



Bern, den 5. August 2011

Empfehlung

gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

zum Schlichtungsantrag von

**X
(Antragstellerin)**

gegen

Bundesamt für Landwirtschaft

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Die Antragstellerin (Zeitung) verlangte mit E-Mail vom 22. Januar 2009 vom Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz BGÖ, SR 152.3) Zugang zu den Statistiken der bewilligten Milchmehrmengen des Jahres 2008, aufgeschlüsselt nach Monaten und Verwendungszweck (Milch, Käse, Rahm, Butter, Milchpulver).
- 1.1 Das BLW teilte der Antragstellerin am 10. Februar 2009 mit, dass die einzelnen Milchvertreter die Unterlagen für das Controlling der Mehrmenge je Quartal bereit zu stellen hätten. Es lehnte den Zugang u.a. mit folgender Begründung ab: „Eine quartalsweise Auswertung dieser Daten ohne Angabe der betreffenden Akteure, und – wie von Ihnen gewünscht aufgeschlüsselt nach Produktkategorien – liegt bei uns nicht vor und kann auch nicht ohne grossen Aufwand zusammengestellt werden. Die Verwaltung ist nach BGÖ nicht verpflichtet, für Dritte aus amtlichen Dokumenten Informationen zusammenzufassen und auszuwerten.“
- 1.2 Die Antragstellerin reichte am 3. März 2009 beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag ein.



1.3 An der Schlichtungsverhandlung vom 18. Juni 2009 führte das BLW u.a. aus, dass es 72 so genannte Controlling-Formulare gebe, die zur Kontrolle der 114 vom BLW bewilligten Mehrmengengesuche dienten. Pro Mehrmengenprojekt gebe es ein Controlling-Formular, wobei sich ein Projekt auch auf mehrere bewilligte Mehrmengengesuche von einer Ausstiegsorganisation beziehen könne.

Die Controlling-Formulare mussten vom einzelnen Milchverwerter eingereicht werden und enthalten zusätzlich Angaben zu den Ausstiegsorganisationen (mit denen der Milchverwerter zusammenarbeitete), den bewilligten und den tatsächlich verwendeten Mehrmengen, aufgelistet nach Produkten, welche wiederum nach der so genannten TSM Treuhand GmbH¹ Identifikationsnummer für einzelne Milchprodukte (TSM ID), dem Protein- und Fettgehalt und der Milchäquivalenz unterteilt werden. Gemäss den Weisungen und Erläuterungen zum Vollzug von Art. 12 („Mehrmenge“) der Verordnung über den Ausstieg aus der Milchkontingentierung (SR 916.350.4, nicht mehr in Kraft) mussten mindestens 80 % der Mehrmenge in Milchäquivalenz ins Ausland exportiert werden.²

Die Beteiligten einigten sich darauf, dass das BLW weitere Abklärungen in Bezug auf die Zugänglichkeit der 72 Controlling-Formulare, den Aufwand für die Anonymisierung sowie die zu erwartenden Gebühren vornehme. Auf Vorschlag des Beauftragten verständigten sie sich auf einen teilweisen Zugang, wobei auf den Formularen erwähnte Milchverwerter und Ausstiegsorganisationen, Produkte sowie der TSM ID aus Datenschutzgründen und zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen geschwärzt werden sollten. Nach Ansicht des BLW konnten damit aufgrund der relativ grossen Anzahl der involvierten kleinen und mittleren Milchverwerter und der pro Controlling-Formular bewilligten Mehrmengen keine Rückschlüsse auf einzelne Milchverwerter gezogen werden.

1.4 Mit Schreiben vom 3. Juli 2009 informiert das BLW die Antragstellerin, dass 68 Controlling-Formulare entsprechend der Einigung gegen Gebühr anonymisiert werden könnten. Bei vier Controlling-Formularen müssten wegen möglicher direkter Rückschlüsse alle Eingabefelder abgedeckt werden. Die Antragstellerin antwortete dem BLW am 14. Juli 2009, sie sei bereit, die Gebühr für die 68 Controlling-Formulare zu bezahlen. In der Folge übermittelte das BLW ihr am 10. August 2009 66 Controlling-Formulare und führte aus, dass es inzwischen 67 der 68 Formulare erhalten und bei der Bereitstellung der Dokumente festgestellt habe, dass ein Milchverwerter trotz der an der Einigung vereinbarten Schwärzung noch erkennbar sei. Im Übrigen werde das letzte noch ausstehende Controlling-Formular Nr. 32 der Antragstellerin zugestellt, sobald es vollständig sei.

1.5 Die Antragstellerin antwortete dem BLW am 17. August 2009 u.a., dass ihr gemäss der Einigung vom 18. Juni 2009 die Controlling-Formulare „aller Mehrmengenprojekte“ zustehe und unterbereitete der Behörde Fragen zur Anzahl der bewilligten Gesuche und der Differenz der bewilligten Mehrmengen. Es kam zu einem Schriftenwechsel zwischen dem BLW und der Antragstellerin. Am 3. September 2009 stellte das BLW der Antragstellerin das noch ausstehende, anonymisierte Controlling-Formular Nr. 32 zu.

2. Am 3. November 2009 reichte die Antragstellerin einen zweiten Schlichtungsantrag ein und verlangte Zugang zu den fünf Controlling-Formularen, die das BLW ihr nicht zugestellt hatte.

3. Mit Schreiben vom 30. November 2009 an den Beauftragten führte das BLW u.a. aus, dass eine Anonymisierung dieser fünf Controlling-Formulare nicht möglich sei und „aufgrund der Verwen-

¹ Die TSM Treuhand GmbH ist vom BLW mittels Leistungsvereinbarung u.a. mit der Bearbeitung der Milchproduktionsdaten beauftragt, s. <http://www.tsm-gmbh.ch>

² [Erläuterungen und Weisungen VAMK](#)



dungsangaben der Mehrmengenmilch (d.h. auch aufgrund der blossen Bekanntgabe des Fettanteils respektive des Proteinanteils) für den Branchenkenner ohne Weiteres auf die Produkte der Ausstiegsorganisationen und somit auf die Ausstiegsorganisationen selbst geschlossen werden [kann]. Zusätzlich erleichtert die Sprache der Controlling-Formulare die Zuordnung. Jedermann und insbesondere ein Branchenkenner [...] kann somit die hergestellten respektive die sich noch in der Herstellung befindlichen Produkte der bestimmaren Ausstiegsorganisationen und folglich die Marktstrategien und Geschäftsgänge der Ausstiegsorganisationen erkennen.“ Die Gewährung des Zugangs zu diesen fünf Formularen hätte eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zur Folge, weshalb der Zugang nicht gewährt werden könne.

4. Mit E-Mail vom 20. Dezember 2010 wandte sich die Antragstellerin an den Beauftragten und verwies u.a. auf eine Aussage der zuständigen Departementschefin im Parlament hin, wonach sie für „Transparenz in diesem Bereich“ sei.³ Die Antragstellerin ersuchte den Beauftragten, „dieses Versprechen der Vorsteherin des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement“ bei der Beurteilung des Schlichtungsantrags zu berücksichtigen.
5. An der Schlichtungsverhandlung vom 15. Juni 2011 konnten u.a. die Fragen betreffend die Anzahl der bewilligten Gesuche und dem Total der bewilligten Mehrmengen geklärt werden. Die Beteiligten konnten indes in Bezug auf das weitere Vorgehen betreffend die fünf Controlling-Formulare keine Einigung erzielen.
6. Inhalt der vorliegenden Empfehlung sind lediglich die 5 Controlling-Formulare, die das BLW dem Beauftragten mit Schreiben vom 15. Juni 2011 zugestellt hat.

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

A. Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

1. Gemäss Art. 13 BGÖ kann eine Person einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten einreichen, wenn die Behörde den Zugang zu amtlichen Dokumenten einschränkt, aufschiebt oder verweigert, oder wenn die Behörde innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist keine Stellungnahme abgibt.

Der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrags tätig.⁴ Berechtigt, einen Schlichtungsantrag einzureichen, ist jede Person, die an einem Gesuchsverfahren um Zugang zu amtlichen Dokumenten teilgenommen hat. Für den Schlichtungsantrag genügt einfache Schriftlichkeit. Aus dem Begehren muss hervorgehen, dass sich der Beauftragte mit der Sache befassen soll. Der Schlichtungsantrag muss innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde schriftlich eingereicht werden.

2. Die Antragstellerin hat ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BLW eingereicht und eine ablehnende Antwort erhalten. Als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren ist sie zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt. Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht.

³ Ausserordentliche Session zu Milchpreis und Landwirtschaftspolitik; Amtliches Bulletin AB 2009 N 2101

⁴ BBI 2003 2023



3. Das Schlichtungsverfahren kann auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten stattfinden. Die Festlegung des Verfahrens im Detail obliegt alleine dem Beauftragten.⁵

Kommt keine Einigung zu Stande 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. Sachlicher Geltungsbereich

1. Das Öffentlichkeitsgesetz regelt den Anwendungsfall der so genannten passiven Information. Dabei muss eine Behörde auf Ersuchen einer interessierten Person die gewünschten Informationsdienstleistungen erbringen. Das Öffentlichkeitsgesetz verpflichtet jedoch nicht zur aktiven Information⁶. Die Aussage der Departementschefin im Parlament ist daher für die Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes nicht relevant, und die Antragstellerin kann daraus keine weitergehenden Informationsrechte ableiten.
2. Das BLW verweigert den Zugang zu den fünf Controlling-Formularen aufgrund von Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und zum Schutze von Personendaten der betroffenen Milchverwerter und Ausstiegsorganisationen (Art. 9 BGÖ). Geschäftsgeheimnisse weisen stets einen mehr oder weniger konkreten Bezug zu einer natürlichen oder juristischen Person auf und damit auch zu Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) – eine klare Abgrenzung ist dabei nicht immer einfach. Der Gesetzgeber hat indes im Öffentlichkeitsgesetz die beiden Bereiche in Bezug auf die Interessenabwägung unterschiedlich normiert. Bei den Ausnahmen von Art. 7 Abs. 1 BGÖ hat er diese Abwägung selber vorgenommen und abschliessend jene Fälle festgelegt, in denen das jeweilige öffentliche (Bst. a – f) oder private (Bst. g und h) Interesse dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der Transparenz vorgeht. Wo hingegen Personendaten Dritter betroffen sind, verfügt die Behörde über einen gewissen Ermessensspielraum und kann im Einzelfall zur Ansicht gelangen, dass das öffentliche Interesse am Zugang zu einem amtlichen Dokument jenes des Betroffenen am Schutz seiner Privatsphäre überwiegt (Art. 7 Abs. 2 BGÖ).⁷ Aus verfahrensökonomischen Gründen⁸ wird daher nachfolgend zuerst geprüft, ob die Angaben der zu beurteilenden Controlling-Formulare als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind.
3. Der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen beruht nach *einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos*. Dabei müssen kumulativ zwei Bedingungen gegeben sein: (1.) Das angerufene Interesse wird durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt, und (2.) es besteht ein ernsthaftes Risiko, dass die Beeinträchtigung eintritt. Damit die Ausnahme wirksam wird, muss der Schaden „nach dem üblichen Lauf der Dinge“ mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreffen. Im Zweifelsfall ist der Zugang zu gewähren⁹. Es obliegt der Behörde darzulegen, ob eine Ausnahmeklausel im Sinne des Öffent-

⁵ BBI 2003 2024

⁶ Zur Unterscheidung von aktiver und passiver Information s. [Empfehlung vom 3. April 2009: ESTV / Cockpits und Amtsreportings](#); Ziffer II.B.1ff.

⁷ BBI 2003 2006f.

⁸ Handkommentar BGÖ, Art. 9 RZ 43

⁹ Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 4; BBI 2003 2006, [Empfehlung vom 29. August 2008](#), Ziffer II.B.4; Stephan C. Brunner, Interessenabwägung im Vordergrund, digma 4/2004, S. 162



lichkeitsgesetzes gegeben ist¹⁰.

- 3.1 Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn andernfalls Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden. Die Begriffe „Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis“ sind weder in der Botschaft noch im Öffentlichkeitsgesetz definiert. In der Botschaft wird lediglich ausgeführt, dass das Zugänglichmachen bestimmter Informationen nicht zu einer *Wettbewerbsverzerrung zwischen Marktteilnehmern* führen darf¹¹.
- 3.2 Die Geheimhaltungsnorm bezieht sich indes nicht auf alle Geschäftsinformationen, welche der Verwaltung mitgeteilt werden, sondern nur auf wesentliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würden, dass dem betroffenen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil genommen wird¹². Gemäss dem Bundesgericht sind Geschäftsgeheimnisse: «toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique ni facilement accessible et que son détenteur a un intérêt légitime à garder secrète. Par secrets commerciaux, on entend des informations qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial; il peut s'agir notamment de connaissances relatives à l'organisation, la calculation des prix, la publicité et la production [...]»¹³.
- 3.3 Gemäss Ausführungen des BLW sind bei den hier zu beurteilenden fünf Controlling-Formularen Rückschlüsse auf die einzelnen Milchverwerter selbst dann möglich, wenn die gleichen Abdeckungen wie bei den übrigen 67 Formularen vorgenommen werden (s. o. Ziffer I.1.3). Die Controlling-Formulare betreffen die fünf grössten Milchverwerter der Schweiz. Eine Zuordnung der bewilligten Mehrmengen zu einem oder mehreren Milchverwerter ist daher bereits möglich.
Weiter erlaubt es der Protein- und Fettgehalt, spezifische Produkte (z.B. Pulver mit hoher Einweisskonzentration, bestimmte Käsesorte und die bei ihrer Herstellung anfallenden Bestandteile) zu bestimmen. Aufgrund von hinlänglich bekannten Produktespezialisierungen der Produzenten kann so auf einen konkreten Milchverwerter geschlossen werden.
Insgesamt ist nicht von der Hand zu weisen, dass die auf diesen fünf Controlling-Formularen vorhandenen Angaben – alleine oder in Kombination mit anderen – Rückschlüsse auf einen oder mehrere konkrete(n) Milchverwerter zulassen. Letztlich kann so mittels der bewilligten und tatsächlich verwendeten Mehrmenge auch die Exportmenge eines Milchverwerter eruiert werden, was wiederum Rückschlüsse auf seine Exportstrategien ermöglicht.
- 3.4 Angesichts der Tatsache, dass die verschiedenen Milchverwerter in einer Wettbewerbssituation zueinander stehen, kann nach Ansicht des Beauftragten nicht ausgeschlossen werden, dass die Offenlegung dieser Informationen tatsächlich negative Auswirkungen auf die Marktstrategien des einzelnen haben können. Dadurch kann seine eigene Marktstellung geschwächt bzw. jene seiner Konkurrenten gestärkt werden¹⁴. Letztlich ist die Offenlegung der Angaben dieser fünf Controlling-Formulare geeignet, zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen

¹⁰ A-3269/2010, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2010 Erw. 3.1

¹¹ BBl 2003 2011 f.

¹² Handkommentar BGÖ, Art. 7 RZ 41

¹³ BGE 109 1B 56; Vgl. auch Bundesverfassungsgericht (1BvR2087, 2111//03, C. 2.b.aa), welches zu Geschäftsgeheimnissen zählt: „Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebes massgeblich bestimmt werden.“

¹⁴ [Prof. Dr. iur. Michael Klopfer, Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Juni 2011](#)



den Marktteilnehmern zu führen. Nach Einschätzung des Beauftragten haben diese fünf Milchverwerter daher ein sowohl berechtigtes als auch schutzwürdiges Interesse, diese Informationen nicht zugänglich zu machen. Die Angaben (Produkte, Milchmengen, TSM ID, Protein- und Fettgehalte) auf den Controlling-Formularen der Milchverwerter sind in der vorliegenden Konstellation als Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu qualifizieren.

Das Zugang zu den Controlling-Formularen der fünf Milchverwerter kann gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ verweigert werden.

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

1. Das Bundesamt für Landwirtschaft verweigert den Zugang zu den Controlling-Formularen der fünf Milchverwerter.
2. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Landwirtschaft den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

Das Bundesamt für Landwirtschaft erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Eingang dieses Begehrens (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

3. Gegen die Verfügung kann die Antragstellerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen (Art. 16 BGÖ).
4. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom 15. Juli bis und mit 15. August still. Der Fristenlauf beginnt somit am 16. August 2011.
5. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
6. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - X
 - Bundesamt für Landwirtschaft
3003 Bern

Jean-Philippe Walter