

EDOEB empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertr aege-pfizer-agaussenpolitische-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-pfizer-agaussenpolitische-2023-11-23

FR: EDOEB

empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertraege-pfizer-agaussenpolitische-2023-11-23
du 23 novembre 2023

IT: EDOEB

empfehlung-vom-23-november-2023-bag-impfstoffvertraege-pfizer-agaussenpolitische-2023-11-23
del 23 novembre 2023

Erwägungen

E. 1

A.____

E. 2

B.____

E. 3

C.____

E. 4

D.____

E. 5

E.____

E. 6

Der Drittperson zeigte das BAG mit E-Mail vom 8. 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.

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

E. 7

Mit Schreiben vom 25. März 2022 nahm die Drittperson durch ihre Rechtsvertreter Stellung. Sie war mit der beabsichtigten Zugangsgewährung des BAG nicht einverstanden

und berief sich auf folgende Ausnahmebestimmungen: Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, Art. 8 Abs. 4 BGÖ und Art. 9 Abs. 1 BGÖ.

E. 8

Mit E-Mail vom 25. Mai 2022 nahm das BAG zu den von der Drittperson beantragten Einschwä- zungen Stellung. In Bezug auf die Begründungsdichte führte es aus, dass im Hinblick auf ein allfälliges Verfahren, welches von Seiten der Gesuchstellenden eingeleitet werden könnte, ge- wisse 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 beson- deren Krisensituation zum Zeitpunkt der Beschaffung." Das BAG erklärte der Drittperson, es habe ausgehend von ihren Einschwätzungsanträgen einen Einschwätzungsvorschlag 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 Ge- heimnisbegriff möglichst weit interpretiere. Allerdings gebiete das Transparenzprinzip auch, dass Schwärzungen nachvollziehbar erfolgen müssten, d.h. der Kontext ersichtlich bleibe ("transparen- tes Schwärzen"). Zu den nicht oder nur teilweise übernommenen Einschwätzungsanträgen der Drittperson nahm das BAG einzeln Stellung. Es teilte ihr mit, dass sie, sofern Differenzen zu der von ihr beim BAG eingereichten Version bestehen würden und sie an den Einschwätzungen fest- halten sollte, bis spätestens am 7. Juni 2022 zusätzliche, vertiefere Begründungen zu liefern habe, weshalb die fragliche Passage entgegen der Einschätzung des BAG nicht offengelegt wer- den soll (Beilage 55, s. Ziff. 1).

E. 9

Mit Schreiben vom 7. Juni 2022 nahm die Drittperson erneut Stellung. Sie beantragte, dass der Zugang zu den Dokumenten im Umfang der von ihr beantragten und vom BAG bisher akzeptierten Schwärzungen zu verweigern sei. Zusätzlich beantragte sie eine zusätzliche Einschwätzung zum Vertrag Beilage 26. In ihrer Begründung äussert sie sich zudem zu einem Verzicht auf die voll- ständige Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten und berief sich dabei auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ. Schliesslich stellte die Drittperson Verfahrensträge, so auch, dass sie im Falle eines Schlich- tungsverfahrens "zu informieren und in jedem Fall zu beteiligen sei." Sie sei in jedem Fall in ihren Rechten betroffen, sei es, dass sich das BAG mit den gesuchstellenden Personen in einem wei- tergehenden Verfahren einigen könnte, sei es, dass der Beauftragte eine für sie nachteilige Emp- fehlung erlassen könnte. Entsprechend habe sie "in jedem Fall Anspruch auf Teilnahme am Schlichtungsverfahren und auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG)" (Beilage 56, s. Ziff.1).

E. 10

Mit Schreiben vom 6. Juli 2022 äusserte sich das BAG zu dieser Stellungnahme. Es übernahm die zusätzlich von der Drittperson beantragte Einschwätzung, lehnte jedoch die von ihr "ebenso erwähnte vollständige Verweigerung des Zugangs zu Dokumenten ab." Es teilte der Drittperson mit, in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips sei ein teilweiser Zugang zu gewähren, wenn das Dokument nur teilweise Informationen enthalte, die nicht zugänglich gemacht werden können. Fielen also lediglich einzelne Passagen unter

die Ausnahmebestimmung des Öffentlichkeitsgesetzes, dürfe der Zugang gemäss konstanter und eindeutiger Rechtspraxis nicht vollständig verweigert werden. Eine Zugangsverweigerung wäre nur dann vertretbar, wenn nach der Schwärzung der nicht zugänglichen Passagen der verbleibende Rest des Dokuments keinen Sinn mehr ergeben würde, was vorliegend nicht der Fall sei. Im Anhang stellte das BAG der betroffenen Drittperson diejenige Version der Vertragsdokumente zu, die es zu veröffentlichen beabsichtigt. Dann erklärte das BAG das Anhörungsverfahren zwischen ihm und der 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 57, 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-

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

4/23 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 sechs 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 Antragstellenden 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.

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 Einschwarzungen 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,

5/23 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 anzugeben. 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.

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 sieben Schlichtungsanträge eingegangen. Davon konnte einer nicht bearbeitet werden, weil die betreffende Person dem Beauftragten weder ihre Auslandsadresse noch ein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet hat, weshalb eine rechtskonforme Zustellung einer Empfehlung bzw. eines Nichteintretens an sie nicht möglich ist. Somit betrifft das vorliegende Schlichtungsverfahren sechs Antragstellende.

6/23

E. 28

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. 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 verzichtet 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 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

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. 7 GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 8.

7/23 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 VwVG und das dort vorge-
sehene 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 Dritte ein
Geheimhaltungsinteresse haben. Demzufolge besteht kein Anspruch auf Zugang zu den ver-
langten Akten des laufenden Schlichtungsverfahrens.

E. 37

Zu den Vorbringen der Drittperson, sie sei in jedem Fall an einem Schlichtungsverfahren zu
be-
teiligen, ist Folgendes zu beachten: Die Drittperson wurde vom BAG gemäss Art. 11
Abs. 1 BGÖ mehrmals angehört und hatte so die Möglichkeit, dem BAG ihre Argumente
zum Streitgegenstand darzulegen. Das BAG hat das Anhörungsverfahren nach Art. 11 BGÖ
korrekt mit einer Rechtsmit-
telbelehrung abgeschlossen. Vorliegend hat sich die betroffene
Dritte mit dem BAG über den Ein-
schwärzungsvorschlag geeinigt und war auch mit der
teilweisen Veröffentlichung der Verträge durch das BAG einverstanden. Infolge Einigung
besteht kein Schlichtungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ. Die betroffene Person hat
denn auch keinen Schlichtungsantrag ein-
gereicht. Reichen die Dritten keinen
Schlichtungsantrag ein, ist ihr Einbezug in das Verfahren zu diesem Zeitpunkt
grundsätzlich abgeschlossen. Folgt die Behörde der Ansicht des angehörten Dritten in ihrer
Stellungnahme nach Art. 11 Abs. 2 BGÖ bzw. Art. 12 Abs. 4 BGÖ, so vertritt sie im
allenfalls nachfolgenden Schlichtungsverfahren die privaten Interessen der angehörten
Dritten.¹³ In diesem Schlichtungsverfahren hält das BAG an sämtlichen Einschwärzungen
fest. Die vorlie-
gende Empfehlung wird der Drittperson eröffnet, womit diese, falls sie mit
der Empfehlung nicht einverstanden sein sollte, beim BAG eine Verfügung nach Art. 15
Abs. 1 BGÖ verlangen kann, womit der Rechtsweg garantiert ist (Art. 29a BV und Art. 25a
VwVG).¹⁴ Es bestand daher kein Anspruch am Schlichtungsverfahren teilzunehmen.

E. 38

Das BAG nannte bei den Vorabinformationen 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 Webseite¹⁵
verwies es auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Gegenüber dem Beauftragten äussert 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

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. 13 Empfehlung EDÖB vom 24. August 2023: GS-VBS / Administrativuntersuchung, Ziff. 16. 14 Vgl. Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3.1 ff. 15 Beschaffungsverträge Covid-19-Impfstoffe (admin.ch), zuletzt besucht am 24.10.2023.

8/23 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 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 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)[16], Botenschaft zur Staatsrechnung 2021 vom 30. März 2022 (siehe S. 138).[17] 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. 39

Weiter führt das BAG in seiner 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 herstellerepezifischen 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 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.¹⁸ Die EU habe in ihren APA gewisse Aspekte zugänglich gemacht, aber andere wiederum geschwätzt. "Das BAG hat keine Kenntnisse davon, wie die Schwätzungen im Einzelnen begründet wurden."

E. 40

Zur Offenlegung durchgesickelter Verträge wendet das BAG in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 an den Beauftragten ein, dass die "Veröffentlichungen" weder im Rahmen einer

16 <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/71886.pdf>, zuletzt besucht am 24.10.2023. 17 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. 18 https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en#documents, zuletzt besucht am 24.10.2023.

9/23 aktiven Information erfolgt sind, noch im Rahmen eines Zugangs nach ausländischen Transparenzgesetzen. Bereits deshalb seien diese irrelevant für die vorliegende Beurteilung.

E. 41

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.¹⁹ Weitere öffentlich zugängliche gemachte Informationen wie bspw. der Europäischen Arzneimittelagentur sind ebenfalls nicht einzuschwätzen. Ob solche vorliegen, hat das BAG als Fachbehörde²⁰ abzuklären, wobei eine entsprechende Prüfung aufgrund der besonderen Komplexität vom Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt sein kann.

E. 42

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 sind²¹ und die Europäische Staatsanwaltschaft eine Untersuchung zur Beschaffung der Covid-19-Impfstoffe in der EU durchführt.²² Massgebend für die Beurteilung der vorliegenden Gesuche ist zudem, wie das Bundesverwaltungsgericht in zwei Urteilen²³ festgehalten hat, nicht die Rechtslage und die hierzu entwickelte Praxis anderer Länder, sondern einzig die Schweizer Gesetzgebung und Rechtsprechung.

E. 43

Die Drittperson berief sich im Anhörungsverfahren nach Art. 11 BGÖ auf die Ausnahmegründe Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 8 Abs. 4 BGÖ und Art. 9 Abs. 1 BGÖ.

E. 44

Dazu hält der Beauftragte vorweg Folgendes fest: Die Ausnahmen Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ und Art. 8 Abs. 4 BGÖ zielen auf die öffentlichen Interessen und dienen nicht dem Schutz von privaten Interessen. Die Wahrung öffentlicher Interessen muss gemäss Rechtsprechung²⁴ durch eine Behörde geltend gemacht werden. Vorliegend hat sich das BAG im Schlichtungsverfahren auf keine dieser Bestimmungen berufen, weshalb sich bereits dadurch diesbezüglich eine Prüfung erübrigt.

E. 45

Zwischenfazit: Das Vorliegen der Ausnahmegründe nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b BGÖ sowie des Spezialfalles nach Art. 8 Abs. 4 BGÖ ist zu verneinen.

E. 46

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 mit-betroffener 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 Implieferungen 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 geschwätzt. Mithin wurde alles Relevante geschwätzt [...]".

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

19 Comparison of US COVID-19 Contracts, zuletzt besucht am 24.10.2023. 20 Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2. 21 Klage gegen EU-Kommission

wegen Intransparenz bei Impfstoffverträgen (aerzteblatt.de), zuletzt besucht am 24.10.2023. 22 Ongoing EPPO investigation into the acquisition of COVID-19 vaccines in the EU | European Public Prosecutor's Office (europa.eu), zu- letzt besucht am 24.10.2023. 23 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. 24 Urteil des BVGer A-2564/2018 vom 5. August 2020 E. 6.

10/23 gelangt: Der Gesetzgeber hat keine Übergangsbestimmungen für das Zugangs- und Schlichtungsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht²⁵ 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. 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.²⁶ 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.²⁷

E. 50

<https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zl-bekampfung-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. 51 Empfehlung EDÖB vom 9. Juni 2020: Swissmedic / Protokoll Human Medicines Expert Committee (HMEC), Ziff. 30. 52 Vgl. auch Urteil des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 7.4. 53 Vgl. dazu TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnis nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in: *sui-generis* 2019, S. 215-226 N 26.

16/23 75. Die Begründung des BAG lässt nicht erkennen, worin genau eine Wettbewerbsverzerrung bei der Offenlegung des Preises sowie der Zahlungsinformationen der Hersteller in einem staatlich kontrollierten Markt besteht (Marktzulassung bei Swissmedic, Übernahme der Impfkosten durch den Bund bzw. Aufnahme von Medikamenten auf die Spezialitätenliste durch das BAG), umso mehr, als, wie das BAG selber ausführt, nicht von einer üblichen Wettbewerbs- und Marktsituation ausgegangen

werden kann. Das BAG konnte nicht aufzeigen, welchen Nachteil genau die Drittperson im Vergleich zu einer üblichen Wettbewerbs- und Marktsituation erleidet. Dies gilt umso mehr, als die Drittperson aufgrund der speziellen Beschaffungssituation (Pandemie, fehlende Impfstoffe in der akuten Frühphase, Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch den Staat) sowie aufgrund regulatorischer Bestimmungen (befristete Zulassung durch Swissmedic) schliesslich schneller einen neu entwickelten Impfstoff auf den Markt bringen und verkaufen konnte. Dadurch und mit dem Staat als Vertragspartner sowie der damit verbundenen gesicherten Kaufpreiszahlung hat sie einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten. Dass, wie das BAG argumentiert, die Unternehmen, da sie direkt mit Staaten verhandeln, "über eine gewisse Marktmacht verfügen", spricht nicht für, sondern gegen einen Wettbewerbsnachteil. Letztlich ist zu berücksichtigen, dass mit der Impfstoffbeschaffung ein erheblicher Betrag an Steuergeldern eingesetzt wurde.^{54 76} Schliesslich fällt ins Gewicht, dass das BAG nicht nur für die Drittperson des vorliegenden Schlichtungsverfahrens, sondern auch für die übrigen Impfstoffhersteller das gleiche Argument der Wettbewerbs- und Marktsituation vorbringt, was im Ergebnis zu einem "kollektiven Geschäftsgeheimnis" in Bezug auf die Impfverträge führt, was nicht dem Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ entspricht. Auch der Einwand, es bestünde auf globaler Ebene eine andauernde aussergewöhnliche Wettbewerbs- und Marktsituation, insbesondere weil die mRNA-Technologie den Beginn einer ganz neuen Klasse von Arzneimitteln darstelle, ist nicht überzeugend, zumal, sofern entsprechende Informationen in den Kaufverträgen vorhanden sein sollten, diese vom Fabrikationsgeheimnis geschützt wären, was konkret vom BAG darzulegen wäre. Vorliegend kaufte der Bund das Produkt, d.h. fertiggestellte Impfstoffe, und nicht die Technologie zur Herstellung des gekauften Produktes. Die vom BAG erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos (s. Ziff. 61) zum Preis sowie der Zahlungsinformationen erweist sich daher bisher als nicht stichhaltig begründet. Demzufolge ist auch der Nachweis eines objektiven Geheimhaltungsinteresses bis anhin nicht erbracht worden, weshalb der angerufene Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ für die Kategorie "Preis und Zahlungsinformationen" 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 67 und 73 ff. Lieferkonditionen 77. Gemäss BAG umfasst der Aspekt der "Lieferkonditionen" sämtliche Angaben zur Umsetzung der Lieferung, darin miteingefasst sind Lieferfristen, Liefermengen, Lieferdaten, zu liefernde Produkte (z.B. gegen Varianten wirksames Produkt) und Bedingungen, die für die Lieferung zu erfüllen sind. 78. Nachdem das BAG die davon betroffenen Bestimmungen tabellarisch darstellt, erklärt es, die Hersteller hätten die Geschäftsgeheimnisse damit begründet, dass Informationen zum Zeitplan, 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

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

17/23 Marktverzerrungen führen. Eine Bekanntgabe der Informationen führt nach Angaben der Hersteller zu gravierenden Wettbewerbsnachteilen, weshalb ein kommerzieller Schaden droht." 79. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse führt das BAG aus: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 69 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 in 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 diesbezüglichen 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 staatliche Förder- und Anreizinstrumente anknüpft. Auch lassen die entsprechenden Vertragsbestimmungen 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 haben, 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 offengelegt, 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 BGO 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." 80. 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 objektiven Geheimhaltungsinteresses bisher nicht erbracht worden, weshalb der angerufene

Ausnah- megrund 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 (Ziff. 5). Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Darlegungen in den Ziffern 67 und 73 ff. Haftung und Schadloshaltung 81. Zur Kategorie "Haftung" legt das BAG dar: "Der 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 Herstellungspraxis (GMP) oder der Guten Vertriebspraxis (GDP) von Arzneimitteln ebenfalls haften." 82. 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

18/23 sich Vorteile für den Vertrieb ihrer eigenen Produkte zu verschaffen. Dies führt zu einer Auswir- kung auf das Geschäftsergebnis und zu Marktverzerrungen, da laufende oder künftige Vertrags- verhandlungen massiv beeinträchtigt werden würden." 83. Das BAG führt zum objektiven Geheimhaltungsinteresse aus: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 69 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 Haf- tungsregelungen individuell ausgearbeitet, was das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller plau- sibel begründet. Sind diese Informationen allgemein bekannt, ist davon auszugehen, dass die Konkurrenzunternehmen im Wissen darum ihre Haftungsregeln optimieren und den Käufern wei- tergehende 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 offen- gelegt, ist davon auszugehen, dass für jeden Hersteller ein ernsthaftes und konkretes Risiko wirt- schaftlicher Schäden besteht. Das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller in Bezug auf die Haf- tungsregeln 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." 84. Das BAG erklärt, der Aspekt "Schadloshaltung" umfasse sämtliche Abmachungen zu Kosten, die dem Hersteller aufgrund dessen Haftung gegenüber eines Dritten entstehen und zu deren Über- nahme 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 Be- zeichnung 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 EpG55: "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, 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. 85. Nachdem das BAG die von der Schadloshaltung betroffenen Bestimmungen tabellarisch darstellt, erklärt es, dass die Hersteller zur Begründung geltend machen, dass die zu schwärzenden

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

19/23 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. 86. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse erklärt das BAG: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 69 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 Kon- ditionen bieten, indem zum Beispiel andere Ausnahmeregelungen oder Verfahrensabreden ge- troffen 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." 87. Art. 70 EpG ist keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ⁵⁶, da er weder eine Geheim- haltung 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 einzu- gehen. Gemäss Abs. 2 der Norm legt der Bund mit dem Hersteller Umfang und Modalitäten der Schadensdeckung in einer Vereinbarung fest. Dieses 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 kontrol- lieren (vgl. Art. 1 BGÖ). 88. Die vom BAG befürchtete Benachteiligung des Bundes in künftigen Verhandlungen mit Impfstoff- herstellern 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 (Ziff. 64), hat das BAG bisher auch nicht dargetan, inwiefern der Bund selber ein solches haben kann. 89. Das BAG führt für die Drittperson aus, es könne nicht von einer üblichen Wettbewerbs- und Markt- situation ausgegangen werden. Dabei zeigt es nicht auf, welchen Nachteil genau die 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 ernsthaf- tes Schadensrisiko bestehen soll, ist weder genügend dargelegt noch erkennbar. Insgesamt ist die Einschätzung des Schadensrisikos des BAG hypothetischer Natur. Es konnte nicht näher dar- legen, inwiefern durch die Offenlegung der verlangten Informationen die betroffene Drittperson

56 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 beim Verkauf des Impfstoffes einen wirtschaftlichen Nachteil erleidet bzw. welcher Vorteil einem Konkurrenzunternehmen verschafft wird. Ausserdem ist nicht einzusehen, wie die Konkurrenzfä- higkeit eines betroffenen Unternehmens beeinträchtigt werden könnte, da die Transparenzvor- schriften des Öffentlichkeitsgesetzes auf alle Impfstoffverträge Anwendung finden und der Zu- gangsanspruch 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 (Ziff. 5). Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Darlegungen in den Ziffern 67 und 73 ff. Gerichtsstand und anwendbares Recht 90. Der Aspekt "Gerichtsstand und anwendbares Recht" umfasst gemäss BAG sämtliche Angaben zu Schieds- sowie Mediationsklauseln. 91. 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 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." 92. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse erläutert das BAG: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 69 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 Schiedsgerichten 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 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. Diese Praxis der Schweiz ist daher mit jener der EU vergleichbar." 93. 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

21/23 ernsthaftes Schadensrisiko bei der Offenlegung der verlangten Informationen ist nicht erkennbar. Die vom BAG erfolgte Einschätzung des Schadensrisikos zum Aspekt "Gerichtsstand 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 (Ziff. 5). Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Darlegungen in Ziffer 67 und 73 ff. Regulatorische Bedingungen 94. 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). 95. Das BAG stellt die vom Aspekt "regulatorische Bedingungen" betroffenen Vertragspassagen tabellarisch dar und begründet diese. Es erklärt, dass die Hersteller hierzu geltend machen, dass nicht öffentlich bekannt sei, aus welchen Komponenten die Impfstoffe im Detail jeweils bestehen würden. Die Informationen hätten entsprechend Geheimnischarakter, seien vertraulich und 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. 96. Zum objektiven Geheimhaltungsinteresse erklärt das BAG: "Die Ausführungen unter dem Titel 'Preis' [s. Ziff. 69 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 führt, 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." 97. 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 67 und 73 ff. Ergänzend ist anzumerken, dass die Drittperson von Swissmedic zunächst eine befristete Zulassung für ihren Impfstoff erhalten hat.⁵⁷ Damit sind bereits Informationen öffentlich bekannt worden.⁵⁸ Zu beachten ist, dass erst bei einer definitiven Zulassung bestimmte Informationen von Swissmedic zusätz-

⁵⁷ <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zl-bekaempfung-covid-19.html>, zuletzt besucht am 24.10.2023. ⁵⁸ <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.

lich 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 teilweise erfolgten definitiven Zulassungen der Impfstoffe der Drittperson⁵⁹ hat das BAG als Fachbehörde⁶⁰ 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 des Vertrages Beilage 25 sowie den Punkten 4.2, 4.3, 4.4, 4.7 und 6.3 des Vertrages Beilage 26 sind im Übrigen keine Informationen ersichtlich, die ein Geschäftsgeheimnis darstellen sollten. In den vom BAG aufgelisteten Attachements A, D und E im Vertrag Beilage 26, in den Attachments C, D und E im Vertrag Beilage 28, den Attachements A und D im Vertrag Beilage 29 sind betreffend Specifications, Delivery Specifications, Labelling and Packaging Specifications und Delivery Documentation objektive Geschäftsgeheimnisse enthalten. Dies gilt auch für das Attachment C zum Vertrag Beilage 26 und das Dokument Shipping and Handling Guidelines in der Beilage 30. Andere geschwärzte Passagen in den oben nicht aufgeführten Sachbereichen bzw. Vertragsbestandteilen⁹⁸. 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." ⁹⁹. 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: ¹⁰⁰. Da das BAG nicht mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte das Vorliegen der Ausnahmegründe darlegen konnte, gewährt das BAG den Zugang zu den aufgelisteten Passagen der entsprechenden Vereinbarungen der Drittperson ("Preis und Zahlungsinformationen", "Lieferkonditionen", "Haftung", "Schadloshaltung", "Gerichtsstand und anwendbares Recht" sowie "andere geschwärzte Passagen in den oben

nicht aufgeführten Sachbereichen bzw. Vertragsbestandteilen") entsprechend den vorgängigen Erwägungen zu den jeweiligen Aspekten. 101. Das BAG gewährt den Zugang bzw. schiebt den Zugang auf betreffend die unter dem Kriterium "regulatorische Bedingungen" aufgelisteten Vereinbarungen gemäss den Erwägungen zu diesem Aspekt. 102. 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). 103. Das BAG erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ). 104. 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). 105. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellenden sowie der Name der anwaltlichen Vertretung der Drittperson anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
59 <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zi-bekaempfung-covid-19.html>, zuletzt besucht am 24.10.2023. 60 Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

23/23

106. Die Empfehlung wird eröffnet:

Einschreiben mit Rückschein (AR)

Bundesamt für Gesundheit 3001 Bern

Einschreiben mit Rückschein (AR)

Pfizer Inc. und Pfizer AG (teilweise anonymisiert), vertreten durch Z.____

Einschreiben mit Rückschein (AR)

Antragstellende A.____ – F.____ (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.