

EINSCHREIBEN
Herr
Christian Gutknecht
Grüzenstrasse 3
8600 Dübendorf

Zürich, 2. Februar 2015

Mitbericht der Staatskanzlei

Sehr geehrter Herr Gutknecht

In der Beilage erhalten Sie den Mitbericht der Staatskanzlei vom 20. Januar 2015. Sie haben Gelegenheit, dazu innert **30 Tagen** Stellung zu nehmen.

Mit freundlichen Grüssen

Für die Bibliothekskommission
Dr. Sebastian Brändli



Beilage erwähnt



Kanton Zürich
Staatskanzlei
Koordinationsstelle IDG

lic.iur. Dieter Müller
Leiter
Neumühlequai 10
8090 Zürich
Telefon +41 43 259 20 04
dieter.mueller@sk.zh.ch
www.zh.ch

Bibliothekskommission der
Zentralbibliothek Zürich

c/o Bildungsdirektion
Hochschulamt

20. Januar 2015

**Stellungnahme (Mitbericht) nach § 34 IDV zum
Rekurs vom 28. Juli 2014 gegen die Verfügung
der Zentralbibliothek Zürich vom 30. Juni 2014
betreffend Akteneinsicht (Informationszugang)**

A. Ausgangslage

1. Mit Verfügung vom 30. Juni 2014 wies die die Direktion der Zentralbibliothek Zürich (im Folgenden: ZB) ein Gesuch von Christian Gutknecht ab, mit welchen dieser gestützt auf § 20 Abs. 1 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz (IDG, LS 170.4) Einsicht in Dokumente verlangte. Christian Gutknecht bezeichnete diese Dokumente im Wesentlichen mit «Offerten, Rechnungen oder Verträge, aus denen ersichtlich wird, wieviel die UZH (ZB und UZH) in dem Zeitraum von 2010– 2016 an folgende Verlage: Elsevier, Springer und Wiley bezahlt hat oder gemäss Vereinbarung bezahlen wird».

2. Die ZB begründet die Ablehnung des Gesuchs mit ihrer Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb im Bereich des Medienerwerbs sowie mit den Geschäftsgeheimnissen der betroffenen Verlagshäuser und der vertraglichen Verpflichtung, Vertragsbedingungen Dritten nicht zugänglich zu machen.

3. Gegen diese Verfügung erhob Christian Gutknecht (im Folgenden: Rekurrent) Rekurs bei der Bibliothekskommission der Zentralbibliothek Zürich. Die Koordinationsstelle IDG wurde am 24. November 2014 eingeladen, die Stellungnahme gemäss § 34 der Verordnung über die Information und den Datenschutz (IDV, LS 170.41) einzureichen.

4. Der Koordinationsstelle IDG stehen folgende Akten des Rekursverfahrens zur Verfügung:

- Verfügung der ZB vom 30. Juni 2014 i.S. Akteneinsichtsgesuch von Ch. Gutknecht, Gesuchsteller, vom 23. Juni 2014 (Rekursgegenstand)
- Rekurschrift vom 28. Juli 2014
- Rekursantwort der ZB (Stellungnahme) vom 8. September 2014
- Replik des Rekurrenten (Bestätigung Rekurs) vom 6. Oktober 2014
- Duplik der ZB ([2.] Stellungnahme) vom 5. November 2014

B. Rechtliche Grundlagen

a) Grundsätzliches

5. Gemäss § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG, LS 170.4) regelt dieses Gesetz den Umgang der öffentlichen Organe mit Informationen. Es bezweckt nach § 1 Abs. 2 lit. a IDG, das Handeln der öffentlichen Organe transparent zu gestalten und damit die freie Meinungsbildung und die Wahrnehmung der demokratischen Rechte zu fördern sowie die Kontrolle des staatlichen Handelns zu erleichtern. Als öffentliche Organe gelten, neben anderen, Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts, soweit sie mit der Erfüllung öffentlicher Ausgaben betraut sind (§ 3 [Abs. 1] IDG). Die ZB ist gemäss § 1 ihrer Statuten (LS 432.211) eine öffentliche Stiftung sowie Kantons-, Stadt- und Universitätsbibliothek (§ 1 Abs. 2 Stiftungsvertrag, LS 432.21). Sie ist daher unbestritten als öffentliches Organ zu behandeln, weshalb auf sie das IDG grundsätzlich anzuwenden ist (§ 2 Abs. 1 Satz 1 IDG).

6. Auf öffentliche Organe ist das IDG ausnahmsweise nicht anwendbar, soweit diese am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei nicht hoheitlich handeln (§ 2 Abs. 2 lit. a IDG [gleicher Wortlaut wie § 2 Abs. 2 IDG in der bis 31. Dezember 2014 geltenden Fassung]). Weder Gesetz noch Verordnung definieren den Begriff des *wirtschaftlichen Wettbewerbs*. Nach den für die Auslegung dieses Wortlauts heranzuziehenden Materialien des IDG dürfen sich für die öffentlichen Organe durch die Unterstellung unter den Geltungsbereich des IDG keine Wettbewerbsnachteile ergeben (Antrag des Regierungsrates vom 9. November 2005 [Weisung]; ABI 2005, 1283, S. 1302). Ein Wettbewerbsnachteil setzt begriffsnotwendig voraus, dass sich ein öffentliches Organ in einer *Konkurrenzsituation* mit andern, insbesondere privaten Wettbewerbsteilnehmern befindet, die tatsächlich gleichgelagerte Leistungen anbieten (vgl. BRUNO BAERISWYL in: Baeriswyl/ Rudin [Hrsg.], Praxiskommentar zum IDG, § 2 N. 8 und 11 letzter Spiegelstrich). Eine Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb fällt daher nicht in Betracht, wenn das öffentliche Organ lediglich als Nachfrager am Markt auftritt, selbst wenn dieser Markt nur sehr beschränkt ist.

7. Damit die Anwendung des IDG wegen der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb ausgeschlossen ist, setzt § 2 Abs. 2 lit. a IDG zusätzlich und *kumulativ* voraus, dass das öffentliche Organ nicht hoheitlich handelt. Hoheitliches Handeln erfolgt durch Rechtsakte (Erlasse oder individuell-konkrete Anordnungen) oder – in einem weiten Sinn verstanden – als öffentlichrechtliches Tätigwerden (vgl. dazu TOBIAS JAAG, Hoheitliche und nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeiten, in: Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 619 ff.). Die Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb schliesst so verstanden hoheitliches Handeln aus (BRUNO BAERISWYL, a.a.O., § 2 N. 10, mit Verweisung auf HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Rz. 283).

8. Der Anspruch auf Informationszugang besteht voraussetzungslos, d.h. für entsprechende Gesuche ist, ausgenommen § 25 Abs. 2 IDG, kein Interessennachweis bzw. keine Begründung der gesuchstellenden Person erforderlich. Er beruht allein auf dem verfassungsmässigen Grundrecht, das die Erfüllung des Öffentlichkeitsprinzips bezweckt (vgl. Ziff. 5). Deshalb ist bei der Entscheidungsfindung bezüglich der Gewährung des Informationszugangs al-



lein massgebend, ob die konkrete Information *öffentlich* gemacht werden kann («Schaufensterprinzip»).

9. Auch wenn der Anspruch auf Informationszugang voraussetzungslos besteht, gilt er nicht unbeschränkt. Es ist im Hinblick auf eine Informationsbekanntgabe *stets* wegen des Vorbehalts überwiegender öffentlicher und/oder privater Interessen gemäss Art. 17 KV eine *Interessenabwägung* vorzunehmen. Nur bei überwiegendem entgegenstehendem Interesse darf der Informationszugang bzw. die öffentliche Zugänglichkeit zu den bei einem öffentlichen Organ vorhandenen Informationen eingeschränkt oder verweigert werden. Das heisst, bildlich gesprochen: die Waagschalen dürfen sich nicht im Gleichgewicht befinden. Die Waagschale des verfassungsmässigen Öffentlichkeitsprinzips muss sich als «leichter» erweisen bzw. die (andern) öffentlichen und/oder die privaten Interessen müssen gewichtiger sein, sodass sich deren Waagschale bei der Interessenabwägung senkt, damit der Informationszugang nicht uneingeschränkt gewährt werden kann.

10. Bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Fall stellt sich die Frage, wie weit ein öffentliches (staatliches) Organ im Rahmen vertraglicher Abreden Geheimhaltungsverpflichtungen («Non-Disclosure Agreements») eingehen kann. Der Staat, ausgegliederte Organisationen und selbst Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind auch bei rechtsgeschäftlichem und privatrechtlichem Handeln an die Verfassung, insbesondere die Grundrechte gebunden. Folglich kommt ihnen diesbezüglich keine eigentliche Privatautonomie zu (vgl. dazu RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 47/B/II/c; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 295 f.). Eine vereinbarte Geheimhaltungspflicht, auf die sich der private Vertragspartner im Rahmen der Anhörung gemäss § 26 Abs. 1 IDG beruft, hat hinsichtlich eines Informationszugangsgesuchs zum Vereinbarungsgegenstand keine absolute Sperrwirkung, weshalb in jedem Fall die Interessenabwägung (vgl. Ziff. 9 und nachfolgend) vorzunehmen ist.

b) Zur Interessenabwägung

11. Ergibt die Interessabwägung, dass der Informationszugang nicht umfassend gewährt werden kann, ist dessen vollständige Verweigerung nur zulässig, wenn keine mildere Massnahme getroffen werden kann. Im Sinne des *Verhältnismässigkeitsprinzips* ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob der Informationszugang bloss in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht eingeschränkt werden muss, um dem Öffentlichkeitsanspruch dennoch Genüge zu tun. Die inhaltliche Einschränkung erfolgt beispielsweise durch Weglassen (Abdecken) bestimmter Teile eines Dokuments, durch Verschleierung (Anonymisierung) von Namen, Ortsbezeichnungen, Zeitangaben usw., oder durch Erstellung einer Zusammenfassung der entsprechenden Informationen (vgl. § 13 Abs. 2 IDV).

12. Das Gesetz zählt eine Reihe von Tatbeständen auf, bei deren Erfüllung das Vorliegen eines Interesses *des öffentlichen Organs* an Geheimhaltung bzw. Nichtveröffentlichung von Informationen angenommen werden darf und deswegen der Informationszugang verweigert oder beschränkt werden kann. Die Liste gemäss § 23 Abs. 2 lit. a–e IDG ist aufgrund des Ausdrucks «insbesondere» nicht abschliessend, d.h. sie gibt exemplarisch vor, welche öffentlichen Interessen «auf die Waagschale» gelegt werden können. § 23 Abs. 2 IDG sagt aber nichts darüber aus, welches Gewicht diese öffentlichen Interessen haben. Es darf keinesfalls



vermutet werden, dass diese Interessen – falls sie in Betracht gezogen werden können – auch *überwiegend* sind, d.h. die «Waagschale» zum Sinken bringen.

13. Durch Motivsubstitution kann unter Umständen auch ein anderer Tatbestand als öffentliches Interesse zur Begründung der Verweigerung des Informationszugangs herangezogen werden. Allerdings ist bei der Annahme anderer oder weiterer öffentlicher Interessen grosse Zurückhaltung angezeigt. Deshalb ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Einschränkung von Grundrechten verhältnismässig sein muss (Art. 36 Abs. 3 BV). Die Ausnahmeklauseln von § 23 IDG sind demgemäss grundsätzlich restriktiv zu handhaben, um den Kerngehalt des Öffentlichkeitsprinzips als verfassungsmässiges Recht zu wahren (BRUNO BAERISWYL, a.a.O., § 23 N. 4).

14. Neben den öffentlichen Interessen sind gemäss § 23 Abs. 1 in fine IDG auch *private Interessen* zu berücksichtigen. § 23 Abs. 3 IDG nennt dazu als Schutzobjekt insbesondere die Privatsphäre «Dritter» und damit andere Betroffene als das beteiligte öffentliche Organ (bzw. weitere Instanzen, die *öffentliche* Interessen namhaft machen können). Im Wesentlichen kommen dabei die Persönlichkeitsrechte sowohl natürlicher als auch juristischer Personen in Betracht, die sich im Begriff der *Personendaten* gemäss § 3 [Abs. 3] IDG konkretisieren. Soweit es sich um den Schutz der Privatsphäre juristischer Personen handelt, fallen insbesondere Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse darunter, die beispielsweise für das Bestehen im wirtschaftlichen Wettbewerb im Rahmen einer Konkurrenzsituation von Bedeutung sind.

C. Materielle Beurteilung

15. Im vorliegenden Verfahren ist erst einmal umstritten, ob das IDG anwendbar ist. Die ZB hält dafür, dass sie beim Medienerwerb am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehme. Deshalb könne das vom Rekurrenten beanspruchte Öffentlichkeitsprinzip nicht geltend gemacht werden. Demgegenüber drückt der Rekurrent die Meinung aus, dass sich die vom Gesetzgeber vorgesehene Ausnahme des Öffentlichkeitsprinzips auf öffentliche Institutionen beziehe, deren Markt liberalisiert worden sei und tatsächlich in einem Wettbewerb mit andern (privatrechtlichen) Teilnehmern stünden.

16. Die ZB erfüllt die Aufgabe einer Kantons-, Stadt- und Universitätsbibliothek. Sie stellt demzufolge als eine öffentliche wissenschaftliche Allgemeinbibliothek einer verhältnismässig breiten Öffentlichkeit herkömmliche Bücher, Zeitschriften usw. aber auch Medien der neusten Generation zur Verfügung (vgl. dazu <http://www.zb.uzh.ch/recherche/e-ressourcen/index.html.de>; besucht am 12. Januar 2015). Es ist unbestritten, dass die ZB diese Medien auf dem entsprechenden Markt (käuflich) beschafft, wozu (privatrechtliche) Verträge erforderlich sind. Offengelassen werden kann in diesem Zusammenhang, ob dabei die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens anzuwenden sind (vgl. insbesondere Art. 8 Abs. 2 lit. b der Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, welcher der Kanton Zürich mit Gesetz vom 15. September 2003 beigetreten ist [LS 720.1]).

17. Bei diesem Medienerwerb tritt die ZB indessen lediglich als *Marktteilnehmerin* (Käuferin) auf. In einem unmittelbaren *Wettbewerb* mit andern Marktteilnehmern als Käuferschaft steht sie dabei nicht. Es geht nicht darum, dass Marktkonkurrenten durch die Kenntnisnahme



der Kaufverträge einen Wettbewerbsvorteil erlangen könnten, der zu einer Marktverzerrung führen würde (vgl. dazu ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 7 BGÖ N. 43 mit Hinweis auf die Empfehlung des EDÖB vom 20. Februar 2013, E. 38 f.). Zumindest macht dies die ZB weder in der angefochtenen Verfügung noch in der Replik vom 8. September 2014 geltend; dass das *Angebot* der ZB zumindest teilweise auch in Konkurrenz zu (anderen, kommerziellen) Datenlieferdiensten stehe, steht mit dem *Erwerb* der Medien in keinem ersichtlichen Zusammenhang. Daraus ergibt sich die Anwendbarkeit des IDG für das vorliegende Informationszugangsgesuch betreffend die in Ziff. 1 genannten Dokumente.

18. Für das Informationszugangsverfahren ist vorab die Frage zu stellen, ob das Gesuch des Rekurrenten für einen Entscheid des öffentlichen Organs genügend genaue Angaben aufweist, um die nachgefragten Informationen (Dokumente) identifizieren zu können (vgl. § 8 Abs. 2 IDV). Dies vorausgesetzt ist für jedes einzelne Dokument die entsprechende Interessenabwägung vorzunehmen, d.h. die Frage zu beantworten, ob *überwiegende* öffentliche und/oder private Interessen einer Veröffentlichung entgegenstehen.

19. Ohne Kenntnis dieser Dokumente ist die Koordinationsstelle IDG nicht in der Lage, eine Beurteilung im Einzelfall zu unterstützen. Es sind daher für das vorliegende Verfahren lediglich Merkmale zu setzen.

20. Es wurde ausgeführt (Ziff. 10), dass die Geheimhaltungsklausel in einem Vertrag, an dem ein öffentliches bzw. staatliches Organ beteiligt ist, keine zum Vornherein zu beachtende Sperrwirkung hinsichtlich des verfassungsmässigen Öffentlichkeitsprinzips aufweist und damit eine Interessenabwägung nach § 23 Abs. 3 IDG ausschliesst. Sie deutet vielmehr daraufhin, dass die Vertragsparteien von massgebenden *privaten* Interessen ausgehen, die auch das öffentliche Organ als grundsätzlich schützenswert erachtet und darum seinerseits an der Berücksichtigung ein Interesse hat («pacta sunt servanda»). Die Rekursinstanz wird anhand der konkreten Dokumente (insb. Verträge, um deren Inhalt es antragsgemäss geht), zu entscheiden haben, ob darin u.a. Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Verlage als Vertragspartner der ZB enthalten sind, die beispielsweise deren anderweitiges Wirken im wirtschaftlichen Wettbewerb kompromittieren könnten, indem Konkurrenten zu Informationen kämen, die zum Nachteil der Verlage verwendet werden könnten (Hauptmotiv von Geschäftsgeheimnissen, § 23 Abs. 3, Beeinträchtigung der Privatsphäre Dritter, vgl. Ziff. 14). Die Rekursinstanz wird auch zu prüfen haben, ob dem Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. Ziff. 11) durch Anonymisierung und/oder Unkenntlichmachung gewisser Stellen der Dokumente (z.B. Verwischen des Bezugs zu betroffenen Verlagen) Rechnung getragen werden kann.

21. Die ZB macht ein *öffentliches* Interesse darin geltend, dass sie möglicherweise bessere Konditionen, als welche die infrage stehenden Verlagshäuser anderen Marktteilnehmenden anbieten, im Falle einer Veröffentlichung verlöre oder sogar vom Markt ausgeschlossen würde, wenn diese Konditionen – in Verletzung der Geheimhaltungsklauseln – öffentlich gemacht würden.

22. Die «Gefährdung vertraglicher Beziehungen zwischen öffentlichen Organen und Privaten» oder die Gefahr, dass im Fall einer Offenlegung künftig solche Verträge nicht mehr oder nur noch eingeschränkt abgeschlossen werden könnten, ist als öffentliches Interesse in § 23 Abs. 2 IDG nicht enthalten. Die Rekursinstanz wird zu entscheiden haben, ob die – erst noch



klar zu substantzierende – Besserstellung der eigenen Position, d.h. jene der ZB, in diesem Markt auch ein öffentliches Interesse der ZB als öffentliches Organ darstellt, das, neben den in § 23 Abs. 2 IDG genannten Tatbeständen, den Grundsatz von § 1 Abs. 2 lit. a IDG eindeutig in den Hintergrund treten lässt. Dabei wird zusätzlich und insbesondere zu erwägen sein, ob die von der ZB ins Feld geführte «Tatsache» zumindest so glaubhaft erscheint, dass sie die Interessenabwägung der ZB, nämlich die Verweigerung des Informationszugangs rechtfertigt.

23. Ob gewissen *privaten* Interessen durch Anonymisierung und/oder Unkenntlichmachung gewisser Stellen der Dokumente und so dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen werden kann (vgl. Ziff. 11; z.B. verwischen des Bezugs zu betroffenen Verlagen), wird ebenfalls die Rekursinstanz in Ansehung dieser Dokumente zu beurteilen haben.

D. Schlussfolgerung

24. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Gesuch des Rekurrenten grundsätzlich zu behandeln, d.h. das IDG im vorliegenden Verfahren anzuwenden ist. Dabei ist vorerst ausschlaggebend, ob die Informationen und Dokumente, die Gegenstand des Gesuchs bilden, genügend identifiziert sind. Anhand dieser Dokumente ist in der Folge die Interessenabwägung nach § 23 IDG vorzunehmen bzw. diese Interessenabwägung, welche die ZB in der angefochtenen Verfügung vom 30. Juni 2014 vorgenommen und in der Replik vom 8. September 2014 bekräftigt hat, durch die Rekursinstanz zu überprüfen. Im Zentrum dieser Interessenabwägung ist zu entscheiden, welches Gewicht und welcher Stellenwert der vertraglichen Geheimhaltungspflicht zwischen der ZB als einem dem Transparenzprinzip verpflichteten öffentlichen Organ und (möglicherweise marktmächtigen) Verlagshäusern beizumessen ist.

Koordinationsstelle IDG

Dieter Müller

dreifach