

EDOEB empfehlung-vom-12-dezember-2023-bag-impfvertrag-mpozielkonforme-durchfuehrung-k-2023-12-12 vom 12. Dezember 2023

EDÖB, 2023-12-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-12-dezember-2023-bag-impfvertrag-mpozielkonforme-durchfuehrung-k-2023-12-12

FR: EDOEB empfehlung-vom-12-dezember-2023-bag-impfvertrag-mpozielkonforme-durchfuehrung-k-2023-12-12 du 12 décembre 2023

IT: EDOEB empfehlung-vom-12-dezember-2023-bag-impfvertrag-mpozielkonforme-durchfuehrung-k-2023-12-12 del 12 dicembre 2023

Erwägungen

E. 1

Medienmitteilung vom 14.10.2022 Impfstoff gegen Affenpocken: Bund unterzeichnet Vertrag mit Herstellerfirma (admin.ch), zuletzt besucht am 12.12.2023.

2/17

E. 2

Am 23. Februar 2023 nahm das BAG zum Zugangsgesuch Stellung und liess ihm in Bezug auf den Antrag 4 vorerst die Protokolle der Telefonkonferenzen des BAG mit den Kantonsärzten der Monate Juli bis Dezember 2022 zukommen. Weiter informierte das BAG den Gesuchsteller, dass es in den genannten Protokollen gestützt auf Art. 9 Abs. 1 BGÖ alle Namen, Funktionsbezeichnungen und E-Mail-Adressen geschwärzt habe. Weiter habe es in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ einige Textstellen geschwärzt, soweit deren «Offenlegung» die freie Meinungs- und Willensbildung der Entscheidungsträger beeinträchtige oder die Durchführung behördlicher Massnahmen erschwere. Es wies den Gesuchsteller auf die Möglichkeit hin, beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) einen Schlichtungsantrag einreichen zu können. Das BAG informierte den Gesuchsteller zudem, dass aufgrund des umfangreichen Gesuchgegenstandes und der Tatsache, dass vor der Zugangsgewährung der verlangten Verträge (Antrag 2) die Vertragspartner angehört werden müssten, das Gesuch nicht innert 20 Tagen beantwortet werden könne, und verlängerte die Frist für die Beantwortung gestützt auf Art. 12 Abs. 2 und

E. 3

Am 2. März 2023 liess das BAG dem Gesuchsteller den Vertrag mit der Aids-Hilfe Schweiz betreffend die Informationskampagne zu den Affenpocken (Antrag 1) zukommen. Das BAG informierte den Gesuchsteller, dass es die handschriftlichen Unterschriften gestützt auf Art. 9 Abs. 1 BGÖ geschwärzt habe, und verwies wiederum auf die Möglichkeit zur Einreichung eines Schlichtungsantrags.

E. 4

Am 15. März 2023 stellte das BAG dem Gesuchsteller bezugnehmend auf seinen Antrag 4 drei Protokolle (mit Schwärzungen) der Telefonkonferenzen des BAG mit den Kantonsärzten zu.

E. 5

Am 20. März 2023 übermittelte das BAG dem Gesuchsteller bezugnehmend auf seinen Antrag 4 sechs Präsentationen (mit Schwärzungen) der Telefonkonferenzen des BAG mit den Kantonsärzt- ten und wies erneut auf die Möglichkeit zur Einreichung eines Schlichtungsantrags hin.

E. 6

Am 18. April 2023 hörte das BAG A.__ (Antragstellerin) als Herstellerin des Impfstoffs JYNNEOS® gegen Affenpocken gemäss Art. 11 BGÖ als betroffene Dritte an. Es identifizierte folgende vier Dokumente als vom Antrag 2 des Gesuchstellers erfasst: - Dokument 1: Vaccine Supply Letter - Dokument 2: Schedule_1_JYNNEOS [...] - Dokument 3: [...] - AApot_V02_BN signed - Dokument 4: SDEA_BN_Swiss_Armed_Forces_Pharmacy Das BAG erklärte gegenüber der Antragstellerin, dass inhaltlich keine Notwendigkeit einer Schwärzung bestehe, es allerdings die handschriftlichen Unterschriften zu schwärzen gedenke. Es räumte der Antragstellerin eine Frist bis am 28. April 2023 zur Einreichung einer Stellungnahme ein und führte dazu aus, dass die Antragstellerin alle Textpassagen markieren solle, welche aus ihrer Sicht geschwärzt werden müssten. Das BAG erklärte weiter, dass die Antragstellerin eine Begründung zu den gewünschten Schwärzungen einreichen müsse, da eine gesetzliche Vermu- tung des Zugangs von amtlichen Dokumenten bestehe.

E. 7

Am 28. April 2023 nahm die Antragstellerin gegenüber dem BAG u.a. wie folgt Stellung: - Dokument 1; Vaccine Supply Letter: In diesem Dokument befänden sich «highly confidential business secrets», welche, wenn sie «disclosed» würden, erhebliche Schäden für die Antrag- stellerin zeitigen würden. Weiter enthalte das Dokument Personendaten von natürlichen Per- sonen, welche nicht offengelegt werden dürften. - Dokument 2; Schedule_1_JYNNEOS [...]: Auch in diesem Dokument gebe es Formulierungen, bei denen es sich um Geschäftsgeheimnisse handle, und bei deren Offenlegung der Antrag- stellerin erheblichen Schaden zugefügt würde. - Dokument 3; [...] - AApot_V02_BN signed: Das Dokument enthalte Personendaten von natürli- chen Personen, diese seien nicht offenzulegen. - Dokument 4; SDEA_BN_Swiss_Armed_Forces_Pharmacy: Das Dokument enthalte ebenfalls Personendaten von natürlichen Personen, welche nicht zugänglich gemacht werden dürften.

3/17

E. 8

Mit E-Mail vom 23. Mai 2023 machte der Gesuchsteller das BAG darauf aufmerksam, dass wei- terhina ein Teil seiner «Anfrage» vom 16. Februar 2023 hängig sei. Der Gesuchsteller verwies dabei insbesondere auf die Dokumente betreffend den Vertrag zum Einkauf der Impfstoffe gegen Affenpocken.

E. 9

Am 24. Mai 2023 antwortete das BAG der Antragstellerin auf ihre Stellungnahme vom 28. Ap- ril 2023. Betreffend die Personendaten in den Dokumenten 3 und 4 (s. Ziffer 7) folgte das BAG der Argumentation der Antragstellerin und erklärte, dass man die vorgeschlagenen Schwärzungen übernehmen werde, da die Schwärzungen «exclusively personal data» enthielten. In Bezug auf die weiteren verlangten Abdeckungen erklärte das

BAG, dass es der Argumentation der Antragstellerin nicht folgen könne. Die Rechtsprechung verlange, dass bezüglich jeder Passage einzeln dargelegt werden müsse, warum diese als Geschäftsgeheimnis einzustufen sei. Es sei der Antragstellerin nicht gelungen aufzuzeigen, inwiefern ihr ein Schaden entstehen bzw. warum ihr mit der Veröffentlichung dieser Informationen ein Wettbewerbsvorteil entzogen würde. Das BAG führte dazu insbesondere aus: «FOPH's [BAG] position is that neither legal nor political considerations speak against the disclosure of vaccine prices. It should be noted that there is a very high public interest per se for the disclosure of the corresponding expenses, since they were financed from public funds». Die Antragstellerin müsse detailliert nachweisen, welcher potenzielle Schaden dem Unternehmen durch die Veröffentlichung der in Frage stehenden Informationen drohe. Dafür räumte das BAG der Antragstellerin eine Frist für eine ergänzende Stellungnahme bis am 31. Mai 2023 ein.

E. 10

Mit E-Mail vom 25. Mai 2023 antwortete das BAG dem Gesuchsteller, dass die Anhörung der betroffenen Dritten noch andauere und zudem eine Konsultation bei einer anderen Behörde stattfinden. In der gleichen E-Mail liess das BAG dem Gesuchsteller die Sitzungsprotokolle (mit Schwärzungen) der Arbeitsgruppe Affenpocken zugehen. Das BAG wies erneut auf die Möglichkeit zur Einreichung eines Schlichtungsantrags hin.

E. 11

Am 31. Mai 2023 liess die Antragstellerin dem BAG ihre ergänzende Stellungnahme zukommen und hielt in Bezug auf die Dokumente 1 und 2 u.a. Folgendes fest: - Dokument 1; Vaccine Supply Letter: «Prices will in almost any case be very sensitive business information in its nature that, if disclosed publicly will negatively impact the relevant business.» Wenn der Preis pro Dosis und der Gesamtwert der Transaktion öffentlich würden, seien zukünftige Preisverhandlungen mit anderen Abnehmern schwierig, wodurch ein Wettbewerbsnachteil entstünde. - Dokument 2; Schedule_1_JYNNEOS [...]: Bei den von der Antragstellerin vorgeschlagenen Schwärzungen handle es sich um eine vertrauliche Vereinbarung mit einem Dritten, welche auch das Geschäftsgeheimnis des Dritten offenlegen würde. Dies wirke sich negativ auf die Geschäftsbeziehung mit dem Dritten aus, was ein Nachteil für die Antragstellerin wäre.

E. 12

Am 11. Juli 2023 nahm das BAG seinerseits zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 31. Mai 2023 u.a. wie folgt Stellung. Betreffend das Dokument 1 «Vaccine Supply Letter» hielt das BAG fest, dass es bezüglich der Personendaten von natürlichen Personen dem Antrag der Antragstellerin folge und dementsprechend die Personendaten von natürlichen Personen in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ schwärzen werde. Hinsichtlich der beantragten Schwärzung der Vertragssumme (inkl. Transportkosten) sowie der Schwärzung des Preises pro Impfdosis könne es der Argumentation der Antragstellerin jedoch nicht folgen. Das BAG führte aus, dass nicht jede Geschäftsinformation unter das Geschäftsgeheimnis nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ falle. Geschützt seien nur wesentliche Daten, deren Kenntnissnahme durch die Konkurrenz zu Marktverzerrungen führen und einen Wettbewerbsnachteil oder einen Schaden für das Unternehmen bedeuten würde. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko alleine genüge jedoch nicht, die Gefahr müsse wahrscheinlich erscheinen. Die drohende Verletzung müsse gewichtig und ernsthaft sein, eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz sei nicht ausreichend. Die

Vorbringen der Antragstellerin seien sehr allgemein gehalten. Insbesondere habe sie nicht dargelegt, inwiefern die Offenlegung der Preisinformationen (Preis pro Dosis und Vertragssumme) für sich allein geeignet sein sollen, eine drohende und gewichtige Verletzung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ herbeizuführen. Dies umso mehr als im vorliegenden Kontext keine ausserordentliche Markt- und Versorgungssituation vorzuliegen

4/17 scheine. Daran änderten auch die Ausführungen zu befürchteten Einschränkungen bei Preisverhandlungen mit zukünftigen Vertragspartnern nichts. Somit habe die Antragstellerin nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darlegen können, inwiefern die Bekanntgabe der strittigen Informationen ihren Konkurrenten einen wesentlichen Vorteil verschaffe bzw. welche konkreten Wettbewerbsverzerrungen zu ihrem Nachteil zu erwarten seien. Nach Ansicht des BAG fehle es daher am Nachweis des ernsthaften Schadenrisikos und damit auch am objektiven Geheimhaltungsinteresse. Ein Schadenrisiko erscheine lediglich hypothetisch und entfernt möglich. Weiter hielt das BAG fest, dass es sich bei den Impfstoffpreisen um Ausgaben der Verwaltung handle, die mit öffentlichen Mitteln (Steuergelder) finanziert würden. Aus diesem Grund bestehe per se ein hohes öffentliches Interesse an der Bekanntgabe des Zwecks und der Höhe der getätigten Ausgaben. Schliesslich handle es bei den strittigen Informationen auch um einen Beschaffungsgegenstand und dessen Auftragswert. Dies stellten Informationen dar, die nach öffentlichem Beschaffungsrecht zugänglich seien. Zusammenfassend hielt das BAG fest, dass aufgrund seiner Ausführungen der Zugang zur Vertragssumme (inkl. Transportkosten) sowie zum Preis pro Dosis zu gewähren sei. Betreffend das Dokument 2 «Schedule_1_JYNNEOS [...]» erklärte das BAG, dass es der Argumentation der Antragstellerin in diesem Punkt folgen könne. Die betreffende Textzeile, die eine Vereinbarung mit einem Dritten betreffe, werde das BAG schwärzen und zu diesem Dokument entsprechend nur einen teilweisen Zugang gewähren. Betreffend die Dokumente 3 und 4 «[...] - AApot V02 BN signed» und «SDEA BN Swiss Armed Forces Pharmacy» wiederholte das BAG, dass es der Argumentation der Antragstellerin folge und in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ alle Textstellen schwärzen werde, welche Personendaten von natürlichen Personen enthielten. Das BAG wies die Antragstellerin auf die Möglichkeit hin, dass sie innerhalb von 20 Tagen beim Beauftragten einen Schlichtungsantrag einreichen könne.

E. 13

Mit Schreiben vom 26. Juli 2023 reichte die Rechtsvertretung der Antragstellerin einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten ein und stellte dabei folgende Anträge: - «Sollte das Schlichtungsverfahren schriftlich und nicht mündlich durchgeführt werden, ist der Drittbetroffenen unter angemessener Fristansetzung Gelegenheit zu geben, auf allfällige Stellungnahmen des Gesuchstellers und/oder der Gesuchsgegnerin zu replizieren. Eine Empfehlung über eine allfällige Offenlegung sei erst unter Berücksichtigung der vorgenannten Stellungnahme gemäss diesem Verfahrensantrag abzugeben. - Sollte eine mündliche Schlichtungsverhandlung durchgeführt werden, sei die Drittbetroffene vom Gesuchsteller getrennt anzuhören. - Die in dieser Stellungnahme grau hinterlegten Informationen und als vertraulich gekennzeichneten Beilagen seien vom EDÖB vertraulich zu behandeln. Insbesondere seien diese Informationen und Beilagen den Parteien des Schlichtungsverfahrens nicht offenzulegen und diesen insoweit keine Akteneinsicht zu gewähren.» Die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung berief sich in

ihrem Schlichtungsantrag auf die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. b, g und h BGÖ und brachte dazu u.a. Folgendes vor: - Zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ): Im Falle einer Zugangsgewährung sei in Zukunft die wirtschaftliche Beschaffung von Arzneimitteln durch schweizerische Behörden gefährdet. Als Begründung erklärte die Antragstellerin, dass die Beschaffung nur noch zum Höchstpreis möglich würde, da die Preisflexibilität in der Schweiz verloren ginge. Zukünftige Kunden der Antragstellerin würden nicht mehr bereit sein, einen höheren Preis als den schweizerischen zu zahlen, auch wenn es Umstände gäbe, die dies erfordern würden. In Folge bliebe den Arzneimittelherstellern zukünftig keine andere Wahl, als ihre Produkte der Schweiz nicht oder nur zum höchsten Preis zu verkaufen. Dies sei zum Schaden der Patienten und Patientinnen oder dem Steuerzahler und der Steuerzahlerin. Weiter führte sie aus, dass dadurch der Wettbewerb ausser Kraft gesetzt würde. Andere Anbieter von Impfstoffen hätten keinen Anreiz, den Preis der Antragstellerin mehr als knapp zu unterbieten. - Zusicherung der Vertraulichkeit (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ): Die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung erklärte, dass in der Vereinbarung zwischen den Schweizer Behörden und der

5/17 Antragstellerin strenge Vertraulichkeit [«strictly confidential»] vereinbart worden sei. Die Ausnahme, dass eine «Offenlegung» «as required by law» erlaubt sei, stehe der Verpflichtung der Geheimhaltung nicht entgegen, da noch nicht rechtskräftig entschieden sei, ob eine Offenlegung der Preisinformationen gesetzlich zwingend sei. Die Vereinbarung sei nur mit dem Wissen der Vertraulichkeit zustande gekommen. In Verträgen betreffend Arzneimittel seien Geheimhaltungsabreden regelmässig unabdingbare Bedingung für deren Zustandekommen. - Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ): Der Gesamteinkaufspreis wie auch der Preis pro Dosis seien relativ unbekannt, da das BAG bisher allein die Anzahl der beschafften Dosen veröffentlicht habe. Die Antragstellerin habe an der Geheimhaltung der Preisinformationen ein subjektives Interesse. Dies gehe aus der Vertraulichkeitsklausel und den Schreiben der Antragstellerin an das BAG hervor. Es bestehe auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse, da die Höhe des Preises für Wettbewerberinnen Rückschlüsse auf die Gewinnmargen und deren kalkulatorischen Grundlagen zuliesse. Es handle sich somit um schützenswerte Informationen im Zusammenhang mit der Preiskalkulation. Gleiches gelte auch für den Gesamtpreis, da das BAG die Anzahl der beschafften Impfdosen bekannt gegeben habe und der Preis pro Dosis leicht ausgerechnet werden könne. Durch eine «Veröffentlichung» des Preises pro Dosis könnten sich Mitbewerber die komplizierten Preiskalkulationen in Teilen ersparen, da sie sich am Preis der Antragstellerin orientieren könnten. Somit entstünde ein wirtschaftlicher Vorteil über den Schweizer Markt hinaus. Dadurch sei es anderen Medizinalunternehmen möglich, eine Marktverzerrung herbeizuführen oder gar die Antragstellerin aus dem Markt zu drängen. Die beschriebenen Konsequenzen seien höchst wahrscheinlich. Weiter sei zu befürchten, dass der mit den schweizerischen Behörden ausgehandelte Preis in Zukunft faktisch als Maximalpreis gelte und andere Abnehmer nicht mehr bereit seien mehr als den Schweizer Preis zu bezahlen, auch wenn sich dies im Einzelfall rechtfertigen würde. Dem Argument, dass bei öffentlichen Ausschreibungen das Beschaffungsvolumen zu veröffentlichen sei (Art. 35 Bst. c Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB; SR 172.0567.1), entgegnete die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung, dass daraus nicht geschlossen werden könne, es seien keine schützenswerten Geschäftsgeheimnisse betroffen. Der Einkauf des Impfstoffs sei nicht im offenen Verfahren durch eine Ausschreibung

erfolgt, weswegen Art. 35 Bst. c BÖB keine Anwendung finde. Vielmehr sei im Beschaffungswesen anerkannt, dass es sich beim angebotenen Preis gemäss Art. 11 BÖB um eine vertraulich zu behandelnde Information handle. Weiter führte die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung aus Art. 52c E-KVG werde in Zukunft die Vertraulichkeit von Arzneimitteln -als Kodifizierung der geltenden Rechtslage- normieren. Eine Offenlegung der Preisinformationen an den Gesuchsteller stehe demgegenüber im Widerspruch zur Rechtsordnung. - Der Schwärzungsvorschlag der Antragstellerin sei verhältnismässig: Die Antragstellerin führte weiter aus, dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz eine über den Schwärzungsvorschlag der Antragstellerin hinausgehende Offenlegung verbiete. Das Interesse der Öffentlichkeit an den Kosten der Bekämpfung des Ausbruchs der Affenpocken sei bereits befriedigt. Es sei öffentlich bekannt, dass die Beschaffung von 500 Dosen des (von einem anderen Unternehmen hergestellten) Arzneimittels Tecovirimat und die von der Antragstellerin hergestellten 100'000 Impfdosen der Schweiz Kosten in der Höhe von ca. 8,6 Millionen Franken verursacht habe. Die Offenlegung der Preisinformationen habe für die Antragstellerin einen gravierenden Umsatzverlust zur Folge. Weiter habe die «Veröffentlichung» eine konsolidierende Wirkung, was jede Preisflexibilität verunmögliche und somit eine existenzgefährdende Wirkung habe. Weiter sei es zum Schaden der Patientinnen und Patienten, wenn das Innovations- und Entwicklungspotential für verbesserte oder neue Wirkstoffe eliminiert werde. Es stehe gegenüber den Schwärzungen somit kein milderer, aber gleich geeignetes Mittel zur Verfügung.

E. 14

Mit Schreiben vom 27. Juli 2023 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Rechtsvertretung der Antragstellerin den Eingang des Schlichtungsantrags und forderte das BAG gleichentags dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

E. 15

Mit E-Mail vom 8. August 2023 reichte das BAG die betroffenen Dokumente sowie eine ergänzende Stellungnahme beim Beauftragten ein. Darin führte das BAG u.a. aus, es habe sich in der Frage des Vorliegens von Geschäftsgeheimnissen an den von der Lehre und der Rechtsprechung

6/17 definierten Kriterien orientiert, nämlich an der relativen Unbekanntheit der Tatsache, die geheim gehalten werden soll, dem subjektives Geheimhaltungsinteresse der Geheimnisherrin sowie dem objektiv berechtigten Geheimhaltungsinteresse. Es sei den Anträgen der Antragstellerin soweit gefolgt, als diese Kriterien in der Anhörung in genügender Weise nachgewiesen worden seien. Im Fall der streitig gebliebenen Textstelle (Höhe des Gesamtpreises für die Impfstofflieferung inkl. Transportkosten sowie Preis pro Impfdosis) sei es nach Ansicht des BAG der Antragstellerin nicht gelungen, das Vorliegen dieser Kriterien nachzuweisen. Zu seiner Begründung bezüglich der streitigen Passage verwies das BAG vollumfänglich auf die Stellungnahme an die Antragstellerin vom 11. Juli 2023 (s. Ziff. 12). Das BAG hielt zum Schluss fest, dass es weiter an seiner Absicht festhalte, die Vertragssumme offenzulegen.

E. 16

Mit Schreiben vom 10. August 2023 informierte der Beauftragte die Antragstellerin, dass das Schlichtungsverfahren schriftlich durchgeführt wird, und räumte ihr mit Frist bis am 25.

Au- gust 2023 die Möglichkeit zu einer ergänzenden Stellungnahme gemäss Art. 12 Abs. 2 der Ver- ordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR. 152.31) ein.

E. 17

Mit Schreiben vom 21. August 2023 reichte die Antragstellerin ein Fristerstreckungsgesuch um 3 Wochen ein.

E. 18

Mit Schreiben vom 24. August 2023 gewährte der Beauftragte eine Fristerstreckung bis am 4. September 2023.

E. 19

Mit Schreiben vom 4. September 2023 reichte die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme ein und erklärte, an ihren Rechtsbegehren vom 26. Juli 2023 festzuhalten. Zusätzlich stellte sie folgende prozessualen Anträge: - «Für den Fall, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2459/2021 vom 27. Juli 2023 vor Bundesgericht angefochten wurde, sei dieses Schlichtungsverfahren bis zur Veröffentli- chung des Urteils des Bundesgerichts in dieser Sache zu sistieren. - Diese Stellungnahme sei vom EDÖB vertraulich zu behandeln.» Als Begründung für die Sistierung erklärte die Antragstellerin, dass auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen Verfahren bei Vorliegen besonderer Gründe bis auf Weiteres bzw. bis zu einem bestimmten Ereignis sistiert werden könnten. Dies gelte namentlich dann, wenn es sich aus pro- zessökonomischen Gründen nicht rechtfertige, einen sofortigen Entscheid zu treffen.² Gegen- stand des allfälligen Bundesgerichtsverfahren bilde die Frage, ob gestützt auf das Öffentlichkeits- gesetz vertraulich vereinbarte Arzneimittelpreise zu veröffentlichen seien. Im vorliegenden Verfahren stelle sich die gleiche Rechtsfrage. Es erscheine daher nicht zweckmässig, seitens des Beauftragten eine Empfehlung über diese Rechtsfrage abzugeben, solange diese noch nicht rechtskräftig entschieden sei. Eine vorher abgegebene Empfehlung des Beauftragten und eine sich darauf stützende Verfügung der Behörde könne sonst im Widerspruch mit dem Entscheid des Bundesgerichts stehen, was dazu führen könne, dass die Antragstellerin eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einreichen müsse. Dadurch würde die mit dem Schlichtungsverfahren beabsichtigte Entlastung der Gerichte ins Gegenteil verkehrt. Eine Sistierung stehe auch nicht dem Beschleunigungsgrundsatz entgegen. Eine Verfahrensbeschleunigung allein der Beschleu- nigung willen sei sinnlos, wenn die Beschleunigung im Ergebnis zu einer Verlängerung des Ver- fahrens oder neuen Verfahren führe, da z.B. ein widersprüchlicher Entscheid drohe. Die ständige Rechtsprechung erkläre, dass sich eine Sistierung rechtfertige, wenn der Ausgang eines anderen Verfahrens für das vorliegende Verfahren mutmasslich präjudizielle Bedeutung habe.³ Materiellrechtlich verwies die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung betreffend Art. 7 Abs. 1 Bst. h und g BGÖ auf ihren Schlichtungsantrag vom 26. Juli 2023 und hielt ergänzend fest, dass die Position der Antragstellerin bezüglich Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ vollumfänglich mit den Ausfüh- rungen des Bundesverwaltungsgerichts in seinem neuen Urteil vom 27. Juli 2023⁴ übereinstimm- ten, und referenzierte verschiedene Ausführungen des erwähnten Urteils.

² Die Antragstellerin verweist dabei auf verschiedene Urteile des BGer und des BVGer u.a.: BGE 123 II 1 E. 2 b; BGE 122 II 211 E.3e; Ur- teil des BVGer A-4379/2007 vom 29. August 2007 E. 4. ³ Die Antragstellerin verweist dabei auf BGE 123 II 1 E. 2b. ⁴ BVGer

Urteil vom 27. Juli 2023 A-2459/2021.

7/17

E. 20

Auf die weiteren Ausführungen des BAG und der Antragstellerin bzw. ihrer Rechtsvertretung 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

E. 21

Die Antragstellerin wurde nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Als betroffene Dritte nahm sie an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren teil und ist somit zur Einreichung eines Schlichtungs- antrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und innert erstreckter Frist beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

E. 22

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.5 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.

E. 23

In der ergänzenden Stellungnahme vom 4. September 2023 beantragt die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung für den Fall, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2459/2021 vom 27. Juli 2023 angefochten werde, das Schlichtungsverfahren bis zur Veröffentlichung des Urteils des Bundesgerichts zu sistieren. Dabei macht sie geltend, zum einen sei der im erwähnten Urteil betroffene Sachverhalt gleich wie beim vorliegenden Fall und zum anderen laufe es dem Grundsatz, die Gerichte durch das Schlichtungsverfahren zu entlasten, zuwider, wenn keine Sis- tierung erfolge. Es bestehe die Gefahr, dass eine allfällige Empfehlung bzw. die darauffolgende Verfügung der Behörde im Widerspruch zum künftigen Urteil des Bundesgerichts stehe.

E. 24

Vorab ist festzuhalten, dass es im von der Antragstellerin bzw. ihrer Rechtsvertretung vorgebrachten Urteil A-2459/2021 vom 27. Juli 2023 um den Nettopreis einer teuren CAR-T-Zelltherapie und um sogenannte «geheime Preismodelle» geht, wobei der Listenpreis auf der einsehbaren Spezialitätenliste (die massgeblich ist, ob ein/e Therapie/Medikament von der Krankenkasse übernommen wird) vom tatsächlich bezahlten und geheim ausgehandelten Nettopreis abweicht. Diese Sachlage unterscheidet sich grundlegend vom vorliegenden Fall. Erstens besteht der gewichtige Unterschied darin, dass im Fall des Urteils A-2459/2021 die Behörde (ebenfalls das BAG) die Auffassung vertrat, dass die Gewährung des Zugangs zu den Nettopreisen der Medikamente eine konkrete behördliche Massnahme beeinträchtige, während das BAG sich im vorliegenden Fall nicht auf diese Ausnahmebestimmung beruft und gar zur Auffassung gelangt, dass keine rechtlichen oder politischen Überlegungen der Offenlegung entgegenstehen (s. Ziff. 9). Zweitens kann die Beschaffung eines Impfstoffs mit Steuergeldern durch eine Behörde

nicht mit dem im erwähnten Urteil abgehandelten Modell der «geheimen Preismodelle» verglichen werden, weil es dabei um eine Aufnahme einer Therapieform in die Spezialitätenliste unter Geheimhaltung des Preises geht. Aufgrund der sich wesentlich unterscheidenden Sachlagen fehlt es nach Ansicht des Beauftragten an der präjudiziellen Wirkung des von der Antragstellerin bzw. ihrer Rechtsvertreterin vorgebrachten Urteils für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt.

E. 25

Darüber hinaus gilt es bei Zugangsverfahren zu amtlichen Dokumenten zu beachten, dass das Öffentlichkeitsgesetz keine Bestimmung über die Sistierung des Schlichtungsverfahrens enthält. Die Empfehlung des Beauftragten hat gemäss Art. 14 BGÖ innert 30 Tagen nach Eingang des Schlichtungsantrags zu erfolgen, wobei der Beauftragte bei besonders aufwändiger Bearbeitung die Frist verlängern kann (Art. 12a Abs. 1 VBGÖ). Gemäss Rechtsprechung darf eine gesuchstellende Person im Sinne des Beschleunigungsgebots von Art. 29 BV im Zugangsverfahren sowohl vom Beauftragten als auch von der Behörde fristgerechtes Handeln erwarten.⁶ Die Empfehlung des Beauftragten ist ein unverbindlicher staatlicher Akt. Sie entfaltet keine unmittelbare rechtliche

⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. ⁶ Urteil des BVGer A-6037/2011 vom 15. Mai 2012, E. 5.3.1.

^{8/17} Wirkung, ihre Rechtsnatur ist bloss mittelbar.⁷ Ist die Antragstellerin oder der Gesuchsteller mit der Empfehlung nicht einverstanden, können sie von der Behörde eine Verfügung verlangen (Art. 15 BGÖ) und eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben. Das Beschleunigungsgebot bezweckt, dass der Gesuchsteller – und nicht die Antragstellerin als betroffene Dritte – Anspruch auf eine beförderliche Behandlung seines Zugangsgesuchs hat. Eine Sistierung auf Antrag einer betroffenen Drittperson im Sinne von Art. 11 BGÖ hätte zur Folge, dass das Zugangsgesuch nicht entsprechend den im Öffentlichkeitsgesetz vorgesehenen zwingenden Fristen beurteilt und der Gesuchsteller – entgegen dem Beschleunigungsverbot – letztlich am Zugang zum verlangten Dokument gehindert wird.

E. 26

Zwischenfazit: Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen stellt der Beauftragte fest, dass dem Antrag nach Sistierung der Antragstellerin mangels gesetzlicher Grundlage und im Lichte des Beschleunigungsgebots nicht stattgegeben werden kann.

E. 27

Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) wurden der Schutz, die Bearbeitung und die Bekanntgabe von Daten juristischer Personen aus dem Datenschutzgesetz ausgenommen. Das Datenschutzgesetz findet deshalb nur noch auf (Personen-)Daten natürlicher Personen Anwendung. Im revidierten Art. 9 Abs. 2 BGÖ wird für den Zugang von Personendaten auf das Datenschutzgesetz (neu Art. 36 DSG) verwiesen. In Bezug auf die Daten juristischer Personen verweist das Öffentlichkeitsgesetz neu auf Art. 57s des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).

E. 28

Angesichts der Tatsache, dass das Datenschutzgesetz während des vorliegenden Schlichtungs- verfahrens in Kraft getreten ist, ist vorab zu klären, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung ge- langt: Der Gesetzgeber hat keine Übergangsbestimmungen für das Zugangs- und Schlichtungs- verfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht hatte kürzlich einen Fall zu beurteilen, bei welchem das neue Datenschutzgesetz während des hängigen Be- schwerdeverfahrens in Kraft getreten ist. Es weist darauf hin, dass die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist, ausser das seither geänderte Recht sehe ausdrücklich eine andere Ordnung vor. «Es ist deshalb regelmässig auf das alte Recht abzustellen. Zu relativieren ist dieser Nachwirkungsgrundsatz in- sofern, als für den Beschwerdeführer günstigeres Recht stets berücksichtigt werden soll und stren- geres Recht dann, wenn zwingende Gründe für dessen sofortige Anwendung sprechen.» Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Tragweite der neuen Bestimmungen gleich geblieben und das alte Recht anzuwenden ist. Aus diesen Gründen wendet der Beauftragte in diesem Schlich- tungsverfahren die altrechtlichen Bestimmungen des Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetzes an. B. Materielle Erwägungen

E. 29

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁸

E. 30

Der Gesuchsteller X.__ hat in seinem Zugangsgesuch vier Anträge gestellt (s. Ziff. 1). Zu den betroffenen Dokumenten der Anträge 1, 3 und 4 hat der Gesuchsteller einen teilweisen Zugang erhalten und anschliessend innert der gesetzlichen Frist keine Schlichtungsanträge beim Beauf- tragten eingereicht. Somit sind nur noch die Dokumente des Antrags 3 Gegenstand des vorlie- genden Schlichtungsverfahrens. Das BAG hat folgende vom Antrag 3 betroffene Dokumente iden- tifiziert: - Dokument 1: Vaccine Supply Letter - Dokument 2: Schedule_1_JYNNEOS [...] - Dokument 3: [...] - AApot_V02_BN signed - Dokument 4: SDEA_BN_Swiss_Armed_Forces_Pharmacy

7 GUY ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 14. Rz 8. 8 GUY ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 8.

9/17 Das BAG beabsichtigt, die verlangten Dokumente unter Schwärzung der Personendaten natürli- cher Personen (in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ) offenzulegen. Eine Ausnahme bildet ein Abschnitt des Dokuments 2, der eine Vereinbarung der Antragstellerin mit einem Dritten betrifft und den das BAG zu schwärzen beabsichtigt. Die Antragstellerin beantragt weiter, dass zusätzlich zu den vorgesehenen Abdeckungen die Preisinformationen (Gesamtkaufpreis und Preis pro Do- sis) in Dokument 1 zu schwärzen seien. Sie beruft sich dabei auf verschiedene Ausnahmebestim- mungen des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 7 Abs. 1 Bst. b, Art. 7 Abs. 1 Bst. h, Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ).

E. 31

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetz- liche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.⁹ Die betroffene Be- hörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte

Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente 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, sofern die Ausnahmebestimmung private Interessen betrifft.¹⁰ Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.¹¹

E. 32

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann insbesondere aus einem der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ genannten Gründe eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden. Nach der Rechtsprechung muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen; zudem muss diese ernsthaft sein, weshalb eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz nicht als Beeinträchtigung gelten kann. Eine eigentliche Interessenabwägung ist nicht vorzunehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber diese bereits vorweggenommen, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ in abschliessender Weise die Gründe aufzählt, aus denen das Geheimhaltungs- das Transparenzinteresse überwiegen kann.¹² Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ vor, darf der Zugang nicht ohne Weiteres verweigert werden, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob gegebenenfalls in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.¹³

E. 33

Die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung beruft sich in ihrem Schlichtungsantrag vom 26. Juli 2023 u.a. auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, wonach der Zugang zu verweigern ist, wenn die Gewährung des Zugangs zu den strittigen Inhalten die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigen würde. Sie macht geltend, dass eine Offenlegung dazu führen würde, dass zukünftige Kunden der Antragstellerin den Impfstoff nur noch zum Schweizer Preis oder zu einem tieferen kaufen würden. Das führe dazu, dass die Schweizer Behörden nicht mehr oder nur noch zum Maximalpreis die Möglichkeit bekämen, Arzneimittel der Antragstellerin zu beschaffen. Weiter erklärt die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 4. September 2023, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Juli 2023 A-2459/2021 diese Ausführung stütze, insbesondere halte es darin fest, dass der Fakt, dass die Verhandlung bereits abgeschlossen sei, nicht heisse, dass keine konkrete behördliche Massnahme gefährdet sein könne. Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ finde auch dann Anwendung, wenn zeitnah mit erneuten Massnahmen zu rechnen sei. So verhalte es sich auch im hier zu beurteilenden Fall, da die Impfstoffe nur eine begrenzte Haltbarkeit hätten. Eine Offenlegung der Nettopreise in der Schweiz führe somit zu einem Schaden für die Patientinnen und Patienten und der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler. Das BAG führt in seiner Stellungnahme vom 24. Mai 2023 an die Antragstellerin aus, dass aus seiner Sicht keine politischen oder rechtlichen Überlegungen gegen die Zugangsgewährung

9 BGE 142 II 340 E. 2.2. 10 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 11 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H. 12 Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1. 13 Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.4.

10/17 sprächen. In der ergänzenden Stellungnahme vom 8. August 2023 an den Beauftragten (s. Ziffer 15) äussert sich das BAG nicht zum Ausnahmegrund vom Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ. Das BAG hält jedoch fest, dass es weiterhin beabsichtige, die Preisinformation in Dokument 1 zugänglich zu machen. Weiter erklärt das BAG, dass die Impfstoffe mit Steuergeldern finanziert seien und somit per se ein grosses öffentliches Interesse an der Offenlegung dieser Information bestehe.

E. 34

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, «dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme beeinträchtigt zu werden droht.»¹⁴ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein¹⁵ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden.

E. 35

Die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zielt auf öffentliche Interessen und schützt keine privaten Interessen. Die Wahrung öffentlicher Interessen muss gemäss Rechtsprechung¹⁶ durch eine Behörde geltend gemacht werden. Private sind hingegen nicht legitimiert, sich anstelle der Behörde auf diese Ausnahmebestimmung zu berufen. Das BAG hat vorliegend nicht geltend gemacht, dass durch die Offenlegung der Vertragssumme in Dokument 1 eine konkrete behördliche Massnahme beeinträchtigt würde. Vielmehr hält das BAG fest, dass keine politischen oder rechtlichen Überlegungen gegen die Offenlegung der Preisinformationen sprechen und unterstreicht allgemein das grosse öffentliche Interesse, welches die Allgemeinheit an den strittigen Informationen hat. Da sich das BAG vorliegend nicht auf den Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ beruft, erübrigt sich eine weitere Prüfung.

E. 36

Zwischenfazit: Das BAG bringt das Vorliegen der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht vor. Die Antragstellerin ist nicht legitimiert, sich auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu berufen, da diese auf öffentliche Interessen abzielt und keine privaten Interessen schützt. Die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ sind somit nicht erfüllt.

E. 37

Die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung macht weiter zum einen geltend, die Preisinformationen (Preis pro Dosis und Gesamtpreis) in Dokument 1 stellen Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ dar und dürften deshalb nicht zugänglich gemacht werden. Demgegenüber hält das BAG die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ für nicht hinreichend begründet bzw. nicht erfüllt. Zum anderen führt die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung in ihrer Stellungnahme vom 31. Mai 2023 weiter aus, dass eine Passage in Dokument 2 eine Vereinbarung mit einem Dritten betreffe und ihre Geschäftsbeziehung zu diesem Dritten im Falle einer Offenlegung dieser Passage leiden würde, was sich unmittelbar negativ auf das Geschäftsergebnis der Antragstellerin auswirken würde. Das BAG sieht darin eine Geltendmachung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und Art. 7 Abs. 2 BGÖ und zeigte sich bereit, die Passage zu schwärzen.

E. 38

Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entsprechend kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Bekanntgabe amtlicher Dokumente Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Der Begriff „Geschäftsgeheimnis“ ist gesetzlich nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird als Geheimnis jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), welche der Geheimnisherr geheim

14 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. 15 BGE 144 II 77 E. 4.3. 16 Urteil des BVGer A-2564/2018 vom 5. August 2020 E. 6.

11/17 halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisträger ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).¹⁷

E. 39

Vom Geheimnisbegriff werden jedoch nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter können insbesondere Informationen fallen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob diese Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob diese Informationen bei einer Zugänglichmachung an Dritte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.¹⁸ Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus.¹⁹ Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.²⁰

E. 40

Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der Geheimnisherr. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis um ein privates Interesse handelt, hat der Geheimnisherr der Behörde konkret und detailliert darzulegen, weshalb es sich um wesentliche Informationen handelt, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken könnte und dazu führen würde, dass ein Wettbewerbsnachteil entstünde und damit ein Schaden zugefügt würde. Die zuständige Behörde hat ihrerseits im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die vom Geheimnisherr geltend gemachten Geheimnisse vorliegen, wobei die allgemeine Aussage eines Unternehmens, dass dies der Fall sei, nicht ausreicht. Auch darf die Behörde sich nicht bloss der Stellungnahme des Unternehmens anschliessen, sondern muss vielmehr selbstständig einschätzen, ob ein berechtigtes Interesse am Schutz der Geschäftsinformationen besteht.²¹ In diesem Zusammenhang ist entscheidend zu berücksichtigen, dass die Verwirklichung eines Ausnahmegrunds letztlich für die Zugangsgesuchstellenden nachvollziehbar dargelegt werden muss.²² Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.²³

E. 41

Für beide Dokumente stellt der Beauftragte fest, dass die Voraussetzung des subjektiven Geheimhaltungsinteresses bereits dadurch erfüllt ist, dass die Antragstellerin klar zum Ausdruck gebracht hat, dass sie mit der Gewährung des Zugangs nicht einverstanden ist. Zudem sind die in den beiden Dokumenten enthaltenen Informationen der Öffentlichkeit noch nicht bekannt, so dass in beiden Fällen auch die Voraussetzung der relativen Unbekanntheit erfüllt ist. Aus Gründen der Übersichtlichkeit prüft der Beauftragte nachfolgend für die Dokumente 1 und 2 getrennt, ob die weiteren Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ erfüllt sind. Im Folgenden ist daher für beide Dokumente ausschliesslich zu prüfen, ob ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht. Bei Dokument 2 macht die Antragstellerin nach Auffassung des BAG zudem sinngemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ geltend, weshalb der Beauftragte bezüglich der Passage in Dokument 2 zusätzlich Art. 7 Abs. 2 BGÖ prüft.

E. 42

Dokument 1: Die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung macht zunächst geltend, dass die Offenlegung des Preises in Dokument 1 Rückschlüsse auf die Preiskalkulation zulasse, was einen Wettbewerbsvorteil für die Mitbewerberinnen darstelle. Die Mitbewerberinnen könnten sich dadurch einen Teil der Preiskalkulation ersparen und hätten somit einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber der Antragstellerin. Ausserdem könnten die Mitbewerberinnen nach Ansicht der Antragstellerin bzw. ihrer Rechtsvertretung in Kenntnis des Preises diesen unterbieten und damit die Antragstellerin vom Markt verdrängen. Als Mitbewerberinnen nennt die Antragstellerin zwei

17 Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3 18 Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVerger A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4. 19 Urteil des BVerger A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2, E. 4.3.2. 20 SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 Rz. 96 ff. 21 Urteil des BVerger A-6/2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2. 22 Empfehlung EDÖB vom 9. Juni 2020: Swissmedic / Protokoll Human Medicines Expert Committee (HMEC), Ziff. 30. 23 Urteil des BVerger A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

12/17 Unternehmen, von denen eines den Beginn klinischer Studien für einen Impfstoff gegen Affenpocken angekündigt hat und das andere einen Impfstoff gegen Pocken herstellt.

E. 43

Der Webseite des BAG ist zu entnehmen, dass in der Schweiz derzeit nur der Impfstoff der Antragstellerin empfohlen und verwendet wird. Gleichzeitig ist kein anderer Impfstoff in der Schweiz zugelassen, auch nicht derjenige der Antragstellerin; ihr Impfstoff wird im Rahmen sogenannter «No-Label-Anwendungen» für besonders gefährdete Personengruppen empfohlen.²⁴ Es stellt sich daher die Frage, inwiefern die Antragstellerin in der Schweiz zurzeit überhaupt einer Konkurrenzsituation ausgesetzt ist. Nach Rechtsprechung und Lehre muss eine Konkurrenzsituation indes bestehen, damit eine Marktverzerrung wahrscheinlich erscheint, andernfalls ist eine Wettbewerbsverzerrung von vornherein ausgeschlossen.²⁵ Darüber hinaus ist für den Beauftragten nicht ersichtlich und von der Antragstellerin auch nicht überzeugend dargelegt, inwieweit der Preis als Basisinformation Rückschlüsse auf die detaillierte Preiskalkulation der Antragstellerin zulässt. Für Mitbewerberinnen ist die Preiskalkulation damit nicht offengelegt, da weder Informationen über Produktionskosten noch über Gewinnmargen zugänglich gemacht würden. Folgte man der Argumentation der Antragstellerin, würde das Öffentlichkeitsprinzip in vielen Fällen ausgehebelt, da dann bei fast allen Beschaffungen oder Verträgen des Bundes mit Dritten auf ein Geschäftsgeheimnis geschlossen werden könnte. Zudem wird in der Lehre²⁶ die Auffassung vertreten, dass der Preis von Beschaffungen, die mit Steuergeldern finanziert werden, bereits grundsätzlich dem Öffentlichkeitsprinzip zu unterstellen und eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ in diesem Fall per se unzulässig sei. Insbesondere ist es demnach mit dem Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsprinzips nicht vereinbar, dass nur der bezahlte Preis nicht zugänglich ist, während die vom Bund beschafften Objekte öffentlich bekannt sind. Diese Auffassung scheint vorliegend auch das BAG in seiner Stellungnahme vom 11. Juli 2023 (vgl. Ziff. 12) zu vertreten, welches in Bezug auf die zu beurteilenden Preisinformationen selber kein Geschäftsgeheimnis erkennt. Die Argumente der Antragstellerin vermögen somit ein objektives Geheimhaltungsinteresse und damit das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht zu begründen.

E. 44

Weiter führt die Antragstellerin aus, dass eine Marktverzerrung auch dadurch entstehe, dass bei einer Offenlegung der Preisinformationen in Dokument 1 der von den Schweizer Behörden gezahlte Preis als Höchstpreis angesehen werde, da andere Abnehmer, in Kenntnis dieses Preises, nicht mehr bereit seien, mehr als den Schweizer Preis zu zahlen. Dies führe gemäss der Antragstellerin bzw. ihrer Rechtsvertretung zu Umsatzeinbussen für die Antragstellerin. Nach Ansicht des Beauftragten dürfte jedoch die epidemiologische Entwicklung betreffend Affenpocken die zukünftigen Preisverhandlungen weit mehr bestimmen als der einmalig mit den schweizerischen Behörden vereinbarte Preis, welcher nur eine Momentaufnahme darstellt. Es dürfte jedem Käufer klar sein, dass der Preis in Abhängigkeit von der bestellten Menge, der weltweiten Nachfrage und dem Preisniveau in den verschiedenen Regionen variieren wird. Eine drohende Marktverzerrung und ein daraus resultierender Schaden für die Antragstellerin erscheint daher auch in diesem Zusammenhang nicht wahrscheinlich und insgesamt wenig überzeugend. Somit vermag auch

dieses Vorbringen der Antragstellerin das Vorliegen des Ausnahmegrundes von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ in Bezug auf die Preisinformation in Dokument 1 nicht hinreichend zu begründen.

E. 45

Soweit sich die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung auf Art. 11 Bst. e BöB beruft, ist festzuhalten, dass der Impfstoff, wie die Antragstellerin selbst zutreffend ausführt, nicht im offenen Ausschreibungsverfahren, sondern gestützt auf einen Bundesratsbeschluss vom 24. August 2022 beschafft wurde. Das BöB ist somit im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Weiter beruft sich die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung auf den noch nicht in Kraft getretenen Art. 52c E-KVG, wonach dieser in Zukunft die Vertraulichkeit von Arzneimitteln regeln werde, weshalb eine Offenlegung der Preisinformationen im Impfstoffvertrag der Rechtsordnung widerspreche, da dieser geltendes Recht klarstelle und kodifiziere. Dazu ist hier lediglich festzuhalten, dass Art. 52c E-KVG weder in Kraft ist noch vom Parlament definitiv verabschiedet

24 <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/krankheiten-im-ueberblick/mpox.html>, zuletzt besucht am 12.12.2023. 25 Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 7.1.3 Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.3; COT-TIER/SCHWEIZER/WIDMER, in Handkommentar BGÖ a.a.O. Art. 7 Rz. 44. 26 Vgl. dazu TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnis nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in: sui-generis 2019, S. 215-226 N 26 und 32.

13/17 wurde.²⁷ Zudem wäre Art. 52c E-KVG, falls er denn in Kraft tritt, keine Kodifizierung des geltenden Schweizer Rechts, sondern eine neue Spezialbestimmung gemäss Art. 4 BGÖ. Sodann regelt Art. 52c E-KVG die Anwendung vertraulicher Preismodellen und nicht – wie vorliegend – die Beschaffung von Impfstoffen durch den Bund.

E. 46

Zwischenfazit: Die Voraussetzungen für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sind in Bezug auf die Preisinformationen (Preis pro Dosis und Gesamtpreis) in Dokument 1 nach Ansicht des Beauftragten nicht erfüllt.

E. 47

Dokument 2: In ihrer Stellungnahme vom 31. Mai 2023 erklärt die Antragstellerin gegenüber dem BAG, dass eine Passage in Dokument 2 eine vertrauliche Vereinbarung mit einem Dritten betreffe und diese Passage geschwärzt werden müsse. Die Offenlegung würde sich negativ auf die Geschäftsbeziehung zwischen der Antragstellerin und der Drittpartei auswirken, was für das Geschäftsergebnis der Antragstellerin nachteilig sei. Das BAG sieht darin eine sinngemässe Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und Art. 7 Abs. 2 BGÖ und hat sich bereit erklärt, diese Passage schwärzen zu wollen (s. Ziffer 12). Dabei lässt es offen, ob seiner Ansicht nach die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ erfüllt sind oder ein Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 2 BGÖ vorliegt.

E. 48

Gemäss Art. 13 Abs. 2 VBGÖ darf die Empfehlung des Beauftragten keine Informationen enthalten, die ein nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschütztes Interesse beeinträchtigen könnten. Der Beauftragte kann daher nicht im Detail auf die fragliche Passage eingehen oder deren Inhalt vertieft thematisieren. Die fragliche Passage betrifft – wie von der Antragstellerin

dargelegt – eine Vereinbarung zwischen ihr und einem Dritten, der im vorliegenden Verfahren nicht angehört wurde. Der Beauftragte prüft die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und Art. 7 Abs. 2 BGÖ getrennt.

E. 49

Weder die Antragstellerin noch das BAG legen substantiiert dar, inwiefern die Gewährung des Zugangs zur fraglichen Passage zu einer Marktverzerrung führen könnte bzw. welcher Wettbewerbsnachteil der Antragstellerin durch die Offenlegung der fraglichen Passage droht. Der Beauftragte stellt somit fest, dass das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ weder von der Antragstellerin noch vom BAG mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte dargelegt wurde.

E. 50

Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Ausnahmsweise kann der Zugang trotz möglicher Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt. Die Beeinträchtigung muss aber mehr darstellen als eine geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenz, die Verletzung der Privatsphäre darf nicht lediglich denkbar bzw. entfernt möglich sein.²⁸ Auch juristische Personen können von einer Privatsphärenverletzung beeinträchtigt werden. Bei juristischen Personen sind die Schutzbedürftigkeit und das private Interesse jedoch naturgemäss geringer als bei natürlichen Personen.²⁹ 51. Die Geschäftsbeziehung der Antragstellerin mit einem Dritten betrifft ihre Privatsphäre. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Privatsphäre beeinträchtigt wird, mit anderen Worten, ob der Antragstellerin mehr als nur eine unangenehme Konsequenz d.h. ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Weiter ist zu prüfen, ob nicht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Gewährung des Zugangs besteht. Für den Beauftragten erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Bekanntgabe der Informationen für die Antragstellerin – gemäss ihrem Vorbringen – einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil darstellen würde, weil dadurch die Geschäftsbeziehung mit der Drittpartei gefährdet werden könnte. Demgegenüber vermag der Beauftragte kein überwiegendes öffentliches Interesse an der fraglichen Information zu erkennen, da die Passage lediglich eine Vereinbarung der Antragstellerin mit einem Dritten und nicht das Verwaltungshandeln einer schweizerischen Behörde betrifft.

27 22.062 | KVG. Änderung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 2) | Geschäft | Das Schweizer Parlament, zuletzt besucht am 12.12.2023. 28

COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER in Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 58. 29 Urteil des BVerfG A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.6.2.

14/17 52. Zwischenfazit: Das BAG schwärzt in Anwendung von Art. 7 Abs. 2 BGÖ die Passage in Dokument 2, die eine Vereinbarung der Antragstellerin mit einem Dritten betrifft. 53. In ihrem Schlichtungsantrag vom 26. Juli 2023 macht die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvertretung weiter geltend, die Vertraulichkeit der Preisinformationen in Dokument 1 sei ihr zugesichert worden und dürfe deshalb in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht zugänglich gemacht werden. 54. Die Ausnahmeregelung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ findet Anwendung, wenn folgende drei Anforderungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst müssen die Informationen von einer Privatperson, nicht aber von einer Behörde mitgeteilt worden sein. Sodann müssen die Informationen der Behörde freiwillig, d.h.

nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, abgegeben worden sein, und schliesslich muss die Behörde die Zusicherung der Vertraulichkeit auf ausdrückliches Verlangen des Informanten erteilt haben. 55. Die Antragstellerin bzw. ihr Rechtsvertreter macht geltend, dass das BAG zur Geheimhaltung der Preisinformationen verpflichtet sei, da die Antragstellerin freiwillig einen Vertrag mit dem BAG geschlossen habe und ihr im Rahmen dieses Vertrages Vertraulichkeit zugesichert worden sei. Dies sei durch eine Geheimhaltungsklausel im Vertrag geschehen, wonach die in diesem Vertrag offenbarten Informationen «streng vertraulich» seien und nur für die Zwecke der Vereinbarung verwendet werden dürften. Die im Vertrag enthaltene Ausnahme, wonach eine Offenlegung «as required by law» zulässig sei, stehe der Geheimhaltungspflicht nicht entgegen, da noch nicht rechtskräftig entschieden sei, ob die Offenlegung von Preisinformationen gesetzlich vorgeschrieben ist. Zunächst ist festzuhalten, dass der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nicht zur Disposition der informationspflichtigen Behörden und Dritten steht und daher vertraglich nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden kann. Vielmehr muss ein objektives Geheimhaltungsinteresse hinzutreten, da andernfalls das Öffentlichkeitsprinzip ausgehöhlt würde. Geheimhaltungsvereinbarungen dienen in erster Linie dem Schutz von Informationen Dritter, auf die die Behörde zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe angewiesen ist, wie z.B. bei der Korruptionsbekämpfung.³⁰ Es handelt sich vorliegend auch nicht um eine freiwillige Mitteilung der Antragstellerin an das BAG. Die Antragstellerin hat die fraglichen Preisinformationen im Rahmen einer vertraglichen Verpflichtung, welche sie im Übrigen freiwillig eingegangen ist, an das BAG gegeben, weshalb es bereits an einem von der Rechtsprechung geforderten Tatbestandselement fehlt. Damit erübrigt sich die Prüfung, ob die weiteren kumulativen Voraussetzungen dieser Ausnahmebestimmung erfüllt sind. 56. Zwischenfazit: Die Voraussetzungen des Ausnahmegrunds nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ sind vorliegend nicht erfüllt. 57. In ihrer Stellungnahme vom 28. April 2023 macht die Antragstellerin geltend, die Personendaten ihrer Angestellten in den Dokumenten 1, 3 und 4 seien zu schwärzen. Das BAG erklärt in seiner Stellungnahme vom 24. Mai 2023, es folge der Argumentation der Antragstellerin und werde die Personendaten natürlicher Personen in den Dokumenten 1, 3 und 4 in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ abdecken. Aus dem Schwärzungsvorschlag des BAG an die Antragstellerin geht hervor, dass es auch die Personendaten der Mitarbeitenden der Bundesverwaltung zu schwärzen gedenkt. Aus den dem Beauftragten vorliegenden Unterlagen ist nicht ersichtlich, dass der Gesuchsteller erklärt hat, sich nicht für die Personendaten von natürlichen Personen zu interessieren, weshalb diese Informationen grundsätzlich als vom Zugangsgesuch erfasst zu betrachten sind. 58. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Ausnahmsweise kann der Zugang trotz möglicher Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse am Zugang überwiegt. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind Personendaten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Daher gilt die Anonymisierungspflicht nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen.³¹ Sofern die Privatsphäre der betroffenen Person nicht beeinträchtigt ist, trifft die Behörde keine Anonymisierungspflicht. Eine Anonymisierung könnte in diesen Fällen

³⁰ Vgl. dazu SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 3 Rz 323 f. ³¹ Urteil des BVerfG A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.1

15/17 sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein. Verlangt ein Gesuchsteller explizit Zugang zu Personendaten, so ist der Zugang gemäss Art. 9 Abs. 2 BGÖ nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, aDSG; SR 235.1) zu beurteilen. 59. Relevant ist vorliegend Art. 19 Abs. 1 bis aDSG. Demnach dürfen Bundesorgane im Rahmen der behördlichen Information der Öffentlichkeit 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). Die erste Voraussetzung ergibt sich bereits aus der Definition des amtlichen Dokuments nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ.³² Die zweite Voraussetzung verlangt nach einer Interessenabwägung zwischen den privaten Interessen der betroffenen Person am Schutz ihrer Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse am Zugang zum amtlichen Dokument (und den darin enthaltenen Personendaten).³³ 60. Die Gewichtung der privaten Interessen hat insbesondere anhand der in Frage stehenden Daten, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Personen sowie möglicher Konsequenzen der Bekanntgabe zu erfolgen.³⁴ Hinsichtlich der Funktion und Stellung der betroffenen Person ist zu unterscheiden zwischen Personen des öffentlichen Lebens bzw. Verwaltungsangestellten in höheren Führungsfunktionen, hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellten und privaten Dritten. Verwaltungsangestellte können im Zusammenhang mit ihrer öffentlichen Funktion ihren Privatsphärenschutz nicht im gleichen Masse geltend machen wie private Dritte. Es ist jedoch auch innerhalb der Verwaltungsangestellten zwischen höheren Führungspersonen und hierarchisch nachrangigem Behördenpersonal zu unterscheiden. Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen müssen sich unter Umständen auch die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten gefallen lassen. Hierarchisch nachgeordnete Verwaltungsangestellte müssen sich zumindest gefallen lassen, dass bekannt wird, wer ein bestimmtes Dokument verfasst hat oder für ein bestimmtes Geschäft zuständig war. Unabhängig von der Stellung der Person dürfen Personendaten nur bekannt gegeben werden, wenn dies keine überwiegenden Nachteile für die betroffene Person zur Folge hat.³⁵ 61. Auf der anderen Seite ist das öffentliche Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten zu berücksichtigen. Zum (allgemeinen) Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung (Art. 1 BGÖ) können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten.³⁶ Gemäss Art. 6 Abs. 2 VBGÖ kann das öffentliche Interesse am Zugang namentlich dann überwiegen, wenn die Zugänglichmachung einem besonderen Informationsinteresse aufgrund wichtiger Vorkommnisse dient (Bst. a), wenn die Zugänglichmachung dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient, insbesondere dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit (Bst. b), oder wenn die Person, deren Privatsphäre durch die Zugänglichmachung beeinträchtigt werden könnte, zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Bst. c). 62. Die verlangten amtlichen Dokumente enthalten zwei Kategorien von Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. a aDSG, welche nachstehend behandelt werden. 63. Personendaten von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung: Die verlangten Dokumente 1, 3 und 4 enthalten unter anderem die Namen und weiteren Angaben zu den Personen (wie z.B. Funktionsbezeichnungen, handschriftliche Unterschriften, E-Mail-Adressen etc.) von Mitarbeitenden der

Bundesverwaltung. Gemäss dem Schwärzungsvorschlag des BAG an die Antragstellerin beabsichtigt dieses, diese Personendaten zu schwärzen. In seinen Stellungnahmen macht das BAG jedoch keine Ausführungen zur Beeinträchtigung der Privatsphäre dieser Personen und hat die Beeinträchtigung somit nicht hinreichend begründet. Es liegt am BAG abzuklären, ob und inwiefern weit der Gesuchsteller ein Interesse an den genannten Personendaten hat. Dementsprechend

32 BVGE 2011/52 E. 7.1.1. 33 Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 7. 34 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.3. 35 Urteil des BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 5.1.3.1; Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.2.2. 36 Urteil des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.5.

16/17 empfiehlt der Beauftragte im Umfang des Zugangsbegehrens die Bekanntgabe der Personendaten von Bundesangestellten entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung (Ziffer 58-61). Das BAG prüft, ob die betroffenen Personen gemäss Art. 11 BGÖ vorgängig anzuhören sind. 64. Personendaten von weiteren natürlichen Personen: Die verlangten Dokumente 1, 3 und 4 enthalten zudem die Namen und weitere Angaben von Mitarbeitenden der Antragstellerin. Die Antragstellerin beantragt, dass diese in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ zu anonymisieren sind, was vom BAG unterstützt wird. Auch betreffend diese Personen führt weder die Antragstellerin noch das BAG aus, inwiefern die Bekanntgabe eine Beeinträchtigung der Privatsphäre der am Vertragsabschluss beteiligten Personen führen würde. Die alleinige Kenntnis darüber, welche Angestellten der Antragstellerin am Vertrag mit den Schweizerischen Behörden beteiligt gewesen sind, ist für sich allein betrachtet nicht ohne Weiteres als Beeinträchtigung der Privatsphäre zu beurteilen. Unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Verfahrensökonomie sowie der Rechtsprechung erachtet es der Beauftragte zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch als gerechtfertigt und zielführend, wenn das BAG die Personendaten dieser natürlichen Personen in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ abdeckt. 65. Zwischenfazit: Der Beauftragte stellt fest, dass es sich unter Berücksichtigung der Verfahrensökonomie und der Verhältnismässigkeit rechtfertigt, die Personendaten der Mitarbeitenden der Antragstellerin in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ abzudecken. Die Personendaten der Mitarbeitenden der Bundesverwaltung sind demgegenüber unter Berücksichtigung der Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung bekanntzugeben. III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 66. Das Bundesamt für Gesundheit gewährt den Zugang zum Dokument 1 «Vaccine Supply Letter» inklusive der darin enthaltenen Preisinformationen (Preis pro Dosis und Gesamtkaufpreis), wobei es die Personendaten der Mitarbeitenden (wie Name, Funktionsbezeichnungen, handschriftliche Unterschriften, E-Mail-Adressen etc.) der Antragstellerin schwärzt. Die Personendaten der Mitarbeitenden der Bundesverwaltung sind im Sinne der vorangegangenen Erwägungen (s. Ziff. 58-64) nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung bekanntzugeben. 67. Das Bundesamt für Gesundheit gewährt den Zugang zum Dokument 2 «Schedule_1_JYNNEOS [...]», wobei es die Passage, die eine Vereinbarung mit einem Dritten betrifft, schwärzt. 68. Das Bundesamt für Gesundheit gewährt den Zugang zum Dokument 3 «[...]_AApot_V02_BN signed» und Dokument 4 «SDEA_BN_Swiss_Armed_Forces_Pharmacy» unter Schwärzung der Personendaten der Mitarbeitenden der Antragstellerin. Die Personendaten der Mitarbeitenden der Bundesverwaltung sind nach den Vorgaben des

Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung bekanntzugeben. 69. Die Antragstellerin und der Gesuchsteller können 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 sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). 70. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 71. 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). 72. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen der Antragstellerin und ihrer Rechtsvertretung sowie des Gesuchstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

17/17

73. Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (AR)

A. ___ (teilweise anonymisiert) vertreten durch B. ___

- Einschreiben mit Rückschein (AR)

Bundesamt für Gesundheit (BAG) 3001 Bern - Einschreiben mit Rückschein (AR)

X. ___ (teilweise anonymisiert)

Reto Ammann Leiter Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip Julian Sonderegger Jurist

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.