

STELLUNGNAHME

betreffend die Frage der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips der Verwaltung auf die SLSP AG

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	1
1.1	Zweck und Organisation der SLSP AG	1
1.2	Das Projekt SLSP Swiss Library Service Platform	2
1.3	Erbringung von Konsortialdiensten	2
2	Fragestellung	3
3	Stellungnahme.....	3
3.1	Die Rolle der SLSP AG bei Leistungserbringung.....	3
3.2	Anwendbare Öffentlichkeits- bzw. Informationsgesetze.....	4
4	Zusammenfassung und Schlussfolgerung	8

1 Ausgangslage

1.1 Zweck und Organisation der SLSP AG

Die SLSP AG bezweckt den Aufbau und den Betrieb eines Bibliotheksverwaltungssystems (gemäss der nachfolgenden Ziff. 1.2) und die Erbringung weiterer damit zusammenhängender Services (z.B. Ausleihkurier). Die Mittel der Gesellschaft sind dauerhaft diesem Zweck gewidmet. An der Gesellschaft können sich nur Hochschulen bzw. Bibliotheken der Hochschulen gemäss Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (HFKG) sowie wissenschaftliche Bibliotheken der öffentlichen Hand beteiligen. Aktuell besteht das Aktionariat der SLSP AG aus den folgenden Institutionen:

- Universität Basel
- Universität Bern
- Universität Zürich
- Berner Fachhochschule
- ETH Zürich
- Fachhochschule Ostschweiz
- Haute École Spécialisée de Suisse occidentale
- Università della Svizzera italiana
- Université Fribourg
- Université de Genève
- Universität St. Gallen

- ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
- Zentral- und Hochschulbibliothek Luzern
- Zürcher Hochschule der Künste
- Zentralbibliothek Zürich

Der Verwaltungsrat wird aus Vertretern der Schweizer Hochschulen, insbesondere der Aktionäre, zusammengesetzt.

1.2 Das Projekt SLSP Swiss Library Service Platform

SLSP Swiss Library Service Platform ist ein von den wissenschaftlichen Bibliotheken der Schweizer Hochschulen getragenes und von swissuniversities im Rahmen des Programmes SUK P-2 / P-5 gefördertes Projekt. Seit Beginn wird das Projekt von den noch bestehenden Bibliotheksverbänden bzw. einzelnen Institutionen personell, finanziell und organisatorisch getragen.

Das Projekt dient der Koordination, Digitalisierung und Zentralisierung des Bibliothekswesens in der Schweiz. Die gegenwärtig noch laufenden Verbundsysteme der Hochschulbibliotheken, wie beispielsweise NEBIS, RERO und der Informationsverbund Deutschschweiz (IDS), sollen durch ein gesamtschweizerisches digitales Bibliotheksverwaltungssystem abgelöst werden.

Zukünftig können sich wissenschaftliche Bibliotheken dem neuen, durch die SLSP Swiss Library Service Platform AG (im Folgenden SLSP AG) betriebenen Bibliotheksverwaltungssystem anschliessen. Für diesen Anschluss schliessen die Institutionen und die SLSP AG einen Vertrag über den Betrieb des Bibliotheksverwaltungssystems und die Zurverfügungstellung von Services ab.

1.3 Erbringung von Konsortialdiensten

Das Konsortium Schweizer Hochschulbibliotheken für elektronische Informationsprodukte (nachfolgend Konsortium) besteht als einfache Gesellschaft nach Art. 530 OR und bezweckt die gemeinsame Beschaffung von Lizenzen für elektronische Informationsprodukte (nachfolgend Konsortiallizenzen) und erbringt Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Bibliothek. Die Leistungen werden für Mitglieder und Konsortialkunden erbracht. Mitglieder sind Universitäten, Fachhochschulen und pädagogische Hochschulen sowie weitere wissenschaftliche Bibliotheken, deren Bibliotheken Mitglied des Swiss Library Network for Education and Research (SLiNER) sind.¹

Die SLSP AG wurde vom Konsortium in einem Service Vertrag mit der Erbringung von sogenannten Konsortialdiensten beauftragt, die im Wesentlichen die Beschaffung von Konsortiallizenzen bezwecken.²

¹ Ziff. 1 des Konsortialvertrages vom 01.01.2020 betreffend elektronische Informationsprodukte.

² Ziff. 2 lit. d des Service Vertrags zwischen dem Konsortium Schweizer Hochschulbibliotheken und der SLSP AG vom 01.01.2020.

2 Fragestellung

Die vorliegende Stellungnahme beleuchtet die Frage, ob das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, dem die Kunden und Aktionäre der SLSP AG sowie die Mitglieder und Kunden des Konsortiums zu einem grossen Teil unterliegen, auch auf die SLSP AG anwendbar ist. Dies hätte zur Folge, dass die SLSP AG amtliche Dokumente auf Gesuch herausgeben müsste, was insbesondere bei Verträgen, welche eine Geheimhaltungsklausel enthalten, zu Interessenskonflikten und zumindest zu vermehrten administrativen Aufwänden führen würde.

Die folgenden Ausführungen basieren auf dem Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ) sowie einigen kantonalen Informations- bzw. Öffentlichkeitsgesetzen. Auf eine vollständige Erhebung aller anwendbaren kantonalen Vorschriften haben wir verzichtet, da das Ergebnis unserer Meinung nach bereits aufgrund der von uns erhobenen gesetzlichen Grundlagen eindeutig gegen eine direkte Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips auf die SLSP AG spricht.

3 Stellungnahme

3.1 Die Rolle der SLSP AG bei Leistungserbringung

3.1.1 Vorbemerkung

Wenn eine Behörde einen externen Dienstleister für die Erfüllung ihrer Aufgaben bezieht, liegt eine sogenannte **Auftragsbearbeitung** (bzw. ein Outsourcing) vor.³ Die öffentliche Aufgabe bleibt in diesem Fall beim auftraggebenden öffentlichen Organ, daher wird der beigezogene Dienstleister aufgrund der Auftragsbearbeitung nicht zum öffentlichen Organ.⁴

Von der Auftragsbearbeitung zu unterscheiden ist die **Übertragung einer öffentlichen Aufgabe**. Wird die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (ganz oder teilweise) an einen Dritten übertragen, so wird dieser Dritte, selbst wenn er eine private Person oder Organisation ist, selbst zum öffentlichen Organ und untersteht im Hinblick auf diese Aufgabenerfüllung den jeweils anwendbaren öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Die übertragene öffentliche Aufgabe wird dabei zu seiner Aufgabe, die Informationen, die er zur Erfüllung dieser Aufgabe bearbeitet, bearbeitet er in diesem Fall für seine eigenen Zwecke.⁵

³ Diese ist beispielsweise geregelt in Art. 10a DSG, §7 IDG BS oder §6 IDG ZH.

⁴ Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (IDG), RUDIN, § 7, Rz. 11.

⁵ Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (IDG), RUDIN, § 7, Rz. 11.

3.1.2 Betrieb des Bibliotheksverwaltungssystems

Die Bibliotheken stellen in der Regel keine eigenen Rechtspersonen dar, sondern sind Teil eines Rechtsträgers wie beispielsweise einer Universität (im Folgenden «Institutionen»). Die öffentlich-rechtlichen Institutionen erfüllen in der Regel einen gesetzlichen Auftrag (siehe dazu Ziff. 4.1).

Die Institutionen schliessen zukünftig mit der SLSP AG Verträge über die Nutzung des Bibliotheksverwaltungssystems sowie über weitere Services ab. Die SLSP AG erbringt daher Dienstleistungen gegenüber den Institutionen und bearbeitet in diesem Zusammenhang im Auftrag der Institutionen deren Informationen, wozu neben den Daten der Benutzerinnen und Benutzer der Bibliotheken auch die bibliografischen Daten gehören.

Der SLSP AG werden dabei keine öffentlichen Aufgaben übertragen, diese verbleiben bei den auftraggebenden (öffentlich-rechtlichen) Institutionen. Es liegt daher eine Auftragsbearbeitung vor.⁶

3.1.3 Erbringung von Konsortialdiensten

Die SLSP AG wurde durch das Konsortium vertraglich damit beauftragt, die Konsortialdienste zu erbringen. Die Verträge für Konsortiallizenzen, die die SLSP AG im Auftrag des Konsortiums beschafft, werden aber direkt zwischen den Verlagen und denjenigen Mitgliedern/Konsortialkunden abgeschlossen, welche die Lizenzen erwerben.⁷ Weder die SLSP AG noch das Konsortium sind daher Partei der Verträge für Konsortiallizenzen.

Der SLSP AG werden im Rahmen des Service Vertrags keine öffentlich-rechtlichen Aufgaben übertragen, diese verbleiben bei den Mitgliedern / Konsortialkunden. Die SLSP AG erbringt auf vertraglicher Basis Dienstleistungen für das Konsortium, es handelt sich daher ebenfalls um eine Auftragsbearbeitung.

3.2 Anwendbare Öffentlichkeits- bzw. Informationsgesetze

3.2.1 Betroffene Institutionen

Die Gesamtheit der Institutionen, die in Zukunft an das Bibliotheksverwaltungssystem angeschlossen sein werden und die Mitglieder des Konsortiums oder Konsortialkunden sind, ist sehr heterogen ausgestaltet. Ob sie dem Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung unterstehen, muss daher differenziert betrachtet werden.

Einerseits handelt es sich um **private wissenschaftliche Bibliotheken** bzw. private Organisationen, die eine wissenschaftliche Bibliothek führen. Als Private unterstehen diese Bibliotheken keinem Öffentlichkeitsgesetz.

⁶ Diese Beurteilung der Rolle der SLSP AG wurden mit den kantonalen Datenschutzbeauftragten BE, ZH und BS geklärt.

⁷ Ziff. 4 Abs. 3 des Konsortialvertrags.

Andere Institutionen hingegen, insbesondere diejenigen des **Hochschulbereichs**, erfüllen bei der Führung ihrer **Bibliotheken** einen gesetzlichen Auftrag, nämlich die Bereitstellung von Wissen und die Förderung von Forschung. Da der Hochschulbereich in die Kompetenz der Kantone fällt, sind diese Institutionen als **kantonale Behörden** zu qualifizieren, die kantonalem Recht und damit den geltenden kantonalen Informations- oder Öffentlichkeitsgesetzen unterstehen. Sofern der entsprechende Kanton das Öffentlichkeitsprinzip verankert hat, unterliegen diese Institutionen dem Öffentlichkeitsprinzip.

Die Bibliotheken der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH) Zürich und Lausanne werden vom **Bund** betrieben und fallen deshalb als «dezentrale Bundesbehörde» unter das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes.

3.2.2 Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ)

Das BGÖ räumt jeder natürlichen und juristischen Person, unabhängig von Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Alter, das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten ein. Der Zugang ist gerichtlich durchsetzbar, kann aber in begründeten Fällen von der zuständigen Behörde beschränkt werden.⁸

Ein **amtliches Dokument** ist jede Information, die die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft und die auf einem beliebigen Träger aufgezeichnet, fertig gestellt und im Besitz einer Behörde ist. Nicht in diese Kategorie fallen Dokumente, die eine Behörde kommerziell nutzt (z.B. Landkarten des Bundesamtes für Landestopographie, kostenpflichtige Berichte und Broschüren der Bundesverwaltung) oder die zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind.

Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ) gilt für die gesamte Bundesverwaltung. Vom Anwendungsbereich des BGÖ werden auch Teile der dezentralen Bundesverwaltung erfasst. Zur dezentralen Bundesverwaltung gehören auch Aktiengesellschaften, die der Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht, sofern sie nicht überwiegend Dienstleistungen auf dem Markt erbringen (Art. 7a RVOV).⁹

Privatrechtliche Unternehmen fallen unter das BGÖ, sofern ihnen eine **öffentlich-rechtliche Aufgabe übertragen** wurde und sie dabei hoheitlich tätig werden, indem sie **Erlasse verabschieden** und **Verfügungskompetenzen** haben. Sofern diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, fallen sie nicht unter den Anwendungsbereich des BGÖ und unterliegen in der Folge nicht dem Öffentlichkeitsprinzip.¹⁰ Die direkte

⁸ Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann beispielsweise eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung **Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse** offenbart werden können. Bei der Beurteilung, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegt, muss mitberücksichtigt werden, ob ein Konkurrent Interesse an dieser Information hat bzw. ob er Nutzen daraus ziehen kann. Würde die Bekanntgabe der Tatsache zu einer Wettbewerbsverzerrung führen bzw. einen Marktvorteil des Geheimnisinhabers einschränken, ist sie als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren (Empfehlung BGÖ/ EDÖB vom 20.02.2020).

⁹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung, SR 172.010.1.

¹⁰ BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2, Rz. 17.

Anwendbarkeit des BGÖ wird zudem verneint, wenn der Bund lediglich eine Dienstleistung einkauft.¹¹

Die blosser Beteiligung des Bundes an Unternehmen, die Entsendung von Verwaltungsangestellten in Aufsichtsgremien oder der Empfang von Subventionen für sich allein führt daher noch nicht zu einer Anwendung des BGÖ.¹²

Die SLSP AG ist weder Teil der dezentralen Bundesverwaltung, noch wurde ihr eine öffentlich-rechtliche Aufgabe übertragen (siehe Ziff. 3.1.2 und 3.1.3). Ihre Aktionäre sind öffentlich-rechtliche Institutionen aus dem Hochschulbereich, der Bund verfügt aber nicht über eine stimmenmässige Mehrheit. Sie wird im Rahmen der Leistungserbringung nicht hoheitlich tätig und kann weder Erlasse verabschieden, noch hat sie Verfügungskompetenz, weshalb sie nicht unter den Anwendungsbereich des BGÖ fällt.

3.2.3 Kantonale Informations- und Öffentlichkeitsgesetze

3.2.3.1 Allgemein

Die kantonalen Behörden und Organe sind nicht vom Anwendungsbereich des BGÖ erfasst. In den meisten Kantonen ist das Öffentlichkeitsprinzip jedoch in eigenen kantonalen Erlassen (Informations- und Öffentlichkeitsgesetze) verankert. Nur im Kanton Luzern wurde das Öffentlichkeitsprinzip bis heute noch nicht umgesetzt.

Im Folgenden wird anhand einiger kantonaler Bestimmungen dargestellt, wie das Öffentlichkeitsprinzip in einzelnen Kantonen verankert ist und ob diese Bestimmungen auf die SLSP AG direkt anwendbar sind.

3.2.3.2 Kanton Bern

Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c des Informationsgesetzes¹³ des Kantons Bern fallen Private unter dessen Geltungsbereich, soweit sie in Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben tätig sind.

Das Informationsgesetz des Kantons Bern erfasst daher auch Private, sofern sie **mit öffentlichen Aufgaben betraut** sind. Nicht erfasst sind jedoch Private, die im Rahmen einer Auftragsbearbeitung beigezogen werden.

¹¹ SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 Rz. 7.

¹² SHK BGÖ- SÄGESSER , Art. 2 Rz. 30.

¹³ Gesetz über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz) vom 02.11.1993; (107.1).

3.2.3.3 Kanton Zürich

Wenn Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts **mit der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben betraut** werden, sind sie Organe im Sinne von § 2 IDG des Kantons Zürich, wodurch sie unter das Öffentlichkeitsprinzip fallen.¹⁴

3.2.3.4 Kanton Basel-Stadt

§ 75 Abs. 2 KV BS verankert das Recht auf Einsicht in amtliche Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.¹⁵

§ 25 Abs. 1 IDG BS gewährt jeder Person das Recht auf Zugang zu den bei einem öffentlichen Organ im Sinne von § 3 Abs. 1 lit. a und b dieses Gesetzes vorhandenen Informationen, ausgenommen sind Aufzeichnungen, die nicht fertig gestellt sind. Bei den öffentlichen Organen i. S. v. § 3 lit. a und b handelt es sich um die Organisationseinheiten des Kantons und der Gemeinden sowie die Organisationseinheiten der juristischen Personen des kantonalen und kommunalen öffentlichen Rechts, **die eine öffentliche Aufgabe erfüllen**. Gemäss § 3 Abs. 1 lit. c IDG gelten Private zwar als Organe, soweit ihnen die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe übertragen wurde, sie sind aber vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips ausgenommen (§25 Abs. 1 IDG) und müssen daher keinen Zugang zu Informationen gewähren.¹⁶

3.2.3.5 Kanton St. Gallen

Das OeffG¹⁷ fördert die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung. Zu diesem Zweck regelt der Erlass die Information der Öffentlichkeit durch die öffentlichen Organe und gewährleistet den Zugang zu amtlichen Dokumenten (Art. 1 Abs. 1 OeffG).

Den öffentlichen Organen sind Private gleichgestellt, wenn sie Staatsaufgaben erfüllen (Art. 1 Abs. 3 OeffG).

Auch im Kanton St. Gallen muss demzufolge eine Übertragung öffentlicher Aufgaben vorliegen, damit das Öffentlichkeitsprinzip auch auf sie anwendbar ist.

3.2.3.6 Kanton Solothurn

Behörden, die unter den Geltungsbereich des Informations- und Datenschutzgesetzes¹⁸ fallen, sind unter anderem auch natürliche und juristische Personen, soweit sie

¹⁴ Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich (IDG), BLATTMANN, § 6 IDG, Rz. 29.

¹⁵ Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005; (111.100).

¹⁶ Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (IDG), RUDIN, § 25, Rz. 13.

¹⁷ Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz); (140.2).

¹⁸ Informations- und Datenschutzgesetz (InfoDG); (BGS 114.1).

eine öffentliche Aufgabe erfüllen (§3 Bst. b und c Informations- und Datenschutzgesetz).

3.2.3.7 Kanton Jura

Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. e Loi sur l'information et l'accès aux documents officiels¹⁹ fallen auch Institutionen, Einrichtungen oder Gesellschaften des privaten oder kantonalen öffentlichen Rechts unter das Gesetz, sofern sie sich im Eigentum des Staates oder der Gemeinden befinden oder an denen sie mehrheitlich beteiligt sind, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen.

3.2.3.8 Kanton Genf

Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. e Loi sur l'information du public et l'accès aux documents²⁰ gilt das Gesetz auch für juristische Personen und andere privatrechtliche Stellen, über die eine oder mehrere der in Absatz 1 genannten Einrichtungen eine wirksame Kontrolle ausüben. Dies ist der Fall, wenn der Staat eine Mehrheitsbeteiligung an dem privaten Unternehmen besitzt oder das Unternehmen eine Subvention in Höhe von 50% oder mehr ihres Betriebshaushalts, jedoch mindestens 50.000 Franken erhält.

3.2.3.9 Fazit

Die geprüften kantonalen Öffentlichkeitsgesetze sehen alle vor, dass private Unternehmen nur unter das Öffentlichkeitsprinzip fallen, **wenn ihnen öffentliche Aufgaben übertragen wurden**. Einzelne Kantone sehen weitere Einschränkungen wie beispielsweise eine Mehrheitsbeteiligung des Kantons oder das Vorhandensein des Verfügungsrechts bei dem privaten Unternehmen. Die Auslagerung von Aufgaben an einen externen Dienstleister (Outsourcing, Auftragsbearbeitung) führt hingegen bei keinem der von uns geprüften kantonalen Gesetze zu einer Unterstellung des Dienstleisters unter das Öffentlichkeitsprinzip.

4 Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Sowohl das BGÖ als auch die von uns geprüften kantonalen Bestimmungen sehen vor, dass das Öffentlichkeitsprinzip auf private Unternehmen nur dann anwendbar ist, wenn diesen **eine öffentliche Aufgabe übertragen** wurde. Bezieht hingegen eine kantonale Behörde oder eine Bundesbehörde bei einem privaten Unternehmen eine **Dienstleistung**, führt dies nicht zur Unterstellung des privaten Unternehmens unter das Öffentlichkeitsprinzip.

Der SLSP AG wurden keine öffentlichen Aufgaben übertragen, diese liegen weiterhin bei den auftraggebenden (öffentlich-rechtlichen) Institutionen. Die SLSP AG ist bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen nicht hoheitlich tätig und sie hat keine Verfügungsgewalt. Zudem verfügen weder der Bund noch ein Kanton, bei dem

¹⁹ Loi sur l'information et l'accès aux documents officiels; (RS JU 170.801).

²⁰ Loi sur l'information du public et l'accès aux documents; (RS GE A 2 08).

entsprechende gesetzliche Grundlagen vorhanden sind, über eine Mehrheitsbeteiligung an der SLSP.

Wir kommen daher zum Schluss, dass das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung **nicht auf die SLSP AG anwendbar** ist.

Zürich, 26. Oktober 2020

mag. iur. Maria Winkler und Dr. iur. Sarah Bischof

Durch die Geschäftsleitung der SLSP AG verabschiedet, 25.01.2021

Dr. phil. nat. Thomas Marty, MBA

Direktor

Swiss Library Service Platform SLSP AG