

# **EDOEB empfehlung-vom-26-mai-2021-bag-vertrag-covid-19-impfstoffdokumente-ueber-positio-2021-05-26 vom 26. Mai 2021**

EDÖB, 2021-05-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_empfehlung-vom-26-mai-2021-bag-vertrag-covid-19-impfstoffdokumente-ueber-positio-2021-05-26](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-26-mai-2021-bag-vertrag-covid-19-impfstoffdokumente-ueber-positio-2021-05-26)

FR: EDOEB empfehlung-vom-26-mai-2021-bag-vertrag-covid-19-impfstoffdokumente-ueber-positio-2021-05-26 du 26 mai 2021

IT: EDOEB empfehlung-vom-26-mai-2021-bag-vertrag-covid-19-impfstoffdokumente-ueber-positio-2021-05-26 del 26 maggio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Antragstellerin (Journalistin) hat am 7. Oktober 2020 per E-Mail und gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Gesundheit BAG um Zugang zu folgenden Dokumenten bzw. um die Beantwortung einer Frage ersucht: – "Alle Verträge, die seit Januar 2020 bis Stichtag heute, zwischen BAG und Moderna Therapeutics abgeschlossen wurden. – Mit welchen anderen Firmen hat das BAG / der Bund im Zusammenhang mit der Entwicklung oder Herstellung eines Corona-Impfstoffes bereits einen Vertrag abgeschlossen?"

### **E. 2**

Das BAG nahm mit E-Mail vom 8. Oktober 2020 Stellung. Es lehnte den Zugang zum Vertrag mit Moderna Therapeutics gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BGÖ (Positionen in laufenden und künftigen Verhandlungen) ab, womit es einen befristeten Ausschluss des Zugangs bis nach Abschluss der Impfstoffbeschaffung geltend machte. Im Hinblick auf den späteren Zugang, d.h. nach Abschluss aller Vertragsverhandlungen, wies es die Antragstellerin darauf hin, dass die übrigen Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes, insbesondere jene von Artikel 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Schutz von Berufs-, Geschäfts-, Fabrikationsgeheimnissen der Vertragspartnerin) vorbehalten blieben. Zudem bestätigte das BAG, dass zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches erst ein Impfstoffbeschaffungsvertrag, eben jener mit Moderna Therapeutics, abgeschlossen worden und der Bund mit weiteren potentiellen Vertragspartnern in Verhandlung stehe. Hierzu reichte die Antragstellerin keinen Schlichtungsantrag ein.

### **E. 3**

Bezugnehmend auf das vorerwähnte Zugangsgesuch ersuchte die Antragstellerin am

### **E. 8**

Mit E-Mail vom 12. April 2021 teilte der Beauftragte dem BAG – bezugnehmend auf diese zwei vorerwähnten Empfehlungen – mit, dass zum Zeitpunkt dieser Empfehlungen noch keine Impfstoffe verfügbar gewesen waren. In der Zwischenzeit seien mehrere Impfstoffe entwickelt, angeboten, geliefert und verimpft worden. Weiter habe die EU den Impfstoffvertrag mit Curevac und den Vertrag mit AstraZeneca teilweise offengelegt. Vor diesem Hintergrund ersuchte der Beauftragte das BAG darzulegen, inwiefern aufgrund der aktuellen Lage ein Aufschub im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ (Gefährdung der wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz) noch gerechtfertigt ist

bzw. ob das BAG nunmehr noch weitere Ausnahmebestimmungen geltend macht.

#### **E. 9**

Das BAG antwortete dem Beauftragten mit E-Mail vom 23. April 2021, es bestünde ein überwiegendes öffentliches Interesse, dass der Zugang zu den relevanten amtlichen Dokumenten gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ (Beeinträchtigung der aussenpolitischen oder der internationalen Beziehungen der Schweiz), Art. 7 Abs. 1 Bst. f und Art. 8 Abs. 4 BGÖ weiterhin aufgeschoben werde.

#### **E. 10**

Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und des BAG sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen. II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung: A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

#### **E. 11**

Die Antragstellerin reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAG ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde 3/6

formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

#### **E. 12**

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.1 Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben. B. Materielle Erwägungen

#### **E. 13**

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.2

#### **E. 14**

Das BAG teilte dem Beauftragten in seiner Stellungnahme vom 15. März 2021 mit, es halte am Aufschub des Zugangs zu den Impfstoffbeschaffungsverträgen bis nach Abschluss der Impfstoffbeschaffungen fest. Im vorliegenden Verfahren seien die Verträge mit Moderna Therapeutics, AstraZeneca und Pfizer/BioNTech betroffen. Zur Begründung des Zugangsaufschubs verwies es auf seine Stellungnahme zu den zwei Schlichtungsverfahren betreffend Impfstoffverträge sowie auf die entsprechenden Empfehlungen des Beauftragten vom 29. Oktober 2020 und vom 12. November 2020. Angesichts der nach wie vor bestehenden Knappheit der Impfstoffe sei die Wichtigkeit des Schutzes der wirtschaftlichen Interessen und der Verhandlungspositionen der Schweiz nach Überzeugung des BAG weiterhin wichtig, denn wie bekannt sei (siehe Medienmitteilung vom 3. Februar 2021),

verhandle der Bund derzeit z.B. mit Novavax den finalen Liefervertrag. Im Übrigen seien aufgrund der aufgetretenen weiteren Erschwernisse in der Beschaffung (Produktions- und Lieferschwierigkeiten) der Schutz der oben genannten Interessen zum heutigen Zeitpunkt sogar noch stärker geboten als im vergangenen Herbst. Solange die Coronavirus-Pandemie fortduere und der Bund gestützt auf Art. 44 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101) die Versorgung der Bevölkerung mit Covid-19- Impfstoffen sicherstellen müsse, bestünden deshalb überwiegende Gründe für eine Aufschiebung des Zugangs zu den Impfstoffbeschaffungsverträgen. Zudem erlaube das z.B. im Vergleich zur Europäischen Union kleine Beschaffungsvolumen und die damit verbundene geringe Verhandlungsmacht dem Bund nicht, vor Abschluss der andauernden Beschaffungsphase Zugang zu den Verträgen zu gewähren.

## **E. 15**

In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 23. April 2021 an den Beauftragten führte das BAG aus, angesichts der nach wie vor bestehenden Knappheit der Impfstoffe beschaffe der Bund nicht nur zusätzliche Mengen von bereits beschafften Impfstoffen<sup>4</sup>, sondern verhandle derzeit mit weiteren Herstellern bilateral, um zusätzlich deren Impfstoffe zu erhalten. Selbst wenn der Bund bereits hinreichend Impfstoffdosen beschafft habe, seien derzeit erst zwei Impfstoffe zugelassen. Im Übrigen sei bekannt, dass die Dauer des Impfschutzes unklar sei und dass diverse nach dem heutigen Wissensstand gefährlichere Mutationen des SARS-Cov-2 Virus

1 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. 2 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8. 3 BAG Medienmitteilung vom 3. Februar 2021, besucht am 25. Mai 2021. 4 BAG Medienmitteilung vom 3. Februar 2021 und BAG Medienmitteilung vom 10. März 2021, besucht am 25. Mai 2021.

4/6

auch in der Schweiz vorherrschten. Der Bund befinde sich daher einerseits in Abklärungen zur Beschaffung von Impfstoffdosen für das Jahr 2022. Andererseits würden die Impfstoffe bereits weiterentwickelt und auf die Mutationen angepasst. Entsprechend seien Verhandlungen mit bestehenden Vertragspartnern und weiteren Herstellern für zusätzliche Impfstoffdosen aufgenommen worden. Zu beachten sei zudem, dass die Impfstoffbeschaffung derzeit (noch) nicht normalen Marktregeln unterliege. Covid-19-Impfstoffe seien auf dem freien Markt nicht erhältlich, da Hersteller derzeit primär mit Staaten verhandeln. Um die Bevölkerung mit wirksamen Impfstoffen zu versorgen, sei der Bund daher gezwungen, sich nach wie vor aktiv mit der Beschaffung auseinanderzusetzen und sämtliche Handlungsoptionen auszuloten. Eine Veröffentlichung der Verträge würde die wirtschaftlichen Interessen und die Verhandlungspositionen der Schweiz aus den in der Stellungnahme vom 15. März 2021 genannten Gründen gefährden. Es bestünde ein überwiegendes öffentliches Interesse, dass der Zugang zu den relevanten amtlichen Dokumenten gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. f und Art. 8 Abs. 4 BGÖ weiterhin aufgeschoben werde. Andernfalls wäre die Position der Schweiz bei der Beschaffung von neuen Impfstoffdosen, Mehrmengen oder Boostern erschwert. Das Risiko, dass ein erheblicher Schaden eintrete, sei hoch. Für das bessere Verständnis der Beschaffungen der

Impfstoffe von AstraZeneca und CureVac legte das BAG dar, wie die jeweiligen Vertragswerke aufgebaut seien: Der Bund habe bei beiden Impfstoffen je zwei Verträge unterzeichnet, nämlich einen Kaufvertrag (Resell Agreement), in welchem Schweden dem Bund die durch die EU Kommission zugeteilten Dosen weiterverkaufe sowie einen tripartiten Vertrag zwischen der Herstellerin, Schweden und dem Bund betreffend Lieferung der Dosen an die Schweiz. Von der EU Kommission bereits veröffentlicht worden seien die zwischen ihr und den Impfstoffherstellern abgeschlossenen Kaufverträge (Advance Purchase Agreements), welche sowohl den Kauf als auch die Lieferung an die Mitgliedsstaaten regeln würden. Die vom Bund unterzeichneten Verträge (Resell Agreements und tripartite Verträge) würden zwar auf diesen Advance Purchase Agreements basieren, jedoch würden diese spezifische Fragen für Nichtmitgliedstaaten regeln, wie die Lieferung, Haftungsfragen beim Weiterverkauf und abweichende regulatorische Erfordernisse. Eine Offenlegung der mit Schweden abgeschlossenen Vereinbarungen würde aus den erwähnten Gründen nicht nur den Abschluss von weiteren tripartiten Verträgen mit Herstellern erschweren, sondern wäre auch mit Blick auf die aussenpolitischen Interessen der Schweiz problematisch. Das gute bilaterale Verhältnis zu Schweden als auch die Beziehungen zu anderen EFTA-Staaten, die von Schweden Impfdosen beziehen, würden mit der sofortigen Veröffentlichung gefährdet. Es besteht deshalb ein überwiegendes öffentliches Interesse, dass der Zugang zu den relevanten amtlichen Dokumenten auch gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ aufgeschoben werde.

#### **E. 16**

Der Beauftragte hat sich bereits im Herbst 2020 in zwei Empfehlungen<sup>5</sup> mit dem Zugang zu Impfstoffverträgen befasst. Zu Art. 8 Abs. 4 BGÖ hielt er fest, dass diese Bestimmung gemäss Rechtsprechung<sup>6</sup> auf abgeschlossene Verträge keine Anwendung findet. Er liess jedoch letztlich offen, ob aufgrund der geschilderten Umstände und des ausserordentlichen Charakters der Covid-Situation von einem "besonderen Fall" im Sinne der Marginalie von Art. 8 BGÖ ausgegangen werden kann und ob Abs. 4 dieser Bestimmung zu Recht angerufen wird. Dies, weil er der Auffassung war, dass im Herbst die Argumentation des BAG – vor einer Anrufung von Art. 8 BGÖ – die Anwendung einer Ausnahme nach Art. 7 dieses Gesetzes nahe legt. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die wirtschaftlichen-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz gefährdet sind. Wirtschaftliche Interessen der

5 Empfehlung EDÖB vom 29. Oktober 2020: BAG / Vertrag Covid-19-Impfstoff und Empfehlung EDÖB vom 12. November 2020: BAG / Vertrag Covid-19-Impfstoff. 6 Urteil des BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 6.4.

5/6

Schweiz sind vornehmlich dann berührt, wenn der Eidgenossenschaft Wettbewerbsnachteile drohen, mit anderen Worten, die Offenlegung von amtlichen Dokumenten ihr Wettbewerbsnachteile zufügen würde.<sup>7</sup> Diese Ausnahme soll gewährleisten, dass der Bund entsprechende Strategien ohne Druck von aussen erarbeiten kann. Die Lehre spricht sich für eine restriktive Anwendung der Ausnahmeregelung aus.<sup>8</sup> Bedeutsam ist zum einen, dass der Bund den Auftrag hat, die Schweizer Bevölkerung in ausreichenden Mengen von Impfstoffen gegen Covid-19 zu versorgen. Zum anderen besteht nach wie vor eine anhaltende Pandemie, in welcher, wie das BAG ausgeführt hat, die

Impfstoffbeschaffung derzeit (noch) nicht normalen Marktregeln unterliegt. Aufgrund der Ausführungen des BAG (siehe Ziffer 14 und 15) ist davon auszugehen, dass gegenwärtig – obwohl zwischenzeitlich global Impfstoffe verfügbar sind – für die Schweiz nach wie vor eine spezielle Beschaffungssituation besteht. Das BAG begründete die Interessen der Schweiz an einem weiteren ungestörten Verlauf der noch laufenden Verhandlungen in der Beschaffung von Covid-19-Impfstoffen in überzeugender Weise. Insbesondere zeigte es glaubhaft auf, dass die Offenlegung der verlangten Dokumente zum Zeitpunkt des noch immer laufenden Beschaffungsprozesses des Bundes die Verhandlungsposition der Eidgenossenschaft schwächen könnte. Die Schweiz hat bis anhin bereits grosse Mengen an Impfstoffen gekauft, es kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt und aufgrund der aktuellen weltweiten Beschaffungssituation dennoch nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass eine derzeitige Zugangsgewährung nicht die vom BAG vorgebrachten nachteiligen Folgen in Bezug auf die wirtschaftlichen Interessen der Schweiz hinsichtlich Impfstoffbeschaffung und -versorgung mit sich bringen könnten. Somit sind die wirtschaftlichen Interessen der Schweiz im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ betroffen. Nach Ansicht des Beauftragten hat das BAG in genügender Dichte nachgewiesen, dass die Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Interessen der Eidgenossenschaft im Falle einer Offenlegung der von der Antragstellerin verlangten Dokumente erheblich wären und ein ernsthaftes Risiko besteht, dass sie eintreten würden. Demzufolge ist die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ zum gegenwärtigen Zeitpunkt weiterhin anwendbar.

#### **E. 17**

Liegt ein Ausnahmetatbestand vor, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Interessen an der Geheimhaltung das Transparenzinteresse überwiegen oder ob gegebenenfalls, in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt. Demnach darf der Zugang nicht einfach verweigert werden, wenn ein verlangtes Dokument Informationen enthält, die nach dem Ausnahmekatalog von Art. 7 BGÖ nicht zugänglich sind. Vielmehr ist in diesem Fall ein eingeschränkter, das heisst teilweiser Zugang zu den Informationen im Dokument zu gewähren, welche nicht geheim zu halten sind, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.<sup>9</sup>

#### **E. 18**

Für die Beschaffung von Impfstoff sind Kredite für Hunderte von Millionen Franken bewilligt worden.<sup>10</sup> Es besteht zweifelsohne ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit an einer transparenten Verwendung dieser Steuergelder. Aufgrund der gegenwärtigen Beschaffungssituation ist für den Beauftragten allerdings nicht ersichtlich, in welcher Form eine Teilveröffentlichung der verlangten Dokumente möglich wäre, ohne die oben ausgeführte Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Schweiz zu bewirken. Allerdings erachtet der Beauftragte das Vorliegen des Ausnahmegrundes nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ als von vorübergehender Natur. Von einer zeitlichen Befristung des Zugangs geht auch das BAG aus.

<sup>7</sup> Vgl. dazu SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheitsgesetz IFG, § 3 Ziffer 6 IFG. <sup>8</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 39. <sup>9</sup> Urteil des BVerfG A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 3.3.2. <sup>10</sup> Medienmitteilung vom 11. November 2020: Coronavirus: Bundesrat erhöht den Kredit zur Beschaffung von Covid-19- Impfstoff, besucht am 25. Mai 2021.

Die Frage der Zugänglichkeit der Verträge wird insbesondere im Falle einer Änderung der weltweiten Beschaffungssituation von Impfstoffen erneut zu beurteilen sein.

**E. 19**

In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips kommt daher ein eingeschränkter Zugang durch einen zeitlichen Aufschub vorliegend in Frage. Demzufolge ist die vorübergehende Aufschiebung des Zugangs zu den Impfstoffverträgen durch das BAG zum gegenwärtigen Zeitpunkt rechtmässig und angemessen. Somit müssen die anderen Ausnahmegründe nicht geprüft werden. Nach Wegfall dieses Ausnahmegrundes ist erneut zu prüfen, ob Ausnahmegründe nach Öffentlichkeitsgesetz, wie etwa Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, dem Zugang zu den Impfstoffverträgen entgegenstehen. III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

**E. 20**

Das Bundesamt für Gesundheit schiebt den Zugang zu den von der Antragstellerin verlangten Dokumenten gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ auf. Sobald der Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ wegfällt, gewährt es den Zugang nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes, soweit erforderlich unter Anhörung von betroffenen Drittpersonen.

**E. 21**

Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Gesundheit den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).

**E. 22**

Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

**E. 23**

Das Bundesamt für Gesundheit erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

**E. 24**

Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

**E. 25**

Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R) X.

- Einschreiben mit Rückschein (R) Bundesamt für Gesundheit 3003 Bern

Adrian Lobsiger

Astrid Schwegler

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