

# **EDOEB empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertr aege-curevac-agaussenpolitisch-2023-11-23 vom 23. November 2023**

EDÖB, 2023-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertraege-curevac-agaussenpolitisch-2023-11-23](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertraege-curevac-agaussenpolitisch-2023-11-23)

FR: EDOEB empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertraege-curevac-agaussenpolitisc  
h-2023-11-23 du 23 novembre 2023

IT: EDOEB empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertraege-curevac-agaussenpolitisc  
h-2023-11-23 del 23 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A.\_\_\_\_

### **E. 2**

B.\_\_\_\_

### **E. 3**

C.\_\_\_\_

### **E. 4**

Die Verfügung des BAG vom 28. Juni 2021 betreffend die Empfehlung des Beauftragten vom 28. Mai 2021 wurde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Mit Urteil vom 21. April 2022 erachtete das Gericht den Zugangsaufschub des BAG zu den Verträgen bis zumindest 30. Juni 2022 als gerechtfertigt.

### **E. 5**

Aus der Stellungnahme des BAG vom 14. Oktober 2022 und der dem Beauftragten zugestellten Dokumente des Anhörungsverfahrens am 14. November 2022 ist ersichtlich, dass das BAG bereits im Frühjahr 2022 begonnen hat, die betroffenen Unternehmen nach Art. 11 BGÖ anzuhören. Gemäss BAG war "[d]ie Impfstoffbeschaffung [...] seit dem Frühjahr 2022 abgeschlossen, vorüberhältlich von Anpassungen der Verträge bezüglich Lieferfristen und anderen Modalitäten."

### **E. 6**

Der Drittperson zeigte das BAG mit E-Mail vom 11. März 2022 den Eingang der Zugangsgesuche an. Gleichzeitig eröffnete das BAG die Anhörung nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ und ersuchte die Drittperson, die im Anhang übermittelten Vereinbarungen zu prüfen, insbesondere im Hinblick auf das Vorliegen von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen. Das BAG bat um deren Markierung und Begründung des Ausnahmetatbestandes bis zum 25. März 2022. Gleichzeitig informierte das BAG, es plane aufgrund der Anzahl Gesuche und des politischen Interesses eine Publikation der teilweise eingeschwärzten Verträge aller Drittpersonen.

### **E. 7**

Das BAG gab gemäss seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 an den Beauftragten Schweden, Frankreich und dem Fürstentum Liechtenstein die Gelegenheit, sich zur Offenlegung der Vereinbarungen zu äusseren und erklärte dazu gegenüber dem Beauftragten Folgendes: "Die Schweiz beschaffte nicht alle Covid-19-Impfstoffe bei den Herstellern selbst, sondern war als Interessentin von vergleichsweise geringen Bestellmengen bezüglich bestimmter Impfstoffe

1 Beschaffungsverträge Covid-19-Impfstoffe (admin.ch), zuletzt besucht am 24.10.2023. 2 Urteil des BVGer A-3858/2021 vom 21. April 2022.

3/23 bzw. Hersteller auf die Hilfe und das Wohlwollen von Frankreich und Schweden angewiesen. Diese beiden Staaten haben der Schweiz – nicht zuletzt aufgrund der guten bilateralen Beziehungen – ermöglicht, Impfstoffe aus ihren Kontingenten zu beziehen. Dazu hat die Schweiz mit Schweden und [K.\_\_\_\_ bzw. L.\_\_\_\_ ] tripartite Verträge sowie mit Frankreich (für den Impfstoff von [M.\_\_\_\_ ] und mit ihrem Einverständnis) einen bilateralen Vertrag über die Lieferung der Impfstoffdosen abgeschlossen. Basis dieser drei Staatsverträge waren jeweils die Vereinbarungen zwischen der Europäischen Kommission und den drei Herstellern über die Lieferung von Dosen für Europa (sogenannte Advance Purchase Agreements, nachfolgend: EU-APA).[3] Das Fürstentum Liechtenstein wiederum beschaffte die Covid-19-Impfstoffe über die Schweiz, d.h. die Verträge der Schweiz mit den Impfstoffherstellern sahen vor, dass ein Teil der Dosen an das Fürstentum Liechtenstein weiterverkauft werden darf."

#### **E. 8**

Gemäss Stellungnahme der französischen Behörde vom 5. April 2022 (Beilage 40, s. Ziff. 1) an das BAG ersuchte Frankreich das BAG, Folgendes zu berücksichtigen: - "Respect du règlement général de la protection des données (RGPD- règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données); - Respect de l'APA no 2020/C3/047-SI2.836209 conclu par le CE avec [M.\_\_\_\_ ] - Respect du secret en matière industrielle et commerciale - Attention sur l'article II.8 'confidentiality' de l'APA."

#### **E. 9**

Aus der Stellungnahme der schwedischen Behörde von 8. Mai 2022 (Beilage 41, s. Ziff. 1) ist ersichtlich, dass diese betreffend die Vereinbarungen zu [L.\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_ ] die Einschwärtung sämtlicher Kontaktdaten von Personen des schwedischen Amtes für Gesundheit verlangt hat sowie je eine Einschwärtung zu einer Vereinbarung zu [L.\_\_\_\_ ]. Das Fürstentum Liechtenstein brachte in seiner Stellungnahme vom 11. April 2022 (Beilage 42, s. Ziff. 1) keine Einwände vor.

#### **E. 10**

Mit Schreiben vom 22. April 2022 nahm die Drittperson Stellung. Sie machte die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und Art. 9 Abs. 1 BGÖ geltend.

#### **E. 11**

Mit E-Mail vom 25. Mai 2022 nahm das BAG zu den von der Drittperson beantragten Einschwärtungen Stellung. In Bezug auf die Begründungsdichte führte es aus, dass im Hinblick auf ein allfälliges Verfahren, welches von Seiten der Gesuchstellenden eingeleitet werden könnte, gewisse Begründungen allenfalls noch weiter konkretisiert werden

müssten. "Dies gilt insbesondere für die Schwärzung der Preise, denn in der Regel wird zumindest der Gesamtbeschaffungspreis bei öffentlichen Beschaffungen offengelegt, trotzdem folgen wir Ihrem Antrag aufgrund der besonderen Krisensituation zum Zeitpunkt der Beschaffung." Das BAG teilte der Drittperson mit, es habe ausgehend von ihren Einschwärzungsanträgen einen Einschwärzungsvorschlag erstellt und in den Verträgen diejenigen Stellen rot markiert, an denen nach Ansicht des BAG ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Drittperson bestehe. Weiter hielt das BAG fest, dass es den Geheimnisbegriff möglichst weit interpretiere. Allerdings gebiete das Transparenzprinzip auch, dass Schwärzungen nachvollziehbar erfolgen müssten, d.h. der Kontext ersichtlich bleibe ("transparentes Schwärzen"). Zu den nicht oder nur teilweise übernommenen Einschwärzungsanträgen der Drittperson nahm das BAG einzeln Stellung. Schliesslich teilte das BAG der Drittperson mit, dass sie, sofern Differenzen zu der von ihr eingereichten Version bestehen würden und sie an den Einschwärzungen festhalten sollte, bis spätestens am 7. Juni 2022 zusätzliche, vertiefere Begründungen zu liefern habe, weshalb die fragliche Passage entgegen der Einschwärzung des BAG nicht offengelegt werden soll (Beilage 60, s. Ziff. 1).

#### **E. 12**

Mit E-Mail vom 10. Juni 2022 teilte die Drittperson dem BAG mit, dass sie mit den Einschwärzungsvorschlägen und mit der Veröffentlichung der geschwärzten Version einverstanden sei (Beilage 61, s. Ziff. 1).

#### **E. 13**

Mit Schreiben vom 28. Juni 2022 sandte das BAG der Drittperson diejenige Version der Vertragsdokumente zu, die das BAG zu veröffentlichen in Aussicht stellte. Zur erleichterten Prüfung übermittelte es der Drittperson zusätzlich eine nachvollziehbare bzw. lediglich markierte Version und erklärte das Anhörungsverfahren zwischen ihr und dem BAG als abgeschlossen. Gleichzeitig

3 Diese Verträge sind öffentlich abrufbar: [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy\\_en#documents](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en#documents), zuletzt besucht am 24.10.2023.

4/23 wies das BAG die Drittperson auf die Möglichkeit hin, einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten stellen zu können, wenn sie mit dem Vorschlag für den vorgesehenen Teilzugang nicht einverstanden sei (Beilage 62, s. Ziff. 1).

#### **E. 14**

Das BAG veröffentlichte am 3. August 2022 die Vereinbarungen zu den Covid-19-Impfstoffen auf seiner Webseite<sup>4</sup> und informierte: "Die Offenlegung der Verträge zur Beschaffung der Covid-19-Impfstoffe erfolgt in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ), welches die Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse der Hersteller schützt. Diese Informationen wurden in den Dokumenten geschwärzt."

#### **E. 15**

Anfangs August 2022 informierte das BAG alle bisherigen Zugangsgesuchstellenden, so auch vorliegend die vier Antragstellenden, über die Veröffentlichung der Verträge und stellte ihnen den entsprechenden Link zu. Dazu erklärte das BAG: "In den Verträgen wurden gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g sowie Art. 9 Abs. 1 [BGÖ] Berufs-, Geschäfts-

oder Fabrikationsgeheimnisse der jeweiligen Hersteller sowie Passagen mit Personendaten geschwärzt." Eine Begründung, weshalb diese Ausnahmebestimmungen erfüllt sind, erfolgte nicht. Hingegen enthielt dieses Schreiben eine Rechtsmittelbelehrung, wonach ein Schlichtungsantrag beim Beauftragten eingereicht werden könne.

#### **E. 16**

Beim Beauftragten sind in der Folge zu den 27 veröffentlichten Vereinbarungen, die sechs Unternehmen betreffen, insgesamt zehn Schlichtungsanträge eingegangen, wobei die Antragstellenden je unterschiedlich dazu Zugang verlangt haben.

#### **E. 17**

Ein Antragsteller beantragte Folgendes: "Es seien die Akten des Anhörungsverfahrens von Amtes wegen beim Gesuchsgegner zu edieren." Dazu hielt das BAG in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 fest, dass beim BAG kein Zugangsgesuch zu den Verfahrensdokumenten im Rahmen der Anhörung eingegangen sei und daher diese Dokumente nicht Gegenstand des Schlichtungsverfahrens seien.

#### **E. 18**

Mit E-Mail vom 17. August 2022 informierte der Beauftragte das BAG über die geplante Abwicklung der eingegangenen Schlichtungsanträge. "Damit sich das BAG bereits jetzt auf die Bearbeitung vorbereiten kann, können wir Ihnen mitteilen, dass alle aufgeschalteten Verträge betroffen sind. Damit der EDÖB die Schlichtungsverfahren effizient durchführen kann, bitten wir Sie, die Verträge in einer Version (wenn möglich auf Papier) zuzustellen, aus welcher ersichtlich ist, welche Teile eingeschwärzt wurden. Mit anderen Worten so, dass aus dieser Version ersichtlich ist, was eingeschwärzt wurde. Diese Dokumente kann uns das BAG zusammen mit den jeweiligen einzelnen Dossiers der Zugangsgesuchstellenden zustellen, nachdem es die E-Mail über die insgesamt fristgerecht eingegangenen Schlichtungsanträge erhalten hat."

#### **E. 19**

Mit Schreiben vom 18. August 2022 bestätigte der Beauftragte den Antragstellenden den Eingang ihrer Schlichtungsanträge.

#### **E. 20**

Mit E-Mail vom 31. August 2022 zeigte der Beauftragte dem BAG den Eingang der Schlichtungsanträge an und forderte es auf, die verlangten Dokumente und bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

#### **E. 21**

Am 21. September 2022 ersuchte das BAG um eine Fristerstreckung. Der Beauftragte gewährte dem BAG eine solche gleichentags bis zum 14. Oktober 2022.

#### **E. 22**

Am 14. Oktober 2022 stellte das BAG dem Beauftragte 26 Vereinbarungen, Verfahrensakten (insgesamt 42 Beilagen) sowie seine Stellungnahme zu.

#### **E. 23**

Das BAG erklärte vorweg in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 zu den Einschwärtzungen Folgendes: "Die vorgebrachten Begründungen [der Drittperson] wurden vom BAG in der Folge mit Bezug auf die jeweiligen Textpassagen auf ihre Plausibilität hin

überprüft. Die Mehrheit der Hersteller forderte im Anhörungsverfahren im Sinne eines Hauptantrags die Offenlegung der Verträge sei insgesamt zu verweigern und machte hierfür geltend, durch die Gewährung des Zugangs zu den jeweiligen Verträgen würden Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart oder die Verträge enthielten schützenswerte Personendaten. Eventualiter stellten sie den Antrag, bestimmte Vertragsbestandteile ganz oder teilweise zu schwärzen. Das BAG stellte

4 Beschaffungsverträge Covid-19-Impfstoffe (admin.ch), zuletzt besucht am 24.10.2023.

5/23 bezüglich der Hauptanträge bereits in seinen Antwortschreiben [...] an die Hersteller klar, dass es nach seinem Dafürhalten keine genügende Begründung für eine vollständige Verweigerung des Zugangs zu den Vertragsunterlagen gestützt auf die massgeblichen Vorgaben des BGÖ gebe, da die Dokumente durchaus auch nicht schutzwürdige Passagen enthielten. Der Hauptantrag der betreffenden Hersteller auf umfassende Verweigerung des Zugangs wurde deshalb abgelehnt. Einige Hersteller sprachen sich auch nach der ersten Anhörungsrunde weiterhin für eine vollständige Verweigerung des Zugangs zum Vertrag aus. Das BAG blieb bei seinem Standpunkt, dass die Vertragsinhalte nicht integral als Geschäftsgeheimnisse qualifiziert werden können und hielt fest, dass es beabsichtige, einen Teilzugang zu den Dokumenten zu gewähren. Es gab den Herstellern nochmals Gelegenheit, das Vorliegen von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen im Einzelfall hinreichend zu begründen sowie schutzwürdige Personendaten anzuzeigen. Soweit nicht bereits erfolgt, legten die Hersteller in der Folge dar, welche konkreten Textpassagen in den Vertragsdokumenten nach ihrer Auffassung Geschäftsgeheimnisse darstellen würden und inwiefern deren Offenbarung zu einer Beeinträchtigung des geschäftlichen Erfolgs des Unternehmens führen könnte. Während einige der beantragten Schwärzungen nachvollziehbar begründet waren, hat das BAG andere Schwärzungsanträge insgesamt oder teilweise zurückgewiesen. Diese stellten aus seiner Sicht keine Geschäftsgeheimnisse dar, waren nicht stichhaltig begründet oder der Kontext war für Aussenstehende wegen zu weit gehender Schwärzung ganzer Absätze inkl. der Titel nicht mehr nachvollziehbar. Die Hersteller erhielten deshalb in einer weiteren Anhörungsrunde die Gelegenheit, die Schwärzungsanträge besser zu begründen. Im Ergebnis ergab sich für das BAG häufig, dass die Vertragsbestandteile und die Grundsätze in den einzelnen Vertragsklauseln offengelegt werden können, die darüber hinaus ausgeführten Einzelheiten aber über weite Strecken tatsächlich Geschäftsgeheimnisse enthalten, weshalb sie zu schwärzen sind."

#### **E. 24**

Da das BAG eine der veröffentlichten 27 Vereinbarungen dem Beauftragten noch nicht zugestellt hatte, ersuchte dieser das BAG am 3. November 2022 um die Zustellung des fehlenden Dokumentes. Zudem forderte er das BAG auf, ihm sämtliche Dokumente des Anhörungsverfahrens zuzustellen.

#### **E. 25**

Die verlangten Dokumente und einen Begleitbrief stellte das BAG dem Beauftragten am 14. November 2022 zu.

#### **E. 26**

Insgesamt wurden dem Beauftragten gemäss Beilagenverzeichnisse des BAG 73 Beilagen zugestellt.

### **E. 27**

Mit Schreiben vom 14. November 2022 teilte der Beauftragte den Antragstellenden mit, dass er ein Schlichtungsverfahren eröffnet hat und dieses aufgrund der Komplexität der Materie schriftlich durchführt und die Frist für den Erlass einer Empfehlung (Art. 12a Abs. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) sich entsprechend verlängert.

### **E. 28**

Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellenden und des BAG sowie auf die vom BAG 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

### **E. 29**

Die Antragstellenden reichten ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAG ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten teilweise. Die Antragstellenden sind als Teilnehmende an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Die Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

6/23

### **E. 30**

Beim Beauftragten sind zu den 27 veröffentlichten Vereinbarungen, die sechs Unternehmen betreffen, insgesamt zehn Schlichtungsanträge eingegangen, wobei die Antragstellenden je unterschiedlich dazu Zugang verlangt haben. Zu den Verträgen der Drittperson sind vier Schlichtungsanträge eingegangen.

### **E. 31**

Die Drittperson wurde nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Das BAG schloss das Anhörungsverfahren gemäss Schreiben vom 6. Juli 2022 inkl. Rechtsmittelbelehrung ab. Als betroffene Dritte nahm sie an einem vorangegangenen Gesuchs- und Anhörungsverfahren teil. Sie reichte keinen Schlichtungsantrag gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ ein. Aus Gründen der Rechtsweggarantie (Art. 29a Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; BV, SR 101, und Art. 29a Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) wird ihr die vorliegende Empfehlung eröffnet.

### **E. 32**

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>5</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.

### **E. 33**

Aufgrund der komplexen Konstellation der eröffneten Schlichtungsverfahren hat der Beauftragte die Schlichtungsanträge je betroffenem Unternehmen gebündelt. Aufgrund der Umstände verzichtet der Beauftragte auf eine mündliche Schlichtung und gibt direkt eine Empfehlung ab.<sup>6</sup> Dies hat zur Folge, dass für jede Drittperson, d.h. jedes der sechs Unternehmen eine Empfehlung erstellt und eröffnet wird. Den Antragstellenden werden jeweils mehrere Empfehlungen (teilweise anonymisiert) entsprechend ihrer Schlichtungsanträge eröffnet.<sup>7</sup> B. Materielle Erwägungen

#### **E. 34**

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

#### **E. 35**

Einleitend ist zu bemerken, dass sich der Beauftragte bisher in seinen Empfehlungen zu den Impfstoffverträgen materiell nicht zur Frage der Einschwätzungen geäußert hat, da einzig die Frage offenstand, ob das BAG die Bearbeitung der Zugangsgesuche aufschieben konnte (s. Ziff. 3 f.).

#### **E. 36**

Vorliegend ist materiell zu prüfen, ob die Interessen an der Geheimhaltung der eingeschwätzten Passagen in den Verträgen der Drittperson das Transparenzinteresse überwiegen bzw. ob die vom BAG bzw. von der Drittperson geltend gemachten Ausnahmegründe gegeben sind.

#### **E. 37**

Zum Antrag eines Antragstellers auf Edition der Akten im laufenden Schlichtungsverfahren äussert sich der Beauftragte wie folgt: Die Verfahrensakten der Anhörung werden vom Beauftragten ins Schlichtungsverfahren einbezogen. Ein Antrag einer gesuchstellenden Person ist daher nicht erforderlich.

#### **E. 38**

Sofern davon auszugehen ist, dass der Antragsteller damit seine Einsicht in Verfahrensakten während des laufenden Schlichtungsverfahrens gemeint hat, ist dem BAG zuzustimmen, wonach dieser kein entsprechendes Zugangsgesuch beim BAG gestellt hat. Insofern handelt es sich um eine unzulässige Ausweitung des Zugangsgesuches im Rahmen des Schlichtungsverfahrens. Die so verlangten Dokumente können im vorliegenden Schlichtungsverfahren nicht Gegenstand sein (Art. 13 BGÖ e contrario). Diesbezüglich tritt der Beauftragte auf den Schlichtungsantrag nicht ein. Ein solches Gesuch ist als neues Zugangsgesuch durch das BAG, welches die Anhörung durchgeführt hat, zu bearbeiten. Es kann den Zugang zu den verlangten Dokumenten nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ aufschieben, bis das vorliegend laufende Verfahren abgeschlossen ist.

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 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 26. 7 Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 3. f. 8 GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 8.

### **E. 39**

Das Zugangsrecht nach dem Öffentlichkeitsgesetz dient nicht dazu, den Zugang zu Verfahrensakten eines laufenden Schlichtungsverfahrens zu erhalten. Dies käme einem Akteneinsichtsrecht der Parteien im laufenden Schlichtungsverfahren gleich. Dazu ist Folgendes zu beachten: Die Verwirklichung des Öffentlichkeitsprinzips und sein Erfolg hängen von verschiedenen Faktoren ab, die das Verfahren betreffen. In zeitlicher Hinsicht ist wesentlich, dass die Verfahrensdauer auf ein Minimum beschränkt wird. Der Gegenstand des Schlichtungsverfahrens, nämlich die Dokumente, zu welchen Zugang verlangt wird (Art. 5 BGÖ), sind bekannt bzw. sind von der beweislastbeschwerten Behörde u. U. mit Hilfe der gesuchstellenden Person zu identifizieren. Das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten erfolgt sodann unabhängig von den konkreten Interessen der gesuchstellenden Personen. Das Gesuch ist daher nicht an bestimmte Voraussetzungen betreffend die Aktivlegitimation geknüpft. So kann denn die Verwaltung nicht verlangen, dass gesuchstellende Personen Gründe für das Gesuch darlegen oder sich über die vorgesehene Verwendung äussern.<sup>9</sup> Weiter hat der Beauftragte im Schlichtungsverfahren den Grundsatz der Vertraulichkeit zu wahren.<sup>10</sup> Dies bedeutet, dass er den Verfahrensbeteiligten keine Dokumente zustellt. Schliesslich ist zu bedenken, dass das Schlichtungsverfahren ein Mediationsverfahren ist.<sup>11</sup> Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ist auf eine Schlichtung, die mit einer unverbindlichen Empfehlung im Falle einer Nichteinigung abschliesst, faktisch nicht anwendbar.<sup>12</sup> So hat denn auch das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass das VwVG und das dort vorgesehene Akteneinsichtsrecht in diesem Stadium des Verfahrens nicht zur Anwendung gelangt.<sup>13</sup> Ein Schlichtungsverfahren soll nach dem Willen des Gesetzgebers möglichst wenig formalisiert und "verrechtlicht" sein und unterscheidet sich folglich vom Verwaltungsverfahren im klassischen Sinn. So würde denn ein Schriftenwechsel in diesem Verfahrensstadium der Verfahrensvereinfachung und dem Beschleunigungsgebot entgegenstehen, abgesehen davon, dass wiederum grundsätzlich ein Anhörungsverfahren nach Art. 11 BGÖ durchzuführen wäre, da in diesen Verfahrensdokumenten auch allfällige Informationen enthalten sein können, zu welchem Gesuchstellende bereits im laufenden Schlichtungsverfahren Einsicht erwirken wollen und an denen Dritte ein Geheimhaltungsinteresse haben. Demzufolge besteht kein Anspruch auf Zugang zu den verlangten Akten des laufenden Schlichtungsverfahrens.

### **E. 40**

Das BAG nannte bei der Vorabinformation gegenüber den Antragstellenden zwar als Grund der Einschwärzungen die Gesetzesbestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und Art. 9 Abs. 1 BGÖ, liess ihnen aber keine summarische Begründung im Sinne von Art. 12 Abs. 4 BGÖ zukommen. Bei der Veröffentlichung der Verträge auf seiner Webseite<sup>14</sup> verwies es auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (s. Ziff. 14 f.). Gegenüber dem Beauftragten äusserte sich das BAG in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 zu den Einschwärzungen aller Verträge zusammenfassend wie folgt: "Nach Abschluss der Verhandlungen mit den Herstellern und teils entgegen deren Hauptanträge hat das BAG am 3. August 2022 durch Veröffentlichung auf seiner Website Zugang zu den Verträgen zur Beschaffung von Covid-19-Impfstoffen gewährt. Die dabei vorgenommenen Schwärzungen sind nach Auffassung des BAG aus Gründen des Geschäftsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und Persönlichkeitsschutzes (Art. 9 BGÖ) sowie zum Schutz der aussenpolitischen Interessen und der internationalen Beziehungen (Art. 7 Abs. 1 Bst. f [recte d] BGÖ) ge-

rechtfertigt. Das BAG hält deshalb an sämtlichen geschwärzten Passagen in allen Verträgen fest. [...] Das BAG ist sich bewusst, dass die publizierten Dokumente vergleichsweise umfangreiche Schwärzungen enthalten. Umgekehrt entsprach und entspricht es weiterhin der Haltung des BAG und des Bundesrates, der Öffentlichkeit ein umfassendes Bild über die Impfstoffbeschaffung zu geben. Das BAG hat deshalb früh auf seiner Internetseite und in Medienmitteilungen laufend über den Stand der Verhandlungen informiert und soweit unter den gegebenen Umständen möglich, Transparenz bei der Impfstoffbeschaffung geschaffen. Die folgenden Tatsachen der Covid-19- Impfstoffbeschaffung sind denn auch öffentlich bekannt: das Gesamtbudget, die Gesamtausgaben, sämtliche Hersteller sowie die Anzahl der eingegangenen Verträge, die Anzahl der vertraglich vereinbarten Impfdosen, die allgemeinen Haftungsregeln im Falle von Impfschäden sowie die

9 BBl 2003 2002 und 2019; HÄNER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 10, Rz 6; Urteil des BVGer A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 E. 4.1. 10 GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 14. 11 Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3.2. 12 GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 47. 13 Urteil des BVGer A-3649/2014 vom 25. Januar 2016, E. 3.2.1, Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3.1 ff. 14 Beschaffungsverträge Covid-19-Impfstoffe (admin.ch), zuletzt besucht am 24.10.2023.

8/23 Möglichkeiten des Bundes bezüglich Schadloshaltung. Auf der Grundlage der öffentlich zugänglichen Informationen lässt sich ohne Weiteres der Durchschnittspreis pro Impfdose berechnen: Finanzkommission des Nationalrates – Voranschlag 2022, Nachtrag Ib vom 7. Juni 2022 (siehe S. 2)[15], Botschaft zur Staatsrechnung 2021 vom 30. März 2022 (siehe S. 138).[16] Abschliessend ist festzustellen, dass auch aus Gründen der Versorgungssicherheit und aus aussenpolitischen Interessen sowie zum Schutz der internationalen Beziehungen der Schweiz die vorgenommenen Schwärzungen notwendig und deshalb beizubehalten sind."

#### **E. 41**

Weiter führt das BAG in der vorerwähnten Stellungnahme gegenüber dem Beauftragten aus: "Bei der Prüfung und Plausibilisierung der einzelnen von den Herstellern und den Vertragsstaaten geltend gemachten Einschränkungen des Zugangs anhand der gesetzlichen Ausnahmegründe war die besondere Marktsituation wie auch die internationale Dimension bei der Beschaffung von Impfstoffen zu berücksichtigen. Fest steht, dass sich die Marktsituation noch nicht normalisiert hat und Akteure des Gesundheitswesens weiterhin nicht auf dem freien Markt Covid-19-Impfstoffe beschaffen können, sondern die Hersteller ausschliesslich mit Staaten verhandeln und dabei über eine gewisse Marktmacht verfügen. Im Rahmen der Anhörung haben sich einige Hersteller bei ihrer Begründung der Schwärzungen explizit auch darauf berufen, dass diese Aspekte aufgrund der Verträge der EU gleichermassen nicht bekannt sind. In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass es trotz intensiver Verhandlungen nur bei einzelnen Impfstoffen bzw. Herstellern möglich war, mit der EU, Schweden und Frankreich zusammenzuarbeiten und gemeinsam zu beschaffen. Bei anderen Impfstoffen bzw. Herstellern war entweder aus verhandlungstaktischen Gründen (weil die Schweiz schneller zu einer Vereinbarung mit dem Hersteller fand wie z. B. bei [...]) oder aus diplomatischen oder herstellereinspezifischen Gründen [...] kein Anschluss an eine internationale Lösung, sondern nur eine bilaterale Beschaffung möglich. Weltweit sind nur wenige Informationen aus Beschaffungsverträgen von Covid-19-Impfstoffen bekannt. Gewährte die Schweiz zum jetzigen Zeitpunkt und im

Alleingang einen zu weitgehenden Einblick und veröffentlichte sie noch unbekannte Informationen aus Verträgen für Covid-19-Impfstoffe (sog. first mover), würde sich die Schweiz bei zukünftigen globalen Pandemien die Möglichkeit verbauen, mit anderen Staaten oder der EU zusammenzuarbeiten, ebenso mit potentiellen zukünftigen Impfstoffherstellern. Dies unabhängig von gesetzlichen Vorgaben oder behördlichen Empfehlungen oder Verpflichtungen, da die Schweiz nicht mehr als vertrauenswürdige Partnerin angesehen würde." Schliesslich beruft sich das BAG auf die Einschwätzungen der EU-APA, die öffentlich abrufbar sind.<sup>17</sup> Die EU habe in ihren APA gewisse Aspekte zugänglich gemacht, aber andere wiederum geschwärzt. "Das BAG hat keine Kenntnisse davon, wie die Schwätzungen im Einzelnen begründet wurden."

#### **E. 42**

Zur Offenlegung durchgesickerter Verträge wendet das BAG in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 an den Beauftragten ein, dass die "Veröffentlichungen" weder im Rahmen einer aktiven Information erfolgt sind noch im Rahmen eines Zugangs nach ausländischen Transparenzgesetzen. Bereits deshalb seien diese irrelevant für die vorliegende Beurteilung.

#### **E. 43**

Der Beauftragte stimmt dem BAG zu, wonach derartige Veröffentlichungen für die Beurteilung der Zugangsgesuche vorliegend nicht bedeutsam sind. Allerdings sind Offenlegungen aufgrund von ausländischen Transparenzgesetzen, so z. B. von US-Verträgen zu beachten, da sie öffentlich sind.<sup>18</sup> Weitere öffentlich zugängliche gemachte Informationen wie bspw. der Europäischen Arzneimittelagentur sind ebenfalls nicht einzuschwärzen. Ob solche vorliegen, hat das BAG als Fachbehörde<sup>19</sup> abzuklären, wobei eine entsprechende Prüfung aufgrund der besonderen Komplexität vom Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt sein kann.

<sup>15</sup> <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/71886.pdf>, zuletzt besucht am 24.10.2023. <sup>16</sup> [https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/Finanzberichte/finanzberichte/rechnung/2021/rg1-2021.pdf.download.pdf/RG1\\_d.pdf](https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/Finanzberichte/finanzberichte/rechnung/2021/rg1-2021.pdf.download.pdf/RG1_d.pdf), zuletzt besucht am 24.10.2023. <sup>17</sup> [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy\\_en#documents](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en#documents), zuletzt besucht am 24.10.2023. <sup>18</sup> Comparison of US COVID-19 Contracts, zuletzt besucht am 24.10.2023. <sup>19</sup> Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

9/23

#### **E. 44**

Hingegen kann das BAG aus den Einschwätzungen der EU-APA keine Rechtfertigung für die Einschwätzungen der Verträge in der Schweiz ableiten, zumal zu den EU-Verträgen Rechtsverfahren hängig sind<sup>20</sup> und die Europäische Staatsanwaltschaft eine Untersuchung zur Beschaffung der Covid-19-Impfstoffe in der EU durchführt.<sup>21</sup> Massgebend für die Beurteilung der vorliegenden Gesuche ist zudem, wie das Bundesverwaltungsgericht in zwei Urteilen<sup>22</sup> festgehalten hat, nicht die Rechtslage und die hierzu entwickelte Praxis anderer Länder, sondern einzig die Schweizer Gesetzgebung und Rechtsprechung.

#### **E. 45**

Die Drittperson hat sich im Anhörungsverfahren nach Art. 11 BGÖ auf die Ausnahmenormen Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und Art. 9 Abs. 1 BGÖ berufen.

#### **E. 46**

Während die überwiegende Mehrheit der Antragstellenden sich nicht konkret zu den vorgenommenen Einschwärzungen des BAG geäußert hat, was nach Öffentlichkeitsgesetz auch nicht erforderlich ist, erklärte ein Antragsteller, dass er "[a]ls steuerzahlender und von der Pandemie mitbetroffener Bürger [...] ein namhaftes schutzwürdiges Interesse an der Offenlegung der geschwärzten Textpassagen [habe], dies um sich (a) über die Geheimhaltungspraktiken des Bundesrates resp. des BAG, (b) über die finanziellen Auswirkungen der Impflieferungen auf den Schweizer Steuerzahler, (c) die haftungsrechtlichen Abwälzungen von finanziellen Haftungsrisiken von den Lieferanten auf die Käuferin (Schweizerische Eidgenossenschaft) resp. auf die Allgemeinheit und (d) über die damit verbundenen finanziellen und rechtlichen Konsequenzen informieren zu können. Genau diese wichtigen und informativen Passagen über Preise und (Haftungs-) Konditionen wurden nun aber geschwärzt [...]."

#### **E. 47**

Mit Inkrafttreten des totalrevidierten Bundesgesetzes über den Datenschutz (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. 48**

Angesichts der Tatsache, dass das Datenschutzgesetz während des vorliegenden Schlichtungsverfahrens in Kraft getreten ist, ist vorab zu klären, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt: Der Gesetzgeber hat keine Übergangsbestimmungen für das Zugangs- und Schlichtungsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>23</sup> hatte kürzlich einen Fall zu beurteilen, bei welchem das neue Datenschutzgesetz während des hängigen Beschwerdeverfahrens 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 insofern, als für den Beschwerdeführer günstigeres Recht stets berücksichtigt werden soll und strengeres Recht dann, wenn zwingende Gründe für dessen sofortige Anwendung sprechen." Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Tragweite der neuen Bestimmungen gleichgeblieben und das alte Recht anzuwenden ist. Aus diesen Gründen wendet der Beauftragte in diesem Schlichtungsverfahren die altrechtlichen Bestimmungen des Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetzes an. Art. 9 Abs. 1 BGÖ

#### **E. 49**

Nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, wenn möglich zu anonymisieren. Eine Anonymisierung der Personendaten nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ entspricht dem Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>24</sup> Hinsichtlich der Bekanntgabe von

Personendaten von Bundesangestellten gilt es überdies zu beachten, dass die Rechtsprechung keine Hierarchiestufe festgelegt hat, ab der entsprechende Personendaten unbesehen und ohne Begründung bekannt

20 Klage gegen EU-Kommission wegen Intransparenz bei Impfstoffverträgen (aerzteblatt.de), zuletzt besucht am 24.10.2023. 21 Ongoing EPPO investigation into the acquisition of COVID-19 vaccines in the EU | European Public Prosecutor's Office (europa.eu), zuletzt besucht am 24.10.2023. 22 Urteil des BVerfG A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 5.5 und Urteil des BVerfG A-1156/2011 vom 22. Dezember 2011 E. 8.3.3. 23 Urteil des BVerfG A-516/2022 vom 12. September 2023 E. 8.2.2 m.w.H. 24 BGE 142 II 324 E. 3.3.

10/23 gegeben resp. unterhalb derer die Personendaten unbesehen und ohne Begründung anonymisiert werden dürfen. Der Zugang zu Personendaten ist stets im Einzelfall unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes und der einschlägigen Rechtsprechung zu beurteilen.<sup>25</sup>

## **E. 50**

Vgl. dazu Administrativuntersuchung zu den Zahlungsverpflichtungen aus Verträgen zur Beschaffung von Impfstoffen, zuletzt besucht am 24.10.2023.

17/23 zum Umfang und zum Ablauf der Lieferung, der Lieferfristen und -daten sowie Konsequenzen der Nichteinhaltung nicht allgemein bekannt seien. "Eine Offenlegung würde die wirtschaftlichen Interessen der Hersteller ernsthaft beeinträchtigen, weil sowohl die Konkurrenz als auch andere Käufer Kenntnis davon erhalten würden und Erwartungen über den Lieferablauf, Priorisierungen und die Gleichbehandlung gewisser Kunden weckten [sic]. Daraus ergeben sich Wettbewerbsnachteile für die einzelnen Hersteller, was zu Marktverzerrungen führen würde. Mit diesen Angaben können Rückschlüsse, z.B. auf interne Abläufe der Produktion der Hersteller, deren Kapazitäten gezogen werden. Die Verhaltensmöglichkeiten der Hersteller gegenüber anderen Kunden würden beschränkt. Andere Käufer würden identische Bedingungen fordern und Konkurrenzunternehmen könnten potentiellen Käufern vorteilhaftere Konditionen anbieten. Zudem könnten die Unternehmen diese Informationen nutzen, um ihren eigenen Vertrieb zu optimieren. Die damit verbundenen kommerziellen Abreden erlauben Rückschlüsse auf die Geschäftsstrategie und die Preisfestsetzung und hätten somit unmittelbar Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis und würden zu Marktverzerrungen führen. Eine Bekanntgabe der Informationen führt nach Angaben der Hersteller zu gravierenden Wettbewerbsnachteilen, weshalb ein kommerzieller Schaden droht." 78. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse führt das BAG aus: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 68 ff.] zur ausserordentlichen Marktsituation sind auch für die Lieferbedingungen relevant. So sind zum Beispiel die zugesicherten Liefermengen oder der Umgang mit Lieferverzögerungen für die Hersteller entscheidend einem globalen Markt, in welchem einerseits Produktknappheit herrscht und andererseits die Produktionskapazitäten unglaublich rasch hochgefahren werden mussten (mit entsprechenden Ausfallrisiken). Die Lieferbedingungen hängen unmittelbar mit dem Zeitpunkt der Verfügbarkeit des Impfstoffes in der Schweiz zusammen und lassen Rückschlüsse auf den Produktionsprozess, die Kapazitäten oder auf die Lieferketten zu. Die rasche Verfügbarkeit war ein zentraler Verhandlungspunkt, weshalb mit jedem Hersteller spezifische Zusicherungen über allfällige Priorisierungen bei der Lieferung (Menge, Lieferfrist, Haltbarkeit der Produkte und feste Zusagen hierzu)

vereinbart wurden. Die Planung der Lieferung und die dies- bezüglichen Zusicherungen der Hersteller gegenüber dem Bund sind äusserst zentral für die Hersteller, da diese Informationen einen direkten Rückschluss auf ihre Produktionsplanung und -kapazitäten zulassen. Auch würde ersichtlich, welche Strategie ein Hersteller bezüglich der Zusicherungen von Lieferungen an den jeweiligen Käufer verfolgt und, ob diese an allfällige staat- liche Förder- und Anreizinstrumente anknüpft. Auch lassen die entsprechenden Vertragsbestim- mungen Rückschlüsse auf die Produktionsabläufe und Kapazitätsplanungen der einzelnen Hersteller zu. Sind diese Informationen allgemein bekannt, ist davon auszugehen, dass die Konkurrenzunternehmen im Wissen darum ihre Lieferpläne optimieren können und den Käufern weitergehende Zusicherungen machen können und folglich einen direkten Wettbewerbsvorteil ha- ben, was zu Wettbewerbsverzerrungen führt, die sich auf das Geschäftsergebnis auswirken. Schliesslich können andere Käufer entsprechende Bedingungen und Lieferpläne vom Hersteller fordern, was es für den Hersteller ausschliesst seine Konditionen in weiteren Vertragsverhandlungen durchzusetzen. Würden die Lieferkonditionen und die damit verbundenen Informationen of- fengelegt, ist davon auszugehen, dass für jeden Hersteller ein ernsthaftes und konkretes Risiko wirtschaftlicher Schäden besteht. Das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller in Bezug auf die Lieferkonditionen erweist sich für das BAG als berechtigt, und in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sind die betreffenden Passagen zu schwärzen. Im Übrigen hat auch die EU bei der Offenlegung der Verträge diese Aspekte gleichermassen geschwärzt. Die Praxis der Schweiz ist daher mit jener der EU vergleichbar." 79. Das BAG konnte nicht aufzeigen, welchen Nachteil genau die betroffene Drittperson infolge einer staatlichen Beschaffung im Vergleich zu einer üblichen Wettbewerbs- und Marktsituation erleidet. Die vom BAG erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos zum Aspekt Lieferkonditionen erweist sich daher bisher als nicht stichhaltig begründet. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objek- tiven Geheimhaltungsinteresses bisher nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. Ergänzend ist zu bemerken, dass die staatliche Beschaffung von Impfstoffen für die Covid-Krise abgeschlossen ist (s. Ziff. 5). Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Darlegungen in den Ziffern 66 und 72 ff.

18/23 Haftung und Schadloshaltung 80. Zur Kategorie "Haftung" legt das BAG dar: "Dieser Aspekt umfasst sämtliche Angaben zur Frage, wer für Schäden haftet, die durch die Anwendung und Herstellung von Impfstoffen entstehen und inwiefern die Haftung der Hersteller beschränkt oder ausgeschlossen ist. Dazu gehört auch die Frage, ob Hersteller bei Verschulden oder Nichtkonformität mit den Regeln der Guten Herstel- lungspraxis (GMP) oder der Guten Vertriebspraxis (GDP) von Arzneimitteln ebenfalls haften." 81. Nachdem das BAG die davon betroffenen Bestimmungen tabellarisch darstellt, erklärt es, dass die Hersteller zur Begründung unter anderem angeführt haben, dass bei einer Offenlegung der Haftungsbeschränkungen und Haftungsregeln weitere Käufer höchstens das Gleiche akzeptieren und Konkurrenzunternehmen potenziellen Käufern attraktivere Konditionen bieten könnten. "Weil derzeit zahlreiche Unternehmen an der Entwicklung und Herstellung von mRNA-basierten Arznei- mitteln oder anderen Impfstoffen zur Bekämpfung von Sars-CoV-2 arbeiteten, könnten Konkur- renzunternehmen die entsprechenden Informationen zur Haftungsregelung dazu benutzen, um sich Vorteile für den Vertrieb ihrer eigenen Produkte zu verschaffen. Dies führe zu einer Auswir- kung auf das Geschäftsergebnis und zu Marktverzerrungen, da laufende oder künftige Vertrags-

verhandlungen massiv beeinträchtigt würden." 82. Das BAG führt zum objektiven Geheimhaltungsinteresse aus: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 68 ff.] zur ausserordentlichen Wettbewerbs- und Marktsituation sind auch für die Haftungsregeln relevant, so konnte der Bund seine AGB gerade auch zum Thema Haftung bei keinem Hersteller durchsetzen, sondern diese waren Gegenstand langwieriger Verhandlungen mit Blick namentlich auf die Risikoverteilung zwischen den Parteien. Im Ergebnis wurden die Haftungsregelungen individuell ausgearbeitet, was das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller plausibel begründet. Sind diese Informationen allgemein bekannt, ist davon auszugehen, dass die Konkurrenzunternehmen im Wissen darum ihre Haftungsregeln optimieren und den Käufern weitgehende Zusicherungen machen und folglich einen direkten Wettbewerbsvorteil erzielen. Schliesslich können andere Käufer vom Hersteller entsprechende Haftungsbedingungen fordern, was es dem Hersteller verunmöglicht, seine Konditionen in weiteren Vertragsverhandlungen durchzusetzen. Würden also die Haftungsregeln und die damit verbundenen Informationen offengelegt, ist davon auszugehen, dass für jeden Hersteller ein ernsthaftes und konkretes wirtschaftlicher Schäden besteht. Das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller in Bezug auf die Haftungsregeln erweist sich für das BAG somit als berechtigt, und in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sind die betreffenden Passagen zu schwärzen. Im Übrigen hat auch die EU bei der Offenlegung der Verträge diese Aspekte gleichermassen geschwärzt. Das Vorgehen des BAG ist daher mit jenem der EU vergleichbar." 83. Das BAG erklärt, der Aspekt "Schadloshaltung" umfasse sämtliche Abmachungen zu Kosten, die dem Hersteller aufgrund dessen Haftung gegenüber eines Dritten entstehen und zu deren Übernahme sich der Bund allenfalls gestützt auf Art. 70 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragener Krankheiten (Epidemiegesetz, EpG; SR 818.101) bereit erklärt habe. Neben der Bezeichnung der massgebenden Kosten seien zudem sämtliche Vereinbarungen zu Ausnahmen, Verfahren und zu Informations- und Meldepflichten in diesem Kontext erfasst. "Ziel und Zweck von Artikel 70 EpG ist es, dem Bund die Möglichkeit einzuräumen, bei der Beschaffung von Heilmitteln nach Art. 44 EpG (dies war vorliegend der Fall), in einer ausserordentlichen oder besonderen Lage, mittels Vereinbarungen zur Schadloshaltung ein erhöhtes Herstellerrisiko, welche mit der raschen Entwicklung eines neuen Impfstoffs gegen einen neuen Erreger im Pandemiefall einhergeht, auszugleichen." Dazu zitiert das BAG die Botschaft zum EpG51: "Der Bund kann dabei eine Abgabe bzw. Verwendungen des Heilmittels vorsehen, die das Haftungsrisiko der Hersteller unter Umständen erhöhen. So liegt es etwa im Interesse der öffentlichen Gesundheit bzw. des Bundes, einen Impfstoff im Pandemiefall möglichst rasch abgeben zu können. In einer solchen Situation ist es denkbar, dass noch kein heilmittelrechtliches Zulassungsverfahren zur Überprüfung der Sicherheit, Wirksamkeit und Qualität eines Heilmittels abgeschlossen werden konnte. (...) Darüber hinaus ist es möglich, dass der Bund unter dem Eindruck eines verheerenden Krankheitsausbruches die Verwendung eines Impfstoffes auch an Bevölkerungsgruppen empfiehlt,

51 Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EPG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311, 415.

19/23 ohne dass eine Zulassung für die entsprechende Indikation vorliegt. In beiden Fällen ist die Verwendung des Impfstoffes nur im untergeordneten Interesse des Herstellers, setzt diesen aber einem erhöhten Haftungsrisiko aus. Aufgrund dieser Situation bestehen auf

internationaler Ebene Vorschriften, wonach etwa die Verwendung von Arzneimitteln ausserhalb der genehmigten Indikation oder die Verwendung nicht genehmigter Arzneimittel nicht der zivil- und verwaltungsrechtlichen Haftung unterliegen, wenn diese Verwendung von den Behörden als Reaktion auf bestimmte Krankheitserreger u.a. empfohlen oder verlangt wird." Nach den Darlegungen des BAG beseitigt diese Vereinbarung nicht die Haftpflicht des Herstellers und begründet auch keine neue Haftung des Bundes. Vielmehr gehe es darum, die Voraussetzungen zu regeln, unter welchen gewisse Schäden, die dem Hersteller aus seiner Haftpflicht entstehen, vom Bund übernommen werden. 84. Nachdem das BAG die von der Schadloshaltung betroffenen Bestimmungen tabellarisch darstellt, erklärt es, dass die Hersteller zur Begründung geltend machen, dass die zu schwärzenden Stellen regeln, wie die Parteien bei der Identifizierung und der Mitteilung vorgehen, einschliesslich exakter Mitteilungsfristen. Insbesondere seien die Ausnahmen geregelt, d.h. unter welchen Umständen der Bund eine Schadloshaltung zurückweisen könne. Schliesslich sei auch geregelt, wer in einem solchen Fall unter welchen Voraussetzungen die Verfahrensführung übernehme. Diese Details stellten sensitive Informationen und mithin Geschäftsgeheimnisse dar. Die Offenlegung dieser Informationen würde Wettbewerbern Vorteile verschaffen, da sie gleich gute, wenn nicht sogar bessere Konditionen verlangen würden. Für die Hersteller bedeute dies für künftige Verhandlungen mit der Schweiz sowie mit anderen Staaten Wettbewerbsnachteile und damit einen kommerziellen Schaden. 85. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse erklärt das BAG: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 68 ff.] zur ausserordentlichen Marktsituation sind auch für die Schadloshaltung relevant: Bei Sars-CoV-2-Impfstoffen kann von keiner üblichen Wettbewerbs- und Marktsituation ausgegangen werden und das Entwicklungs- und Produktionsrisiko der neuen mRNA-Technologie war hoch bzw. schwierig einschätzbar. Die Klauseln wurden mit jedem Hersteller individuell vereinbart und auf die jeweiligen potentiellen Risiken des Produktes abgestimmt. Die Hersteller haben mit Wettbewerbsnachteilen und Marktverzerrungen zu rechnen. So könnten andere Käufer höchstens das Gleiche bieten und Konkurrenzunternehmen potenziellen Käufern attraktivere Konditionen bieten, indem zum Beispiel andere Ausnahmeregelungen oder Verfahrensabreden getroffen werden. Die Schadloshaltung ist für die Hersteller von Covid-19-Impfstoffen jeweils eine zentrale Bedingung, um überhaupt zu einem Vertragsabschluss zu gelangen. Auch die EU hat bei der Offenlegung der Verträge diesen Aspekt gleichermassen geschwärzt. Das Vorgehen des BAG ist daher mit jenem der EU vergleichbar." 86. Art. 70 EpG ist keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ52, da er weder eine Geheimhaltung vorsieht noch den Zugang zu Informationen speziell regelt. Auch kann der Verweis des BAG auf Art. 70 EpG allein kein objektives Geheimhaltungsinteresse begründen. Die angerufene Norm ermächtigt den Bund vielmehr dazu, in besonderen Situationen bei der Beschaffung von Heilmitteln Vereinbarungen zur Deckung des Schadens eines Herstellers eines Heilmittels einzugehen. Gemäss Abs. 2 der Norm legt der Bund mit dem Hersteller Umfang und Modalitäten der Schadensdeckung in einer Vereinbarung fest. Diese Befugnis generiert kein objektives Geheimhaltungsinteresse, sondern liefert aufgrund der Verpflichtung des Staates vielmehr Gründe für die Kontrolle der Öffentlichkeit, ob ein Beschaffungsfall im Sinne von Art. 70 EpG vorgelegen und wie eine Behörde die Schadloshaltung geregelt hat, da diese letztlich, abgesehen von den Kosten der Beschaffung, potenziell den Einsatz von zusätzlichen Steuergeldern bewirkt. Es entspricht dem Ziel und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes dieses Verwaltungshandeln nachträglich zu kontrollieren (Art. 1 BGÖ). 87. Die vom BAG

befürchtete Benachteiligung des Bundes in künftigen Verhandlungen mit Impfstoffherstellern stellt keine Geschäftsinformation dar, die ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7

52 Nach Art. 4 BGÖ sind Bestimmungen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Bst. a) oder vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Bst. b), was zur Folge hat, dass die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes für den Zugang zu diesen Informationen nicht anwendbar sind.

20/23 Abs. 1 Bst. g BGÖ sein kann. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis nur um ein privates Interesse handeln kann (s. Ziff. 63), hat das BAG bisher auch nicht dargetan, inwiefern der Bund selber ein solches haben kann. 88. Das BAG führt für die Drittperson aus, es könne nicht von einer üblichen Wettbewerbs- und Marktsituation ausgegangen werden. Dabei zeigt es nicht auf, welchen Nachteil genau die betroffene Drittperson im Vergleich zu einer üblichen Wettbewerbs- und Marktsituation erleidet. Dies gilt umso mehr, als diese aufgrund des Art. 70 EpG die Möglichkeit hatte, regulatorisch schneller einen Impfstoff zu verkaufen, zumal der Bund aufgrund seiner Versorgungspflicht, gestützt auf diese Bestimmung, andere Modalitäten im Vergleich zur normalen Situation vereinbaren konnte. Inwiefern mit der Offenlegung der Vertragsbestandteile zum Aspekt Haftung und Schadloshaltung ein ernsthaftes Schadensrisiko bestehen soll, ist weder genügend dargelegt noch erkennbar. Insgesamt ist die Einschätzung des Schadensrisikos des BAG hypothetischer Natur. Es konnte nicht näher darlegen, inwiefern durch die Offenlegung der verlangten Informationen die betroffene Drittperson beim Verkauf des Impfstoffes einen wirtschaftlichen Nachteil erleidet bzw. welcher Vorteil einem Konkurrenzunternehmen verschafft wird. Ausserdem ist nicht einzusehen, wie die Konkurrenzfähigkeit eines betroffenen Unternehmens beeinträchtigt werden könnte, da die Transparenzvorschriften des Öffentlichkeitsgesetzes auf alle Impfstoffverträge Anwendung finden und der Zugangsanspruch der Öffentlichkeit nach diesem Gesetz bis zum Abschluss der Beschaffung aufgeschoben werden konnte. Die vom BAG erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos zur Haftung und Schadloshaltung erweist sich somit bisher als nicht stichhaltig begründet. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses für die Aspekte "Haftung und Schadloshaltung" nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. Ergänzend ist zu bemerken, dass die staatliche Beschaffung von Impfstoffen für die Covid-Krise abgeschlossen ist (s. Ziff. 5). Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Darlegungen in den Ziffern 66 und 72 ff. Regulatorische Bedingungen 89. Nach den Darlegungen des BAG umfasst der Aspekt zu den "regulatorischen Bedingungen" insbesondere das Erfordernis und den Zeitpunkt der Produktzulassung, sämtliche Inhaltsangaben zum Produkt, namentlich technische Spezifikationen (zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, welche meist auch detaillierter sind als die Daten, welche später im Rahmen der Zulassung von Swissmedic veröffentlicht werden und dadurch allgemein bekannt sind). 90. Das BAG stellt die vom Aspekt "regulatorische Bedingungen" betroffenen Vertragspassagen tabellarisch dar und begründet diese. Es erklärt, dass die Hersteller hierzu geltend machen, dass es nicht öffentlich bekannt sei, aus welchen Komponenten die Impfstoffe im Detail jeweils bestehen würden. Die Informationen hätten entsprechend Geheimnischarakter, seien vertraulich und stellten ein Fabrikationsgeheimnis dar. Dazu würden Kenntnisse zählen, welche bei der Herstellung von Produkten

verwendet würden und am veräusserten Produkt nicht erkennbar und somit geheimnisfähig seien, wie etwa Fabrikationsanleitungen, Forschungsergebnisse, Herstellungs- und Konstruktionsverfahren und technische Spezifikationen. 91. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse erklärt das BAG: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 68 ff.] zur ausserordentlichen Marktsituation ist für die regulatorischen Anforderungen daher relevant, weil der Antrag für die Produktzulassung jeweils sehr zügig erfolgen musste und meist im Rahmen eines rollenden Verfahrens (sog. 'rolling submission') erfolgte. Für den Vertrieb in der Schweiz ist grundsätzlich eine unabhängige Zulassung von Swissmedic erforderlich. Die Hersteller könnten sich für den Vertrieb in der Schweiz nicht auf eine Notfallzulassung der USA oder eine Zulassung der europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA) berufen. Infolgedessen war die Produktzulassung jeweils eine Bedingung für die Lieferung. Dieses Zusatzerfordernis für den Zutritt auf den Schweizer Markt war für die Hersteller eine aufwändige und budgetrelevante Bedingung. Sind diese Bedingungen der Schweiz in Bezug auf die Fristen, die finanziellen Vereinbarungen, die Folgen der Produktzulassung bzw. eines Rückzugs derselben allgemein bekannt, ist davon auszugehen, dass die Konkurrenzunternehmen im Wissen um die Produkteigenschaften, den Herstellungsprozess oder die Patentierbarkeit ihre Produkte optimieren können. Den Käufern können auch weitergehende Zusicherungen gemacht werden, die einen direkten Wettbewerbsvorteil darstellen, was zu Wettbewerbsverzerrungen, die sich auf das Geschäftsergebnis auswirken. Würden die Informationen zu den Produkten und den Produktzulassungen offengelegt, ist davon auszugehen, dass für jeden Hersteller ein ernsthaftes und konkretes Risiko wirtschaftlicher Schäden besteht. Das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller in Bezug auf das Produkt und dessen Zulassung erweist sich für das BAG somit als berechtigt, und in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sind die betreffenden Passagen zu schwärzen. Im Übrigen hat die EU bei der Offenlegung der Verträge diese Aspekte gleichermaßen geschwärzt. Die Praxis der Schweiz ist daher mit jener der EU vergleichbar." 92. Die staatliche Beschaffung von Impfstoffen für die Covid-Krise ist abgeschlossen (s. Ziff. 5). Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Darlegungen in den Ziffern 66 und 72 ff. Ergänzend ist anzumerken, dass die Drittperson von Swissmedic eine befristete Zulassung für ihren Impfstoff erhalten hat. 53 Damit sind bereits Informationen öffentlich bekannt worden.<sup>54</sup> Zu beachten ist, dass erst bei einer definitiven Zulassung bestimmte Informationen von Swissmedic zusätzlich veröffentlicht werden. Die Drittperson hat jedoch am 12. Oktober 2021, d.h. vor der Bearbeitung des Zugangsgesuches, den Zulassungsantrag bei Swissmedic in der Schweiz zurückgezogen,<sup>55</sup> was das BAG als Fachbehörde<sup>56</sup> in seiner Einschätzung bisher nicht berücksichtigt hat. Im Übrigen sind unter dem vom BAG aufgeführten Punkt 3.3 d (i) (ii) des Vertrages Beilage 36 keine Informationen ersichtlich, die ein Geschäftsgeheimnis darstellen sollten. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. Andere geschwärzte Passagen in den oben nicht aufgeführten Sachbereichen bzw. Vertragsbestandteilen 93. Das BAG wendet in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 ein: "Die wenigen Schwärzungen in anderen Bereichen der Vertragsunterlagen erfolgten mit analogen Begründungen, wie sie oben für die jeweiligen Sachbereiche dargelegt sind. Das BAG behält sich vor, weitergehende Ausführungen nachzureichen." 94. Da das BAG im Schlichtungsverfahren dazu keine konkreten Angaben gemacht und die Einschwärzungen pauschal benannt hat, kann sie der Beauftragte nicht prüfen. Die damit gemeinten Passagen sind daher mangels hinreichender

Bezeichnung und Begründung offenzulegen. III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte: 95. Da das BAG nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte das Vorliegen der Ausnahmegründe darlegen konnte, gewährt es den Zugang zu den aufgelisteten Passagen der entsprechenden Verträge der Drittperson ("Preis und Zahlungsinformationen", "Lieferkonditionen", "Haftung und Schadloshaltung", "regulatorische Bedingungen" sowie "andere geschwärzte Passagen in den oben nicht aufgeführten Sachbereichen bzw. Vertragsbestandteilen"), entsprechend den vorgängigen Erwägungen zu den jeweiligen Aspekten. 96. Die Antragstellenden und die angehörte Drittperson können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim BAG den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs.1 BGÖ). 97. Das BAG erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 98. Das BAG erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

53 <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zl-bekaempfung-covid-19.html>, zuletzt besucht am 24.10.2023. 54 <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zl-bekaempfung-covid-19.html>, <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/humanarzneimittel/authorisations/new-medicines.html> und <https://compendium.ch/>, besucht am 24.10.2023. 55 CureVac zieht Zulassungsgesuch für Covid-19 Impfstoff zurück (swissmedic.ch), zuletzt besucht am 24.10.2023. 56 Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

22/23 99. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellenden anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

23/23

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

Bundesamt für Gesundheit 3001 Bern

- Einschreiben mit Rückschein (AR)

CureVac AG, (teilweise anonymisiert)

- Einschreiben mit Rückschein (AR)

Antragstellende A.\_\_\_\_ – D.\_\_\_\_ (teilweise anonymisiert)

Adrian Lobsiger

Astrid Schwegler Der Beauftragte

Stv. Leiterin Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

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