor. Das wird im Verlaufe des weiteren Verfahrens zu klären sein.

In Begehren 4 verlangt der beschwerdeführende Verein einzig die Namen der Gutachter, ohne weitere Angaben. Es handelt sich dabei um sogenannte Stammdaten (Art. 19 Abs. 2 DSGVO), nicht um besonders schützenswerte Personendaten. Eine Anonymisierung ist nicht möglich, weil sich das Begehren auf die Namen bezieht.

2. Zweites Schlüsselement: Verfassungskonforme Auslegung

Zwar kennt die Schweiz grundsätzlich keine Rügemöglichkeit bei verfassungswidrigen Bundesgesetzen (Art. 190 BV: Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das BGer und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend). Allerdings sind Bundesgesetze nach Möglichkeit verfassungskonform auszulegen (vgl. z.B. BIAGGINI, BV 190 N 9; zudem gehen die internationalen Menschenrechtsgarantien der EMRK den Bundesgesetzen stets vor, BGE 125 II 417, «PKK-Praxis»).

i. FIFG

Eine Möglichkeit zur verfassungskonformen Auslegung bietet sich, wenn der Wortlaut eines Gesetzes nicht klar ist (vgl. BGE 142 I 135 ff. E. 1.1.1). Das FIFG ist widersprüchlich, somit ist der verfassungskonformen Auslegung den Vorzug zu geben: Art. 13 Abs. 4 FIFG ist nicht anwendbar auf Zugangsverfahren nach BGÖ.

Art. 13 Abs. 1 FIFG i.V.m. Art. 10 VwVG gebietet hingegen, dass die Regeln über den Ausstand beim Treffen oder Vorbereiten einer Verfügung eingehalten werden. Im Entscheid «Schweizerischer Nationalfonds» kommt das BGer zum Schluss, dass «die Ernennung der Leitungsgruppe als Fachgremium [...] Teil des Verfahrens auf Erlass der Verfügung» ist (E. 3.5). Der SNF muss somit die Ausstandsregeln gemäss Art. 10 VwVG bei der Einsetzung von Leitungsgruppen einhalten.

Diese Ausstandsregeln müssen auch für die Gutachter selber gelten, die der Leitungsgruppe angehören. Die Gutachter haben, wie das BGer im Entscheid «Schweizerischer Nationalfonds» ausführt (E. 3.4 f.) und wie auch bereits das BVGer im Präjudiz festhält (BVGer vom 16. Dezember 2014, A-590/2014, E. 11.2.4), einen zentralen Einfluss auf das Evaluationsverfahren. Formell entscheidet zwar der Forschungsrat, aber die Gutachter der Leitungsgruppe haben die Funktion von Sachverständigen im Verfahren und bereiten mit ihrer Expertise die Entscheide des Forschungsrats vor. Wo die Gutachter keine Verfügungen vorbereiten, sondern sich auf andere Weise am Verwaltungsverfahren beteiligen, gelten Art. 12 lit. e und Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 f. BZP über Sachverständige im Verwaltungsverfahren inklusive Verweis auf die Ausstandsregeln gemäss Art. 34 BGG.

Gerade weil der Pool der möglichen Gutachter klein ist und unter den Wissenschaftlern enge Beziehungen bestehen, kann nur mit einer Überprüfung der Ausstandsgründe ge-

währleistet werden, dass das Verfahren objektiv und fair verläuft.

An der Überprüfbarkeit der Ausstandsgründe besteht nicht nur ein individuelles Interesse der Betroffenen, namentlich der abgelehnten Gesuchsteller, sondern auch ein öffentliches Interesse, das den Zweck eines funktionierenden Rechtsstaats und einer transparenten und vertrauenswürdigen Verwaltung verfolgt.

ii. Art. 19 Abs. 2 DSGVO

Die verfassungskonforme Auslegung ist auch beim DSGVO notwendig.

Der Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 DSGVO besagt zwar, dass Bundesorgane auf Anfrage Name, Vorname, Adresse und Geburtsdatum einer Person bekannt geben dürfen, auch wenn die Voraussetzungen von Abs. 1 nicht erfüllt sind, z.B. wenn weder eine Rechtsgrundlage noch eine Einwilligung vorhanden sind. Der Gesetzgeber ist bei dieser Norm davon ausgegangen, dass diese Stammdaten «ohnehin mehr oder weniger bekannt sind» (Botschaft DSGVO, BBl 1988 II 471).

Die Lehre fordert jedoch, dass auch in diesen Fällen eine Interessenabwägung stattfinden sollte (vgl. z.B. C. MUND, Kommentar zum Datenschutzgesetz, Bern 2015, DSGVO N 21). Dem ist zuzustimmen, denn auch der verfassungsmässig garantierte Schutz vor Missbrauch von Personendaten (Art. 13 Abs. 2 BV) darf nur eingeschränkt werden, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht und der Eingriff durch ein überwiegendes Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig ist (Art. 36 BV).

3. Drittes Schlüsselement: Interessenabwägung inklusive Anhörung der Betroffenen

Bei Interessenkonflikten ist die Interessenabwägung zentral für das Finden von sachgerechten Lösungen. Daher sehen sowohl BV 36 Abs. 2 als auch Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO eine solche vor.

Weil sowohl das BGÖ als auch das DSGVO eine Interessenabwägung erfordern, liess das BVGer bisher das genaue Verhältnis der beiden Gesetze offen (BVGer vom 17. Juni 2020, A-4781/2019, E. 8.2).

Auch i.c. ist sorgfältig zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang und dem privaten Interesse am Schutz der Personendaten abzuwägen.

Im Entscheid des BGer vom 2. Dezember 2015, 1C_74/2015, E. 4.2.4, geht das BGer grundsätzlich von einem gesteigerten Informationsinteresse der Öffentlichkeit an den Forschungsvorhaben aus. Durch Schaffung von Transparenz solle insbesondere der Gefahr von Missbräuchen und Ungleichbehandlungen begegnet werden können (i.c. sprach sich das BGer jedoch gegen die Offenlegung der Synopsis und des Gesamtkommentars der jeweiligen Gutachten aus, weil die Offenlegung das berufliche und persönliche Ansehen der Gutachter gefährdet hätte und deshalb das private Interesse am Schutz der Daten überwog, E. 4.2.3–4.2.5).

Im ähnlich gelagerten Fall «Firmenexperten» (BGer, sic! 2016, 671 ff.) hatte das BGer zu beurteilen, ob der Zugang zu Namen von Firmenexperten gewährt werden soll. Die Firmenexperten erfüllen eine wichtige öffentliche Funktion im Rahmen des heilmittelrechtlichen Zulassungsverfahrens. Das BGer hielt fest, dass die vorläufige Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten und dem privaten Interesse am Schutz der darin enthaltenen Personendaten unter Vorbehalt der Anhörung der direkt betroffenen Firmenexperten zugunsten des Zugangsinteresses ausfalle. Dies sei jedenfalls dann so, wenn die Experten eine wichtige Rolle innehaben und der Zugang zu den Namen die Überprüfung der Qualifikationen und Interessenbindungen der Experten erlaube (BGer, sic! 2016, 671 ff. E. 4.1–4.6.4 «Firmenexperten»). Um Sicherzustellen, dass die Firmenexperten bei einer Gewährung des Anhörungsrechts allfällige rechtserhebliche Einwände gegen die Bekanntgabe ihrer Personendaten vorbringen könnten, namentlich mit Bezug auf eine etwaige Beeinträchtigung ihrer beruflichen Stellung, müsse eine Anhörung der Experten im Konsultationsverfahren durchgeführt werden. Ohne Anhörung sei die Interessenabwägung unvollständig (E. 4.6.5–4.6.8).

Eine Anhörung von Firmenexperten, Sachverständigen bzw. Gutachtern ist sinnvoll und notwendig, namentlich um den ebenfalls in der Verfassung verankerten Anspruch auf Schutz vor Missbrauch von persönlichen Daten zu gewährleisten (Art. 13 Abs. 2 BV) sowie um das rechtliche Gehör sicherzustellen (Art. 29 Abs. 2 BV). Betroffene müssen Einwände gegen den Zugang zu ihren Personendaten erheben können. Damit soll weiter sichergestellt werden, dass bei der Interessenabwägung nichts übersehen wird. Zudem entspricht dies dem vom BGÖ vorgesehenen Verfahren. Art. 11 Abs. 1 BGÖ besagt, dass wenn ein Gesuch amtliche Dokumente mit Personendaten betrifft und die Behörde die Gewährung des Zugangs in Betracht zieht, der betroffenen Person Gelegenheit zur Stellungnahme innert zehn Tagen gewährt werden muss.

Im Unterschied zur Anhörung ist die vom BVGer betreffend Begehren 4 angeordnete Einholung des Einverständnisses der Gutachter (gemäss Art. 13 Abs. 4 FIFG) nicht sinnvoll (ausser es wären besonders schützenswerte Personendaten betroffen, vgl. Art. 17 Abs. 2 lit. c DSG). Durch Verweigerung der Einwilligung könnten die Gutachter einseitig ihre Interessen durchsetzen und z.B. die Aufdeckung von Befangenheitsfällen verhindern. Dies trägt nicht zu sachgerechten Entscheiden bei, sondern verunmöglicht im

Gegenteil die angemessene Abwägung der unterschiedlichen Interessen.

Bei der Interessenabwägung ist zudem zu evaluieren, wie gross i.c. der Pool der möglichen Gutachter, die Gefahr der Ablehnung künftiger Aufträge und die Gefahr der unkritischen Stellungnahme ist. Je nach Forschungsgebiet werden diese Überlegungen, die hinter Art. 13 Abs. 4 FIFG stehen, mehr oder weniger relevant sein. Allenfalls lohnt sich auch ein Vergleich zur Ausgangslage beim Einbezug der Firmenexperten im heilmittelrechtlichen Zulassungsverfahren.

V. Ausblick

1. Auf das nDSG

Bekanntlich hat das Parlament Ende September 2020 ein neues Datenschutzgesetz (nDSG) beschlossen, gegen welches noch bis zum 14. Januar 2021 das Referendum ergriffen werden kann (BBl 2020, 7639). Bisher sind keine Bestrebungen für ein Referendum bekannt. Mit einem Inkrafttreten des nDSG kann trotzdem erst im Jahr 2022 gerechnet werden, weil vorher noch die entsprechenden Verordnungen ausgearbeitet werden müssen. Wie wäre die vorliegende Rechtsfrage unter dem nDSG zu beurteilen?

Das nDSG ändert Art. 9 BGÖ und verweist für die Interessenabwägung bei Personendaten neu auf Art. 36 nDSG (für Daten von juristischen Personen wird künftig auf den neuen Art. 57 s des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes verwiesen, BBl 2020, 7677).

Inhaltlich ändert sich jedoch nichts betreffend den hier diskutierten Interessenkonflikt. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG ist neu in Art. 36 Abs. 3 nDSG enthalten, Art. 19 Abs. 2 DSG über die Stammdaten ist neu in Art. 36 Abs. 4 zu finden (BBl 2020, 7657, vgl. hierzu auch die Botschaft zum nDSG in BBl 2017, 7082). Das FIFG erfährt durch das nDSG keine Änderung.

2. Auf den weiteren Verlauf des Verfahrens

Das BVGer teilte mit Einschreiben vom 27. Oktober 2020 mit, dass aufgrund der hohen Arbeitsbelastung der Abteilung I keine verbindliche Angabe darüber gemacht werden kann, wann mit einem neuen Entscheid gerechnet werden kann. Das neue Urteil mit der Verfahrensnummer A-4595/2020 werde zu gegebener Zeit auf der Homepage des BVGer veröffentlicht.

Zusammenfassung

Der Interessenkonflikt zwischen dem Transparenzinteresse des BGÖ und dem Interesse am Schutz von Personendaten des DSG ist im Einzelfall mit einer Interessenabwägung zu lösen – auch im Anwendungsbereich des FIFG.

Die Grundlage einer sachgemässen Interessenabwägung ist die sorgfältige Analyse der involvierten Personendaten.

Für eine vollständige Interessenabwägung ist weiter eine Anhörung der Gutachter gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ erforderlich, jedoch kein Einverständnis der Gutachter gemäss Art. 13 Abs. 4 FIFG (ausser es handle sich um besonders schützenswerte Personendaten, Art. 17 Abs. 2 lit. c DSG).

Das in sich widersprüchliche FIFG ist, wie auch das DSG, verfassungskonform auszulegen. Dies reduziert den Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 4 FIFG. Zudem wird auch bei Stammdaten eine Interessenabwägung gefordert trotz Art. 19 Abs. 2 DSG.

Die vorläufige Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten und dem privaten Interesse am Schutz der Namen der Gutachter fällt prima vista zugunsten des Zugangs aus. Vorbehalten bleiben gewichtige private Gründe gegen die Publikation ihrer Namen, welche die Gutachter im Anhörungsverfahren geltend machen können, oder spezifische Anforderungen des betroffenen Forschungsgebiets.

Résumé

Le conflit d'intérêts entre le souci de transparence de la LTrans et la protection des données personnelles prévue par la LPD requiert une solution au cas par cas au moyen d'une pesée des intérêts, également dans le champ d'application de la LERI.

Une pesée des intérêts adéquate se fonde sur l'analyse rigoureuse des données personnelles concernées.

L'exhaustivité de la pesée des intérêts nécessite en outre d'auditionner les experts conformément à l'art. 11 al. 1 LTrans, sans pour autant que leur accord au sens de l'art. 13 al. 4 LERI ne soit requis – sauf si les experts peuvent faire valoir que les données personnelles les concernant sont particulièrement sensibles (art. 17 al. 2 let. c LPD).

La LERI et la LPD, contradictoires en soi, doivent être interprétées selon la Constitution. Cela réduit le champ d'application de l'art. 13 al. 4 LERI et exige en outre une pesée des intérêts pour les données personnelles de base, nonobstant l'art. 19 al. 2 LPD.

La pesée provisoire entre l'intérêt public à pouvoir accéder à des documents officiels et l'intérêt privé à la protection des noms des experts penche à première vue en faveur d'un accès aux données de l'administration. Demeurent toutefois réservés, d'une part, les motifs privés importants pouvant justifier la non-publication des noms des experts, que ceux-ci peuvent faire valoir lors de la procédure d'audition et, d'autre part, les exigences spécifiques au domaine de recherche concerné.