

PHZH R 8090 Zürich / SWITZERLAND

Rektorat

Einschreiben

Herr
Christian Gutknecht
Blumensteinstrasse 17
3012 Bern

Pädagogische Hochschule Zürich
Prof. Dr. Heinz Rhyn
Rektor
Lagerstrasse 2
8090 Zürich
T +41 43 305 51 51
heinz.rhyn@phzh.ch

Zürich, 14. Juli 2020

**Verfügung des Rektors der Pädagogischen Hochschule Zürich
betreffend Informationszugangsgesuch**

I. Ausgangslage

1. Mit E-Mail vom 27. Mai 2020 gelangte Christian Gutknecht an die Bibliothek der Pädagogischen Hochschule Zürich (nachfolgend PHZH) und ersuchte um Einsicht in die Ausgaben der PHZH für die Jahre 2020, 2021, 2022 und 2023 gemäss dem Elsevier Subscription Agreement zwischen dem Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken und Elsevier B.V. (nachfolgend Elsevier) vom 1. Januar 2020 (Seite 11-12).

Der Vertrag ist öffentlich zugänglich auf der Webseite des Konsortiums der Schweizer Hochschulbibliotheken (https://consortium.ch/wp_live/wp-content/uploads/2020/05/Elsevier_agreement_2020-2023.pdf), wobei die Angaben zu den einzelnen Ausgaben der Konsortialpartner in Schedule 1 «Subscribed Products/Access/Fees» (S. 11 und 12 des Vertrages) geschwärzt sind.

2. Nachdem eine erste summarische Prüfung des Gesuchs ergab, dass dessen Bearbeitung eine Anhörung von Elsevier erforderlich sowie vertiefte Abklärungen zur Interessenabwägung notwendig machen würde, wurde der Gesuchsteller mit Schreiben vom 18. Juni 2020 aufgefordert, ein schriftliches, eigenhändig unterzeichnetes Gesuch einzureichen. Darüber hinaus wurde er in Kenntnis gesetzt, dass das Gesuch nicht innert 30 Tagen behandelt und ein Entscheid erst Mitte/Ende August gefällt werden könne.

Am 22. Juni 2020 übermittelte Christian Gutknecht das auf den 27. Mai 2020 datierende E-Mail erneut, diesmal mit einer digitalen Signatur vom 6. Juni 2020 versehen.

Am 23. Juni 2020 teilte ihm der Verwaltungsdirektor der PHZH mit, dass seine Anfrage als Informationszugangsgesuch entgegengenommen werde.

3. Mit E-Mail vom 19. Juni 2020 sprach sich Elsevier gegen die Offenlegung der auf den Seiten 11 und 12 dargestellten Ausgaben der PHZH für die Jahre 2020-2023 aus. Zur Begründung wird ausgeführt, dass es sich bei den in Frage stehenden Beträgen um Geschäftsgeheimnisse handle, deren Geheimhaltung vertraglich vereinbart worden sei. Eine Offenlegung würde die Wettbewerbsinteressen schädigen und für den Verlag kommerzielle Auswirkungen haben.

II. Erwägungen

1. Gemäss § 20 Abs. 1 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich vom 12. Februar 2007 (IDG, LS 170.4) hat grundsätzlich jede Person Anspruch auf Zugang zu den bei einem öffentlichen Organ vorhandenen Informationen. Hierfür ist ein schriftliches Gesuch zu stellen (§ 24 Abs. 1 IDG).
2. Mit Email gestellte Zugangsgesuche sind gleich wie mündliche Anfragen, als formlose Gesuche zu betrachten und zu behandeln. Nicht zulässig ist ein solch formloses Gesuch, wenn eine Anhörung Dritter erforderlich ist oder für die Vornahme der Interessenabwägung vertiefte Abklärungen zu treffen sind (§ 7 Abs. 2 lit. a und b der Verordnung über die Information und den Datenschutz; IDV, LS 170.41, Leitfaden für den Informationszugang, Kanton Zürich Staatskanzlei, Koordinationsstelle IDG, Oktober 2015, Rz. 33 ff.). Ein schriftliches Gesuch bedeutet ein Dokument mit eigenhändiger Unterschrift (Leitfaden für den Informationszugang, a.a.O., Rz. 35 mit Verweis auf § 22 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes; VRG, LS 175.2, sowie Art. 13 des Obligationenrechts; OR, SR 220).
3. Die mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene qualifizierte elektronische Signatur ist einer eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR). Die mit Datum vom 6. Juni 2020 elektronisch signierte E-Mail genügt demzufolge den Formvorschriften des IDG und ist als Informationszugangsgesuch gemäss § 20 Abs. 1 IDG zu behandeln.
4. Bei der PHZH handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Zürich mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 3 Abs. 2 des Fachhochschulgesetzes; FaHG, LS 414.10). Als öffentliches Organ untersteht sie dem IDG (§ 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 lit c IDG).
5. Gemäss § 2c Abs. 1 IDG gilt das IDG nicht, soweit öffentliche Organe am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei nicht hoheitlich handeln. Ziel dieser Bestimmung ist es, öffentliche Organe nicht durch spezifische, auf den öffentlich-rechtlichen Sektor ausgerichtete Bestimmungen zu Informationszugang und Datenschutz so einzuschränken, dass allenfalls ein Wettbewerbsnachteil entstehen könnte (vgl. Bruno Baeriswyl, Praxiskommentar zum IDG, 2012, § 2 Rz. 8).
6. Die PHZH hat mitunter den Auftrag, anwendungsorientierte Forschung zu betreiben und fachliche, pädagogische, didaktische sowie Beratungs- und Beurteilungskompetenzen zu vermitteln (§ 3 des Gesetzes über die Pädagogische Hochschule; PHG, LS 414.41). Zur Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe gehört u.a., dass die PHZH wissenschaftliche Literatur zur Verfügung stellt und ihren Forschenden Open Access Veröffentlichungen ermöglicht. Die Beschaffung der hierfür notwendigen Sachgüter und Leistungen ist als eine administrative Hilfstätigkeit des Gemeinwesens zu qualifizieren, im Rahmen derer das Gemeinwesen privatrechtlich handeln kann (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, 5.A., Rz. 279).
7. Beim Einkauf der Lizenzen bei den einzelnen Verlagen tritt die PHZH nicht hoheitlich, sondern als Teilnehmerin am wirtschaftlichen Wettbewerb auf und ihr Handeln ist mit dem Abschluss entsprechender Lizenzverträge privatwirtschaftlicher Natur. Müssten mit den Verlagen ausgehandelte Verträge, insbesondere Preise und Rabatte offengelegt werden, so würde dies die Verhandlungsposition der PHZH im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern stark benachteiligen, was zu vermeiden gerade Zweck der Bestimmung von § 2c Abs. 1 IDG ist.
8. Zwar wird mitunter in Frage gestellt, dass im Verlagswesen wissenschaftlicher Publikationen überhaupt ein klassischer Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern im Sinne dieser Ausnahmebestimmung bestehe. Vielmehr dominierten einige wenige grosse Verlagshäuser den Markt und böten stark spezialisierte Publikationen an, zu denen es keine oder kaum eine Alternative gebe. Folglich hätten interessierte Bibliotheken oft keine andere Wahl, als eine bestimmte Publikation eines bestimmten Verlags einzukaufen. Unter diesen Umständen könne kaum von einer Konkurrenzsituation gesprochen werden (vgl. Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB vom 10. Juli 2015, Rz. 29 und 32).

Diese Problematik infolge marktbeherrschender Stellung einzelner Verlage betrifft kartellrechtliche Aspekte, welche bei der Beurteilung der Frage, ob ein öffentliches Organ am wirtschaftlichen Wettbewerb als solchem teilnimmt oder nicht, keine Rolle spielen kann. Dass der Wettbewerb infolge monopolistischer Stellung einzelner Verlage allenfalls nicht spielt, wäre ein unter dem Kartellrecht zu prüfender Sachverhalt (Art. 7 des Kartellgesetzes; KG, SR 251).

Auch der Umstand, dass die PHZH den Vertrag mit Elsevier als Mitglied des Konsortiums der Schweizer Hochschulbibliotheken abgeschlossen hat, lässt nicht darauf schliessen, dass kein wirtschaftlicher Wettbewerb vorliegt. Vielmehr war Zweck des Zusammenschlusses die Begründung einer stärkeren Verhandlungsposition der einzelnen Institutionen gegenüber Elsevier.

9. Da die PHZH im Bereich des Zugangs zu Verlagspublikationen nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich handelt und am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt, findet das IDG gestützt auf § 2c Abs. 1 IDG vorliegend keine Anwendung. Der Gesuchsteller hat nach Massgabe des IDG keinen Anspruch auf Zugang zu den Informationen betreffend die Ausgaben der PHZH für die Jahre 2020, 2021, 2022 und 2023.

Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass das IDG vorliegend zur Anwendung gelangt, wäre dem Gesuch wie nachstehend auszuführen sein wird, nicht stattzugeben.

10. Die Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101) verankert in Art. 17 und Art. 49 das Öffentlichkeitsprinzip auf Verfassungsstufe. Gemäss Art. 17 KV hat jede Person das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Das Öffentlichkeitsprinzip wurde in § 20 Abs. 1 IDG mit dem Anspruch auf Zugang zu bei einem öffentlichen Organ vorhandenen Informationen umgesetzt.
11. Das öffentliche Organ kann gestützt auf § 23 Abs. 1 IDG die Bekanntgabe von Informationen ganz oder teilweise verweigern, wenn ein überwiegendes öffentliches und/oder privates Interesse entgegensteht. Die anvisierte Transparenz der Verwaltung ist demnach nicht absolut (vgl. Bruno Baeriswyl, a.a.O., § 1 Rz. 5ff.)
12. Der Vertrag zwischen dem Konsortium und Elsevier ist auf der Homepage des Konsortiums öffentlich einsehbar. Die von den einzelnen Konsortialpartnern zu zahlenden Beträge («Fees») sind geschwärzt, der jährlich zu zahlende Gesamtbetrag aller Konsortialpartner an Elsevier ist jedoch offengelegt (S. 11 und 12 des Vertrags).
13. Es gilt im Folgenden zu prüfen, ob einer Offenlegung der von der PHZH zu zahlenden Beträge ein überwiegendes öffentliches und/oder privates Interesse entgegensteht.
 - a) Ein privates Interesse liegt insbesondere vor, wenn durch die Bekanntgabe der Information die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt wird (§ 23 Abs. 3 IDG). Auch juristische Personen haben ein Recht auf den Schutz ihrer Privatsphäre, wobei hierzu das Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis zu zählen ist (vgl. Bruno Baeriswyl, a.a.O., § 23, Rz. 23). Geschäftsgeheimnisse sind insbesondere Kenntnisse, die für den geschäftlichen Erfolg von Bedeutung sein können, wie Kenntnisse über die Organisation, die Kalkulation der Preise inklusive Rabatte, den Kundenkreis, die Produktion, den Geschäftsgang, etc. (Isabelle Häner in: Urs Maurer-Lambrou /Gabor P. Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 2014, 3.A., Art. 7 BGÖ, Rz. 36). Dabei muss ein legitimes Geheimhaltungsinteresse bestehen und der Geheimhaltungswille des Geschäftsherrn zumindest aus den Umständen ersichtlich sein (Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 5.2.1.). Berechtig ist das Geheimhaltungsinteresse dann, wenn die Veröffentlichung der Information zu einer Beeinträchtigung des geschäftlichen Erfolgs des Unternehmens bzw. zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen könnte. Aus der Perspektive des betroffenen Unternehmens kommt es auf die mögliche Beeinflussung des Geschäftsergebnisses an, aus der Perspektive der Konkurrenten ist danach zu fragen, welche wirtschaftlichen Nutzen diese aus der Information ziehen könnten (Isabelle Häner, a.a.O., Art. 7 BGÖ Rz. 37). Insofern wird der Geheimnisbegriff in diesem Zusammenhang weit verstanden (BGE 142 II 340 E. 3.2 m.w.H.). Will ein Unternehmen Tatsachen berechtigterweise

geheim halten, ist davon auszugehen, dass die Informationen für das Unternehmen von zentraler Bedeutung sind (Isabelle Häner, a.a.O., Art. 7 BGÖ Rz. 39).

- aa) Elsevier führt in seiner Stellungnahme aus, dass mit den jeweiligen Vertragspartnern (Konsortialpartner) spezifische Rabattpreise ausgehandelt wurden. Deren Offenlegung würde zur Folge haben, dass die Position von Elsevier in zukünftigen Verhandlungen mit vergleichbaren Vertragspartnern geschwächt werden könnte. Vor diesem Hintergrund macht Elsevier ein subjektives Geheimhaltungsinteresse geltend.
Elsevier gibt weiterhin an, dass bei einer totalen Preistransparenz in Zukunft nur noch Listenpreise gelten könnten. Dies würde den Vertragspartnern die Möglichkeit nehmen, flexible, massgeschneiderte Lösungen zu vereinbaren, die auf die Bedürfnisse des jeweiligen Kunden zugeschnitten sind.
- bb) Als Geheimnisherr über seine Preispolitik hat Elsevier ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse an sämtlichen Informationen über die Preise, die mit dem jeweiligen Vertragspartner ausgehandelt worden sind. Es erscheint nachvollziehbar, dass die Veröffentlichung solcher Informationen zu einer Beeinträchtigung des geschäftlichen Erfolgs von Elsevier und zu einem Wettbewerbsnachteil für den Verlag führen kann. Wenn die mit den einzelnen Konsortialpartnern vereinbarten Preise veröffentlicht würden, könnten diese von anderen Bibliotheken, Konsortien sowie Privaten dazu genutzt werden, in Verhandlungen mit dem Verlag zu versuchen, die von Elsevier angebotenen Preise zu drücken. Seine Preisgestaltung käme unter Druck und der geschäftliche Erfolg würde im erheblichen Masse beeinträchtigt. Im Übrigen kann auch der Geschäftserfolg eines Unternehmens monopolistischer Stellung auf dem Markt geschmälert werden, wenn dessen Abnehmer gestützt auf publik gewordene vertrauliche Daten günstigere Konditionen verlangen. Die Preispolitik des Verlags und die gewährten Rabatte fallen unter das Geschäftsgeheimnis. Die Offenlegung der von den jeweiligen Konsortialpartnern in den Jahre 2020-2023 zu zahlenden Beträgen ist geeignet, die Stellung von Elsevier im Wettbewerb zu verschlechtern. Diese Informationen sind deshalb als schützenswertes Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren.
- b) Ein öffentliches Interesse, das einer Zugangsgewährung entgegenstehen kann, liegt u.a. vor, wenn die Information Positionen in Vertragsverhandlungen betrifft (§ 23 Abs. 2 lit a IDG).
- aa) Die öffentlichen Organe müssen ihre Positionen in Vertragsverhandlungen bis zum Abschluss einer Vereinbarung schützen können, ansonsten sie gegenüber der anderen Partei benachteiligt wären. Ein ungünstiger Vertragsabschluss aufgrund einer verfrühten Informationsbekanntgabe ist nicht im öffentlichen Interesse. Ist eine Vereinbarung abgeschlossen, wird in den meisten Fällen eine Geheimhaltung aus öffentlichem Interesse hinfällig (Bruno Baeriswyl, a.a.O., § 23 Rz. 15).
- bb) Indem Verlage sich die gewonnenen Erkenntnisse für zukünftige Vertragsverhandlungen zu Nutze machen und damit die Verhandlungsposition der PHZH schwächen können, liegt es im öffentlichen Interesse, dass die ausgehandelten Preise auch nach Vertragsschluss nicht bekannt gemacht werden. Das Bundesgericht kommt in seiner Entscheidung vom 5. Juli 2017 (BGE 1C_40/2017) zum Schluss, dass es vertretbar sei, ernsthafte private und öffentliche Interessen von einem gewissen Gewicht für die Verweigerung des Zugangs zur nachgesuchten Information zu bejahen. Sollte anderen Verlagen bekannt werden, wie einzelne Leistungen eines Konkurrenzverlages honoriert würden, so sei nicht auszuschliessen, dass dies die Verhandlungsposition bei zukünftigen Vertragsverhandlungen mit diesen anderen Verlagen schwächen könne. Ebenso dürfte die Offenlegung der Preise künftige Verhandlungen mit Elsevier für den Zeitraum nach 2023 stark erschweren. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass die Bibliothek der PHZH die Publikationen von Elsevier auch in Zukunft zu möglichst günstigen Bedingungen zur Verfügung stellen und ihren Forschenden Zugang zu Open-Access Publikationen gewähren kann. Diese Beeinträchtigung von Vertragsverhandlungen rechtfertigen es, die vom Rekurrenten gewünschte Information zu verweigern. Auch die öffentlichen Interessen der PHZH überwiegen demnach das Interesse des Gesuchstellers an der Einsichtnahme in die Akten.

14. Das Öffentlichkeitsprinzip dient u.a. als Grundlage für die Erleichterung der Kontrolle staatlichen Handelns. Mit der Offenlegung des seitens aller Konsortialpartner jeweils zu zahlenden Gesamtbetrages für die Jahre 2020, 2012, 2022 und 2023 wird dem Öffentlichkeitsprinzip und somit dem Interesse der Öffentlichkeit insoweit genüge getan, dass offengelegt wird, in welcher Höhe Steuergelder seitens der Konsortialpartner für den Erwerb von Verlagsprodukten von Elsevier gesamthaft eingesetzt werden.
15. Gestützt auf die in den vorangehenden Erwägungen vorgenommene Interessenabwägung ist die PHH der Auffassung, dass ein überwiegendes öffentliches Geheimhaltungsinteresse der PHZH sowie privates Geheimhaltungsinteresse von Elsevier vorliegt. Dem Gesuchsteller wird deshalb der Zugang zu den auf den Seiten 11 und 12 des zwischen dem Konsortium und Elsevier geschlossenen Vertrages dargestellten Ausgaben der PHZH für die Jahre 2020, 2012, 2022 und 2023 nicht gewährt.

III. Verfügung

1. Das Informationszugangsgesuch von Christian Gutknecht vom 27. Mai / 6. Juni 2020 wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gebühren erhoben.
3. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen von deren Mitteilung an schriftlich und unter Beilage einer Kopie der Verfügung bei der Rekurskommission der Zürcher Hochschulen, Walcheplatz 2, 8090 Zürich, Rekurs eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Heinz Rhy
Rektor