



Bern, 23. November 2023

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes**

im Schlichtungsverfahren zwischen

1. A.____
2. B.____
3. C.____
4. D.____
5. E.____
6. F.____
7. G.____
8. H.____

(Antragstellende nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ)

und

Bundesamt für Gesundheit BAG

sowie

**Moderna Switzerland GmbH und ModernaTx. Inc.
(betroffene Drittpersonen),
vertreten durch
X.____**

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Die Antragstellenden (Anwalt, Journalist, Journalistin, Privatpersonen) haben an unterschiedlichen Daten in den Jahren 2021 und 2022 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Gesundheit BAG Zugang zu den Beschaffungsverträgen des Bundes betreffend Covid-19-Impfstoffe ersucht, die das BAG mit diversen Herstellern abgeschlossen hatte. Von ihren Zugangsgesuchen erfasst sind folgende 11 Vereinbarungen¹ der betroffenen Drittpersonen (nachfolgend Drittperson), welche das BAG angehört hat. Die Nummerierung richtet sich gemäss den Beilagen des BAG zur Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 und vom 14. November 2022 an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter):
 - Memorandum of Understanding 9.6.2020, Beilage 14
 - Agreement (5.8.2020), Beilage 15
 - First Amendment (4.12.2020), Beilage 16
 - Second Amendment (2.2.2021), Beilage 17
 - Purchase Contract No 1 (5.5.2021), Beilage 18
 - Purchase Contract No 2 (18.3.2022), Beilage 19
 - Parent Guarantee Agreement (5.8.2020), Beilage 20
 - Amended Parent Guarantee Agreement (4.12.2020), Beilage 21
 - Purchase Contract No 1 Parent Guarantee Agreement (5.5.2021), Beilage 22
 - Third Amendment (5.5.2021), Beilage 23
 - Fourth Amendment (18.3.2022), Beilage 24
2. Ein Antragsteller hat einzig den Zugang zu drei geschwärzten Stellen in der Tabelle des Dokumentes Exhibit A (S. 39) des Agreements vom 5.8.2020 verlangt.
3. Das BAG hatte in den Jahren 2021 und 2022 den Zugang zu den verlangten Dokumenten aufgeschoben gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BGÖ (Ausschluss des Zugangs zu Dokumenten für Positionen in laufenden und künftigen Verhandlungen), Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ (Beeinträchtigung der ausserpolitischen Interessen oder der internationalen Beziehungen der Schweiz) und Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ (Beeinträchtigung der Wirtschafts-, Geld- und Währungspolitik). Ausdrücklich vorbehalten hat das BAG die Einschwärzung von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) bei der nach Abschluss der Impfstoffbeschaffung vorgesehenen Offenlegung der Verträge.
4. 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.
5. 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 2022² erachtete das Gericht den Zugangsaufschub des BAG zu den Verträgen bis zumindest 30. Juni 2022 als gerechtfertigt.
6. Aus der Stellungnahme des BAG vom 14. Oktober 2022 und der dem Beauftragten zugestellten Dokumente des Anhörungsverfahrens vom 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, vorbehältlich von Anpassungen der Verträge bezüglich Lieferfristen und anderen Modalitäten."

¹ Beschaffungsverträge Covid-19-Impfstoffe (admin.ch), zuletzt besucht am 24.10.2023.

² Urteil des BVGer A-3858/2021 vom 21. April 2022.

7. Der Drittperson zeigte das BAG mit E-Mail vom 31. 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 8. April 2022. Gleichzeitig informierte das BAG, es plane aufgrund der Anzahl Gesuche und des politischen Interesses eine Publikation der teilweise eingeschwärzten Verträge aller Drittpersonen.
8. Mit Schreiben vom 10. Mai 2022 nahm die Drittperson durch ihre Rechtsvertreter Stellung, nachdem das BAG zweimal eine Fristerstreckung gewährt hatte. Sie war mit der beabsichtigten Zugangsgewährung des BAG nicht einverstanden und berief sich auf folgende Ausnahmebestimmungen: Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ und Art. 9 BGÖ.
9. 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 Gestuchstellenden 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." Die Drittperson markierte ihre Einschwärzungsanträge rot. Anhand dieser so vorgenommenen Einschwärzungen markierte das BAG die Textstellen in gelb, bei welchen es das Geheimhaltungsinteresse der Drittperson als ungenügend nachgewiesen erachtete. Bei den übrigen Stellen, die rot eingezeichnet sind und keine Bemerkungen enthalten, teilte es der Drittperson mit, an diesen bestehe nach Ansicht des BAG ein legitimes Geheimhaltungsinteresse der Drittperson. Zudem hielt es 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"). Dann wies das BAG weiter jene Stellen in den Verträgen aus, welche es entgegen den Anträgen der Drittperson nicht übernommen hatte. Es teilte der Drittperson mit, dass sie, sofern Differenzen zu der von ihr beim BAG eingereichten Version bestehen würden und sie an den Einschwärzungen festhalten sollte, bis spätestens am 7. Juni 2022 zusätzliche, nachvollziehbare Begründungen zu liefern habe, weshalb die fragliche Passage entgegen der Einschätzung des BAG nicht offengelegt werden soll (Beilage 65; s. Ziff. 1).
10. Mit E-Mail vom 7. Juni 2022 antwortete die Drittperson dem BAG, sie sei mit den vorgeschlagenen Änderungen einverstanden (Beilage 66, s. Ziff. 1).
11. Mit Schreiben vom 28. Juni 2022 an die Drittperson schloss das BAG das Anhörungsverfahren ab. Darin bezog es sich auf seinen Einschwärzungsvorschlag vom 25. Mai 2022 und verwies auf die beigelegten Vereinbarungen, welche es teilweise geschwärzt zu veröffentlichen beabsichtigt. Zur erleichterten Prüfung stellte es zusätzlich eine nachvollziehbare bzw. lediglich markierte Version zu. Gleichzeitig wies es die Drittperson auf die Möglichkeit hin, einen Schlichtungsantrag beim Beauftragten stellen zu können. Zudem informierte es erneut, dass es aufgrund der Vielzahl an Gestuchstellenden und des grossen öffentlichen Interesses beabsichtige, diese Dokumente auf der Website des BAG zu veröffentlichen (Beilage 67, s. Ziff. 1).
12. 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."
13. Anfangs August 2022 informierte das BAG alle bisherigen Zugangsgesuchstellenden, so auch vorliegend sechs Antragstellende, 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,

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

weshalb diese Ausnahmebestimmungen erfüllt sind, erfolgte nicht. Hingegen enthielt dieses Schreiben eine Rechtsmittelbelehrung, wonach ein Schlichtungsantrag beim Beauftragten eingereicht werden könne. Dieselbe Information erhielt ein weiterer Antragsteller am 29. September 2022 und ein anderer am 2. März 2023.

14. Beim Beauftragten sind in der Folge zu den 27 veröffentlichten Vereinbarungen, die sechs Unternehmen betreffen, insgesamt zehn Schlichtungsanträge eingegangen, wobei die Antragstellenden dazu je unterschiedlich Zugang verlangt haben.
15. Ein Antragsteller beantragte Folgendes: "Es seien die Akten des Anhörungsverfahrens von Amtes wegen beim Gesuchsgegner zu edieren." Dazu hielt das BAG in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 fest, dass beim BAG kein Zugangsgesuch zu den Verfahrensdokumenten im Rahmen der Anhörung eingegangen sei und daher diese Dokumente nicht Gegenstand des Schlichtungsverfahrens seien.
16. 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."
17. Mit Schreiben vom 18. August 2022, 6. Oktober 2022 und 9. März 2023 bestätigte der Beauftragte den Antragstellenden den Eingang ihrer Schlichtungsanträge.
18. Mit E-Mail vom 31. August 2022 zeigte der Beauftragte dem BAG den Eingang von Schlichtungsanträgen an und forderte es auf, die verlangten Dokumente und bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Weitere Eingänge von Schlichtungsanträgen wurde dem BAG mit E-Mail vom 6. Oktober 2022 bzw. 9. März 2023 angezeigt.
19. Am 21. September 2022 ersuchte das BAG um eine Fristerstreckung. Der Beauftragte gewährte dem BAG eine solche gleichentags bis zum 14. Oktober 2022.
20. Am 26. September 2022 ersuchten die Rechtsvertreter der Drittperson um die Teilnahme an diesem Schlichtungsverfahren und um die Zustellung der Schlichtungsanträge. Der Beauftragte stellt fest, dass die Drittperson keinen Schlichtungsantrag nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ gestellt hat. Sie wurde vom BAG als betroffene Drittperson im Anhörungsverfahren bereits angehört und war mit der beabsichtigten Aufschaltung der Verträge gemäss Einschwärvungsvorschlag des BAG einverstanden.⁴ Das BAG hält im Schlichtungsverfahren an sämtlichen Einschwärvungen fest.
21. Am 14. Oktober 2022 stellt das BAG dem Beauftragten 26 Vereinbarungen, Verfahrensakten (insgesamt 42 Beilagen) sowie seine Stellungnahme zu.
22. Das BAG erklärte vorweg in seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 zu den Einschwärvungen 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

⁴ Empfehlung EDÖB vom 24. August.2023: GS-VBS / Administrativuntersuchungsbericht, Ziff. 16.

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."

23. 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.
24. Die verlangten Dokumente und einen Begleitbrief stellte das BAG dem Beauftragten am 14. November 2022 zu.
25. Insgesamt wurden dem Beauftragten gemäss Beilagenverzeichnis des BAG 73 Beilagen zugestellt.
26. 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.
27. 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

28. 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).
29. Beim Beauftragten sind zu den 27 veröffentlichten Vereinbarungen, die sechs Unternehmen betreffen, insgesamt zehn Schlichtungsanträge eingegangen, wobei die Antragstellenden unterschiedlich dazu Zugang verlangt haben. Zu den Vereinbarungen der Drittperson sind neun 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 acht Antragstellende.

30. 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.
31. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.⁵ Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.
32. 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.⁶ 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.⁷

B. Materielle Erwägungen

33. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.⁸
34. Einleitend ist zu bemerken, dass sich der Beauftragte bisher in seinen Empfehlungen zu den Impfstoffverträgen materiell nicht zur Frage der Einschwärmungen geäussert hat, da einzig die Frage offenstand, ob das BAG die Bearbeitung der Zugangsgesuche aufschieben konnte (s. Ziff. 4 f.).
35. Vorliegend ist materiell zu prüfen, ob die Interessen an der Geheimhaltung der eingeschwärmten Passagen in den Verträgen der Drittperson das Transparenzinteresse überwiegen bzw. ob die vom BAG bzw. von der Drittperson geltend gemachten Ausnahmegründe gegeben sind.
36. 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.
37. 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.
38. 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

⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

⁶ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 26.

⁷ Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 3 f.

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

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 beweislasterbeschwerten 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.⁹ Weiter hat der Beauftragte im Schlichtungsverfahren den Grundsatz der Vertraulichkeit zu wahren.¹⁰ Dies bedeutet, dass er den Verfahrensbeteiligten keine Dokumente zustellt. Schliesslich ist zu bedenken, dass das Schlichtungsverfahren ein Mediationsverfahren ist.¹¹ Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ist auf eine Schlichtung, die mit einer unverbindlichen Empfehlung im Falle einer Nichteinigung abschliesst, faktisch nicht anwendbar.¹² So hat denn auch das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass das VwVG und das dort vorgesehene Akteneinsichtsrecht in diesem Stadium des Verfahrens nicht zur Anwendung gelangt.¹³ Ein Schlichtungsverfahren soll nach dem Willen des Gesetzgebers möglichst wenig formalisiert und "verrechtlicht" sein und unterscheidet sich folglich vom Verwaltungsverfahren im klassischen Sinn. So würde denn ein Schriftenwechsel in diesem Verfahrensstadium der Verfahrensvereinfachung und dem Beschleunigungsgebot entgegenstehen, abgesehen davon, dass wiederum grundsätzlich ein Anhörungsverfahren nach Art. 11 BGÖ durchzuführen wäre, da in diesen Verfahrensdokumenten auch allfällige Informationen enthalten sein können, zu welchen Gesuchstellende bereits im laufenden Schlichtungsverfahren Einsicht erwirken wollen und an denen Dritte ein Geheimhaltungsinteresse haben. Demzufolge besteht kein Anspruch auf Zugang zu den verlangten Akten des laufenden Schlichtungsverfahrens.

39. Zum Antrag der Rechtsvertreter der Drittperson um die Teilnahme am vorliegenden Schlichtungsverfahren und um die Zustellung der Schlichtungsanträge 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 Rechtsmittelbelehrung abgeschlossen. Vorliegend hat sich die betroffene Dritte mit dem BAG über den Einschwärvungsvorschlag 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 eingereicht. 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.¹⁴ In diesem Schlichtungsverfahren hält das BAG an sämtlichen Einschwärvungen fest. Die vorliegende 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).¹⁵ Es bestand daher kein Anspruch am Schlichtungsverfahren teilzunehmen.
40. Das BAG nannte bei der Vorabinformation gegenüber den Antragstellenden zwar als Grund bei den Einschwärvungen 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 Webseite¹⁶ 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 Einschwärvungen aller Verträge zusammenfassend wie folgt:

⁹ BBI 2003 2002 und 2019; HÄNER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 10, Rz 6; Urteil des BVerfG A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 E. 4.1.

¹⁰ GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 14.

¹¹ Urteil des BVerfG A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3.2.

¹² GUY-ECABERT, in: Handkommentar BGÖ, Art. 13, Rz 47.

¹³ Urteil des BVerfG A-3649/2014 vom 25. Januar 2016 E. 3.2.1; Urteil des BVerfG A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3.

¹⁴ Empfehlung EDÖB vom 24. August 2023: GS-VBS Administrativuntersuchungsbericht, Ziff. 16.

¹⁵ Vgl. Urteil des BVerfG A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 4.1.3.1 ff.

¹⁶ Beschaffungsverträge Covid-19-Impfstoffe (admin.ch), zuletzt besucht am 24.10.2023.

"Nach Abschluss der Verhandlungen mit den Herstellern und teils entgegen deren Hauptanträge hat das BAG am 3. August 2022 durch Veröffentlichung auf seiner Website Zugang zu den Verträgen zur Beschaffung von Covid-19-Impfstoffen gewährt. Die dabei vorgenommenen Schwärzungen sind nach Auffassung des BAG aus Gründen des Geschäftsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und Persönlichkeitsschutzes (Art. 9 BGÖ) sowie zum Schutz der aussenpolitischen Interessen und der internationalen Beziehungen (Art. 7 Abs. 1 Bst. f [recte d] BGÖ) 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)^[17], Botschaft zur Staatsrechnung 2021 vom 30. März 2022 (siehe S. 138).^[18] 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."

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

¹⁷ <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/71886.pdf>, zuletzt besucht am 24.10.2023.

¹⁸ 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.

¹⁹ https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en#documents, zuletzt besucht am 24.10.2023.

Die EU habe in ihren APA gewisse Aspekte zugänglich gemacht, aber andere wiederum geschwärzt. "Das BAG hat keine Kenntnisse davon, wie die Schwärzungen im Einzelnen begründet wurden."

42. 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 aktiven Information erfolgt sind noch im Rahmen eines Zugangs nach ausländischen Transparenzgesetzen. Bereits deshalb seien diese irrelevant für die vorliegende Beurteilung.
43. Der Beauftragte stimmt dem BAG zu, wonach derartige Veröffentlichungen für die Beurteilung der Zugangsgesuche vorliegend nicht bedeutsam sind. Allerdings sind Offenlegungen aufgrund von ausländischen Transparenzgesetzen, so z. B. von US-Verträgen zu beachten, da sie öffentlich sind.²⁰ Weitere öffentlich zugängliche Informationen wie bspw. der Europäischen Arzneimittelagentur sind ebenfalls nicht einzuschwärzen. Ob solche vorliegen, hat das BAG als Fachbehörde²¹ abzuklären, wobei eine entsprechende Prüfung aufgrund der besonderen Komplexität vom Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt sein kann.
44. Hingegen kann das BAG aus den Einschwärzungen der EU-APA keine Rechtfertigung für die Einschwärzungen der Verträge in der Schweiz ableiten, zumal zu den EU-Verträgen Rechtsverfahren hängig sind²² und die Europäische Staatsanwaltschaft eine Untersuchung zur Beschaffung der Covid-19-Impfstoffe in der EU durchführt.²³ Massgebend für die Beurteilung der vorliegenden Gesuche ist zudem, wie das Bundesverwaltungsgericht in zwei Urteilen²⁴ festgehalten hat, nicht die Rechtslage und die hierzu entwickelte Praxis anderer Länder, sondern einzig die Schweizer Gesetzgebung und Rechtsprechung.
45. Die Drittperson berief sich im Anhörungsverfahren nach Art. 11 BGÖ auf folgende Ausnahmegründe: Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ und auf Art. 9 Abs. 1 BGÖ.
46. Während die überwiegende Mehrheit der Antragstellenden sich nicht konkret zu den vorgenommenen Einschwärzungen des BAG geäußert hat, was nach Öffentlichkeitsgesetz auch nicht erforderlich ist, erklärte ein Antragsteller, dass er "[a]ls steuerzahlender und von der Pandemie mitbetroffener Bürger [...] ein namhaftes schutzwürdiges Interesse an der Offenlegung der geschwärzten Textpassagen [habe], dies um sich (a) über die Geheimhaltungspraktiken des Bundesrates resp. des BAG, (b) über die finanziellen Auswirkungen der Impflieferungen auf den Schweizer Steuerzahler, (c) die haftungsrechtlichen Abwälzungen von finanziellen Haftungsrisiken von den Lieferanten auf die Käuferin (Schweizerische Eidgenossenschaft) resp. auf die Allgemeinheit und (d) über die damit verbundenen finanziellen und rechtlichen Konsequenzen informieren zu können. Genau diese wichtigen und informativen Passagen über Preise und (Haftungs-) Konditionen wurden nun aber geschwärzt. Mithin wurde alles Relevante geschwärzt [...]".
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).
48. Angesichts der Tatsache, dass das Datenschutzgesetz während des vorliegenden Schlichtungsverfahrens in Kraft getreten ist, ist vorab zu klären, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung gelangt: Der Gesetzgeber hat keine Übergangsbestimmungen für das Zugangs- und Schlichtungsverfahren nach dem Öffentlichkeitsgesetz erlassen. Das 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

²⁰ Comparison of US COVID-19 Contracts, zuletzt besucht am 24.10.2023.

²¹ Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

²² Klage gegen EU-Kommission wegen Intransparenz bei Impfstoffverträgen (aerzteblatt.de), besucht am 24.10.2023.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ Urteil des BVGer A-516/2022 vom 12. September 2023 E. 8.2.2 m.w.H.

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

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 derer 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
50. Das BAG hat Namen, Kontaktdaten sowie Unterschriften der betroffenen Drittperson eingeschwärzt.
51. Personendaten der Entscheidungsträger der öffentlichen Verwaltung hat es teilweise nicht eingeschwärzt. Soweit solche eingeschwärzt wurden, wie in Vertrag Beilage 15, S. 31 und 33 und im Vertrag Beilage 20, S. 6, sind diese Personendaten gemäss der Rechtsprechung offenzulegen.
52. *Zwischenfazit: Die Anonymisierung der Personendaten ist grundsätzlich recht- und verhältnismässig. Einzelne Einschwärzungen der Personendaten der Entscheidungsträger der öffentlichen Verwaltung der Schweiz sind offenzulegen.*

Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ

53. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ gilt eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip, wenn durch die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. Solches trifft nicht nur im Hinblick auf die rein nationalen Interessen zu, sondern, mit Blick auf die internationalen Beziehungen der Schweiz, auch auf Informationen, die mit anderen Staaten ausgetauscht werden bzw. von diesen stammen und an denen gegebenenfalls diese ausländischen Staaten ein Geheimhaltungsinteresse haben können. Bei diesen gesetzlichen Tatbestandselementen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die den Behörden zwangsläufig einen grossen Interpretationsspielraum belassen, was aufgrund der heiklen Zusammenhänge vom Gesetzgeber durchaus so gewollt ist. Die aussenpolitischen Interessen der Schweiz können beeinträchtigt sein, wenn ein anderer Staat zu veröffentlichende Daten zum Nachteil der Schweiz ausnützen könnte. Insbesondere sollen durch eine allfällige Publikation von Informationen die aktuellen und künftigen Verhandlungspositionen der Schweiz nicht geschwächt werden. Analoges gilt, wenn sich durch die Veröffentlichung bestimmter Daten die Beziehungen zu anderen Staaten oder internationalen Organisationen verschlechtern könnten. Für bestimmte heikle Informationen setzt eine Veröffentlichung aufgrund diplomatischer Usancen die ausdrückliche Einwilligung des betroffenen anderen Staates voraus. Schliesslich muss die befürchtete Beeinträchtigung bei Offenlegung der Daten erheblich sein und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintritt bestehen. Diese Gefahr setzt voraus, dass sich der Nachteil nach dem üblichen Lauf der Dinge und mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt. Nach der Rechtsprechung²⁸ liegt es in der Natur von Entscheiden politischen und insbesondere aussenpolitischen Gehalts, dass sie der justiziellen Kontrolle nur bedingt zugänglich sind, da sie gerade nicht allein auf rechtlichen, sondern zu einem grossen Teil auf politischen Kriterien

²⁶ BGE 142 II 324 E. 3.3.

²⁷ Empfehlung EDÖB vom 12. März.2020: EDA / E-Mail-Verkehr, Ziff. 20; Urteil des BVerger A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 6.5.4; BJ Notiz "Herausgabe von Personendaten von Bundesangestellten gestützt auf das BGÖ vom 20.12.2022", zuletzt besucht am 24.10.2023.

²⁸ Urteil des BVerger 1C_462/2018 vom 17. April 2019 E. 5.2 ff.

beruhen. Die gerichtlichen Instanzen üben bei der Überprüfung der politischen Opportunität des Entscheids eine gewisse Zurückhaltung, sofern der Entscheid insgesamt zumindest nachvollziehbar und sachlich ist. Die Exekutivbehörden müssen ihren Beurteilungsspielraum pflichtgemäss nutzen.

54. Auch wenn der zu prüfende Sachverhalt eine wesentliche aussenpolitische Komponente aufweist, und damit eine gewisse Zurückhaltung in der Überprüfung einhergeht, entbindet dies das BAG nicht davon, konkret darzulegen, inwiefern die aussenpolitischen Interessen der Schweiz bzw. die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können. Es ist dem BAG bisher nicht gelungen, plausibel darzulegen, inwiefern diese Ausnahmebestimmung konkret erfüllt sein soll, zumal in allen betroffenen Ländern Transparenzgesetze bestehen. Auch ist ein Zugangsgesuch zu Dokumenten der EU-Kommission möglich.²⁹ Schliesslich ist auch für das BAG nicht ersichtlich, wie die Schwärzungen im EU-APA im Einzelnen begründet wurden (s. Ziff. 41). Letztlich verweist der Beauftragte auf seine Ausführungen in Ziffer 44.

55. *Zwischenfazit: Der vom BAG geltend gemachte Ausnahmegrund nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ ist bis anhin nicht genügend begründet und damit nicht erfüllt.*

Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ

56. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten dann eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn Informationen vermittelt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat. Diese Ausnahmeregelung findet gemäss Rechtsprechung³⁰ Anwendung, wenn folgende drei Anforderungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst müssen die Informationen von einer Privatperson, nicht aber von einer Behörde mitgeteilt worden sein. Sodann müssen die betreffenden Informationen von sich aus, das heisst nicht im Rahmen einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung abgegeben worden sein, und schliesslich muss die Verwaltung die Zusicherung der Vertraulichkeit auf ausdrückliches Verlangen des Informanten hin erteilt haben. Nach einem Teil der Lehre kann nach Öffentlichkeitsgesetz nicht die zugesicherte Vertraulichkeit als Geschäftsgeheimnis gelten, da allein der Inhalt der fraglichen Information dafür massgebend ist, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Dieser ist nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zu prüfen (s. Ziff. 60 ff).³¹ Die Vereinbarung der Vertraulichkeit allein erfüllt den Tatbestand nicht. Der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten steht nicht zur Disposition informationspflichtiger Behörden und Dritter. Vielmehr muss zur getroffenen Vereinbarung ein objektives Geheimhaltungsinteresse hinzutreten, da ansonsten das Öffentlichkeitsprinzip seines Sinnes entleert würde. Vertraulichkeitsabreden dienen in erster Linie dem Schutz von Informationen Dritter, auf welche die Behörde für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe angewiesen ist, wie etwa bei der Korruptionsbekämpfung.³²

57. Von einer freiwillig mitgeteilten Information der angehörten Drittperson an das BAG kann keine Rede sein, da diese die Informationen dem BAG im Rahmen einer vertraglichen Verpflichtung bekanntgegeben hat, weshalb bereits ein nach der Rechtsprechung erforderliches Tatbestandselement fehlt. Damit erübrigt es sich zu prüfen, ob die weiteren kumulativen Voraussetzungen dieser Ausnahmebestimmung erfüllt sind und zudem ein objektives Geheimhaltungsinteresse bestehen würde.

58. *Zwischenfazit: Das Vorliegen des Ausnahmegrundes nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ ist zu verneinen. Das BAG hat sich zu Recht nicht auf diese Ausnahmeregelung berufen.*

Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ

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

²⁹ Zugang zu Dokumenten der Kommission | EU-Kommission (europa.eu), zuletzt besucht am 24.10.2023.

³⁰ Urteil des BGer 1C_500/2020 vom 11. März 2021 E. 3.2; Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 7.3.

³¹ TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnis nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in: sui-generis 2019, S. 215-226 N 12 ff. und N 27.

³² Vgl. dazu SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 3 Rz 323 f.

halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).³³

60. Vom Geheimnisbegriff werden jedoch nicht alle Geschäftsinformationen erfasst, sondern nur die wesentlichen Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken und dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil und damit ein Schaden zugefügt wird. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter können insbesondere Informationen fallen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen.³⁴ Nach einem Teil der Lehre ist der Preis als Resultat der Preiskalkulation von der Kalkulation zu unterscheiden: "Die Preiskalkulation ist ein Vorgang und der Preis ist das Resultat dieses Vorgangs."³⁵ Mit anderen Worten ist der Entscheidungsfindungsprozess nicht gleichzusetzen mit dem Entscheid.
61. Entscheidend ist, ob der Zugang zu diesen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben kann, oder mit anderen Worten, ob diese Informationen bei einer Zugänglichmachung an Dritte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.³⁶ Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa zusätzliche Arbeit oder unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein (Schadensrisiko).³⁷ Von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse kann dann nicht gesprochen werden, wenn die privaten Interessen im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.³⁸
62. In gleicher Weise zu behandeln sind die Fabrikationsgeheimnisse. Sie betreffen insbesondere die technische Seite einer Produktion, also das Wissen, welches eine Anleitung zum technischen Handeln enthält, d.h. Kenntnisse, welche bei der Herstellung von Produkten verwendet werden und am veräusserten Produkt nicht erkennbar und somit geheimnisfähig sind. Dazu gehören beispielsweise Informationen über Fabrikations-, Produktions- oder Konstruktionsverfahren und -anleitungen, Forschungsergebnisse, Herstellungs- und Konstruktionspläne oder Bezugsquellen.³⁹
63. Sind Geschäftsgeheimnisse nicht offensichtlich, ist eine Begründung für jedes Dokument bzw. jede Passage erforderlich, wobei auch Kategorien gebildet werden können. Dabei ist so vorzugehen, dass ohne grossen Aufwand nachvollzogen werden kann, welche Begründung für welche Passage pro Dokument gilt. Sofern die Marktzulassung behördlich kontrolliert und die Materie komplex ist, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes⁴⁰ eine erhöhte Begründungsdichte zu verlangen. In diesem Zusammenhang ist zudem entscheidend zu berücksichtigen, dass die Verwirklichung eines Ausnahmegrunds letztlich für die Zugangsgesuchstellenden nachvollziehbar dargelegt werden muss.⁴¹ Aus der Stellungnahme (Art. 12 Abs. 4 BGÖ), auch aus einer summarischen, müssen sie nicht nur erkennen können, welche Ausnahmenorm angerufen wird, sondern auch welche Gründe erwogen wurden, die privaten Interessen an der Geheimhaltung höher zu gewichten als das Transparenzinteresse.
64. Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der Geheimnisherr. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis um ein privates Interesse handelt, hat der Geheimnisherr der Behörde konkret und detailliert darzulegen, weshalb es sich um wesentliche Informationen handelt, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken könnte und dazu führen würde, dass ein Wettbewerbsnachteil entstünde und damit ein Schaden zugefügt würde. Die für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zuständige Behörde

³³ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3.

³⁴ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.

³⁵ TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnis nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in: sui-generis 2019, S. 215-226 N 24 ff.

³⁶ Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.

³⁷ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 4.

³⁸ Vgl. dazu SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 Rz 96 ff.

³⁹ Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

⁴⁰ Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.3 und 5; Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.4.2.

⁴¹ Empfehlung EDÖB vom 9. Juni 2020: Swissmedic / Protokoll Human Medicines Expert Committee (HMEC), Ziff. 30.

hat im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die vom Geheimnisherr geltend gemachten Geheimnisse vorliegen, wobei die allgemeine Aussage eines Unternehmens, dass dies der Fall sei, nicht ausreicht. Auch darf die Behörde sich nicht bloss der Stellungnahme des Unternehmens anschliessen, sondern muss vielmehr selbstständig einschätzen, ob ein berechtigtes Interesse am Schutz der Geschäftsinformationen besteht.⁴² Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.⁴³ Schliesslich ist das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten: Erweist sich eine Beschränkung als gerechtfertigt, soll die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.⁴⁴

65. Das BAG strukturiert in seiner Stellungnahme an den Beauftragten die vorgenommenen Einschwärfungen nach thematischen Schwerpunkten, die seiner Aussage nach in den verschiedenen Beschaffungsverträgen aller Hersteller enthalten sind. Nachdem es sich allgemein zu den Geschäftsgeheimnissen und dem Schutz der Personendaten äussert, begründet das BAG Geschäftsgeheimnisse spezifisch aufgrund nachfolgender Kategorien:
- Preis und Zahlungsinformationen
 - Haftung
 - Schadloshaltung
 - Lieferkonditionen
 - Gerichtsstand und anwendbares Recht
 - regulatorische Bedingungen
 - geschwärtzte Passagen in den oben nicht angeführten Sachbereichen bzw. Vertragsbestandteilen.
66. Das BAG benennt die eingeschwärtzten Passagen je betroffener Vertragsbestandteile jedes Vertrages und gibt die zu vergleichenden geschwärtzten Stellen im entsprechenden EU-APA an. Diese Verträge wurden wie diejenigen in der Schweiz teilgeschwärtzt von den zuständigen Behörden öffentlich aufgeschaltet.⁴⁵ Abschliessend zu jeder Kategorie erklärt das BAG, die vorgenommenen Einschwärfungen würden den Einschwärfungen der EU entsprechen.
67. Hinsichtlich des Verweises auf die Einschwärfungen der EU wird auf die vorangehende Ziffer 44 verwiesen, wonach für die Beurteilung der allenfalls einzuschwärtzenden Informationen einzig die Gesetzgebung und Rechtsprechung der Schweiz massgeblich ist. In Bezug auf die Kriterien von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ pflichtet der Beauftragte dem BAG bei, dass bei den als Geschäftsgeheimnis aufgelisteten Passagen die relative Unbekanntheit der verlangten Informationen und der subjektive Geheimhaltungswille der betroffenen Drittperson bestehen. Vorbehalten bleiben allenfalls bereits veröffentlichte Informationen (s. Ziff. 43). Diese sind von der Fachbehörde⁴⁶ zu prüfen, wobei eine solche Prüfung aufgrund der besonderen Komplexität vom Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt sein kann. Das BAG hat gegenüber den Antragstellenden nicht begründet, weshalb Geschäftsgeheimnisse vorliegen. Im Anhörungsverfahren hat es sich mit der Drittperson über die Einschwärfungen geeinigt und damit im vorliegenden Schlichtungsverfahren die Begründungspflicht übernommen.⁴⁷ Zu den in den EU-Verträgen übernommenen Einschwärfungen erklärte das BAG im Schlichtungsverfahren, es habe keine Kenntnisse, wie diese im Einzelnen begründet wurden. Aufgrund der dem Beauftragten vorliegenden Informationen bleibt zu prüfen, ob ein objektives Geheimhaltungsinteresse vorliegt bzw. ob das BAG dieses mit genügender Begründungsdichte dargelegt hat.

Preis und Zahlungsinformationen

68. Das BAG stellt die vom Aspekt "Preis und Zahlungsinformationen" betroffenen eingeschwärtzten Passagen der Verträge tabellarisch dar und begründet diese wie folgt: Der Aspekt "Preis und Zahlungsinformationen" umfasse die Angaben zum Preis pro Impfdose oder für die Gesamtheit aller Impfdosen, zum Zahlungsplan (einschliesslich allfälliger Reservations- und Vorauszahlungen), zur Währung und zu weiteren Zahlungsmodalitäten. Sämtliche Hersteller hätten geltend ge-

⁴² Urteil des BVGer A-6/2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2; Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.3 und 5; Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.4.2.

⁴³ Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

⁴⁴ Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2.

⁴⁵ https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en#documents, zuletzt besucht am 24.10.2023.

⁴⁶ Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

⁴⁷ Urteil des BVGer A-3215/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 7.4.6; BGE 142 II 340 E. 4.6.8.

macht, dass bei einer Bekanntgabe der entsprechenden Passagen in den Vertragsdokumenten Geschäftsgeheimnisse offenbart würden. "Zur Begründung wird unter anderem angeführt, diese Preis- und Zahlungsinformationen hätten einen betriebswirtschaftlichen Charakter und liessen Rückschlüsse auf die Geschäftsstrategie und die Kalkulationsbasis zu. Eine Kenntnisnahme durch die Konkurrenz oder durch potentielle Käufer würde die Verhandlungsposition des betreffenden Herstellers schwächen. Auch wären die Offenlegungen von Vorteil für die Konkurrenzunternehmen, da sie bei ihrem eigenen Angebot einen Wissensvorsprung hätten und die entsprechenden Informationen nutzen würden, um sich Vorteile für den Vertrieb ihrer eigenen Produkte zu verschaffen."

69. Einleitend zur Begründung des objektiven Geheimhaltungsinteresses legt das BAG Folgendes dar: "Die Entwicklung und Herstellung von Pandemieimpfstoffen als auch deren Adaption an neue Virusvarianten erfolgte und erfolgt nicht unter normalen Marktbedingungen, sondern zeichnet sich unter Pandemiebedingungen durch einen enormen Zeitdruck, einen äusserst hohen Mitteleinsatz sowie den Umgang mit zahlreichen Unsicherheiten aus. Die betreffende aussergewöhnliche Wettbewerbssituation führt auch zu einem Technologiewettbewerb, der massgebende Markt und der Markteintritt ist unter verschiedenen Herstellern entsprechend hart umkämpft und führt auch dazu, dass die Hersteller bis heute ausschliesslich mit Staaten Beschaffungsverträge abschliessen. Die Beschaffungsverträge, die in der Folge durch Amendments meist nur punktuell modifiziert wurden, wurden zudem zu einem Zeitpunkt verhandelt und unterzeichnet, in denen das Entwicklungs- und Produktionsrisiko hoch bzw. schwierig einschätzbar waren. Kommt hinzu, dass wirkungsvolle und sichere Impfstoffe der neusten Generation, unter anderem der neuen mRNA-Technologie, erst seit kurzem vorliegen und in den Markt eingeführt werden konnten. Diesen Impfstoffen wird ein grosses Potential nicht nur bezüglich Sars-CoV-2, sondern auch bezüglich anderer Erreger sowie auch in zusätzlichen und langfristig relevanten und nicht zuletzt auch kommerziell interessanten Indikationsgebieten, wie in der Onkologie, zugesprochen^[...]. Zahlreiche Unternehmen arbeiten an der Entwicklung und Herstellung von mRNA-basierten Arzneimitteln oder anderen Impfstoffen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Zusammenhang mit Sars-CoV-2-Impfstoffen von keiner üblichen Wettbewerbs- und Marktsituation wie z.B. bei erprobten Konsumgütern oder üblicherweise verfügbaren Dienstleistungen ausgegangen werden kann, sondern auf globaler Ebene eine aussergewöhnliche Wettbewerbs- und Marktsituation andauert, insbesondere, weil die mRNA-Technologie den Beginn einer ganz neuen Klasse von Arzneimitteln darstellt."
70. Weiter hält das BAG zu den Auswirkungen auf die Preiskalkulation und -gestaltung sowie den Zahlungsmodalitäten fest: "Die Preiskalkulation und -gestaltung widerspiegelt in der Pandemiesituation deshalb nicht nur wie üblich die Geschäfts- und Kommerzialisierungsstrategie der Hersteller, sondern vielmehr auch die zahlreichen Ungewissheiten insbesondere bezüglich Entwicklung und Produktion, werden doch die Impfstoffe nach wie vor weiterentwickelt, z.B. in klinischen Studien, und an die sich verändernde Pandemiesituation angepasst. Zudem erfolgen bezüglich der Sicherstellung hinreichender Produktionskapazitäten von staatlicher Seite teilweise und sich unterscheidende Anreiz- und Unterstützungsinstrumente, welche die Preiskalkulation ebenso beeinflussen."
71. Zudem erläutert das BAG zu den Zahlungsinformationen in den angeführten Vertragsbestimmungen, dass "z. B. auch der Umfang und die Modalitäten der geleisteten Reservations- und Vorauszahlungen betreffend die Sicherung der entsprechenden Produktionskapazitäten [gehören]. Darüber hinaus gab es in einzelnen Verträgen Zahlungen in Abstimmung mit der Erreichung von Meilensteinen des Zulassungsverfahrens (z. B. Einreichung des Gesuches) bzw. auch Rückzahlungsbedingungen. In den Verhandlungen wurde deutlich, dass hier die Hersteller basierend auf ihren Strategien differierende Ansätze z.B. in der Anrechenbarkeit der Reservations- und Vorauszahlungen verfolgen. Auch beim Umgang mit dem Währungsrisiko und insbesondere der Frage, in welcher Währung die Impfstoffe zu bezahlen sind und wie eine allfällige Umrechnung in Schweizerfranken erfolgt, machten die Hersteller Geschäftsgeheimnisse geltend. Dies, weil der Umgang mit dem Wechselkurs aufgrund ihrer jeweils (globalen) Strategie und der grossen Verkaufsmengen durchaus erfolgsrelevant ist."
72. Auch erklärt das BAG: "Werden die entsprechenden Klauseln in den Verträgen und deren Ausformulierung bekannt, erlauben diese, Käufern und Konkurrenzunternehmen Rückschlüsse auf

die Kompetenzen und auf die gewährten Konditionen eines Herstellers zu ziehen sowie dessen Entwicklungs- und Vermarktungsstrategie zu kennen. So können Konkurrenzunternehmen ihre angebotenen Konditionen optimieren und das Produkt besser im Markt positionieren, wodurch ein Wettbewerbsvorteil resultiert. Dies führt unweigerlich zu Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil der betroffenen Hersteller. Eine Wettbewerbsverzerrung zum wirtschaftlichen Nachteil des Herstellers besteht aufgrund der Offenlegung der Preise und Zahlungsinformationen auch vonseiten potentieller Käufer, können diese ihre Verhandlungsstrategie doch anhand dieser bekannt gewordenen Angaben ausrichten. So kann ein Käufer den betreffenden Hersteller zur Offerte ebenso vorteilhafter Konditionen insbesondere bezüglich Zahlungsmodalitäten auffordern, wie sie aus einem offengelegten Schweizer Vertrag bekannt würden; es wäre dem Hersteller damit faktisch nicht mehr möglich, für ihn vorteilhaftere Konditionen in neuen Vertragsverhandlungen erfolgreich durchzusetzen. Würden diese Strategien über die weltweit erstmalige Offenlegung von Preis und Zahlungsinformationen aus den Schweizer Vertragsdokumenten bekannt, ist ein mithin ernsthaftes und konkretes durch Wettbewerbsverzerrungen hervorgerufenen Risiko wirtschaftlicher Schäden eines jeden Herstellers zu bejahen. Angesichts der bekannten sehr hohen Beträge, die für die Beschaffung von Impfstoffen bereitgestellt wurden und weiterhin müssen [sic], wird klar, dass den Herstellern ein Schaden in beträchtlicher Höhe droht. Das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller weist sich für das BAG somit als berechtigt, und in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGO sind die betreffenden oben angeführten Passagen der Vertragsunterlagen zu schwärzen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die EU bei der Publikation der Verträge die Bestimmungen zum Preis und zu Zahlungsinformationen gleichermassen geschwärzt hat. Die vom BAG vorgenommenen Schwärzungen stehen damit im Einklang mit der Praxis der EU."

73. Zulassungsverfahren für Arzneimittel dienen dem Schutz der Gesundheit und der Qualitätssicherung. Es soll sichergestellt werden, dass nur qualitativ hochstehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden (Art. 1 Bundesgesetz über Arzneimittel und Minimalprodukte, Heilmittelgesetz; HMG; SR 812.21).⁴⁸ Ein Arzneimittel kann in der Schweiz erst nach Erhalt der Zulassung (Verfügung) von Swissmedic auf den Markt gebracht werden. Zulässig sind auch befristete Zulassungen, wie sie (noch teilweise) bei den Covid-19-Impfstoffen vorliegen.⁴⁹ Entsprechende Informationen wie Zulassung, Fach- und Patienteninformationen sind für die Zugangsgesuchstellenden sowie andere Personen öffentlich zugänglich.⁵⁰ Mit der Zulassung eines Arzneimittels erlangen Unternehmen einen erheblichen Wettbewerbsvorteil, der sich in finanzieller Hinsicht positiv auf den geschäftlichen Erfolg auswirkt. Ohne die behördliche Zulassung von Swissmedic wäre eine Geschäftstätigkeit in der Schweiz in Bezug auf das Arzneimittel nicht erlaubt.⁵¹ Somit verkauft die Drittperson ihre zugelassenen Produkte mit einer staatlich erteilten Zulassung nach den Vorgaben der schweizerischen Gesetzgebung, d.h. in einem staatlich kontrollierten Markt.⁵²
74. Beschaffungen, die mit Steuergeldern finanziert werden, unterliegen grundsätzlich dem Öffentlichkeitsprinzip. Es wäre mit dem Sinn und Zweck des erwähnten Prinzips nicht vereinbar, wenn allein der bezahlte Preis nicht öffentlich zugänglich sein soll, während gleichzeitig bekannt ist, welche Impfstoffe der Bund von wem gekauft hat. Demnach ist der Preis an sich kein Geschäftsgeheimnis.⁵³
75. Die Begründung des BAG lässt nicht erkennen, worin genau eine Wettbewerbsverzerrung bei der Offenlegung des Preises sowie der Zahlungsinformationen aller 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

⁴⁸ Urteil des BGER 1C_137/2016 vom 27. Juni 2016 E. 4.6.3.

⁴⁹ Swissmedic Befristete Zulassung Arzneimittel, zuletzt besucht am 24.10.2023.

⁵⁰ <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zi-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.

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.

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 nicht wirksam ist. Ergänzend ist zu bemerken, dass die staatliche Beschaffung von Impfstoffen für die Covid-Krise abgeschlossen ist (s. Ziff. 6). 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 miterfasst 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 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

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

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 BGÖ sind die betreffenden Passagen zu schwärzen. Im Übrigen hat auch die EU bei der Offenlegung der Verträge diese Aspekte gleichermassen geschwärzt. Die Praxis der Schweiz ist daher mit jener der EU vergleichbar."

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 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. 6). 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 der Haftung 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 Arzneimitteln oder anderen Impfstoffen zur Bekämpfung von Sars-CoV-2 arbeiteten, könnten Konkurrenzunternehmen die entsprechenden Informationen zur Haftungsregelung dazu benutzen, um sich Vorteile für den Vertrieb ihrer eigenen Produkte zu verschaffen. Dies führt zu einer Auswirkung auf das Geschäftsergebnis und zu Marktverzerrungen, da laufende oder künftige Vertragsverhandlungen 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 Haftungsregelungen individuell ausgearbeitet, was das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller plausibel begründet. Sind diese Informationen allgemein bekannt, ist davon auszugehen, dass die Konkurrenzunternehmen im Wissen darum ihre Haftungsregeln optimieren und den Käufern weitergehende Zusicherungen machen und folglich einen direkten Wettbewerbsvorteil erzielen. Schliesslich können andere Käufer vom Hersteller entsprechende Haftungsbedingungen fordern, was es dem Hersteller verunmöglicht, seine Konditionen in weiteren Vertragsverhandlungen durchzusetzen. Würden also die Haftungsregeln und die damit verbundenen Informationen offengelegt, ist davon auszugehen, dass für jeden Hersteller ein ernsthaftes und konkretes Risiko wirtschaftlicher Schäden besteht. Das Geheimhaltungsinteresse der Hersteller in Bezug auf die Haftungsregeln erweist sich für das BAG somit als berechtigt, und in Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sind die betreffenden Passagen zu schwärzen. Im Übrigen hat auch die EU bei der Offenlegung der Verträge diese Aspekte gleichermaßen geschwärzt. Das Vorgehen des BAG ist daher mit jenem der EU vergleichbar."

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 Übernahme sich der Bund allenfalls gestützt auf Art. 70 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragener Krankheiten (Epidemiegesetz, EpG; SR 818.101) bereit erklärt habe. Neben der Bezeichnung der massgebenden Kosten seien zudem sämtliche Vereinbarungen zu Ausnahmen, zu 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, welches 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 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 bes-

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

sere 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 Konditionen bieten, indem zum Beispiel andere Ausnahmeregelungen oder Verfahrensabreden getroffen werden. Die Schadloshaltung ist für die Hersteller von Covid-19-Impfstoffen jeweils eine zentrale Bedingung, um überhaupt zu einem Vertragsabschluss zu gelangen. Auch die EU hat bei der Offenlegung der Verträge diesen Aspekt gleichermaßen geschwärzt. Das Vorgehen des BAG ist daher mit jenem der EU vergleichbar."
87. Art. 70 EpG ist keine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ⁵⁶, 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).
88. 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. 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 Marktsituation 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 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 Haf-

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.

tung 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. 6). 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 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 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 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 angerufene 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. 6). Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Darlegungen in den Ziffern 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. 6). Im Übrigen verweist der Beauftragte auf seine Darlegungen in den Ziffern 67 und 73 ff. Ergänzend ist anzumerken, dass die Drittperson, wie andere Impfstoffhersteller auch, 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 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 definitiven Zulassungen der Impfstoffe der Drittperson⁵⁹ hat das BAG als Fachbehörde⁶⁰ in

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.

⁵⁹ <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/stand-zl-bekaempfung-covid-19.html>, zuletzt besucht am 24.10.2023.

⁶⁰ Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 29. August 2023 E. 10.2.

seiner Einschätzung, allenfalls in Zusammenarbeit mit Swissmedic, zu prüfen, ob ein Aufschiebungsgrund für einzelne bisher nicht öffentlich zugängliche Informationen zwischenzeitlich entfallen ist. Unter den vom BAG aufgelisteten Punkten 7, 7.1 bis 7.5 des Vertrages Beilage 15 sind im Übrigen keine Informationen ersichtlich, die ein Geschäftsgeheimnis darstellen sollten. Bei der Tabelle 1 auf S. 39 (Exhibit A) sind teilweise Informationen bereits öffentlich zugänglich gemacht worden (so etwa durch die EMA), weshalb der Zugang zu bereits veröffentlichten Informationen zu gewähren ist.

Andere geschwärzte Passagen in den oben nicht aufgeführten Sachbereichen bzw. Vertragsbestandteilen

98. 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 Einschwürzungen 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 Verträge 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 Verträge 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).

106. Die Empfehlung wird eröffnet:

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

Einschreiben mit Rückschein (AR)
Moderna Switzerland GmbH und ModernaTX, Inc. (teilweise anonymisiert),
vertreten durch
X.____

- Einschreiben mit Rückschein (AR)
Antragstellende A.____ – H.____ (teilweise anonymisiert)

Adrian Lobsiger
Der Beauftragte

Astrid Schwegler
Stv. Leiterin Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip