



Bern, 5. März 2021

**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. Mit Beschluss des Bundesrates vom 20. März 2020 wurde die Armeepothke (AApot) mit der Beschaffung von wichtigen medizinischen Gütern für das Gesundheitswesen beauftragt, um in der Covid-19-Pandemie drohende Versorgungslücken zu vermeiden. Basierend auf dem vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) hinsichtlich Art, Menge und Lieferdauer definierten Bedarf an wichtigen medizinischen Gütern bewilligten Bundesrat und Parlament die entsprechend notwendigen Kredite. Gemäss dem Beschaffungsbericht des VBS vom 3. Dezember 2020 wurde der Kreditrahmen anhand beobachteter Preise berechnet, die sich im oberen Quartil der bisherigen Marktpreise bewegten (Kalkulationspreis). Zur Erfüllung des Auftrags erhielt die Armeepothke einen ersten Kredit von CHF 350 Mio. für eine Versorgungssicherheit von 60 Tagen. Ein weiterer Kredit von rund CHF 2'100 Mio. sollte eine Versorgungssicherheit für weitere 120 Tage gewährleisten.<sup>1</sup>
2. Der Antragsteller (Rechtsanwalt) hat am 18. Dezember 2020 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim BAG folgendes Zugangsgesuch gestellt: "Im Beschaffungsbericht des VBS steht hierzu lediglich, dass die Kalkulationspreise anhand beobachteter Preise vom BAG berechnet wurden, die sich im oberen Quartil bewegten. Im Sinne von Art. 3 VBGÖ würde es mich interessieren, ob es amtliche Dokumente gibt, welche die Grundlagen bzw. Berechnungen der Kalkulationspreise darlegen und ob Sie diese Dokumente bereits zugänglich gemacht haben? Sofern amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ bestehen, wäre ich Ihnen verbunden, wenn Sie die betreffenden Dokumente (eingeschränkt auf das Thema der persönlichen Schutzausrüstung) zu wissenschaftlichen Zwecken mit mir teilen könnten."
3. Am 5. Januar 2021 teilte das BAG dem Antragsteller mit, dass es die Frist zur Beantwortung des Zugangsgesuches bis zum 31. Januar 2021 verlängere.
4. Am 18. Januar 2021 nahm das BAG zum Gesuch Stellung. Ergänzend zu den Informationen im Beschaffungsbericht des VBS teilte das BAG dem Antragsteller mit, dass es "den Bedarf festlegt [hat] (Produkt und Menge); die für die Bestimmung des Kreditrahmens notwendigen

---

<sup>1</sup> Taskforce Beschaffungskoordination Corona VBS, Beschaffungsbericht vom 3. Dezember 2020 (zit. Beschaffungsbericht VBS), Bern, S. 3 und 8 bis 10, (erhältlich unter: [Bericht - Beschaffungsbericht wichtiger medizinischer Güter COVID-19 \(admin.ch\)](#)).



Kalkulationspreise wurden mündlich anlässlich von Sitzungen, an denen VBS- und BAG-Vertreter teilnahmen, gestützt auf die damals bekannten Marktpreise, gemeinsam festgelegt." Das Amt führte weiter aus, dass die Kalkulationspreise in den beiden Tabellen des Beschaffungsberichts VBS (S. 10/11) ersichtlich seien. "Dabei wurde selbstverständlich eine Marge eingerechnet, da die künftige Preisentwicklung nicht voraussehbar war, aber damals als tendenziell steigend eingeschätzt werden musste. So wurden beispielsweise für die FFP2- und FFP3-Masken ein Kalkulationspreis von CHF 10.-- festgelegt; der damalige Marktpreis bewegte sich zwischen ca. CHF 6.-- bis 8.--. Über die publizierten Tabellen hinaus sind keine amtlichen Dokumente zur Festlegung der Kalkulationspreise im BAG vorhanden".

5. Am 2. Februar 2021 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Darin hielt er insbesondere fest, dass er "[...] die Glaubwürdigkeit und die Ernsthaftigkeit der Behauptung der Nichtexistenz amtlicher Dokumente [bezweifelt]", da es seines Erachtens "schlicht unmöglich [ist], dass für einen Beschaffungsauftrag in der Höhe von insgesamt CHF 2452'800'000.00 kein einziges amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 1 sowie Abs. 2 BGÖ besteht". Er wies schliesslich darauf hin, dass "[d]er Verweis auf 'damals bekannte Marktpreise' des BAG [...] im Übrigen fehlt [geht]", da "es [...] sich mitnichten um Märkte mit bekannten Marktpreisen [handelt], die einen öffentlichen Index oder Kurs haben, welcher für [den Antragsteller] an einem Handelsplatz einsehbar wäre".
6. Mit Schreiben vom 5. Februar 2021 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und informierte ihn darüber, dass angesichts der angespannten epidemiologischen Lage und aus Gründen der öffentlichen Gesundheit auf die Durchführung von Schlichtungssitzungen verzichtet werde, er im Rahmen des schriftlich geführten Schlichtungsverfahrens jedoch Gelegenheit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme erhalte (Art. 12 Abs. 2 VBGÖ). Gleichentags forderte der Beauftragte das BAG dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine ausführliche und detailliert begründete Stellungnahme einzureichen.
7. Am 5. Februar 2021 nahm der Beauftragte telefonisch Kontakt mit dem BAG auf und erkundigte sich nach dem Vorhandensein weiterer Dokumente, die vom Gesuch des Antragstellers erfasst seien. Während dieses Gesprächs sicherte das BAG dem Beauftragten zu, es werde nochmals prüfen, ob es im Besitz allfälliger Dokumente sei.
8. Mit E-Mail vom 10. Februar 2021 teilte der Antragsteller dem Beauftragten mit, er verzichte auf die Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme und verwies auf seinen Schlichtungsantrag vom 2. Februar 2021.
9. Am 15. Februar 2021 reichte das BAG eine ergänzende Stellungnahme ein, in der es darlegte, weshalb es in der Sache keine Dokumente gebe. Die Behörde erklärte u.a., dass "[a]ufgrund der zeitlichen Dringlichkeit, der weltweit eingeschränkten Verfügbarkeit und des damit verbundenen Konkurrenzdrucks, bzw. des massiven Nachfrageüberhangs [...] Beschaffungen wichtiger medizinischer Güter in der besonderen, bzw. ausserordentlichen Lage oft direkt über bestehende und/oder kurzfristig geschaffene Beziehungen zu Produzenten und Lieferanten [erfolgten]. Dabei stand vorab die zeitnahe Beschaffung wichtiger medizinischer Güter in einer unmittelbar drohenden Mangelsituation im Vordergrund, wogegen die Dokumentation (und damit die lückenlose Erstellung amtlicher Dokumente) all dieser Abläufe zumindest teilweise in den Hintergrund treten musste." Das BAG wies darauf hin, dass namentlich mündliche Verhandlungen und Absprachen aus Zeit- und Ressourcengründen nicht lückenlos hätten dokumentiert werden können. Im Weiteren führte es aus, dass zur Beantragung der notwendigen Kredite die Kalkulationspreise für die Berechnung des Kreditrahmens festgesetzt



werden mussten. Die Kalkulationspreise seien gestützt auf die damaligen Marktpreise geschätzt und festgelegt worden. Zur Festsetzung des Kalkulationspreises, so das BAG, hätten sich die Beteiligten teilweise mehrmals täglich mündlich am Telefon, an spontanen Treffen oder an Sitzungen ausgetauscht. Weiter betonte das BAG in seiner Stellungnahme, dass "[a]us heutiger Sicht [...] nicht ausser Acht gelassen werden [darf], dass im betreffenden Zeitraum eine weltweite Krise begann und die Situation entsprechend hektisch, der Bedarf an Schutzmaterial höchst dringlich und die Nachfrage weltweit extrem hoch war. Schnelles und effizientes Handeln war notwendig, um die Kredite zu beantragen und die Beschaffungen eiligst voranzutreiben. Dies alles geschah unter extremem Zeitdruck. Unter solch schwierigen Bedingungen ergab sich ein im Vergleich zu anderen Zeiten etwas anderer Handlungsablauf." Daher gebe es aufgrund der oben genannten Elemente ausser den publizierten Tabellen keine weiteren amtlichen Dokumente über die Darlegung der Kalkulationspreise. Im Sinne der Transparenz und der Aufarbeitung der speziellen Beschaffungen von wichtigen medizinischen Gütern durch die Armeeapotheke im Rahmen von Covid-19, so das BAG weiter, sei der Bericht über Beschaffungen wichtiger medizinischer Güter am 3. Dezember 2020 veröffentlicht worden. Dieser nehme Bezug auf die seit März 2020 in den verschiedenen Zeitabschnitten herrschende Gesundheitslage sowie auf die Situierung des Marktes mit stark schwankenden Marktpreisen für die Beschaffung von medizinischem Schutzmaterial und lege die einzelnen Beschaffungen umfassend und transparent dar, analog dem Zuschlagspublikationen im Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz ([www.simap.ch](http://www.simap.ch)).

10. 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**

11. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim BAG ein und erhielt eine abschlägige Antwort. 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).
12. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>2</sup> 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**

13. Nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ hat der Beauftragte im Rahmen des Schlichtungsverfahrens abzuklären, ob die Behörde das Zugangsgesuch rechtmässig und angemessen bearbeitet hat. Gemäss Art. 12b VBGÖ sind die Beteiligten zur Mitwirkung am Schlichtungsverfahren verpflichtet. Behörden und Private haben dabei gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft nach Treu und Glauben zu handeln. Die Behörde muss dem Beauftragten die erforderlichen Dokumente zustellen und die Begründung ihrer

---

<sup>2</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.



Stellungnahme wenn nötig ergänzen (Art. 12b Abs. 1 Bst. a und b VBGÖ). Zweck dieser Bestimmung ist es, dass der Beauftragte in den Besitz der erforderlichen Informationen und Dokumente gelangt, die er für die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens benötigt, insbesondere zur Prüfung der Existenz von amtlichen Dokumenten oder des Bestehens von Ausnahmegründen nach Art. 7 BGÖ.

14. Das BAG teilte dem Antragsteller mit, dass über die im Beschaffungsbericht des VBS publizierten Tabellen hinaus keine amtlichen Dokumente zur Festlegung der Kalkulationspreise vorhanden sind. Der Antragsteller äussert in seinem Schlichtungsantrag Zweifel an der Glaubwürdigkeit und der Ernsthaftigkeit der "Behauptung der Nichtexistenz amtlicher Dokumente" (Ziffer 5). In der ergänzenden Stellungnahme vom 15 Februar 2021 an den Beauftragten erläutert das BAG die ausserordentlichen Umstände der Beschaffungen vom 21. März und 4. April 2020 sowie das Vorgehen bei der Festlegung der Kalkulationspreise und legt die Gründe für die Nichtexistenz von amtlichen Dokumenten dar.
15. Gemäss Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen oder von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Ein amtliches Dokument ist gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Bst. a), sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (Bst. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Bst. c). Aus der Voraussetzung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ ergibt sich, dass das Dokument überhaupt existieren muss. Dies bedeutet e contrario, dass das Öffentlichkeitsprinzip nicht bezweckt, die Verwaltung zur Erstellung eines noch nicht existierenden Dokuments zu verpflichten.<sup>3</sup>
16. Stellt eine Behörde die Nichtexistenz eines Dokumentes fest und bezweifelt der Antragsteller diese Auskunft, so kann sich gemäss Botschaft des Öffentlichkeitsgesetzes<sup>4</sup> – aufgenommen durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>5</sup> – der Beauftragte nicht darauf beschränken, diese Aussage zur Kenntnis zu nehmen. Er muss Abklärungen vornehmen, um die Glaubwürdigkeit und Ernsthaftigkeit der Behauptungen des Antragstellers und der Verwaltung abwägen zu können. Gemäss Art. 20 BGÖ verfügt der Beauftragte im Schlichtungsverfahren über Auskunfts- und Einsichtsrechte, er hat das Recht, Zugang zu (amtlichen) Dokumenten zu erhalten, die Gegenstand von Streitigkeiten sind. Er hat jedoch keine Mittel, die Behörde zu zwingen, ihm Dokumente und Informationen zu übermitteln oder die Vollständigkeit der ihm zur Verfügung gestellten Informationen und amtlichen Dokumente zu überprüfen.<sup>6</sup>
17. Soweit ein Antragsteller nicht im Besitz von Belegen ist, welche die Existenz von amtlichen Dokumenten beweisen, ist es für ihn aus nachvollziehbaren Gründen schwierig, darlegen zu können, ob die verlangten amtlichen Dokumente überhaupt existieren. Vorliegend hat der Antragsteller Zweifel an der Behauptung der Nichtexistenz von amtlichen Dokumenten geäussert, in seinem Schlichtungsantrag hat er indes keine weitergehenden Indizien für das Bestehen von amtlichen Dokumenten angeführt. Entsprechend Art. 12 Abs. 2 VBGÖ räumte der Beauftragte dem Antragsteller im Schlichtungsverfahren die Möglichkeit zur Einreichung einer ergänzenden Stellungnahme ein. Der Antragsteller verzichtete auf eine erneute Stellungnahme (s. Ziffer 8) und damit auch auf das Vorbringen von neuen Elementen betreffend die

---

<sup>3</sup> BBI 2003 1993.

<sup>4</sup> BBI 2003 1992.

<sup>5</sup> BVGer Urteil A-7235/2015 vom 30. Juni 2015, E. 5.4.

<sup>6</sup> COSSALI SAUVAIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 20 Rz. 5ff.



Glaubwürdigkeit und Ernsthaftigkeit der Aussagen des BAG.

18. Im vorliegenden Fall hat der Beauftragte das BAG angewiesen, das Zugangsgesuch erneut zu prüfen und weitere Abklärungen vorzunehmen. Das BAG hielt dazu im Schlichtungsverfahren – nebst den in Ziffer 9 erwähnten Erklärungen – explizit fest, es habe sowohl amtsintern wie auch im Rahmen der in Art. 11 VBGÖ vorgesehenen Koordination mit dem VBS die allfällige Existenz von Dokumenten zur Festsetzung der Kalkulationspreise sorgfältig abgeklärt. Im Ergebnis erklärte das BAG, dass über die publizierten Tabellen hinaus weder beim BAG noch beim VBS weitere amtliche Dokumente über die Festsetzung der Kalkulationspreise vorliegen.
19. Aufgrund dieser Ausgangslage und der Vorbringen des BAG muss der Beauftragte davon ausgehen, dass das BAG aus den erwähnten Gründen nicht über die vom Antragsteller gewünschten amtlichen Dokumente verfügt, weshalb auch kein Zugang gewährt werden kann.

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

20. Das Bundesamt für Gesundheit hält an seinem Bescheid fest, mangels vorhandener Dokumente keinen Zugang gewähren zu können.
21. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Bundesamt für Gesundheit den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
22. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
23. Das Bundesamt für Gesundheit erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
24. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragsteller anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
25. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
X.
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Bundesamt für Gesundheit  
Schwarzenburgstrasse 157  
3003 Bern

Adrian Lobsiger