

EDOEB empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertr aege-novavax-incaussenpolitisc-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-novavax-incaussenpolitisc-2023-11-23

FR: EDOEB empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertraege-novavax-incaussenpolitisc-2023-11-23 du 23 novembre 2023

IT: EDOEB empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertraege-novavax-incaussenpolitisc-2023-11-23 del 23 novembre 2023

Erwägungen

E. 1

A.____

E. 2

B.____

E. 3

Der Beauftragte stützte in seinen Empfehlungen vom 29. Oktober 2020, 12. November 2020, 26. Mai 2021 (zwei Empfehlungen) und 28. Mai 2021 den Aufschub des Zugangs zu den Verträgen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ. Mit der Empfehlung vom 18. Januar 2022 erachtete der Beauftragte den Aufschub als nicht mehr gerechtfertigt. Er empfahl dem BAG die Anhörung der betroffenen Unternehmen (Art. 11 BGÖ) und aufgrund der bis dahin ungenügenden Begründungsdichte für das Vorliegen der angerufenen Ausnahmegründe den Zugang zu den verlangten Vereinbarungen zu gewähren, unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips. In Bezug auf die Empfehlung vom 18. Januar 2022 erliess das BAG am 8. Februar 2022 eine Verfügung, die nicht angefochten wurde.

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

Mit Schreiben vom 5. April 2022 nahm die Drittperson Stellung. Sie war mit der beabsichtigten Zugangsgewährung des BAG nicht einverstanden und berief sich auf folgende Ausnahmebestimmungen: Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ, Art. 7 Abs. Bst. d BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 1 und 2 BGÖ sowie Art. 8

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

3/22 Abs. 2 BGÖ. Sie beantragte hauptsächlich die vollständige Verweigerung des Zugangs zu den Verträgen. Sollte das BAG entgegen ihrem Hauptantrag einen teilweisen Zugang in Erwägung ziehen, seien die in der von ihr beigelegten Version (Beilagen 2a-c) rot umrandeten Informationen entsprechend einzuschwärzen.

E. 8

Mit E-Mail vom 25. Mai 2022 nahm das BAG zu den von der Drittperson beantragten Einschwärzungen 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 erklärte der Drittperson, 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. Es teilte der Drittperson mit, dass sie, sofern Differenzen zu der von ihr beim BAG eingereichten Version bestehen würden und sie an ihren Einschwärzungen festhalten wolle, bis spätestens am 7. Juni 2022 zusätzliche, nachvollziehbare und konkretere Begründungen zu liefern habe, weshalb die fragliche Passage entgegen der Einschätzung des BAG nicht offengelegt werden soll (Beilage 50, s. Ziff. 1).

E. 9

Mit E-Mail vom 8. Juni 2022 erklärte sich die Drittperson mit dem Einschwärzungsvorschlag des BAG einverstanden (Beilage 51, s. Ziff. 1).

E. 10

Mit Schreiben vom 28. Juni 2022 stellte das BAG der Drittperson diejenige Version der Vertragsdokumente zu, die es zu veröffentlichen in Aussicht stellte. Zur erleichterten Prüfung sandte es zusätzlich eine markierte Version zu. Gleichzeitig erklärte das BAG das Anhörungsverfahren zwischen ihm und der betroffenen Drittperson als abgeschlossen. Zudem wies es 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 52. S. Ziff. 1).

E. 11

Das BAG veröffentlichte am 3. August 2022 die Vereinbarungen zu den Covid-19-Impfstoffen auf seiner Webseite³ 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. 12

Anfangs August 2022 informierte das BAG alle bisherigen Zugangsgesuchstellenden, so auch vorliegend die drei 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. 13

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

E. 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.

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

4/22

E. 15

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. 16

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

E. 17

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. 18

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

E. 19

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

E. 20

Das BAG erklärte vorweg in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 zu den Einschwärzungen 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 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. 21

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.

5/22

E. 22

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

E. 23

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

E. 24

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. 25

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. 26

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).

E. 27

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 Vereinbarungen der Drittperson sind drei Schlichtungsanträge eingegangen.

E. 28

Die Drittperson wurde nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Das BAG schloss das Anhörungsverfahren gemäss Schreiben vom 28. Juni 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. 29

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁴ 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. 30

Aufgrund der komplexen Konstellation der eröffneten Schlichtungsverfahren hat der Beauftragte die Schlichtungsanträge je betroffenem Unternehmen gebündelt. Aufgrund der Umstände verzichtete der Beauftragte auf eine mündliche Schlichtung und gibt direkt eine Empfehlung ab.⁵ Dies hat zur Folge, dass für jede Drittperson, d.h. jedes der sechs Unternehmen, je eine Empfehlung erstellt und eröffnet wird. Den Antragstellenden werden jeweils mehrere Empfehlungen (teilweise anonymisiert) entsprechend ihrer Schlichtungsanträge eröffnet.⁶

⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. ⁵ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 26. ⁶ Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 3 f.

6/22 B. Materielle Erwägungen

E. 31

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁷

E. 32

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 (Ziff. 3 f.).

E. 33

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. 34

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

E. 35

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.

E. 36

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.⁸ Weiter hat der Beauftragte im Schlichtungsverfahren den Grundsatz der Vertraulichkeit zu wahren.⁹ Dies bedeutet, dass er den Verfahrensbeteiligten keine Dokumente zustellt. Schliesslich ist zu bedenken, dass das Schlichtungsverfahren ein Mediationsverfahren ist.¹⁰ Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ist auf eine Schlichtung, die mit einer unverbindlichen Empfehlung im Falle einer Nichteinigung abschliesst, faktisch nicht anwendbar.¹¹ So hat denn auch das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass das VwVG und das dort vorgesehene Akteneinsichtsrecht in diesem Stadium des Verfahrens nicht zur Anwendung gelangt.¹² 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 Ver- fahrensdokumenten auch allfällige Informationen enthalten sein können, zu welchen Gesuchstel- lende bereits im laufenden Schlichtungsverfahren Einsicht erwirken wollen und an denen

7 GUY-Ecabert, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 8. 8 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. 9 GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 14. 10 Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3.2. 11 GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 47. 12 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.

7/22 Dritte ein Geheimhaltungsinteresse haben. Demzufolge besteht kein Anspruch auf Zugang zu den verlangten Akten des laufenden Schlichtungsverfahrens.

E. 37

Das BAG nannte bei der Vorabinformation gegenüber den Antragstellenden zwar als Grund der Einschwätzungen 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 Webseite¹³ verwies es auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Gegenüber dem Beauftragten äusserte sich das BAG in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 zu den Einschwätzungen 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 Schwätzungen 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) gerechtfertigt. Das BAG hält deshalb an sämtlichen geschwätzten Passagen in allen Verträgen fest. [...]. Das BAG ist sich bewusst, dass die publizierten Dokumente vergleichsweise umfangreiche Schwätzungen enthal- ten. 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 Ver- handlungen 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 Möglichkeiten des Bundes bezüglich Schadloshaltung. Auf der Grundlage der öffentlich zugänglichen Informationen lässt sich ohne Weiteres der Durchschnittspreis pro Impfdose berechnen: Finanzkommission des Nati- onalrates – Voranschlag 2022, Nachtrag Ib vom 7. Juni 2022 (siehe S. 2)[14], Botschaft zur Staats- rechnung 2021 vom 30. März 2022 (siehe S. 138).[15] Abschliessend ist festzustellen, dass auch aus Gründen der Versorgungssicherheit und aus aussenpolitischen Interessen sowie zum Schutz der internationalen Beziehungen der Schweiz die vorgenommenen Schwätzungen notwendig und deshalb beizubehalten sind."

E. 38

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 unbekannt Informationen aus Verträgen für Covid-19-Impfstoffe (sog. first mover), würde sich die Schweiz bei zukünftigen globalen Pandemien die Möglichkeit verbauen, mit

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

14 <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/71886.pdf>, zuletzt besucht am 24.10.2023. 15 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.

8/22 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 Einschwägungen der EU in den Vereinbarungen zwischen der Europäischen Kommission und den Herstellern für die Lieferung von Dosen für Europa (sog. Advance Purchase Agreements, nachfolgend EU-APA), die öffentlich abrufbar sind.¹⁶ Die EU habe in ihren APA gewisse Aspekte zugänglich gemacht, aber andere wiederum geschwächt. "Das BAG hat keine Kenntnisse davon, wie die Schwägungen im Einzelnen begründet wurden."

E. 39

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. 40

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.¹⁷ Weitere öffentlich zugänglich gemachte Informationen wie bspw. der Europäischen Arzneimittelagentur sind ebenfalls nicht einzuschwärzen. Ob solche vorliegen, hat das BAG als Fachbehörde¹⁸ abzuklären, wobei eine entsprechende Prüfung aufgrund der besonderen Komplexität vom Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt sein kann.

E. 41

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 sind¹⁹ und die Europäische Staatsanwaltschaft eine Untersuchung zur Beschaffung der Covid-19-Impfstoffe in der EU durchführt.²⁰ Massgebend für die Beurteilung der vorliegenden Gesuche ist zudem, wie das Bundesverwaltungsgericht in zwei Urteilen²¹ festgehalten hat, nicht die Rechtslage und die hierzu entwickelte Praxis anderer Länder, sondern einzig die Schweizer Gesetzgebung und Rechtsprechung.

E. 42

Die Drittperson berief sich im Anhörungsverfahren nach Art. 11 BGÖ auf die Ausnahmebestimmungen Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 1 und 2 BGÖ sowie Art. 8 Abs. 2 BGÖ.

E. 43

Dazu hält der Beauftragte vorweg Folgendes fest: Die Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ sowie Art. 8 Abs. 2 BGÖ zielen auf die öffentlichen Interessen und dienen nicht dem Schutz von privaten Interessen. Die Wahrung öffentlicher Interessen muss gemäss Rechtsprechung²² durch eine Behörde geltend gemacht werden. Vorliegend hat sich das BAG im Schlichtungsverfahren mit Ausnahme von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ (s. Ziff. 52 ff.) auf keinen dieser Bestimmungen berufen, weshalb sich für diese Bestimmungen eine Prüfung erübrigt.

E. 44

Zwischenfazit: Das Vorliegen der Ausnahmegründe nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b, c und f BGÖ sowie des Spezialfalles nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist zu verneinen.

E. 45

Während die überwiegende Mehrheit der Antragstellenden sich nicht konkret zu den vorgenommenen Einschwätzungen 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 geschwätzten Textpassagen [habe], dies um sich (a) über die Geheimhaltungspraktiken des Bundesrates resp. des BAG, (b) über die finanziellen Auswirkungen der Impflieferungen auf den

16 https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en#documents, zuletzt besucht am 24.10.2023. 17 Comparison of US COVID-19 Contracts, zuletzt besucht am 14.08.2023. 18 Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2 19 Klage gegen EU-Kommission wegen Intransparenz bei Impfstoffverträgen (aerzteblatt.de), zuletzt besucht am 24.10.2023. 20 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. 21 Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 5.5; Urteil des BVGer A-1156/2011 vom 22. Dezember 2011 E. 8.3.3. 22 Urteil des BVGer A-2564/2018 vom 5. August 2020 E. 6.

9/22 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. Mithin wurde alles Relevante geschwärzt [...]“.

E. 46

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. 47

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 Bundesverwaltungsgericht²³ 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 gleich geblieben 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. 48

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.²⁴ 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 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.²⁵

E. 49

Das BAG hat Namen, Kontaktdaten sowie Unterschriften der betroffenen Drittperson eingeschwärzt.

E. 50

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

18/22 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." 83. Art. 70 EpG ist keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ⁵¹, 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 (vgl. Art. 1 BGÖ). 84. Die vom BAG befürchtete Benachteiligung des Bundes in künftigen Verhandlungen mit Impfstoffherstellern stellt keine Geschäftsinformation dar, die ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sein kann. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis nur um ein privates Interesse handeln kann (s. Ziff. 60), hat das BAG bisher auch nicht dargetan, inwiefern der Bund selber ein solches haben kann. 85. 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 zu einer 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 63 und 69 ff. Gerichtsstand und anwendbares Recht 86. Der Aspekt "Gerichtsstand und anwendbares Recht" umfasst gemäss BAG sämtliche Angaben zu Schieds- sowie Mediationsklauseln. 87. Nachdem das BAG die davon betroffenen Bestimmungen tabellarisch darstellt, erklärt es, dass die Hersteller zur Begründung geltend machen, dass das anwendbare Recht und der Gerichtsstand das Ergebnis zäher Verhandlungen seien und die Geschäftsstrategie eines Unternehmens offenbaren würden. "Die Offenlegung dieser Information wäre für die Konkurrenz von Nutzen, da

51 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.

19/22 diese gestützt darauf ihre eigenen Angebote in Ausschreibungen anpassen und attraktiv gestalten könnten. Auch würden andere Käufer diese Informationen in Vertragsverhandlungen nutzen, was zu Wettbewerbsverzerrungen sowie Informationsasymmetrien führen würde. Zudem könnten Wettbewerber diese Informationen, wie bspw. die Dauer des Verfahrens, verwenden, um ihr eigenes Verhalten anzupassen." 88. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse erläutert das BAG: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 65 ff.] zur ausserordentlichen Marktsituation sind auch für den Gerichtsstand und das anwendbare Recht relevant. Eine Offenlegung des anwendbaren Rechts und des Gerichtsstandes und die Kenntnisnahme durch die Konkurrenz oder durch andere Käufer würde die wirtschaftlichen Interessen der Hersteller ernsthaft beeinträchtigen, würde ihnen jeweils einen Wettbewerbsnachteil bringen und Marktverzerrungen bewirken. In der Regel versucht eine Käuferin Landesrecht und einen Gerichtsstand im eigenen Land durchzusetzen. Erwirkt ein Staat dies in den Verhandlungen und wird dieses Entgegenkommen publik, kann sich ein Hersteller in weiteren Verhandlungen kaum noch auf den Standpunkt stellen, er würde grundsätzlich nur einen Gerichtsstand im Herstellungsland und das Recht des Herstellungslandes als anwendbares Recht akzeptieren. Dasselbe gilt, wenn eine Käuferin durchsetzen kann, dass staatliche Gerichte anstelle der von Herstellern oft bevorzugten Schiedsgerichte als zuständig anerkannt werden. Die beiden Aspekte waren jeweils Gegenstand individueller Verhandlungen mit dem Hersteller, da es für beide Parteien auch um das Prozessrisiko und die damit verbundenen Prozesskosten geht, weshalb jede Partei ein Interesse daran hat, das

anwendbare Recht als auch den Gerichtsstand möglichst in seine Risikosphäre zu bringen. Dies weil es effizienter und kostengünstiger ist, einen Prozess in der bekannten Gerichtsbarkeit zu führen als im Ausland. Wird nun bekannt, dass einige Hersteller der Schweiz diesbezüglich Zugeständnisse gemacht haben, würden weitere Käufer die gleichen Bedingungen verlangen und Konkurrenzunternehmen könnten potenziellen Käufern attraktivere Konditionen bieten. Das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller in Bezug auf den Gerichtsstand und dem anwendbaren Recht [sic] 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. Diese Praxis der Schweiz ist daher mit jener der EU vergleichbar." 89. Inwiefern der Gerichtsstand und das anwendbare Recht in einem Vertrag zwischen einem Unternehmen und dem Staat als Vertragspartner im Rahmen einer Beschaffung in einem staatlich regulierten Markt ein Geschäftsgeheimnis sein soll, hat das BAG konkret nicht aufzeigen können. Das BAG stellt Hypothesen auf, ohne näher zu erklären, inwiefern ein Gerichtsstand oder das anwendbare Recht geschäftsrelevante Informationen der betroffenen Drittperson sind bzw. diese Informationen einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Ein ernsthaftes Schadensrisiko bei der Offenlegung der verlangten Informationen ist nicht erkennbar. Die vom BAG erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos zum Aspekt "Gerichtstand und anwendbares Recht" erweist sich somit bisher als nicht stichhaltig begründet. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht erbracht worden, weshalb der angeführte Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. Abgesehen davon wäre bei einem allfälligen Gerichtsverfahren die Justizöffentlichkeit zu beachten. 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 63 und 69 ff. Regulatorische Bedingungen 90. 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). 91. 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

20/22 stellen 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. 92. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse erklärt das BAG: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 65 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." 93. 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 63 und 69 ff. Ergänzend ist anzumerken, dass die Drittperson von Swissmedic zunächst eine befristete Zulassung für ihren Impfstoff erhalten hat.⁵² Damit sind bereits Informationen öffentlich bekannt worden.⁵³ Zu beachten ist, dass erst bei einer definitiven Zulassung bestimmte Informationen von Swissmedic veröffentlicht werden. Demzufolge ist der Zugang zu den regulatorischen Bedingungen gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ bis zum definitiven Zulassungsentscheid der Impfstoffe bei Swissmedic durch das BAG aufzuschieben. Infolge der zwischenzeitlich erfolgten teilweisen definitiven Zulassungen der Impfstoffe der Drittperson⁵⁴ hat das BAG als Fachbehörde⁵⁵ in seiner Einschätzung, allenfalls in Zusammenarbeit mit Swissmedic, zu prüfen, ob ein Aufschiebungsgrund für einzelne bisher nicht öffentlich zugängliche Informationen zwischenzeitlich entfallen ist. Unter dem vom BAG aufgelisteten Punkt 7.2.2 zum Vertrag Beilage 32 und dessen Exhibit A sind im Übrigen keine Geschäftsgeheimnisse erkennbar. Die vom BAG erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos dazu erweist sich somit bisher als nicht stichhaltig begründet. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht erbracht worden, weshalb diesbezüglich der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht wirksam ist. In Bezug auf die Exhibit C zum Vertrag Beilage 32 und Exhibit A zum Vertrag Beilage 31 sind objektive Geschäftsgeheimnisse enthalten. Andere geschwärzte Passagen in den oben nicht aufgeführten Sachbereichen bzw. Vertragsbestandteilen 94. 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

52 <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zl-bekaempfung-covid-19.html>, zuletzt besucht am 24.10.2023. 53 <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/>, zuletzt besucht am 24.10.2023. 54 <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zl-bekaempfung-covid-19.html>, zuletzt besucht am 24.10.2023. 55 Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

21/22 oben für die jeweiligen Sachbereiche dargelegt sind. Das BAG behält sich vor, weitergehende Ausführungen nachzureichen." 95. Da das BAG im Schlichtungsverfahren dazu keine konkreten Angaben gemacht und die Ein- schwärzungen 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 Öffentlich- keitsbeauftragte: 96. Da das BAG nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte das Vorlie- gen der Ausnahmegründe darlegen konnte, gewährt das BAG den Zugang zu den aufgelisteten Passagen der entsprechenden Verträge der Drittperson ("Preis und Zahlungsinformationen", "Lie- ferkonditionen", "Haftung", "Schadloshaltung", "Gerichtsstand und anwendbares Recht" sowie "andere geschwärzte Passagen in den oben nicht aufgeführten Sachbereichen bzw. Vertragsbe- standteilen") entsprechend den vorgängigen Erwägungen zu den jeweiligen Aspekten. 97. Das BAG gewährt den Zugang bzw. schiebt den Zugang auf betreffend die unter dem Kriterium "regulatorische Bedingungen" aufgelisteten Verträge gemäss den Erwägungen zu diesem Aspekt. 98. 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). 99. Das BAG erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 100. 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). 101. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsver- fahren Beteiligten wird der Name der Antragstellenden anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

22/22

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

Bundesamt für Gesundheit 3001 Bern

- Einschreiben mit Rückschein (AR) Novavax. Inc. (teilweise anonymisiert)

- Einschreiben mit Rückschein (AR)

Antragstellende A.____ – C.____ (teilweise anonymisiert)

Adrian Lobsiger

Astrid Schwegler Beauftragter

Stv. Leiterin Direktionsbereich

Öffentlichkeitsprinzip

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