



Bern, 7. Mai 2020

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

**X  
(Antragsteller)**

**und**

**Library for the Research Institutes within the ETH Domain (Lib4RI)**

**und**

**Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETH Zürich)**

**I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

1. Der Antragsteller (Privater) hat in der Vergangenheit bereits verschiedene Zugangsgesuche bei Bundes- und kantonalen Behörden betreffend Vertragsbeziehungen ihrer Bibliotheken mit Verlagshäusern eingereicht.<sup>1</sup> So ersuchte der Antragsteller im Vorfeld zum vorliegend zu beurteilenden Fall mit E-Mail vom 18. Februar 2019 die Universität Zürich (UZH), ihm gestützt auf das Gesetz über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich (IDG ZH) Zugang zum Vertrag Y (nachfolgend Vertrag) vom Februar 2019 zwischen dem Verlag Z (nachfolgend Dritter) und dem Konsortium der Schweizerischen Hochschulbibliotheken zu gewähren. Die UZH verweigerte den Zugang mit Verfügung vom 11. Juni 2019 vollständig. Der Antragsteller reichte gegen die vollständige Zugangsverweigerung der UZH Beschwerde bei der Rekurskommission der Zürcher Hochschulen ein, welche den Rekurs mit Beschluss vom 12. Dezember 2019 gut hiess und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die UZH zurückwies. In der Folge gewährte die UZH mit Verfügung vom 10. Februar 2020 einen teilweisen Zugang zum Vertrag, u.a. zu dem vom Konsortium geschuldeten Gesamtbetrag, schwärzte jedoch die von den einzelnen Mitgliedern geschuldeten Teilbeträge.
2. Ausgehend von dieser teilweisen Zugangsgewährung durch die UZH und gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) stellte der Antragsteller am 13. Februar 2020 bei der Library for the Research Institutes within the ETH Domain (Lib4RI) ein Gesuch um Zugang zu den "in der Zeile Lib4RI verdeckten Angaben für die Jahre 2019 und 2020" (nachfolgend Teilbeträge), aufgeführt in der Tabelle Schedule C - Payment, Option 1, auf Seite 18 des Vertrags.

---

<sup>1</sup> S. dazu u.a. Empfehlung EDÖB vom 10. Juli 2015 Lib4RI/ETH Zürich/ETH Lausanne/KUB.



3. Am 14. Februar 2020 reichte der Antragsteller bei der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETH Zürich) ein ebensolches Gesuch ein: „Gestützt auf das BGÖ ersuche ich deshalb direkt Einsicht bzw. hier schlicht die Bekanntgabe der zwei Zahlen betreffend der ETH: Total Fee (£) 2019 [und] Total Fee (£) 2020“ (nachfolgend Teilbeträge). Diese sind in der Tabelle Schedule C - Payment, Option 1, auf Seite 19 des Vertrags aufgeführt.
4. Mit Schreiben vom 28. Februar 2020 lehnte die ETH Zürich den Zugang zu den von ihr geschuldeten Teilbeträgen für die Jahre 2019 und 2020 ab. Als Begründung für die Einschwörungen führte die ETH Zürich an, es handle sich dabei um geschäftlich relevante Informationen, die gemäss Lehre Gegenstand von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ seien. Dazu würden u.a. Informationen und Kriterien zur Preiskalkulation gehören. Aus der Kenntnis der einzelnen "Gebühren (Fees)" der im Anhang C des Vertrags aufgeführten Mitglieder des Konsortiums seien „im vorliegenden Fall Rückschlüsse auf die Preiskalkulation sowie die Preis- und Rabattpolitik des Verlags möglich, was zu einer Verletzung der vertraglichen Geheimhaltungspflichten [mit dem Verlag] führen würde und allenfalls sogar Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben könnte.“ Das Bundesgericht, so die ETH Zürich weiter, habe in seinem Urteil 1C\_40/2017 vom 5. Juli 2017 E. 6.2.2 festgehalten, dass es nachvollziehbar erscheine, wenn ein Verlag, der nicht allen Vertragspartnern dieselben Konditionen gewähre, ein Interesse an der Geheimhaltung der eigenen Rabattpolitik haben könne. Weiter führte die ETH Zürich gegenüber dem Antragsteller aus, dass er „[a]ufgrund dieser Erwägungen [...] das [...]Vertragsdokument von der UZH entsprechend eingeschwärzt erhalten [habe]. Mit der Offenlegung des zu zahlenden Gesamtbetrages wurde dem Öffentlichkeitsprinzip ausreichend Rechnung getragen.“
5. Mit Schreiben vom 2. März 2020 verweigerte auch die Lib4RI den Zugang zu ihren Teilbeträgen für die Jahre 2019 und 2020 mit der Begründung des Vorliegens von Geschäftsgeheimnissen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Gemäss Lehre und Rechtsprechung müsse der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses geschäftlich relevante Informationen betreffen (wie z.B. die Preiskalkulation) und potentielle Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis oder die Wettbewerbsfähigkeit haben. Im vorliegenden Fall sei dem Antragsteller das Total der geschuldeten Gebühren bereits bekannt. Wenn nun auch die Teilbeträge der einzelnen Konsortiumsmitglieder offengelegt würden, wäre die Preiskalkulation des Dritten nachvollziehbar. „Damit wäre auch die Preis- und Rabattpolitik des Verlags ersichtlich, was nicht nur die vertragliche Geheimhaltungspflicht verletzen würde (der Verlag hat sich ausdrücklich gegen eine Offenlegung ausgesprochen), sondern auch zu einer Wettbewerbsverzerrung führen könnte. Aufgrund dieses Geheimhaltungsinteresses [des Verlages] verweigern wir den Zugang zum Teilbetrag der Lib4RI. Mit der Offenlegung des Gesamtbetrags ist dem Öffentlichkeitsprinzip bereits ausreichend Rechnung getragen.“
6. Am 2. März 2020 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) betreffend die ETH Zürich und am 3. März 2020 betreffend die Lib4RI ein.
7. Mit E-Mail vom 5. März 2020 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang der Schlichtungsanträge und forderte gleichentags die Lib4RI und die ETH Zürich dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie eine ergänzende Stellungnahme einzureichen. Gleichzeitig lud der Beauftragte den Antragsteller sowie die Lib4RI und die ETH Zürich zu einer Schlichtungssitzung für den 26. März 2020 ein.
8. Am 10. März 2020 informierte der Beauftragte die Beteiligten, dass aus Gründen der öffentlichen Gesundheit (Coronavirus) das Schlichtungsverfahren schriftlich durchgeführt und die an-



gesetzte Schlichtungssitzung storniert werde. Die ETH Zürich teilte dem Beauftragten gleichentags mit, dass sie mit dem Dritten weiterhin in Kontakt sei, da sich dieser im Rahmen der Anhörung gemäss Art. 11 BGÖ dahingehend geäussert habe, allenfalls mit der Herausgabe der Teilbeträge einverstanden zu sein.

9. Mit E-Mail vom 13. März 2020 reichte die Lib4RI dem Beauftragten die betroffenen Dokumente ein, verzichtete indes auf eine ergänzende Stellungnahme.
10. Am 16. März 2020 reichte die ETH Zürich dem Beauftragten die betroffenen Dokumente ein. Sie verzichtete ebenfalls auf eine ergänzende Stellungnahme und wies darauf hin, dass die Stellungnahme des Dritten noch ausstehend sei.
11. Mit E-Mail vom 30. März 2020 teilte die ETH Zürich dem Beauftragten mit, dass sich der Dritte am 27. März 2020 wie folgt gegen eine Zugänglichmachung der geschwärzten Teilbeträge ausgesprochen habe: "In accordance with the confidentiality provisions detailed within this agreement (17.1) disclosure of fees is deemed commercially sensitive information and we do not consent for it to be shared with individuals. Compliance has been observed under the mandatory duty of disclosure according to Swiss law (specifically BGÖ and BöB)."
12. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers, der Lib4RI, der ETH Zürich 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**

13. Der Antragsteller reichte je ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ bei der Lib4RI und der ETH Zürich ein. Diese verweigerten den Zugang zum verlangten Dokument. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung der Schlichtungsanträge berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Die Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
14. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.<sup>2</sup> 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.
15. Die beiden Schlichtungsanträge des Antragstellers betreffen das gleiche amtliche Dokument. Sowohl bei der Lib4RI wie auch bei der ETH Zürich verlangt der Antragsteller mit Zugangsgesuch vom 13. bzw. 14. Februar 2020 die Herausgabe der geschwärzten Teilbeträge für die Jahre 2019 und 2020. Damit rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einer gemeinsamen Empfehlung zu erledigen.

### **B. Materielle Erwägungen**

16. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der

---

<sup>2</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024.



Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.<sup>3</sup>

17. Der Antragsteller ist aufgrund seines Zugangsgesuches bei der UZH bereits im Besitz des Vertrags zwischen dem Konsortium der Schweizerischen Hochschulbibliotheken und dem Dritten (s. Ziff. 1). Mit seinen Zugangsgesuchen vom 2. und 3. März 2020 bei der Lib4RI und der ETH Zürich hat er nur Zugang zu deren Teilbeträgen für die Jahre 2019 und 2020 verlangt. Schlichtungsgegenstand sind somit lediglich diese geschwärzten Teilbeträge, nicht aber andere Abdeckungen des Vertrages.
18. Mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes hat ein Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungs- hin zum Öffentlichkeitsprinzip stattgefunden. Jede Person, die amtliche Dokumente einsehen möchte, hat im persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes einen subjektiven, individuellen Anspruch darauf. Insoweit stellt das Öffentlichkeitsgesetz in Art. 6 Abs. 1 BGÖ eine Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten auf.<sup>4</sup> Damit wird jeder Person ein generelles Recht auf Zugang gewährt, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste. Die Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes führte zu einer Umkehr der Beweislast. Demzufolge muss eine Behörde, wenn sie den Zugang zu amtlichen Dokumenten teilweise oder vollständig verweigern oder aufschieben will, die Vermutung des Zugangs zu den Dokumenten widerlegen. Gelingt es ihr nicht, diesen Beweis zu erbringen, so ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>5</sup>  
Mit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes obliegt es entsprechend nicht mehr dem freien Ermessen der Behörden, ob und welche Informationen oder Dokumente sie zugänglich machen wollen oder nicht.<sup>6</sup> Dies verkennen die Lib4RI und die ETH Zürich mit ihrem Einwand, wonach mit der Offenlegung des Gesamtbetrags dem Öffentlichkeitsprinzip bereits ausreichend Rechnung getragen worden sei, hat doch der Antragsteller in seinem Zugangsgesuch die gewünschten Informationen, nämlich die Teilbeträge der Lib4RI und der ETH Zürich für die Jahre 2019 und 2020, genau spezifiziert.
19. Sowohl die Lib4RI wie auch die ETH Zürich begründeten die Zugangsverweigerung zu den verlangten Teilbeträgen einzig mit dem Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Die ETH Zürich verwies dabei u.a. auf das Urteil des Bundesgerichtes 1C\_40/2017, dem ebenfalls ein Zugangsgesuch betreffend Dokumente zwischen dem Konsortium der Schweizerischen Bibliotheken und drei wissenschaftlichen Verlagen zugrunde lag. Ein Gesuchsteller hatte gestützt auf das Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (IDG/BS) bei der Universitätsbibliothek Basel Zugang zu amtlichen Dokumenten (Offer-ten, Rechnungen, Verträgen, usw.) verlangt, aus denen hervorgeht, wie viel sie den Verlagen in den Jahren 2010 bis 2016 bezahlt hatte. Zwischen den Verlagen und den Hochschulbibliotheken war hinsichtlich des Preises Vertraulichkeit vereinbart worden. Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid fest, dass es vom Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt „jedenfalls vertretbar [ist], ernsthafte private und öffentliche Interessen von einem gewissen Gewicht für die Verweigerung des Zugangs zu nachgesuchten Information zu bejahen; die Vorinstanz durfte diese ohne Willkür als überwiegend im Sinne von § 29 Abs. 2 lit. d IDG/BS erachten.“<sup>7</sup>

<sup>3</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

<sup>4</sup> BGE 142 II 324 E. 3.4.

<sup>5</sup> Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

<sup>6</sup> Urteil des BVGer A-2186/2013 vom 14. Februar 2014 E. 4.2.

<sup>7</sup> Urteil des BGer 1C\_40/2017 vom 5. Juli 2017 E. 6.2.2.



20. Dieses Urteil des Bundesgerichts kann – trotz vergleichbarer Sachlage – aus verschiedenen Gründen nicht unbesehen auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Im Gegensatz zum erwähnten Urteil stehen hier nicht verschiedene amtliche Dokumente (wie Offerten, Rechnungen, Verträge etc.), sondern lediglich die in dem Vertrag des Konsortiums mit dem Dritten aufgeführten Teilbeträge der zwei Bundesbehörden für die Jahre 2019 und 2020 zur Diskussion. Weiter gilt es zu beachten, dass sich die gesetzlichen Grundlagen des IDG/BS und des Öffentlichkeitsgesetzes wesentlich unterscheiden. Gemäss § 29 IDG BS kann der Zugang im Falle eines überwiegenden öffentlichen oder privaten Interesses verweigert werden, wobei als privates Interesse auch Geschäftsgeheimnisse aufgeführt werden. Demgegenüber hat der Bundesgesetzgeber die Interesseabwägung bereits vorweggenommen, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ in abschliessender Weise die Gründe aufzählt, aus denen das Geheimhaltungs- das Transparenzinteresse überwiegen kann.<sup>8</sup> Somit obliegt es der Behörde im Einzelfall zu beweisen, dass die Zugangsgewährung eine Beeinträchtigung von einer gewissen Erheblichkeit zur Folge hätte und ein ernsthaftes Schadensrisiko besteht, d.h. dass der Schaden aufgrund der Zugänglichmachung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt.<sup>9</sup> Zudem konnte das Bundesgericht im erwähnten Verfahren lediglich eine Willkürprüfung hinsichtlich der Anwendung des kantonalen Rechts vornehmen. In seinem Beitrag "Preise als Geschäftsgeheimnisse nach Öffentlichkeitsgesetz" analysierte U. Tscherrig diesen Entscheid und kommt dabei zum Schluss, dass das Bundesgericht die von der Vorinstanz in Anwendung des basel-städtischen Rechts vorgenommene Interessenabwägung als nicht willkürlich gewürdigt hat, weshalb es auch darauf verzichtet habe, vertiefte Überlegungen anzustellen, ob Preise für sich betrachtet Geschäftsgeheimnisse sind.<sup>10</sup> Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob in Bezug auf die Teilbeträge die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses *nach Öffentlichkeitsgesetz* gegeben sind.
21. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird als Geheimnis jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).<sup>11</sup> Folgende Informationen können in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse aufweisen: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte, Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und –beziehungen.<sup>12</sup>
22. Die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ ist gemäss Rechtsprechung nur auf Geschäftsinformationen anwendbar, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil verschafft und damit ein Schaden zugefügt wird. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko genügt nicht.<sup>13</sup> Die Verletzung des Geschäftsge-

<sup>8</sup> Urteil des BGer 1C\_428/2016 vom 27. September 2017 E. 3.

<sup>9</sup> Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 3.2.

<sup>10</sup> Tscherrig, Preise als Geschäftsgeheimnisse nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in sui-generis 2019, S. 214.

<sup>11</sup> Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 5.1.

<sup>12</sup> BGE 142 II 268 E. 5.2.3f.

<sup>13</sup> Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.



heimnisses muss aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen; eine lediglich denkbare oder (entfernt) mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Als Beeinträchtigung kann zudem nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zum gewünschten amtlichen Dokument wie etwa zusätzliche Arbeit oder unerwünschte öffentliche Aufmerksamkeit gelten. Die drohende Verletzung muss gewichtig und ernsthaft sein.<sup>14</sup>

23. Die Beweislast für das Vorliegen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen trägt die zuständige Behörde bzw. der (angehörte) Geheimnisherr.<sup>15</sup> Gemäss ständiger Rechtsprechung genügt ein pauschaler Verweis auf das Geschäftsgeheimnis nicht, vielmehr haben der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist.<sup>16</sup> Misslingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.<sup>17</sup> Dabei ist auch das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten: Erweist sich eine Beschränkung als gerechtfertigt, soll die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählen.
24. Da es sich beim Geschäftsgeheimnis um ein privates Interesse handelt, hat der Geheimnisherr der Behörde konkret und detailliert darzulegen, weshalb es sich um schützenswerte Geschäftsinformationen handelt. Die für die Bearbeitung des Zugangsgesuches zuständige Behörde hat im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die vom Geheimnisherr geltend gemachten Geheimnisse vorliegen, wobei die allgemeine Aussage des Dritten, dass dies der Fall sei, nicht ausreicht. Auch darf die Behörde sich nicht bloss der Stellungnahme des Dritten anschliessen, sondern muss vielmehr selbstständig einschätzen, ob ein berechtigtes Interesse am Schutz der Geschäftsinformationen besteht.<sup>18</sup>
25. Bei den von den einzelnen Bibliotheken geschuldeten Teilbeträgen handelt es sich um relativ unbekannte Informationen, da sie weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind. Gemäss der Lib4RI und der ETH Zürich lehnt der Dritte die Herausgabe der Teilbeträge mit Verweis auf die vertraglich vereinbarte Geheimhaltung ab. Der Dritte hat mit dem Verweis auf die vereinbarte Geheimhaltung lediglich sein subjektives Geheimhaltungsinteresse aufgezeigt. Aus einer solchen Vertraulichkeitsvereinbarung allein lassen sich indessen aber noch keine bestehenden Geschäftsgeheimnisse ableiten.<sup>19</sup> Im Übrigen enthält die Ziffer 17.1 des Vertrages, auf die sich der Dritte beruft (s. Ziff. 11), einen Vorbehalt für die nach schweizerischem Recht geltenden Offenlegungspflichten. Hierbei wird u.a. das Öffentlichkeitsgesetz explizit aufgeführt.
26. Die Lib4RI und die ETH Zürich begründen in ihren Stellungnahmen vom 2. März 2020 und 28. Februar 2020 an den Antragsteller die Zugangsverweigerung jeweils einzig damit, dass durch die Offenlegung der Teilbeträge der einzelnen Mitglieder des Konsortiums Rückschlüsse auf die Preiskalkulation sowie die Preis- und Rabattpolitik des Dritten möglich seien, was wiederum zu einer Wettbewerbsverzerrung führen könne.
27. Preiskalkulation und Preis- sowie Rabattpolitik können an sich objektive Geheimhaltungsinteressen aufweisen und somit Geschäftsgeheimnisse darstellen (s. Ziff. 21). Bei den hier zu beurteilenden Teilbeträgen handelt es sich um Endpreise, welche die einzelnen Konsortiumsmitglieder an den Verlag zu bezahlen haben. Sie stellen selber keine Preiskalkulation dar, sind sie

<sup>14</sup> STEIMEN, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (zit. BSK BGÖ), 3. Aufl., Basel 2014, Art. 7 N 3.

<sup>15</sup> Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 4.3.2.

<sup>16</sup> Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

<sup>17</sup> Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 8.

<sup>18</sup> Urteil des BVGer A-6-2015 vom 26. Juli 2017 E. 4.5.1.2; Urteil des BVGer A-3367/2017 vom 3. April 2018 E. 7.4.1.

<sup>19</sup> Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.5.1.



doch das Ergebnis der vom Verlag vorgenommenen Kalkulation.<sup>20</sup> Es stellt sich somit die Frage, inwiefern an diesen Teilbeträgen ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht, d.h. inwiefern deren Offenlegung die Wettbewerbsfähigkeit des Verlags beeinträchtigen könnte. Weder die Lib4RI noch die ETH Zürich haben in ihren Ausführungen dargelegt, wie genau durch die Bekanntgabe der einzelnen Teilbeträge Rückschlüsse auf die Preiskalkulation möglich sein sollen und wie damit auf die Preis- und Rabattpolitik des Dritten geschlossen werden kann. Ebenso wenig begründen sie eingehender, welchen Wettbewerbsnachteil der Dritte erleiden würde resp. wie konkurrierenden Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil erwachsen könnte, wenn diese Teilbeträge zugänglich gemacht würden. Somit haben weder die Lib4RI noch die ETH Zürich das objektive Geheimhaltungsinteresse hinreichend substantiiert dargelegt.

28. Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen hat in seinem Entscheid B 2018/171 festgehalten, dass an den von der Universitätsbibliothek St. Gallen an bestimmte Verlage bezahlten Beiträgen „[...] insofern kein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Verlage [besteht], als eine Offenlegung nicht geeignet ist, für sie einen Wettbewerbsnachteil zu bewirken, zumal sich aus der Kenntnis der bezahlten Beiträge allein das Preis-Leistungsverhältnis nicht ableiten lässt [...]. Gestützt darauf sind weder Rückschlüsse auf die Preiskalkulation noch auf die Gewinnspanne der Verlage oder die allgemeine Preis- oder Rabattpolitik möglich. [...] Die Kenntnis der bezahlten Beiträge ist mithin nicht geeignet, Auswirkung auf das Geschäftsergebnis bzw. auf die Wettbewerbsfähigkeit der Verlage zu zeitigen.“<sup>21</sup>
29. Der Vollständigkeit halber weist der Beauftragte darauf hin, dass vorliegend kein Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ gegeben ist, wonach der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn durch die Gewährung Informationen vermittelt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat. Damit diese Ausnahmebestimmung erfüllt ist, müssen gemäss der Lehre drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sein: Erstens muss die Information von einer Privatperson mitgeteilt worden sein. Zweitens muss die Behörde die Geheimhaltung auf ausdrückliches Verlangen der Informantin bzw. des Informanten zugesichert haben. Die Behörde darf die Zusicherung weder von sich aus anbieten, noch darf sie diese leichtfertig abgeben. Drittens muss diese Mitteilung freiwillig erfolgt sein. Keine Freiwilligkeit liegt indes vor, wenn die Information im Rahmen einer gesetzlichen oder – wie dies vorliegend der Fall ist – vertraglichen Verpflichtung abgegeben wurde.<sup>22</sup>
30. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bis anhin weder die Lib4RI oder die ETH Zürich noch der Dritte das Bestehen von Geschäftsgeheimnissen hinreichend konkret dargelegt haben. Andere Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes wurden nicht geltend gemacht und sind auch nicht offensichtlich. Somit gilt die gesetzliche Vermutung von Art. 6 BGÖ, gemäss welcher der Antragsteller das Recht auf Zugang zu den verlangten Teilbeträgen der Lib4RI und der ETH Zürich hat.

---

<sup>20</sup> TSCHERRIG, Preise als Geschäftsgeheimnisse nach dem Öffentlichkeitsgesetz, in: sui-generis 2019, S. 222ff.

<sup>21</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts SG B 2018/171 vom 21. Januar 2019 E 4.

<sup>22</sup> Vgl. zum Ganzen COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 47; Empfehlung vom 12. August 2016 EFK/Preisprüfungen von armasuisse Beschaffungen, Ziff. 27.



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

31. Die Library for the Research Institutes within the ETH Domain und die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich gewähren den Zugang zu ihren Teilbeträgen für die Jahre 2019 sowie 2020.
32. Der Antragsteller und der Dritte können innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung jeweils bei der Library for the Research Institutes within the ETH Domain und der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
33. Die Library for the Research Institutes within the ETH Domain und die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich erlassen je eine Verfügung, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden sind (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
34. Die Library for the Research Institutes within the ETH Domain und die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich erlassen die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
35. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen des Antragstellers und des Dritten anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
36. Die Empfehlung wird eröffnet:
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
X
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETH)  
Rämistrasse 101  
8092 Zürich
  - Einschreiben mit Rückschein (R)  
Library for the Research Institutes within the ETH Domain  
Überlandstrasse 133  
8600 Dübendorf
  - Kopie (teilweise anonymisiert) zur Kenntnis an (Einschreiben mit Rückschein R):  
Z

Reto Ammann