



Bern, 17. Juni 2021

**Empfehlung  
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes  
im Schlichtungsverfahren zwischen  
X  
(Antragsteller)  
und  
Bundesamt für Gesundheit BAG**

**I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

1. Im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung haben die Tarifpartner per 1. Januar 2004 die Tarifstruktur TARMED eingeführt<sup>1</sup>. Dabei handelt es sich um einen Einzelleistungstarif für ambulante ärztliche Leistungen im Sinne von Art. 43 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10), der vorsieht, dass Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen müssen. Zuständig für die Genehmigung der Tarifverträge ist der Bundesrat, welcher prüfen muss, ob der jeweilige Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG). Dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) als zuständige Behörde obliegt die Prüfung der Tarifstruktur.
2. Die Tarifpartner curafutura und Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) reichten am 12. Juli 2019 dem Bundesrat einen Antrag zur Genehmigung der Tarifstruktur TARDOC Version 1.0 ein, welche den aktuell gültigen TARMED ersetzen soll. Am 25. Juni 2020 unterbreiteten die Tarifpartner dem Bundesrat die Tarifstruktur TARDOC Version 1.1, welche grundlegende Anpassungen der Version 1.0 enthält.<sup>2</sup> Als Rückmeldung liess das BAG den Tarifpartnern seinen Bericht vom 19. November 2020 «Tarifstruktur TARDOC 1.0 und 1.1: Ergebnisse der formellen und materiellen Prüfung» zukommen, welcher eine Beurteilung der Versionen 1.0 und 1.1 und entsprechende Anpassungsempfehlungen enthält. Aufgrund dieser Rückmeldungen wurden von den Tarifpartnern weitere Arbeiten an der Tarifstruktur vorgenommen und am 30. März 2021 wurde dem BAG eine weitere angepasste Version TARDOC 1.2 eingereicht. Der Bundesrat hat bisher zu keiner der eingereichten Versionen von TARDOC einen Entscheid getroffen.
3. Der Antragsteller (Unternehmen) hat am 26. Januar 2021 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim BAG um Zugang zum ausführlichen «Bericht (Prüfbericht) des Bundesrates betreffend die Prüfung der Erfüllung der Bedingungen der Gesetzeskonformität sowie des Gebots der Wirtschaftlichkeit

<sup>1</sup> [Tarifsystem TARMED \(admin.ch\)](#) besucht letztmals am 14. Juni 2021.

<sup>2</sup> [Tarifstruktur TARDOC muss neu beurteilt werden \(admin.ch\)](#) besucht letztmals am 14. Juni 2021.



und Billigkeit betreffend die Tarifstruktur TARDOC» ersucht (erstes Zugangsgesuch). Der Antragsteller wies darauf hin, dass genannter Bericht in der Antwort auf eine Frage von Frau Nationalrätin Prisca Birrer-Heimo in der Wintersession 2020 (Frage 20.6007)<sup>3</sup> von Bundesrat Alain Berset erwähnt wurde.

4. Am 9. Februar 2021 schob das BAG den Zugang zum 90-seitigen Bericht des BAG vom 19. November 2021 «Tarifstruktur TARDOC 1.0 und 1.1: Ergebnisse der formellen und materiellen Prüfung» ohne Angabe einer zeitlichen Frist auf. «Nach Artikel 8 Absatz 2 BGÖ dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist. Vorliegend wird dies der Entscheid des Bundesrates als zuständige Genehmigungsbehörde über die Genehmigungsfähigkeit der Tarifstruktur TARDOC sein. Weil dieser derzeit noch ausstehend ist, kann das Dokument zum jetzigen Zeitpunkt nicht zugänglich gemacht werden. Sobald der Bundesrat einen Entscheid in der Sache gefällt hat, werden wir die Bearbeitung Ihres Gesuches aufnehmen.» Weiter machte das BAG den Antragsteller darauf aufmerksam, «dass das Dokument Personendaten von Drittpersonen (Art. 11 Abs. 1 BGÖ) sowie Berufs-, Geschäfts-, oder Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) enthalten kann. Dementsprechend sind allfällig Betroffene vor einem Zugang anzuhören.»
5. Am 3. März 2021 reichte der Antragsteller einen (ersten) Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Der Antragsteller ist der Auffassung, dass «[d]as Argument des Aufschubs [...] nicht [sticht], da der politische Prozess im Zusammenhang mit Tardoc Jahre dauert und es dabei verschiedene Etappen gibt, die teilweise bereits abgeschlossen sind. So liegen etwa verschiedene Tarifversionen vor. Zudem ist es für die Öffentlichkeit von vitalem Interesse, rechtzeitig über das neue Tarifsysteem und insbesondere dessen Kostenfolgen informiert zu sein, da davon jeder Prämienzahler und jede Prämienzahlerin direkt betroffen ist.»
6. Am gleichen Tag stellte der Antragsteller beim BAG ein zweites Zugangsgesuch, mit dem er Einsicht in vier Dokumentengruppen betreffend die «Berechnungsgrundlagen der Tarifstruktur TARDOC» verlangte. Laut dem Antragsteller handelt es sich mindestens bei drei dieser Gruppen um Dokumente, welche am 25. Juni 2019 oder am 12. Juli 2019 dem Bundesrat eingereicht wurden.
7. Mit E-Mail vom 4. März 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des (ersten) Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das BAG dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Gleichzeitig informierte der Beauftragte die Parteien, dass angesichts der angespannten epidemiologischen Lage die Schlichtungsverfahren bis auf Weiteres schriftlich durchgeführt würden. Aus diesem Grund erhielt auch der Antragsteller die Möglichkeit, eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
8. Mit E-Mail vom 12. März 2021 ergänzte der Antragsteller die Begründung seines (ersten) Schlichtungsantrags. Da die Verhandlungen über den TARDOC Jahre dauerten, kann es seiner Meinung nach «nicht sein, dass mit dem Argument des noch ausstehenden politischen Entscheides das BGÖ über solch lange und potenziell unabsehbare Zeiträume ausser Kraft gesetzt wird. [...] Die Ausgestaltung des Tardoc wie auch die politischen Verhandlungen dazu vollziehen sich in Etappen. Mehrere solcher Etappen sind bereits abgeschlossen. So liegen etwa seit längerem verschiedene Tarifversionen vor. Es ist deshalb unstatthaft, diese bereits vorliegenden Daten mit dem Hinweis auf mögliche zukünftige Weiterentwicklungen des

<sup>3</sup> [20.6007 | TARDOC | Geschäft | Das Schweizer Parlament](#) letztmals besucht am 14. Juni 2021.



Gesamtprojekts zu blockieren. [...] Dies gilt insbesondere auch für den von mir herausverlangten Prüfbericht, der abgeschlossen ist und sich auf ebenfalls bereits vorliegendes abgeschlossenes Dossier bezieht.» Schliesslich geht es für den Antragsteller in diesem Fall auch darum, «Transparenz über politische und Verwaltungsprozesse herzustellen, die für die gesamte Schweizer Bevölkerung von vitalem Interesse sind.»

9. Am 17. März 2021 und am 29. April 2021 reichte das BAG dem Beauftragten das betroffene Dokument betreffend das erste Zugangsgesuch und eine Stellungnahme ein. Gemäss BAG handelt es sich «um einen Bericht des BAG im Rahmen der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit der Tarifstruktur TARDOC [...]. [Er] analysiert das Zugangsgesuch in formeller und materieller Hinsicht auf seine Gesetzmässigkeit und seine Übereinstimmung mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit [...] und gibt den Vertragsparteien Rückmeldung, ob diese Punkte aus Sicht des BAG erfüllt sind. Insbesondere gestützt auf den Prüfbericht und anschliessenden allfälligen Anpassungen seitens der Vertragsparteien wird das EDI seinen Antrag an den Gesamtbundesrat stellen. [...] Der definitive Entscheid – welcher zwingend vom Bundesrat zu fällen ist – ist noch ausstehend. Es handelt sich somit um ein laufendes Verfahren.» In Bezug auf die Eigenschaft des Dokuments führt das BAG weiter aus, dass der «Prüfbericht [...] eine wichtige Entscheidungsgrundlage [darstellt] und [...] damit für den Entscheid von beträchtlichem Gewicht [ist]». Gemäss BAG soll der Bundesrat den Antrag auf Genehmigung von TARDOC im ersten Halbjahr 2021 behandeln: «Ob der Bundesrat das Geschäft effektiv behandelt, liegt jedoch in der Hoheit des Bundesrates».
10. Am 18. März 2021 schob das BAG den Zugang zu den «Berechnungsgrundlagen der Tarifstruktur TARDOC» auf (zweites Zugangsgesuch). Der Aufschub wurde damit begründet, dass «der Entscheid des Bundesrates zum Genehmigungsantrag der Tarifstruktur TARDOC noch ausstehend ist (Art. 8 Abs. 2 BGÖ)». Dazu machte das BAG den Antragsteller darauf aufmerksam, «dass das Gesuch Personendaten von Drittpersonen (Art. 11 Abs. 1 BGÖ) sowie Berufs-, Geschäfts-, oder Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) enthalten kann. Dementsprechend sind allfällig Betroffene vor einem Zugang anzuhören.»
11. Mit E-Mail vom 31. März 2021 reichte der Antragsteller einen zweiten Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein. Dabei machte der Antragsteller die gleichen Argumente geltend, die er im ersten Schlichtungsantrag aufgeführt hatte.
12. Mit E-Mail vom 1. April 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des zweiten Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das BAG dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Der Antragsteller erhielt ebenfalls die Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme.
13. Am 8. April 2021 und am 29. April 2021 reichte das BAG die betroffenen Dokumente betreffend das zweite Zugangsgesuch und eine Stellungnahme ein. Darin nahm das BAG einleitend Bezug zum ersten Schlichtungsantrag (Ziff. 7). Gemäss BAG «betreffen [beide Verfahren] Dokumente, welche u.E. wichtige Grundlagen für die Frage der Genehmigungstätigkeit der Tarifstruktur darstellen. Vorliegend stellen sich aus unserer Sicht die gleichen Rechtsfragen wie im [ersten] hängigen Schlichtungsverfahren. Uns scheint es deshalb sinnvoll, die Verfahren zu vereinen». In Bezug auf den Aufschub des Zugangs führte es im Wesentlichen die gleichen Argumente wie beim ersten Zugangsgesuch auf (Ziff. 9).  
Weiter erklärte das BAG, dass für die kommende Revision der Tarifstruktur TARMED der Bundesrat am 8. Mai 2015 folgende vier Rahmenbedingungen verabschiedet hatte:  
1. Gemeinsam vereinbarte Tarifstruktur, 2. vollständige Dokumentation und Transparenz,



3. Wirtschaftlichkeit und Billigkeit und 4. Anpassung an die aktuellen Gegebenheiten. Zudem habe der Bundesrat bereits bei früheren Genehmigungen von TARMED-Versionen eine Vereinfachung der Tarifstruktur sowie eine sachgerechte Tarifierung der Hausarzt- und Kindermedizin gefordert. Das BAG führte schliesslich aus, dass «[e]rst mit den vom Gesuchsteller verlangten Dokumenten [...] der Genehmigungsbehörde ermöglicht [wird], die Tarifstruktur TARDOC auf ihre Gesetzmässigkeit und auf die Übereinstimmung mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit zu prüfen und einen Entscheid über die Genehmigungsfähigkeit zu fällen.»

14. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des BAG sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

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

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

15. Der Antragsteller reichte zwei Zugangsgesuche nach Art. 10 BGÖ beim BAG ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an zwei vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung von Schlichtungsanträgen berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Beide Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
16. Die von beiden Schlichtungsanträgen betroffenen Dokumente betreffen dieselbe Thematik und enthalten zum Teil die gleichen Informationen. Der Aufschub beider Zugänge wurde vom BAG mit den gleichen Argumenten begründet. Ebenfalls äusserte der Antragsteller in beiden Schlichtungsanträgen dieselben Bedenken. Somit rechtfertigt sich das Anliegen des BAG, die zwei Schlichtungsverfahren zu vereinigen. Der Beauftragte erlässt dazu eine gemeinsame Empfehlung.
17. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>4</sup> 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**

18. 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.
19. Schlichtungsgegenstand bilden folgende vom Antragsteller verlangte bzw. vom BAG identifizierte Dokumente:
- Erstes Zugangsgesuch:
    - Bericht des BAG vom 19. November 2020 – Tarifstruktur TARDOC 1.0 und 1.1: Ergebnisse der formellen und materiellen Prüfung (90 Seiten),
  - Zweites Zugangsgesuch:

<sup>4</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.



- Transcodierungsrichtlinien und –anleitung (24 Seiten),
  - TARMED 1.08 BR\_Transcodierung (Excel Tabelle mit mehreren Seiten),
  - Dignitätskonzept TARDOC (7 Seiten),
  - Grundvertrag KVG TARDOC (10 Seiten),
  - Regeln Abrechnung TARDOC (14 Seiten),
  - Spartenkonzept TARDOC Version 1.0 (23 Seiten),
  - Spartenkonzept TARDOC Version 1.1 (25 Seiten),
  - Kostenmodell INFRA Kostensätze Version 1.0 (Excel Tabelle mit mehreren Seiten),
  - Kostenmodell INFRA Kostensätze Version 1.1 (Excel Tabelle mit mehreren Seiten),
  - KOREG Spartenberechnung (Excel Tabelle mit mehreren Seiten),
  - Übersicht ärztliche Produktivität und Jahresarbeitszeit (7 Seiten),
  - Berechnung ärztliches Referenzeinkommen (3 Seiten),
  - Simulation Version 1.0 (Excel Tabelle mit mehreren Seiten),
  - Simulation Version 1.1 (Excel Tabelle mit mehreren Seiten).
20. Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. der (angehörten) Drittperson. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>5</sup>
21. Das Öffentlichkeitsprinzip gilt nicht absolut. Die Bestimmungen von Art. 7, Art. 8 und Art. 9 BGÖ sehen Ausnahmetatbestände vor, bei deren Vorliegen der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder ganz zu verweigern ist. Erweist sich im Ergebnis eine Einschränkung oder ein Aufschub des Zugangs als gerechtfertigt, so muss die Behörde in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips dafür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsgesetz am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.<sup>6</sup> Demnach darf der Zugang nicht komplett verweigert oder aufgeschoben werden, wenn ein verlangtes Dokument Informationen enthält, die nach den Ausnahmebestimmungen von Art. 7–9 BGÖ nicht zugänglich sind. Vielmehr ist in diesem Fall ein eingeschränkter, das heisst teilweiser Zugang zu denjenigen Informationen im Dokument zu gewähren, welche nicht geheim zu halten sind.<sup>7</sup>
22. Das BAG will den Zugang zu sämtlichen verlangten Unterlagen bis nach dem Genehmigungsentschied des Bundesrates aufschieben. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ gegeben sind.
23. Amtliche Dokumente dürfen gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ von einer Behörde erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, bereits getroffen ist. Es handelt sich in Fällen von Art. 8 Abs. 2 BGÖ somit nicht um eine Verweigerung des Zugangs, sondern lediglich um einen Aufschub. Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgeschirmt von äusserem Druck, welche die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte. Die Bestimmung bezweckt somit die Gewährleistung der geschützten behördlichen Meinungsbildung bei anstehenden Entscheiden ohne Störungen und äussere Beeinflussungen.

<sup>5</sup> Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

<sup>6</sup> BGE 133 II 209 E. 2.3.3.

<sup>7</sup> Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.2.



Das Recht auf Zugang wird demnach nur befristet verweigert und prinzipiell wiederhergestellt, sobald der fragliche Entscheid getroffen ist.<sup>8</sup> Damit ein Dokument als Entscheidungsgrundlage gilt, muss dieses nach der Lehre einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und zugleich für diesen von beträchtlichem materiellem Gewicht sein, damit nicht über diesen Gesetzesartikel der Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes ausgehebelt wird.<sup>9</sup> Diese Auffassung wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt.<sup>10</sup> Eine beliebige, sehr lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht.<sup>11</sup> Zudem verlangt der Beauftragte eine gewisse zeitliche Nähe zwischen dem ausstehenden behördlichen Entscheid und dem Zugangsverfahren.<sup>12</sup>

24. Die verlangten Berechnungsgrundlagen (zweites Zugangsgesuch) wurden dem BAG im Juli 2019 im Rahmen des Genehmigungsantrags an den Bundesrat für die erste Version der Tarifstruktur eingereicht. Damit stellen sie die Grundlage für TARDOC 1.0 dar. Im Jahr 2020 wurde dem BAG eine zweite Version des TARDOC (1.1) eingereicht (Ziff. 2), welche aufgrund von kritischen Rückmeldungen des BAG zur ersten Version erarbeitet wurde. Das BAG selber schreibt in seiner Medienmitteilung vom 26. August 2020, dass «[d]er ergänzte Antrag [...] grundlegende Änderungen [enthält]: eine Beitrittsvereinbarung der [Krankenversicherung], ein gemeinsames Kostenneutralitätskonzept sowie eine überarbeitete Version der Tarifstruktur (TARDOC 1.1). Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) begrüsst die Initiative der Tarifpartner.»<sup>13</sup> Am 30. März 2021 wurde dem BAG eine dritte Version des TARDOC eingereicht (1.2), welche aufgrund der im Prüfbericht vom 19. November 2020 enthaltenen Anpassungsempfehlungen des BAG erarbeitet wurde. Daraus ergibt sich für den Beauftragten, dass die vom Gesuch betroffenen Berechnungsgrundlagen, welche für die Version 1.0 erarbeitet wurden, für die zu genehmigende Version (1.2) nicht mehr aktuell sind. Das BAG schreibt in seiner Medienmitteilung vom 26. August 2020, dass in der ersten Version (1.0) die gesetzlichen Anforderungen sowie die vom Bundesrat vorgegebenen Bedingungen nicht eingehalten wurden.<sup>14</sup> Nach Ansicht des Beauftragten hat daher das BAG im Schlichtungsverfahren nicht hinreichend dargelegt, dass die verlangten Berechnungsgrundlagen für TARDOC 1.0 einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit dem erwarteten Entscheid des Bundesrates bezüglich TARDOC 1.2 aufweisen und für diesen von beträchtlichem materiellem Gewicht sind. Somit konnte das BAG nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten erforderlichen Begründungsdichte das Vorliegen der Ausnahmeregelung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ aufzeigen. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass der TARDOC Version 1.0 und dessen Berechnungsgrundlagen auf den Webseiten der Tarifpartner mehrmals (mindestens zusammengefasst) aufgeführt und kommentiert wurden.<sup>15</sup> Zum Teil decken sich die veröffentlichten Informationen sogar mit den Inhalten der verlangten Dokumente.
25. Der verlangte Prüfbericht (erstes Zugangsgesuch) wurde vom BAG als Rückmeldung zu den eingereichten TARDOC Versionen 1.0 und 1.1 erstellt. Er enthält eine formelle und eine materielle Analyse dieser Tarifstrukturen und kommt laut dem Tarifpartner FMH zum Schluss, dass «der TARDOC mit Anpassungen materiell genehmigungsfähig ist. [...] Derzeit wird geprüft,

<sup>8</sup> MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 32; Urteil des BVer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.

<sup>9</sup> Urteil des BVer A-6291/2013 vom 28. Oktober 2014 E.7.1.3; vgl. A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 3.5.1.

<sup>10</sup> Urteil des BVer A-6313/2015 vom 27. April 2016 E. 5.4.

<sup>11</sup> MAHON/GONIN, in: Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 30.

<sup>12</sup> Empfehlung EDÖB vom 15. Mai 2020: ISB / Berichte "Informatiksicherheit Bund" 2014-2018 Ziff. 28.

<sup>13</sup> [Tarifstruktur TARDOC muss neu beurteilt werden \(admin.ch\)](#) besucht letztmals am 14. Juni 2021.

<sup>14</sup> dito

<sup>15</sup> S. z.B. [TARDOC beim Bundesrat eingereicht - Schweizerische Ophthalmologische Gesellschaft \(sog-ss0.ch\)](#); [Schweizerische Ärztezeitung - TARDOC eingereicht! – Wie geht es weiter? \(saez.ch\)](#), besucht letztmals am 14. Juni 2021.



welche Empfehlungen des BAG jetzt umgesetzt werden können.»<sup>16</sup> Aufgrund der enthaltenen Schlussfolgerungen und der Anpassungsempfehlungen des BAG entstand eine dritte Tarifversion TARDOC (1.2), welche am 30. März 2021 dem BAG eingereicht wurde (Ziff. 2). Der verlangte Prüfbericht bezieht sich somit auf nicht mehr aktuelle und nicht genehmigungsfähige Versionen von TARDOC und er enthält, gemäss Ausführungen eines Tarifpartners, lediglich Empfehlungen des BAG für eine neue allenfalls genehmigungsfähige Version. Angesichts dieser Sachlage konnte das BAG im Schlichtungsverfahren nicht hinreichend darlegen, dass der verlangte Prüfbericht in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit dem erwarteten Entscheid des Bundesrates bezüglich der letzten Version von TARDOC steht und für diesen von beträchtlichem materiellem Gewicht ist. Somit konnte das BAG nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten erforderlichen Begründungsdichte das Vorliegen der Ausnahmeregelung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ aufzeigen. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass der Prüfbericht viele Informationen enthält, die bereits bekannt sind, sei es, weil sie zur Historie von TARDOC gehören, oder weil sie die Gesetzes- und die Ausgangslage darstellen, oder weil sie von den Tarifpartnern bereits veröffentlicht wurden.<sup>17</sup>

26. Nach Ansicht des Beauftragten sind somit für die in beiden Zugangsgesuchen verlangten Dokumente die Voraussetzungen für einen vollständigen Zugangsaufschub gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ nicht erfüllt.
27. Gleichzeitig kann der Beauftragte nicht ausschliessen, dass gewisse technische Dokumente resp. Inhalte, welche Zahlen und mathematische Berechnungen und Simulationen enthalten (insbesondere in den Tabellen «TARMED 1.08 BR\_Transcodierung», «Kostenmodell INFRA Kostensätze Version 1.0», «Kostenmodell INFRA Kostensätze Version 1.1», «KOREG Spartenberechnung», «Simulation Version 1.0» und «Simulation Version 1.1»), Grundlagen für den Bundesratsentscheid im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BGÖ darstellen könnten. Der Zugang zu diesen Informationen/Übersichten kann in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips bis zum erfolgten Entscheid des Bundesrates aufgeschoben werden.
28. Die mit dem ersten Zugangsgesuch verlangten Dokumente wurden, wie allgemein bekannt, von den Tarifpartnern curafutura und FMH erstellt. Im Prüfbericht des BAG werden sämtliche Tarifpartner im ambulanten ärztlichen Bereich erwähnt, inklusiv diejenigen, die die Struktur TARDOC nicht mitgestaltet haben. Ihre Stellungnahmen sind ausführlich aufgeführt. Eine Unkenntlichmachung dieser Informationen käme in materieller Hinsicht einer Verweigerung bzw. zumindest einer wesentlichen Einschränkung des Zugangsgesuches gleich.<sup>18</sup> Daher ist das Zugangsgesuch nach den Vorschriften des Datenschutzgesetzes über die Bekanntgabe der Personendaten durch Bundesorgane zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 DSG).<sup>19</sup> Einschlägig ist Art. 19 Abs. 1bis des Datenschutzgesetzes (DSG; SR 235.1). Demnach dürfen im Rahmen der behördlichen Information der Öffentlichkeit Bundesorgane von Amtes wegen (aktive Information) oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz (passive Information) Personendaten auch dann bekannt geben, wenn damit eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der betroffenen Person verbunden ist. Dies unter der Voraussetzung, dass erstens die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und zweitens an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Das BAG muss daher eine Interessenabwägung zwischen den privaten Interessen der einzelnen Tarifpartner und des öffentlichen Interesses an der Bekanntgabe der

<sup>16</sup> [BAG-Prüfbericht zum TARDOC liegt vor | FMH](#) besucht letztmals am 14. Juni 2021.

<sup>17</sup> [Schweizerische Ärztezeitung - TARDOC eingereicht! – Wie geht es weiter? \(saez.ch\)](#) besucht letztmals am 14. Juni 2021.

<sup>18</sup> BGE 144 II 77 E. 5.1.

<sup>19</sup> Urteil des BGer 1C\_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 5.5.2.



Informationen vornehmen.

29. Von einer vorgängigen Anhörung der betroffenen Personen nach Art. 11 BGÖ kann nur abgesehen werden, wenn eine vorläufige Interessenabwägung klar zugunsten der Bekanntgabe der Personendaten ausfällt (und zudem die Durchführung der Anhörung unverhältnismässig erscheint).<sup>20</sup>
30. Weiter enthalten die Dokumente die Namen von Mitarbeitenden und/oder Vertreterinnen und Vertreter der Tarifpartner. Das BAG klärt mit dem Antragsteller ab, ob er an den Namen der in den Dokumenten aufgeführten natürlichen Personen interessiert ist oder ob sie gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ anonymisiert werden können.
31. In seinen Stellungnahmen gegenüber dem Antragsteller und dem Beauftragten wies das BAG darauf hin, dass die verlangten Dokumente Berufs-, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ enthalten können. Dieser Bestimmung entsprechend kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe amtlicher Dokumente Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die eingereichten Berechnungsgrundlagen sowie Tarife und Tarifstrukturen von den Tarifpartnern in Erfüllung eines gesetzlichen Auftrags erstellt wurden (Art. 43 Abs. 1 und 5 KVG) und müssen bestimmte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung definierten Kriterien erfüllen (Art. 43 Abs. 2 – 4<sup>bis</sup> KVG). Vor dem Hintergrund dieses gesetzlichen Auftrags prüft das BAG, ob und inwieweit allfällige Berufs-, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse vorliegen können.
32. *Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BAG die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs zu den verlangten Dokumenten im Schlichtungsverfahren nicht widerlegen konnte. Daher ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren. Stellen einzelne Dokumenteninhalte Grundlage für den zu treffenden Genehmigungsentscheid des Bundesrates dar, kann der Zugang zu diesen Passagen in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips bis zum erwarteten Entscheid des Bundesrates aufgeschoben werden (Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Das BAG hört, sofern notwendig, die betroffenen Dritten vorgängig an.*

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

33. Das Bundesamt für Gesundheit gewährt den Zugang zu den verlangten Dokumenten (Ziff. 19) nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip und nach allfälliger Anhörung der betroffenen Dritten.
34. Der Zugang zu den in einer ersten Phase nach Ziffer 27 allenfalls eingeschwärzten Passagen wird gewährt, sobald der Entscheid des Bundesrates betreffend die Tarifstruktur TARDOC getroffen ist.
35. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Gesundheit den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
36. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

---

<sup>20</sup> Urteil des BVG A-5635/2019 vom 12. Mai 2020 E. 5.3; Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 7.





37. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
38. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
39. Diese Empfehlung wird eröffnet:
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
X
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Bundesamt für Gesundheit BAG  
Schwarzenburgstrasse 157  
3003 Bern

Reto Ammann

Alessandra Prinz