



Bern, 21.12.2018

**Empfehlung
nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes
im Schlichtungsverfahren zwischen**

**X
(Antragsteller)**

und

**Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten
ESchK**

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Privatperson) hat am 07. November 2018 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) bei der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) um Zugang zu den Gesuchsunterlagen betreffend den "Gemeinsamen Tarif 7 (GT 7), Schulische Nutzung" ersucht. Die ESchK hatte den GT 7 mit Beschluss vom 30. November 2016 genehmigt.
2. Am 16. November 2018 nahm die ESchK Stellung und verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten vollständig. Sie machte geltend, dass die ESchK eine richterliche Instanz sei und sie somit gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes falle.
3. Am 22. November 2018 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
4. Mit Schreiben vom 23. November 2018 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags die ESchK dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
5. Am 30. November 2018 reichte die ESchK die Dokumente und eine kurze Stellungnahme ein. Demnach hält es die ESchK für ein gesetzgeberisches Versehen, dass sie in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt. Auch wenn sie dem Namen nach eine Schiedskommission sei, übe sie im Rahmen der Tarifprüfung eine richterliche Tätigkeit aus. Dabei verwies sie auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juni 2007 (2A.322/2006) sowie auf «die Auffassungen im Schrifttum». Der Zugang zu Dokumenten aus Tarifgenehmigungsverfahren falle somit gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Weiter seien die vom Zugangsgesuch



betroffenen Dokumente Kernstück eines Tarifgenehmigungsverfahrens, welches als Schiedsverfahren gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 6 BGÖ ebenfalls nicht in den sachlichen Geltungsbereich falle. Ergänzend wies die ESchK darauf hin, dass Dokumente aus Tarifverfahren regelmässig Geschäftsgeheimnisse enthielten, deren Verletzung Wettbewerbsbeeinträchtigungen zur Folge hätten.

6. Am 12. Dezember 2018 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.
7. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und der ESchK 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

8. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der ESchK ein. Diese verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. 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).
9. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.¹ 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

10. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.
11. Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ gilt als Öffentlichkeitsgesetz für die Bundesverwaltung. Für den Begriff «Bundesverwaltung» findet sich im Öffentlichkeitsgesetz keine Legaldefinition. Er ist gemäss Botschaft identisch mit demjenigen in Art. 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).² Während Art. 178 BV von einem zweigliedrigen Modell ausgeht und grundsätzlich zwischen Bundesverwaltung und Trägern ausserhalb der Verwaltung differenziert, unterscheiden Art. 2 Abs. 3 RVOG und Art. 6 Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) zwischen den zentralen und den dezentralen Einheiten der Bundesverwaltung. Diese werden – mit Ausnahme der ausserparlamentarischen Kommissionen – abschliessend im Anhang 1 zur RVOV aufgelistet (Art. 8 Abs. 1 RVOV). Im Anhang 1 wird die ESchK nicht erwähnt.

¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.

² BBI 2003 1985 f.



12. Nach Art. 7a Abs. 1 Bst. a RVOV besteht die dezentrale Bundesverwaltung u.a. aus den ausserparlamentarischen Kommissionen nach Art. 57a RVOG, die gemäss Art. 8a RVOV ihrer Funktion nach entweder in Behörden- oder Verwaltungskommissionen eingeteilt werden. Sodann hält Art. 8 Abs. 2 RVOV fest, dass die ausserparlamentarischen Kommissionen im Anhang 2 der RVOV einem Departement zugeordnet werden. Laut Anhang 2 ist die ESchK als ausserparlamentarische Kommission aufgeführt und dem EJPD zugeordnet.
13. Demzufolge kann festgehalten werden, dass die ESchK gemäss den gesetzlichen Grundlagen als ausserparlamentarische Kommission zur dezentralen Bundesverwaltung gehört und sie deshalb in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ).³
14. Die ESchK bringt im Schlichtungsverfahren zum einen vor, dass sie im Rahmen der Tarifprüfung eine richterliche Tätigkeit ausübe und der Zugang zu den Dokumenten aus Tarifgenehmigungsverfahren gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes falle. Zudem anderen verweist sie darauf, dass es sich bei Tarifverfahren um Schiedsverfahren handle und die Akten somit aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 6 BGÖ nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes fallen würden. Es ist folglich zu prüfen, ob die von der ESchK im Rahmen der Tarifprüfung ausgeübte Tätigkeit ein Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 BGÖ darstellt. Die in dieser Bestimmung aufgelisteten (hängigen) Verfahren sind von der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen.
15. Gemäss Art. 55 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1) ist die ESchK zuständig für die Genehmigung der Tarife der Verwertungsgesellschaften. Die ESchK hat das Genehmigungsverfahren betreffend den GT 7 mit Beschluss vom 30.11.2016 rechtskräftig abgeschlossen.
16. Die Tarifgenehmigungsverfahren der ESchK sind erstinstanzliche Verwaltungsverfahren und werden als solche – unabhängig von der Bezeichnung als Beschluss oder Entscheidung – mit einer Verfügung gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) abgeschlossen.⁴ Dokumente aus erstinstanzlichen Verfahren, dem sogenannten nichtstreitigen Verwaltungsverfahren, unterliegen grundsätzlich dem Öffentlichkeitsgesetz.⁵ Diese Verfügungen können sodann im sogenannten streitigen Verwaltungsverfahren vor einer Rekurs- resp. Justizbehörde angefochten werden. Für diese Verwaltungsrechtspflegeverfahren gilt das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ nicht.
17. Aufgrund dieser Ausführungen gelangt der Beauftragte zur Einschätzung, dass der Tarifgenehmigungsbeschluss der ESchK ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren abschliesst und damit kein Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ vorliegt.
18. Hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 6 BGÖ (Schiedsverfahren) hält die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz ohne weitere Ausführungen lediglich fest, dass der Zugang zu Dokumenten, die Teil der Verfahrensakten eines Schiedsverfahrens (d.h. Entscheide von Schiedskommissionen einschliesslich Schiedsgerichten auf Grund öffentlichrechtlicher Verträge) sind, in den Spezialgesetzen geregelt wird.⁶ Gestützt darauf erklärt die Lehre die

³ Urteil BVGer A-4962/2012 vom 22. April 2013 E 5.7.

⁴ Statt vieler: Urteil BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 1.1.

⁵ STAMM-PFISTER, Basler Kommentar zum DSG/BGÖ, Art. 3 Rz. 22

⁶ BBl 2003 1989.



ESchK als vom sachlichem Geltungsbereich ausgenommen⁷, ohne sich indes eingehender mit der Frage auseinanderzusetzen, worin bei der Tarifgenehmigung genau die Schiedstätigkeit der ESchK liegt. Die rechtlichen Rahmenbestimmungen zur ESchK und ihrer Tätigkeit werden im URG vielmehr unter dem Titel "Aufsicht über die Tarife" aufgeführt. Nicht thematisiert wird weiter, ob und wie sich die Justizreform mit der Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Qualifikation der Schiedsverfahren und ihre Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgewirkt hat. Es stellt sich daher die grundsätzliche Frage, ob die (in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren zu beurteilende) Tarifgenehmigung durch die ESchK nicht als Schiedsverfahren, sondern vielmehr als eigentliches Verwaltungshandeln einer dezentralen Verwaltungseinheit zu qualifizieren ist, die entsprechend der Zielsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes für die Bevölkerung nachvollzieh- und überprüfbar sein muss.

19. Diese Frage kann nach Ansicht des Beauftragten vorliegend letztlich unbeantwortet bleiben. Selbst wenn das Tarifgenehmigungsverfahren als Schiedsverfahren zu qualifizieren wäre, vertritt der Beauftragte nämlich in ständiger Praxis und in Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre⁸ die Ansicht, dass Dokumente, die Teil eines hängigen Verfahrens sind, nur für die Dauer des Verfahrens vom sachlichen Geltungsbereich ausgenommen sind. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck von Art. 3 BGÖ, nämlich dem Schutz entsprechender hängiger Verfahren bzw. der Verhinderung einer Kollision verschiedener Informationszugangsansprüche, konkret zwischen dem Akteneinsichtsrecht im Sinne entsprechender Verfahrenserlasse und dem Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nach Öffentlichkeitsgesetz.⁹ Beim vorliegend zu beurteilenden genehmigten GT 7 handelt es sich um einen rechtskräftigen Beschluss der ESchK. Es besteht daher keine Notwendigkeit mehr, den Zugangsanspruch zu Dokumenten des Genehmigungsverfahrens auszuschliessen, da das Risiko einer Normenkollision nicht mehr besteht.
20. Demzufolge kann festgehalten werden, dass das Verfahren betreffend die Genehmigung des GT 7 abgeschlossen ist und somit kein hängiges Schiedsverfahren vorliegt. Entsprechend der Praxis des Beauftragten liegt somit kein Anwendungsfall von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 6 BGÖ vor.
21. Zusammenfassend stellt der Beauftragte fest, dass die ESchK als dezentrale Einheit der Bundesverwaltung in den persönlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt. Zudem liegen nach Ansicht des Beauftragten keine hängigen Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ vor. Somit gelangt das Öffentlichkeitsgesetz zur Anwendung, weshalb der Beauftragte der ESchK empfiehlt, nach einer allfälligen Eingrenzung des Umfangs des Zugangsgesuchs durch den Antragsteller die betroffenen Dokumente auf das Vorhandensein von allfälligen Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 7ff. BGÖ zu überprüfen und entsprechend den Zugang zu gewähren.

⁷ SÄGESSER, Handkommentar zum BGÖ, Art. 2, Rz. 25; STAMM-PFISTER, Basler Kommentar zum DSG/BGÖ, Art. 3 Rz. 23f.

⁸ Schweizer/Widmer, Handkommentar zum BGÖ, Art. 3 Rz. 12.

⁹ Urteile des BVerger A-1675/2016 vom 12. April 2017 E. 4.3 und A-4186/2015 vom 28. Januar 2016 E. 7.3.1ff.; Empfehlung vom 30.01.2018: ESTV / Rechtskräftige Strafbescdeide.



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

22. Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten prüft das Zugangsgesuch erneut und gewährt einen Zugang entsprechend den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes.
23. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
24. Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten erlässt eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
25. Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
26. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ)
27. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung
von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten
Bundesrain 20
3003 Bern

Reto Ammann