



Bern, 29. Oktober 2020

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X.
(Antragsteller)**

und

Bundesamt für Gesundheit BAG

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Journalist) hat am 14. August 2020 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Bundesamt für Gesundheit BAG um Zugang zu folgenden Dokumenten ersucht:
 - Vertrag mit Y.____ (inkl. allfälliger Beilagen)
 - Sämtliche damit in Zusammenhang stehende Korrespondenz (E-Mail-, Postkorrespondenz) zwischen dem Unternehmen Y.____ und dem BAG (bzw. anderer Bundesstellen).
2. Am 24. September 2020 nahm das BAG Stellung und verweigerte den Zugang gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BGÖ. Nach dieser Bestimmung bestehe kein Zugang zu Dokumenten in laufenden und künftigen Verhandlungen. Im vorliegenden Fall seien davon alle Dokumente im Zusammenhang mit den aktuellen und künftigen Vertragsverhandlungen zur Beschaffung der Covid-19-Impfstoffen erfasst, insbesondere auch das verlangte Vertragsdokument und die dazugehörige Korrespondenz. Im Hinblick auf einen allfälligen Zugang zu einem späteren Zeitpunkt, d.h. nach Abschluss aller Vertragsverhandlungen, blieben die übrigen Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes, insbesondere jene von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Schutz von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis), vorbehalten.
3. Am 1. Oktober 2020 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Er teilte mit, er könne die Argumentation des BAG gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BGÖ nicht nachvollziehen, da es sich bei den zur Diskussion stehenden Dokumenten um abgeschlossene Verhandlungen, mithin einen abgeschlossenen Vertrag handle. Zudem habe der Bund gemäss Medienmitteilung vom 7. August 2020¹ einen Kredit von 300 Millionen Franken beschlossen. Allein aus der Relevanz dieser Thematik (Covid-19-Impfstoff) sowie der finanziellen Grössenordnung gehe auch das öffentliche Interesse an den Dokumenten hervor.

¹ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-80005.html> (besucht am 28. Oktober 2020).



4. Am 5. Oktober 2020 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das BAG dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
5. Am 15. Oktober 2020 reichte das BAG die betroffenen Dokumente ein. In Ergänzung zu seiner summarischen Begründung an den Antragsteller verwies es auf seine ergänzende Stellungnahme vom 12. Oktober 2020 an den Beauftragten zu einem Schlichtungsverfahren, in welchem ebenso Zugang zum vom Antragsteller verlangten Vertrag ersucht wurde.
6. Am 22. Oktober 2020 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher die Parteien sich nicht einigen konnten.
7. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des BAG sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

8. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAG ein. Dieses verweigerte den Zugang bzw. schob den Zugang zu den verlangten Dokumenten auf. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
9. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

10. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.³
11. Dem Antragsteller wurde durch das BAG der Zugang zu den verlangten Dokumenten verweigert bzw. der Zugang aufgeschoben. Das BAG stützte sich dabei auf Art. 8 Abs. 4 BGÖ. Es erklärte, diese Ausnahmerebestimmung diene dem Schutz der Positionen der Verwaltung im Rahmen von Vertragsverhandlungen aller Art. Im vorliegenden Fall seien alle Dokumente im Zusammenhang mit den aktuellen und künftigen Vertragsverhandlungen zur Beschaffung von Covid-19-Impfstoffen erfasst, insbesondere das verlangte Vertragsdokument und die dazugehörige Korrespondenz. Der Bund stehe nicht nur mit dem vom Zugangsgesuch betroffenen Unternehmen in Verhandlung, sondern verhandle parallel auch mit weiteren potentiellen Vertragspartnern, weil die Impfdosen, über welche der Vertrag mit dem betroffenen

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.

³ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.



Unternehmen abgeschlossen wurde, nicht ausreiche, um den Schweizer Bedarf zu decken und nach wie vor nicht absehbar sei, ob und welcher Impfstoff wann verfügbar sei. Da die Schweiz zusätzliche Covid-19-Impfstoffe beschaffen müsse, seien weitere Verträge der gleichen Art abzuschliessen. Da der Vertragsgegenstand (Covid-19-Impfstoff) bei allen Verträgen identisch sei, seien auch die Vertragsverhandlungen und die einzelnen Positionen und zentralen Vertragsteile im Rahmen aller Verhandlungen vergleichbar. Die Offenlegung der verlangten Dokumente oder Teile davon zum jetzigen Zeitpunkt würde die Verhandlungsposition des Bundes gegenüber potentiellen Vertragspartnern ungebührlich schwächen und zielführende Vertragsverhandlungen massiv gefährden, wenn nicht sogar verunmöglichen. Einer Offenlegung des Vertrages entgegen stehe auch der Umstand, dass zahlreiche andere Staaten ebenfalls in Verhandlungen mit weiteren Impfstoffherstellerinnen stünden. Es bestünde die Gefahr, dass andere Staaten in Kenntnis der Verhandlungsposition bzw. des Verhandlungsergebnisses der Eidgenossenschaft den Impfstoffherstellerinnen grössere Zusicherungen machen und so die Position der Eidgenossenschaft schwächen würden.

12. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 12. Oktober 2020 an den Beauftragten (siehe oben Ziffer 5) führte das BAG aus, es habe gemäss Art. 44 des Bundesgesetzes zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiegesetz, EpG; SR 818.101) den Auftrag, die Versorgung der Bevölkerung mit den wichtigsten zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten geeigneten Hilfsmitteln sicherzustellen. Im Beschaffungsprozess setze der Bund auf ein diversifiziertes Vorgehen und beabsichtige nicht mit einer einzelnen, sondern mit mehreren Impfstoffherstellern Reservations- und Kaufverträge mit Covid-19-Impfstoffen abzuschliessen. Die Dringlichkeit über einen Impfstoff zu verfügen, habe zu einem weltweiten Forschungs- und Entwicklungs-Wettlauf geführt, in welchem sich nicht nur die Herstellerinnen in Konkurrenz stünden, sondern auch zwischen den beschaffenden Staaten bestünde ein Wettbewerb um die vielversprechendsten Impfstoffkandidaten. Die erfolgreiche Beschaffung, also von Dosen verschiedener Technologieplattformen und in hinreichender Zahl, sei von eminentem öffentlichem Interesse für die Schweiz. Dabei stünde der Schutz von Gesundheit und Leben, die öffentliche Ordnung und Sicherheit sowie staatliche finanzielle Interessen im Mittelpunkt. Alle einzelnen Verträge zusammen würden lediglich Elemente der Beschaffungsstrategie darstellen. Das zeige sich auch dadurch, dass die Eidgenossenschaft für die gesamten Impfstoffverhandlungen über ein globales Budget von 300 Millionen Franken verfüge und nicht für jeden einzelnen Vertrag ein spezifisches Budget vorgesehen sei.
13. Nach Art. 8 Abs. 4 BGÖ sind amtliche Dokumente über Positionen in laufenden oder künftigen Verhandlungen in keinem Fall zugänglich. Der Grund für eine solche Ausnahme erklärt sich dadurch, dass keine Verhandlung wirkungsvoll geführt werden kann, wenn eine Partei von Anfang an dazu gezwungen würde, ihre Karten auf den Tisch zu legen. Es soll der verhandelnden Behörde der nötige Verhandlungsspielraum eingeräumt, und es sollen der anderen Partei nicht bereits – über das Zugangsrecht – die Verhandlungsinhalte, die Nebenumstände und die Verhandlungsspielräume enthüllt werden. Gemäss Botschaft des Bundesrates müssen die künftigen Verhandlungen indessen in einer kurzen oder doch zumindest absehbaren Frist bevorstehen. Eine bloss vage Möglichkeit, dass eine Information irgendwann einmal innerhalb eines Verhandlungsprozesses relevant sein könnte, kann ihre Geheimhaltung nicht rechtfertigen.⁴ Die Klarstellung verdeutlicht, dass das Gesetz – und der Grundsatz des Zugangsrechts – aufgrund dieser Bestimmung nicht seines Inhalts entleert werden darf, zumal sehr streng genommen, jede Information eines Tages eine Position in einer

⁴ BBl 2003 2015.



(künftigen, hypothetischen) Verhandlung begründen könnte, weshalb sich eine restriktive Auslegung rechtfertigt.⁵

14. Zunächst muss der Beauftragte der Argumentation des BAG entgegenhalten, dass diese Bestimmung gemäss Rechtsprechung⁶ auf abgeschlossene Verträge keine Anwendung findet. Dennoch ist einzuräumen, dass das BAG glaubhaft aufgezeigt hat, dass die verlangten Dokumente aufgrund der speziellen Beschaffungssituation in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit noch laufenden und künftigen Vertragsverhandlungen mit andern Impfstoffherstellerinnen stehen, die als Gesamtprozess verstanden werden könnten. Letztlich lässt der Beauftragte offen, ob aufgrund der geschilderten Umstände und des ausserordentlichen Charakters der Covid-Situation von einem «besonderen Fall» im Sinne der Marginalie von Art. 8 BGÖ ausgegangen werden kann und ob Abs. 4 dieser Bestimmung zu Recht angerufen wird. Dies, weil er der Auffassung ist, dass die Argumentation des BAG vor einer Anrufung von Art. 8 BGÖ die Anwendung einer Ausnahme nach Art. 7 dieses Gesetzes nahe legt.
15. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die wirtschaftlichen-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz gefährdet sind. Wirtschaftliche Interessen der Schweiz sind vornehmlich dann berührt, wenn der Eidgenossenschaft Wettbewerbsnachteile drohen, mit anderen Worten, die Offenlegung von amtlichen Dokumenten ihr Wettbewerbsnachteile zufügen würde.⁷ Diese Ausnahme soll gewährleisten, dass der Bund entsprechende Strategien ohne Druck von aussen erarbeiten kann. Die Lehre spricht sich für eine restriktive Anwendung der Ausnahmereglung aus.⁸
16. Bedeutsam ist zum einen die anhaltende nationale und internationale Pandemie und zum anderen der Auftrag des Bundes, für die Schweizer Bevölkerung ausreichende Mengen von Impfstoffen gegen Covid-19 zu beschaffen. Zurzeit sind noch keine Impfstoffe verfügbar. Die Pharmaindustrie steht gegenwärtig in einem globalen Wettlauf, solche Stoffe zu entwickeln und zur Produktionsreife zu führen. Die Schweiz befindet sich in einem Wettbewerbsverhältnis mit vielen anderen Ländern, die sich vorab vertraglich Impfstoffe sichern wollen, obwohl noch unsicher ist, welche Impfstoffe welcher Hersteller sich zu gegebener Zeit durchsetzen und der Bevölkerung zur Verfügung gestellt werden können.
17. Vor diesem Hintergrund begründete das BAG die Interessen der Schweiz an einem ungestörten Verlauf der noch laufenden Verhandlungen in der Beschaffung von Covid-19-Impfstoffen in überzeugender Weise. Insbesondere zeigte es glaubhaft auf, dass die Offenlegung der verlangten Dokumente zum Zeitpunkt des noch laufenden diversifizierenden Beschaffungsprozesses des Bundes die Verhandlungsposition der Eidgenossenschaft schwächen würde. Demnach drohen der Schweiz durch die Offenlegung der verlangten Dokumente in dieser ausserordentlichen Konstellation *Wettbewerbsnachteile* im Bereich der öffentlichen Gesundheit, für welchen der Bund einen Versorgungsauftrag hat. Somit sind die wirtschaftlichen Interessen der Schweiz im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ betroffen. Nach Ansicht des Beauftragten hat das BAG in genügender Dichte nachgewiesen, dass die Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Interessen der Eidgenossenschaft im Falle einer Offenlegung der vom Antragsteller verlangten Dokumente erheblich wären und ein ernsthaftes

⁵ MAHON/GOHIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8 Abs. 4, Rz 45 ff.

⁶ Urteil BVGer A-306/2015 vom 28. Dezember 2015 E. 6.4.

⁷ Vgl. dazu SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheitsgesetz IFG, § 3 Ziffer 6 IFG.

⁸ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz 39.



Risiko besteht, dass sie eintreten würden. Demzufolge ist die Ausnahmenorm von Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ anwendbar.

18. Allerdings ist das Vorliegen des Ausnahmegrundes nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ nach Ansicht des Beauftragten nur vorübergehender Natur. Von einer zeitlich befristeten Zugangsverweigerung geht auch das BAG aus, da es im Hinblick auf einen allfälligen Zugang zu einem späteren Zeitpunkt – d.h. nach Abschluss aller Vertragsverhandlungen bei der Beschaffung von Covid-19 Impfstoffen – die übrigen Ausnahmenormen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ, insbesondere Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zu prüfen sich vorbehalten hat.

III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

19. Das Bundesamt für Gesundheit schiebt den Zugang zu den vom Antragsteller verlangten Dokumenten gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ auf. Sobald die Beschaffung zum Covid-19-Impfstoff abgeschlossen ist, gewährt es den Zugang nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes, soweit erforderlich, unter Anhörung von betroffenen Drittpersonen.
20. Das BAG erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
21. 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).
22. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGO).
23. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X.
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Bundesamt für Gesundheit
3003 Bern

Adrian Lobsiger