

**Beschluss vom 18. Januar 2016
der Bibliothekskommission
der Zentralbibliothek Zürich**

Kantons-, Stadt- und
Universitätsbibliothek

Zähringerplatz 6
CH-8001 Zürich

Tel. +41 44 268 31 00
Web www.zb.uzh.ch

Rekursverfahren gegen die Verfügung vom 30. Juni 2014 betreffend Akteneinsicht

Christian Gutknecht

Thunstrasse 34
3150 Schwarzenburg

gegen

Zentralbibliothek Zürich (ZB)

Zähringerplatz 6, 8001 Zürich

sowie

Verlag Elsevier
Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam, Holland

Verlag Springer
Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Deutschland

Verlag Wiley
Boschstrasse 12, 69469 Weinheim, Deutschland

Verfahrensbeteiligter 1

Verfahrensbeteiligter 2

Verfahrensbeteiligter 3

Ausgangslage:

I. Mit Gesuch vom 23. Juni 2014 beantragte Christian Gutknecht bei der ZB Zugang zu amtlichen Dokumenten (z.B. Offerten, Rechnungen oder Verträge), aus denen ersichtlich sei, wieviel die Universität Zürich (ZB und Hauptbibliothek Zürich) an die Verlage Wiley, Elsevier und Springer in den Jahren 2010-2016 bezahlt habe bzw. zahlen werde. Dabei wäre eine Unterteilung der Beträge nach Zeitschriften (Print und Elektronisch), E-Books und Datenbanken von Interesse.

II. Die ZB lehnte einen Aktenzugang mit Verfügung vom 30. Juni 2014 ab.

III. Dagegen rekurrierte Christian Gutknecht mit Eingabe vom 28. Juli 2014 bei der Bibliothekskommission der ZB. Er beantragte sinngemäss, es sei die Verfügung der ZB vom 30. Juni 2014 aufzuheben und ihm in die entsprechenden amtlichen Dokumente der ZB Einsicht zu gewähren.

IV. Die ZB beantragte in ihrer Rekursantwort vom 8. September 2014 die Abweisung des Rekurses, worauf Christian Gutknecht in seiner Replik vom 6. Oktober 2014 an seinen Anträgen festhielt. Die Replik wurde der ZB zugestellt. Die ZB nahm in ihrer Duplik vom 5. November 2014 nochmals Stellung, diese Vernehmlassung wurde Christian Gutknecht zur Kenntnisnahme zugestellt.

V. Am 24. November 2014 ersuchte die Bibliothekskommission die Staatskanzlei Zürich, Koordinationsstelle IDG, um eine Stellungnahme in der Sache. Diese wurde am 20. Januar 2015 eingereicht und an die Parteien zugestellt. Christian Gutknecht äusserte sich am 23. Februar 2015 zum Mitbericht der Koordinationsstelle IDG, die ZB verzichtete auf eine Stellungnahme.

VI. In der Folge wurde die ZB von der Bibliothekskommission am 29. Oktober 2015 aufgefordert, vorhandene Dokumente im Sinne des Antrages zu edieren mit der Zusicherung, diese bis mindestens zum Vorliegen eines

rechtskräftigen Entscheides unter Verschluss zu halten. Diesem Ersuchen kam die ZB mit Schreiben vom 16. November 2015 sowie am 3. Dezember 2015 nach.

VII. Am 4. Januar 2016 wurde Christian Gutknecht und der ZB der Entscheid der Bibliothekskommission in Aussicht gestellt.

Auf die Ausführungen von Christian Gutknecht und der ZB ist im Folgenden, soweit für die Beschlussfassung erforderlich, einzugehen.

Rechtliche Erwägungen

A. Formelle Erwägungen

1. Zuständigkeit

Gemäss § 5 lit. e der Bibliotheksordnung der Zentralbibliothek Zürich vom 11. Februar 1915 (BO ZB) steht der Bibliothekskommission die Behandlungen von Rekursen zu.

2. Rechtliche Form

Der Kanton und die Stadt Zürich errichten laut § 1 des Vertrags zwischen dem Kanton Zürich und der Stadt Zürich betreffend die Errichtung einer Zentralbibliothek als öffentliche Stiftung vom 26. November / 16. Dezember 1910 (Stiftungsvertrag) gemeinschaftlich in Zürich eine Stiftung, die den Namen trägt: Zentralbibliothek Zürich, öffentliche Stiftung. Die ZB ist daher unbestrittenermassen als öffentliches Organ zu behandeln.

3. Anwendbarkeit des IDG

§ 2 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG) besagt, dass das IDG für die öffentlichen Organe gilt. Gemäss § 2 Abs. 2 IDG gilt es nicht, soweit öffentliche Organe am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei nicht hoheitlich handeln. Die ZB beruft sich darauf, dass sie im Bereich des Medienerwerbs Teilnehmerin am wirtschaftlichen Wettbewerb sei, nicht hoheitlich handle und diesbezüglich deshalb nicht in den Anwendungsbereich des IDG gelange. Die ZB trete gegenüber den Verlagshäusern als Marktteilnehmerin auf, ihr Angebot erfolge teils auch in Konkurrenz zu kommerziellen „Marktteilnehmern“ wie Datenlieferdiensten, womit ein wirtschaftlicher Wettbewerb stattfindet. Mit Datenlieferdiensten seien die Verlagshäuser selber gemeint, die sowohl Privaten wie auch den Bibliotheken ihre Produkte anbieten und mit den anderen Verlagshäusern und den Abnehmern einerseits in einem Konkurrenz-, andererseits in einem Lieferanten- / Kundenverhältnis stehen würden.

Ziel von § 2 Abs. 2 IDG ist es, öffentliche Organe, die ihre Leistungen in Konkurrenz mit anderen (meist privaten) Personen am Markt anbieten, nicht durch spezifische, auf den öffentlich-rechtlichen Sektor ausgerichtete Bestimmungen zu Informationszugang und Datenschutz so einzuschränken, dass allenfalls ein Wettbewerbsnachteil entstehen könnte (vgl. Praxiskommentar zum IDG, Bruno Baeriswyl / Beat Rudin, Zürich / Basel 2012, N 8 zu § 2). Damit ein Wettbewerb verzerrt werden kann, muss vorerst ein Wettbewerb überhaupt stattfinden. Das darf vorliegend bezweifelt werden. Die ZB sowie ein Grossteil der Bibliotheken der Schweizerischen Hochschulen werden bei der Vertragsschliessung (bei der ZB offenbar vor allem bei den elektronischen Medien) durch eine Lizenznehmerin, dem Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken (KUB), vertreten, was eine direkte Konkurrenz mit diesen vertretenen Bibliotheken unwahrscheinlich macht. Auch sind keine weiteren privaten Anbieter erkennbar, mit welchen die ZB in direktem wirtschaftlichem Wettbewerb stehen würde und gegenüber welchen die ZB benachteiligt wäre, wenn es zu einer Offenlegung der beantragten Informationen käme. Beim Medienerwerb tritt die ZB lediglich als Marktteilnehmerin bzw. Käuferin auf. In einem unmittelbaren Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern als

Käuferschaft stehe sie dabei aber nicht, konstatiert auch die Koordinationsstelle IDG in ihrem Mitbericht. So gehe es nicht darum, dass Marktkonkurrenten durch die Kenntnisnahme der Kaufverträge einen Wettbewerbsvorteil erlangen könnten, der zu einer Marktverzerrung führen würde. Dies mache die ZB sodann auch gar nicht erst geltend.

Weiter ist die Empfehlung des eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 10. Juli 2015 (Empfehlung EDÖB) zu berücksichtigen. Der Empfehlung lag ein praktisch identisches Einsichtsgesuch in amtliche Dokumente betreffend Zahlungen bzw. Zahlungsflüsse zwischen 2010 – 2016 zwischen den Verlagen Elsevier, Wiley, Springer und der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETHZ), der Eidgenössischen Technischen Hochschule Lausanne (ETHL), der Library for Research Institutes Lib4RI und der Kantons- und Universitätsbibliothek Fribourg zu Grunde. In der Empfehlung EDÖB hielt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte fest: „Der Beauftragte bezweifelt, dass im Verlagswesen der wissenschaftlichen Publikationen überhaupt ein klassischer Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern im Sinne dieser Ausnahmebestimmung besteht. Vielmehr dominieren einige wenige grosse Verlagshäuser den Markt und bieten stark spezialisierte Publikationen an, zu denen es keine oder kaum eine Alternative gibt. Folglich haben interessierte Bibliotheken oft keine andere Wahl, als eine bestimmte Publikation eines bestimmten Verlags einzukaufen. Unter diesen Umständen kann kaum von einer Konkurrenzsituation gesprochen werden.“

Es ist zweifellos so, dass die ZB als Kantons-, Stadt- und Universitätsbibliothek (vgl. § 1 Abs. 2 des Stiftungsvertrages) als öffentliche wissenschaftliche Allgemeinbibliothek einer verhältnismässig breiten Öffentlichkeit herkömmliche Bücher, oder Zeitschriften, aber auch Medien der neusten Generation zur Verfügung stellt. Als Universitätsbibliothek sammelt die ZB die wissenschaftliche Literatur zu allen an der Universität Zürich gelehrteten Fächern. Als Stadt- und Kantonsbibliothek verfügt die ZB aber auch über ein breites Angebot von populärer Literatur (z.B.

Reiseführer, Krimis). Trotzdem kann davon ausgegangen werden, dass die ZB nicht in einem unmittelbaren Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern bzw. Käufern steht, weil in diesem Markt weder auf der Käufer- noch auf der Verkäuferseite ein wirklicher Wettbewerb besteht, zumindest kann das von der ZB nicht substantiiert vorgebracht werden. Demzufolge ist das IDG auf vorliegenden Fall anwendbar.

4. Datenherrschaft

Die ZB wird vor allem im Bereich der elektronischen Medien vom KUB vertreten. Das KUB hat die Aufgabe, im Auftrag und im Namen seiner Mitglieder (u.a. alle kantonalen Universitäten und Fachhochschulen) mit verschiedenen Verlagen Lizenzverträge für Datenbanken und elektronische Periodika auszuhandeln und abzuschliessen (vgl. Reglement Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken, gültig für die Jahre 2013 – 2016). Die ZB ist der Meinung, dass nur das KUB über die Herausgabe dieser Zahlen bestimmen dürfe. Dem kann nicht zugestimmt werden. Das KUB handelt lediglich als Vertreterin und verpflichtet als Lizenznehmerin die „berechtigten Bibliotheken“. Darunter gehört in den besagten Verträgen die Universität Zürich, die wiederum in die Hauptbibliothek Zürich und die ZB unterteilt wird. Die ZB als öffentlich-rechtliche Anstalt wird selber Datenherrin über Informationen, die sie betreffen und darf über die Herausgabe dieser selbständig entscheiden bzw. müsste betreffende Daten herausgeben, wenn ein entsprechendes rechtskräftiges Urteil vorliegen würde.

5. Streitgegenstand

Christian Gutknecht umschreibt den Gegenstand seines Informationszugangsgesuches eher vage mit Dokumenten (z.B. Offerten, Rechnungen oder Verträge). Trotzdem geht aus der Rekurschrift zweifelsfrei hervor, dass er in Erfahrung bringen möchte, welches die Preise sind, die die Parteien für die einzelnen Jahre (2010 – 2016) vereinbart haben. Die von der ZB eingereichten Verträge mit den Verlagen Elsevier, Springer und Wiley können jedoch nicht ediert

werden, auch nicht eingeschwärzt. Der Grund liegt darin, dass es die eigenständige Position „ZB“ in den Verträgen nicht gibt bzw. die gewünschten Informationen nicht herauslesbar sind. „Berechtigte Bibliothek“ ist nämlich der Campus Universität Zürich, zu welchem neben der ZB auch die Hauptbibliothek der Universität Zürich gehört. Mit vorliegendem Rekurs können aber nur die Daten betreffend ZB verlangt werden.

Gemäss § 13 Abs. 1 der Verordnung über die Information und den Datenschutz (IDV) macht das öffentliche Organ die Informationen soweit möglich in der zum amtlichen Gebrauch erstellten Form zugänglich. Es ist nicht verpflichtet, sie vorgängig zu übersetzen oder sie in anderer Weise aufzubereiten. Das heisst streng genommen, dass das IDG den Zugang zu (bestehenden) Informationen nach einer positiven Interessenabwägung gewährt, aber kein Anspruch besteht, nicht vorhandene Daten erstellt zu bekommen. Die ZB hat der Bibliothekskommission eine Liste ediert, auf welcher die Zahlungsflüsse zwischen der ZB und den Verlagen Elsevier, Springer und Wiley für die Jahre 2010 – 2015 aufgelistet sind. Dabei handelt es sich um die „nackten“ Preise, unterteilt in konsortiale und nichtkonsortiale Titel. Noch keine Zahlen liegen für das Jahre 2016 vor, auch die Aufteilung nach elektronischen Medien und Print existiert in der Form nicht und müssen von der ZB gemäss § 13 Abs. 1 IDV auch nicht zusammengestellt werden.

Es ist im Folgenden deshalb darüber zu entscheiden, ob diese Liste ediert werden muss, die Veröffentlichung von anderen Dokumenten steht nicht zur Diskussion.

6. Befragung von Dritten und Verfahrensbeteiligung

Will das öffentliche Organ gemäss § 26 Abs. 1 IDG Zugang zur Information gewähren und betrifft das Gesuch Personendaten oder als vertraulich klassifizierte Informationen, gibt das öffentliche Organ den betroffenen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme innert angemessene Frist. Der Begriff „Personendaten“ ist ausserordentlich weit und erfasst jede Information, die etwas über die Bezugsperson

aussagen will, also einen auf eine Person bezogenen Informationsgehalt besitzt. (vgl. Praxiskommentar IDG, a.a.O. N 16 zu § 3). Dabei gelten juristische Personen ebenfalls als Personen im Sinne von § 3 Abs. 3 IDG. Bei einem zur Frage stehenden Informationszugang zu Vertragsgegebenheiten sind demzufolge Personendaten des Vertragspartners betroffen, womit die Verlage Elsevier, Springer und Wiley im Sinne von § 26 Abs. 1 IDG zur Stellungnahme einzuladen gewesen wären. Aus den eingereichten Akten der ZB geht aber klar hervor, dass die Verlage mit einer Veröffentlichung nicht einverstanden sind, weshalb eine Einladung zur Stellungnahme ein formalistischer Leerlauf wäre. Die drei Verlage sind aber an vorliegendem Verfahren zu beteiligen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen:

Gemäss § 10 Abs. 3 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG) werden schriftliche Anordnungen unter anderem den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, d.h. jenen, die durch einen erstinstanzlichen Hoheitsakt mehr als die Allgemeinheit berührt werden und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung, Aufhebung oder Änderung der Verfügung haben. Die Verlage als Vertragspartner der ZB wären durch einen positiven Einsichts-Entscheid zweifellos mehr als die Allgemeinheit berührt. Massgebend für die Einstufung als Verfahrensbeteiligte(r) ist ausserdem die Rechtsmittellegitimation.

Mitteilungsberechtigt sind die potenziell rechtsmittelbefugten Personen. Der Kreis der Mitteilungsberechtigten ist weit zu fassen, da es nicht der anordnenden Behörde, sondern der Rechtsmittelinstanz obliegt, über die Legitimation zu befinden.

Mitteilungsberechtigt sind insbesondere Gesuchsteller, Gesuchsgegner und Beigeladene (Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], NN 64f. zu § 10). Die drei Verlage haben ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Verfügung. Gemäss § 27 Abs. 2 IDG müsste ihnen sodann eine Verfügung zugestellt werden, wenn das öffentliche Organ entgegen deren Willen dem Gesuch um Informationszugang stattgeben will. Die Rechtsmittellegitimation ist somit ebenfalls gegeben.

Die Verlage Elsevier, Springer und Wiley sind als Verfahrensbeteiligte 1, 2 und 3 dem vorliegenden Verfahren beitreten zu lassen.

B. Materielle Erwägungen

Die ZB weigerte sich mit Verfügung vom 30. Juni 2014, Einsicht in die gewünschten Dokumente zu gewähren und begründete dies einerseits damit, dass das IDG nicht anwendbar sei (vgl. Erwägung A3), andererseits damit, dass es sich bei den eingeforderten Informationen um eigentliche Geschäftsgeheimnisse handle und eine Geheimhaltungsklausel mit den Verlagen bestehe. Die Bekanntgabe würde sowohl die privaten Interessen der Verlagshäuser als auch die öffentlichen Interessen der ZB tangieren.

1. Argumente von Christian Gutknecht

Christian Gutknecht macht geltend, dass die privaten Interessen der Verlagshäuser in der Bibliotheksbranche hinlänglich bekannt seien. Verlage wie Elsevier, Springer und Wiley würden eine Geheimhaltung lediglich deshalb bevorzugen, um den Preis von standardisierten Produkten künstlich hoch zu halten. Durch die Monopolstellung, die jeder Verlag für sich habe, sei der Wettbewerb zwischen den Verlagen sowieso verzerrt bzw. kaum existent. Auch liege der Eindruck nahe, dass die ZB leichthin dem Geheimhaltungswillen der Verlage stattgegeben habe.

Weiter führt Christian Gutknecht aus, dass Elsevier als grösster wissenschaftlicher Verlag im Jahre 2013 einen Reingewinn von \$ 1.38 Milliarden bei einem Umsatz von \$ 3.56 erzielt habe, was eine Gewinnmarge von 27% bedeute. Auch Springer und Wiley hätten regelmässig Gewinnmargen von über 30%. Schon alleine diese für die Verlage sensationellen Gewinnmargen würden darauf hinweisen, dass durch die fehlende Transparenz ein effektiver Wettbewerb verhindert werde. Gewinnmargen von über 30 Prozent würden auf wenig Wettbewerb hinweisen, wenn nicht sogar auf gar keinen Wettbewerb.

2. Argumente der ZB

Es liege sehr wohl im öffentlichen Interesse der ZB, hält diese fest, allenfalls besser ausgehandelte Konditionen gegenüber den anderen Marktteilnehmern nicht publik machen zu müssen. Ansonsten könnte man in Zukunft kaum mehr eine Besserstellung bei den Konditionen aushandeln. Ebenfalls im öffentlichen Interesse stehe die Vermeidung von Schadenersatzforderungen der Verlagshäuser aufgrund der vertraglich vereinbarten Geheimhaltungspflicht. Es bleibe darauf hinzuweisen, dass die drei Verlagshäuser zumindest bislang auf die Geheimhaltungsklausel bestanden hätten und nicht bereit gewesen seien, ihre Produktion ohne dieselbe zu veräussern. Eine Weigerung, dies zu akzeptieren, hätte zur Folge gehabt, dass die ZB ihren Benutzenden wesentliche wissenschaftliche Publikationen hätte vorenthalten müssen und somit ihrem Auftrag teilweise nicht mehr hätte nachkommen könne.

3. Mitbericht der Koordinationsstelle IDG

Die Koordinationsstelle IDG stellt in ihrem Mitbericht fest, dass der Anspruch auf Informationszugang voraussetzungslos bestehe, d.h. für entsprechende Gesuche sei, ausgenommen § 25 Abs. 2 IDG, kein Interessensnachweis bzw. keine Begründung der gesuchstellenden Person erforderlich. Er beruhe allein auf dem verfassungsmässigen Grundrecht, das die Erfüllung des Öffentlichkeitsprinzips bezwecke. Deshalb sei bei der Entscheidungsfindung bezüglich der Gewährung des Informationszugangs allein massgebend, ob die konkrete Information öffentlich gemacht werden könne. Der Anspruch gelte sodann voraussetzungslos, aber nicht unbeschränkt. Es sei im Hinblick auf eine Informationsbekanntgabe stets wegen des Vorbehalts überwiegender öffentlicher und/oder privater Interessen gemäss Art. 17 der Zürcher Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 (KV) eine Interessenabwägung vorzunehmen. Nur bei überwiegendem entgegenstehendem Interesse dürfe der Informationszugang bzw. die öffentliche Zugänglichkeit zu den bei einem

öffentlichen Organ vorhandenen Informationen eingeschränkt oder verweigert werden.

Ergebe die Interessenabwägung, dass der Informationszugang nicht umfassend gewährt werden könne, sei dessen vollständige Verweigerung nur zulässig, wenn keine andere mildere Massnahme getroffen werden könne. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips sei daher im Einzelfall zu prüfen, ob der Informationszugang bloss in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht eingeschränkt werden müsse, um dem Öffentlichkeitsanspruch dennoch Genüge zu tun.

Das Gesetz zähle sodann in § 23 Abs. 2 lit. a-e eine Reihe von Tatbeständen auf, bei deren Erfüllung das Vorliegen eines Interesses des öffentlichen Organs an Geheimhaltung bzw. Nichtveröffentlichung von Informationen angenommen werden dürfe und deswegen der Informationszugang verweigert oder beschränkt werden könne. Die Liste sei aber aufgrund des Ausdrucks „insbesondere“ nicht abschliessend. Neben den öffentlichen Interessen seien gemäss § 23 Abs. 1 IDG auch private Interesse zu berücksichtigen. § 23 Abs. 3 IDG nenne dazu als Schutzobjekt insbesondere die Privatsphäre „Dritter“ und damit andere Betroffene als das beteiligte öffentliche Organ. Im Wesentlichen würden dabei die Persönlichkeitsrechte sowohl natürlicher als auch juristischer Personen in Betracht kommen. Soweit es sich um den Schutz der Privatsphäre juristischer Personen handle, würden insbesondere Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse darunter fallen, die beispielsweise für das Bestehen im wirtschaftlichen Wettbewerb im Rahmen einer Konkurrenzsituation von Bedeutung seien.

Rechtliche Prüfung der Interessen

1. Rechtliche Grundlage der Interessenabwägung

Gemäss § 20 Abs. 1 IDG hat jede Person Anspruch auf Zugang zu den bei einem öffentlichen Organ vorhandenen Informationen. Das öffentliche Organ verweigert

gemäss § 23 Abs. 1 IDG die Bekanntgabe von Informationen ganz oder teilweise oder schiebt sie auf, wenn eine rechtliche Bestimmung oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht. § 23 Abs. 2 IDG hält fest, dass ein öffentliches Interesse insbesondere vorliegt, wenn

- a. die Information Positionen in Vertragsverhandlungen betrifft,
- b. die Bekanntgabe der Information den Meinungsbildungsprozess des öffentlichen Organs beeinträchtigt,
- c. die Bekanntgabe der Information die Wirkung von Untersuchungs-, Sicherheits- oder Aufsichtsmaßnahmen gefährdet,
- d. die Bekanntgabe der Information die Beziehungen unter den Gemeinden, zu einem anderen Kanton, zum Bund oder zum Ausland beeinträchtigt,
- e. die Bekanntgabe die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt.

Ein privates Interesse liegt insbesondere vor, wenn durch die Bekanntgabe der Information die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt wird (§ 23 Abs. 3 IDG).

§ 34 der Verordnung über die Information und den Datenschutz vom 28. Mai 2008 (IDV) hält fest, dass in verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren gegen kantonale Anordnungen, die sich auf das IDG oder diese Verordnung stützen, die Koordinationsstelle IDG zur Stellungnahme einzuladen ist.

2. Öffentliches Interesse der ZB

Die ZB befürchtet eine Schlechterstellung bei Vertragsverhandlungen, wenn sie ihre Preise offenlegen müsste.

Gemäss § 23 Abs. 2 lit. a IDG liegt ein öffentliches Interesse insbesondere vor, wenn die Information Positionen in Vertragsverhandlungen betrifft. Dabei ist das öffentliche Organ lediglich bis zum Abschluss einer Vereinbarung zu schützen (vgl. Praxiskommentar IDG, N 15 zu § 23). Christian Gutknecht möchte vorliegend aber Informationen über Konditionen, welche bereits verhandelt und festgelegt worden

sind. Einsicht in Dokumente laufender Vertragsverhandlungen beantragt er nicht, weshalb § 23 Abs. 2 lit. a IDG nicht zur Anwendung gelangt.

Die Liste von § 23 Abs. 2 IDG kann durch den Zusatz „insbesondere“ aber nicht als abschliessend betrachtet werden, wobei die Ausnahmebestimmung nur sehr restriktiv zu handhaben ist. Es wäre deshalb grundsätzlich möglich, dass auch zukünftige Vertragsverhandlungen unter den Schutzbereich von § 23 Abs. 2 IDG fallen könnten. Den Überlegungen der ZB, nur noch schlechtere Konditionen aushandeln zu können, wenn die Verlage um eine Preisveröffentlichung wissen, kann aber nicht gefolgt werden. Die Aussage wird von der ZB sodann weder weiter begründet noch zeigt sie nachvollziehbar auf, inwiefern eine Preisbekanntgabe ihre Marktposition schwächen könnte. Wie bereits erwähnt, haben sich die Hochschulbibliotheken zu einem grossen Teil zu einem Konsortium (KUB) zusammengeschlossen. So gehören dem KUB gemäss Angaben auf dessen Webseite alle kantonalen Universitäten, der ETH-Bereich, alle Fachhochschulen, mehrere Pädagogische Hochschulen, die Schweizerische Nationalbibliothek und weitere sekundäre Partner aus öffentlich finanzierten Einrichtungen in der Schweiz an. Das KUB verhandelt dabei u.a. die Verträge für seine Mitglieder. Inwiefern das KUB für die ZB nun schlechtere Preise aushandeln könnte, nur weil deren Zahlen öffentlich sind, ist nicht nachvollziehbar. Auch in diesem Bereich, in welchem die ZB nicht durch das KUB vertreten ist, bestehen keine begründeten Hinweise darauf, dass es zu einer Schlechterstellung bei Verhandlungen kommen könnte, zumal aufgrund der bestehenden Marktsituation nicht von einem effektiven Wettbewerb ausgegangen werden kann.

Es gilt an dieser Stelle ganz allgemein zu erwähnen, dass mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes ein eigentlicher Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungshin zum Öffentlichkeitsprinzip stattgefunden hat. Es obliegt demnach nicht mehr dem freien Ermessen der Behörden, ob sie Informationen oder Dokumente zugänglich machen wollen oder nicht. Wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten verweigert, so obliegt der Behörde aber die Beweislast zur Wiederlegung der

Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten, die durch das Öffentlichkeitsgesetz aufgestellt wird, d.h. sie muss beweisen, dass die Ausnahmebedingungen gegeben sind (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-3269/2010 vom 18. Oktober 2010, E. 3.1).

Die ZB bringt vorliegend betreffend öffentlichem Interesse nichts Substantiiertes vor, das in einer Interessenabwägung dafür sprechen würde, den grundsätzlich voraussetzungslosen Anspruch auf Informationszugang einzuschränken.

3. Privates Interesse der Verlage

Weiter ist das Vorliegen allfälliger privater Interessen zu prüfen. In den Verträgen mit den Verlagen Elsevier, Springer und Wiley wurden Geheimhaltungsklauseln vereinbart, welche darauf hinweisen, dass die Verlage von massgebenden privaten Interessen an der Nichtveröffentlichung ausgehen. Die ZB befürchtet nun, dass sie den Verlagen im Falle einer Informations-Bekanntgabe Schadenersatz bezahlen müsste. Dies kann jedoch kein Grund sein, eine gesetzliche Regelung zu umgehen oder diese auszuhebeln. Da gesetzliche Bestimmungen über der Vertragsfreiheit stehen und sich ein öffentliches Organ auch bei einer Vertragsschliessung mit einem privaten Anbieter an den gesetzlichen Rahmen halten muss, kann eine Geheimhaltungsklausel nicht dazu führen, dass eine Offenlegung nicht verfügt werden kann, wenn sich diese nach einer Interessenabwägung aufdrängen würde. Eine Geheimhaltungsklausel kann lediglich als Indiz dafür gewertet werden, dass die Parteien das private Interesse der Verlage als hoch gewichten, was bei der Interessenabwägung als einen von verschiedenen Faktoren zu berücksichtigen ist. So stellt auch die Koordinationsstelle IDG in ihrem Mitbericht fest, dass eine vereinbarte Geheimhaltungspflicht hinsichtlich eines Informationszugangsgesuchs zum Vereinbarungsgegenstand keine absolute Sperrwirkung habe, weshalb in jedem Fall eine Interessenabwägung vorzunehmen sei.

Die ZB vertritt weiter den Standpunkt, dass es sich bei den eingeforderten Informationen um eigentliche Geschäftsgeheimnisse handle, deren Bekanntgabe die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigen könnte. Dabei muss zuerst beurteilt werden, ob überhaupt ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. In der Empfehlung EDÖB wird in Anwendung des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung ein schützenswertes Geheimnis so umschrieben, dass vier Voraussetzungen gegeben sein müssen: Es besteht eine Beziehung der Information zum Unternehmen, die Information ist relativ unbekannt, der Geheimnisherr hat einen Geheimhaltungswillen (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und es liegt ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vor (objektives Geheimhaltungsinteresse). Aus den Dokumenten, welche Christian Gutknecht bei einer Gutheissung seines Anliegens zugestellt würden, handelt es sich „lediglich“ um Beträge, die von der ZB über die Jahre 2010 – 2015 an die drei Verlage geflossen sind. Es sind weder Preiskonditionen, Rabatte, Organisationen oder allgemeine Bedingungen für Lizenzen ersichtlich. Auch Informationen über Kundenkreise oder Geschäftsstrategien sind nicht vorhanden. Damit ist höchst fraglich, ob ein objektives Geheimhaltungsinteresse betreffend den „nackten“ Preisen besteht. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte bezweifelt dies in seiner Empfehlung und auch die Erziehungsdirektion des Kantons Bern kommt in einem Entscheid vom 18. September 2015 in einem gleich gelagerten Fall (Editionsbegehren des Rekurrenten gegen die Universität Bern) zum Schluss, dass Preise alleine noch kein Geschäftsgeheimnis darstellen. Davon kann auch hier ausgegangen werden. Mit der Bekanntgabe der Preise alleine wird kein Geschäftsgeheimnis kundgetan. Wie bereits erwähnt, würde es der ZB obliegen aufzuzeigen, weshalb der „nackte“ Preis ein Geschäftsgeheimnis darstellt, welches nicht veröffentlicht werden kann. Und selbst wenn von einem Geschäftsgeheimnis ausgegangen werden müsste, käme es durch dessen Bekanntgabe zu keiner Wettbewerbsverzerrung, da nicht rechtsgenügend dargetan wurde, dass ein Wettbewerb überhaupt besteht.

Die Interessenabwägung ergibt demnach, dass keine überwiegenden öffentlichen und/oder privaten Interessen im Sinne von § 23 Abs. 2 und 3 IDG vorliegen, die einer

Veröffentlichung der von Christian Gutknecht beantragten Informationen entgegenstehen würden, allerdings nur in dem Umfang, wie sie vorliegen. Auch die vereinbarte Geheimhalteklausele, aus welcher klar ersichtlich ist, dass die Parteien eine Veröffentlichung nicht wollen, kann dem grundsätzlich voraussetzungslosen Zugang zu Informationen vorliegend nicht entgegenstehen.

Nach dem Gesagten ist der Rekurs von Christian Gutknecht gegen die ZB teilweise gutzuheissen und es sind Christian Gutknecht die erfolgten Zahlungen zwischen der ZB und den Verlagen Elsevier, Springer und Wiley zwischen den Jahren 2010 – 2015 zugänglich zu machen und zwar innert 10 Tage nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids.

4. Verfahrenskosten

Gemäss § 39a IDG richtet sich der Rechtsschutz im Übrigen nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG). § 13 Abs. 2 VRG hält fest, dass den Verfahrensbeteiligten die Verfahrenskosten grundsätzlich nach Massgabe des Unterliegens auferlegt werden. Aufgrund der überwiegenden Gutheissung des Rekurses von Christian Gutknecht werden die Verfahrenskosten des vorliegenden Entscheides im Sinne von § 13 VRG auf die Staatskasse genommen.

Die Bibliothekskommission beschliesst:

- I. Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Die ZB wird angewiesen, Christian Gutknecht innert einer Frist von 10 Tagen nach Eintreten der Rechtskraft die Informationen über die Zahlungen von 2010 – 2015 zwischen der ZB und den Verlagen Elsevier, Springer und Wiley zugänglich zu machen.
- II. Die Kosten werden auf die Staatskasse genommen.
- III. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Mitteilung des

Entscheidungs an schriftlich und unter Beilage einer Kopie dieses Entscheids beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Militärstrasse 36, Postfach, 8004 Zürich, Beschwerde eingereicht werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen.

- IV. Mitteilung an Christian Gutknecht (eingeschrieben gegen Rückschein), die ZB (eingeschrieben) sowie an die Verfahrensbeteiligten 1 bis 3 (eingeschrieben).

Im Namen der Bibliothekskommission

Die Präsidentin:

S. O. W.

Der juristische Sekretär:

i.V. R. Klumper