

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.134 vom 7. März 2018

BS Appellationsgericht, 2018-03-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.134

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.134 du 7 mars 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.134 del 7 marzo 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 6. Juni 2017 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes, GOG, SG 154.100). Der Rekurrent ist als Gesuchsteller und Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Bei dieser Ausgangslage ist auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Gericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat. Die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids hat das Verwaltungsgericht mangels einer besonderen gesetzlichen Grundlage nicht zu überprüfen (§ 8 Abs. 5 VRPG; VGE VD.2015.142 vom 27. Juni 2017 E. 1.2, VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 1.3, je mit Hinweisen).

E. 2

2.1 Der Rekurrent macht geltend, er habe ein Interesse, die Vereinbarungen zwischen dem Kanton Basel-Stadt und dem ■Lebensmittelmulti■ einzusehen. Es habe eine Abnahmeverpflichtung für alle Pächter von Kiosken und Badis bestanden. Diese hätten Tiefkühlprodukte und weitere Produkte ausschliesslich bei dieser einen Lieferantin beziehen müssen, wodurch sich die Warenkosten massiv verteuert hätten. Der Kanton Basel-Stadt habe demgegenüber Rückvergütungen bezogen. Im Hinblick auf die Badesaison 2017 plane die B____, die Thematik nochmals aufzunehmen. Abzuklären sei insbesondere, ob der Kanton Basel-Stadt ■Kickbacks■ beziehe, was vermutungsweise zu Lasten der Pächter und Konsumenten gehe. Im Fokus der Abklärungen stehe nicht die Lieferantin, sondern das Erziehungsdepartement. Die Unmöglichkeit der Anonymisierung der Dokumente und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen würden bestritten. Es müsse lediglich abgeklärt werden, ob sich das Erziehungsdepartement korrekt verhalten habe. Eventualiter könnten die Dokumente geschwärzt werden. Die Öffentlichkeit habe ein Interesse zu erfahren, ob und in welchem Umfang das Erziehungsdepartement Verträge zu eigenen Gunsten abschliesse, zumal vorliegend die Pächter und Kunden unter dem eingeschränkten Warenangebot und den teureren Preisen leiden würden. Es bestehe die

Möglichkeit, dass der Kanton das Vergabeverfahren unterlaufen oder den Vertrag nicht nach objektiven Kriterien zu finanziell unvorteilhaften Konditionen abgeschlossen habe.

2.2 Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung vom 26. April 2017 dar, dass ein Vertragsverhältnis mit der C____ S.A. bestehe, dessen Gegenstand der Einkauf von Speiseeis sowie weiterer Tiefkühl- und Trockenprodukte bilde. Dieser Vertrag sei nach seiner ersten Begründung vom 19. Februar 2008 zweimal, am 28. April 2010 und am 19. Dezember 2014, erneuert worden. In seiner aktuellen Ausgestaltung enthalte er ein jährliches Kündigungsrecht der Parteien. Es bestehe keine Abnahmeverpflichtung des Erziehungsdepartements und der Betreiber von Verpflegungsstätten auf bzw. in dessen Sportanlagen. Eine Anonymisierung der Vertragspartnerin und deren Geschäftspraktiken sei faktisch unmöglich. Eine Bekanntgabe gestützt auf die Einwilligung der Vertragspartnerin falle ausser Betracht, da diese damit nicht einverstanden sei. Daher sei das Informationszugangsgesuch abzuweisen. In der Vernehmlassung bekräftigt das Departement, dass eine wirksame Anonymisierung nicht möglich sei. Bei der fehlenden Einwilligung der betroffenen Vertragspartnerin lasse das kantonale Gesetz keinen Raum für eine Zugangsgewährung. Überdies enthielten die Verträge Angaben zu Preisen, Rabatten sowie Sponsoring- und Werbemassnahmen, die Rückschlüsse auf Preiskalkulationen, Kostendeckung von Produkten und Geschäftsstrategie zuliessen. Diese Angaben seien als Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Daher sei eine Geheimhaltungsklausel vereinbart worden. Die Vertragspartnerin sei auch im vorliegenden Einzelfall nicht bereit, einer Einsichtsgewährung zuzustimmen. Wenn Geschäftspartner des Kantons damit rechnen müssten, dass vertragliche Geheimhaltungsklauseln keinen Bestand hätten, würden diese dem Kanton in Zukunft keine günstigen Konditionen mehr gewähren. Schliesslich liessen sich aus dem nachgesuchten Vertrag keine Angaben über die Pachtbedingungen in den kantonalen Sportanlagen entnehmen. Insoweit seien die ersuchten Dokumente nicht relevant.

E. 3

3.1 Das Handeln des Kantons Basel-Stadt unterliegt grundsätzlich dem Öffentlichkeitsprinzip gemäss § 75 Abs. 2 der Kantonsverfassung (KV, SG 111.100). Es handelt sich dabei um einen kantonalen Verfassungsgrundsatz, der vom Gesetzgeber mit Erlass des baselstädtischen Informations- und Datenschutzgesetzes (IDG, SG 153.260) ausgestaltet wurde. Bei dessen Anwendung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Kanton bei der Ausgestaltung kompetenzgemäss erlassener Verfassungsgrundsätze über einen Gestaltungs- und Ermessensspielraum verfügt. Die kantonalen Entscheidungen müssen sich nicht notwendigerweise mit jenen des Bundes decken. Formal ist der Kanton an das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ, SR 152.3) und die entsprechende Praxis der Bundesbehörden nicht gebunden (VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 4.5 und BGer 1C_40/2017 vom 5. Juli 2017 E. 6.2.2). Dessen Anwendungsbereich beschränkt sich auf die Bundesverwaltung (Art. 2 BGÖ). Eine analoge Anwendung des BGÖ auf die Verhältnisse des Kantons Basel-Stadt wird damit nicht ausgeschlossen, setzt aber stets eine sorgfältige Abklärung der Umstände und ihrer Vergleichbarkeit voraus (VGE VD.2017.167 vom 15. November 2017 E. 4.2).

3.2 Gemäss § 2 Abs. 2 lit. a IDG finden das IDG und das Öffentlichkeitsprinzip ■ neben anderen, hier nicht erheblichen Fällen ■ keine Anwendung, soweit der Kanton oder ein anderes öffentliches Organ am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt und dabei privatrechtlich handelt. Im vorliegenden Fall bestehen gestützt auf diese

Ausnahmebestimmung erhebliche Zweifel an der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips. Zwar erstellt und betreibt der Kanton nach § 6 Abs. 1 des baselstädtischen Sportgesetzes (SG 371.100) Sport- und Bewegungsanlagen und nimmt damit eine öffentliche Aufgabe wahr. Der Betrieb von Kiosken und Restaurants ist aber keine typische Staatsaufgabe. Vielmehr könnte darin eine Teilnahme des Kantons am wirtschaftlichen Wettbewerb im Sinne von § 2 Abs. 2 lit. a IDG gesehen werden. In der Lehre wird der Betrieb einer Gastwirtschaft durch das Gemeinwesen explizit als Beispiel für privatwirtschaftliche Staatstätigkeit und Teilnahme des Gemeinwesens am Wirtschaftsleben in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft genannt (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, N 1388 f.). Jedenfalls ist klar, dass der Kanton privatrechtlich handelt, wenn er Lebensmittel einkauft und verkauft, so dass diesbezüglich nicht von hoheitlichem Handeln gesprochen werden kann (Rudin, in: Rudin/Baeriswyl [Hrsg.], Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, Zürich 2014, Art. 2 IDG N 12 ff.). Demnach wären die Ausschlusskriterien von § 2 Abs. 2 lit. a IDG erfüllt, so dass das IDG mit Bezug auf den Verkauf von Speiseeis und weiteren Lebensmitteln durch den Kanton nicht zur Anwendung käme.

Würde der Verkauf von Speiseeis und weiteren Tiefkühlprodukten speziell in den kantonalen Sport- und Bewegungsanlagen als Tätigkeit ausserhalb des wirtschaftlichen Wettbewerbs nach § 2 Abs. 2 lit. a IDG gesehen, so könnte dies etwa damit begründet werden, dass die Kioske und Restaurants wegen ihres besonderen Standorts innerhalb der staatlich betriebenen Sport- oder Bewegungsanlagen dem wirtschaftlichen Wettbewerb entzogen seien. Diese Betrachtungsweise ist jedoch keineswegs zwingend. Zum einen besteht weiterhin eine gelockerte Konkurrenz mit den privaten Gastronomieangeboten ausserhalb der Sportanlage. Zum anderen ergeben sich aus den Akten auch Hinweise auf einen Wettbewerb innerhalb der Sportanlagen: So wird mit E-Mail des Erziehungsdepartements an die B_____ vom 10. August 2016 (Beilage 7 zur Rekursbegründung) ausgeführt, dass der Kanton die Kioske selbst betreibe, die Restaurants jedoch an Pächter vergeben habe, die keinen Auflagen bezüglich Produkten der C_____ S.A. unterlägen. So werde beispielsweise auch ein anderes, regionales Speiseeis ([...]-Glacé) angeboten. Wenn diese ■ vom Kanton zu unterscheidenden ■ Pächter demnach eigenwirtschaftlich tätig sind, wäre dies ein weiterer Hinweis dafür, dass der Kanton beim Verkauf von Lebensmitteln auch anlageintern mit anderen Anbietern in Konkurrenz stünde, so dass seine Verkaufstätigkeit nicht nur im wirtschaftlichen Wettbewerb mit Anbietern ausserhalb der Anlage, sondern auch mit solchen innerhalb der Anlage stünde. Dies wäre ein weiterer Hinweis für die Nichtanwendbarkeit des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach § 2 Abs. 2 lit. a IDG. Die Frage der Anwendbarkeit des IDG wurde im bisherigen Verfahren nicht aufgeworfen. Sie kann vorliegend offen bleiben, da der Kanton davon unabhängig nicht verpflichtet ist, die umstrittenen Vertragsdokumente offen zu legen.

3.3 Gemäss § 75 Abs. 2 KV besteht das Recht auf Einsicht in amtliche Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Dieses sog. Öffentlichkeitsprinzip wird im IDG konkretisiert, welches bezweckt, das Handeln der öffentlichen Organe transparent zu gestalten und damit die freie Meinungsbildung und die Wahrnehmung der demokratischen Rechte zu fördern, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (§ 1 Abs. 2 lit. a IDG). Zu diesem Zweck vermittelt § 25 Abs. 1 IDG jeder Person einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu

■Informationen■, die bei bestimmten öffentlichen Organen vorhanden sind. Soweit es sich dabei um ■Personendaten■ handelt, sind einschränkend die Bestimmungen von § 21, § 29 Abs. 3 und 4 und § 30 IDG zu beachten. Der erhöhte Schutz von ■Personendaten■ (verglichen mit gewöhnlichen ■Informationen■) gründet auf dem doppelten Bestreben des kantonalen Gesetzgebers, mit dem IDG die Transparenz bezüglich behördlicher ■Informationen■ zu erhöhen, ohne dabei aber den ■gläsernen Bürger■ einzuführen. Letzteres wird in den Materialien ausdrücklich als eine ■das Vertrauen gefährdende Fehlentwicklung■ bezeichnet (Ratschlag 08.0637.01 des Regierungsrats vom 10. Februar 2009 betreffend IDG, S. 7, 49). Anlässlich einer Lockerung der ■ nur für den Fall der Zugangsgewährung einschlägigen ■ Anonymisierungspflicht hat der Gesetzgeber am Grundsatz des Personendatenschutzes festgehalten, indem er die Herausgabe nicht anonymisierbarer Dokumente neuerdings zwar zulässt, dafür aber ein überwiegendes öffentliches Interesse am Informationszugang voraussetzt (§ 30 Abs. 2 lit. a IDG, hiernach E. 3.6). Konkret soll das Anonymisierungsgebot der Publikation von Funktionsbezeichnungen in Berichten über gravierende Vorfälle in öffentlichen Institutionen nicht mehr entgegenstehen (Ratschlag 17.0998.01 des Regierungsrats vom 4. Juli 2017 S. 7; Votum der Kommissionspräsidentin im Grossen Rat, Protokoll der Sitzung vom 8. November 2017 S. 946 f.).

3.4 Der Vertrag mit der C____ S.A. stellt gemäss § 3 Abs. 3 IDG ein ■Personendatum■ dar. Als ■Personen■ gelten natürliche und juristische Personen. Entsprechend gilt die erwähnte Gefahr des gläsernen Bürgers sinngemäss auch für Angaben, die sich auf juristische Personen beziehen. Der Inhalt des ersuchten Vertrages ist spezifisch mit einer juristischen Person verknüpft, welche als Vertragspartnerin des Kantons gerade im Fokus des Interesses des Rekurrenten steht (siehe dazu Beilagen 3, 5, 7 [S. 2] und 8 zur Rekursbegründung). ■Bekanntgeben■ bedeutet im Sinne von § 3 Abs. 6 IDG das Zugänglichmachen von Informationen wie Einsicht gewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen. Nach § 21 Abs. 1 IDG gibt das öffentliche Organ Personendaten bekannt, wenn es durch eine gesetzliche Bestimmung dazu verpflichtet oder ermächtigt ist (lit. a) oder dies zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe erforderlich ist (lit. b) oder im Einzelfall die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat (lit. c). In den Akten dokumentiert ist sowohl die Geheimhaltungsvereinbarung, an die der Kanton sich vertraglich gebunden hat, als auch die Bekräftigung des Vertragspartners, im vorliegenden Einzelfall an der Geheimhaltung festhalten zu wollen (vgl. dazu Beilage 4 zur Vernehmlassung). Demnach besteht keine Möglichkeit, gestützt auf die Zustimmung des Vertragspartners Einsicht zu gewähren.

3.5 Der Informationszugang betrifft typischerweise ■Informationen■ im Sinne von § 3 Abs. 2 IDG, wobei für ■Personendaten■ Einschränkungen gelten (hiervor E. 3.3). Wenn man den Inhalt des Vertrages vom individuellen Träger trennen wollte (was der Rekurrent hier aber gerade nicht will), so wäre eine Interessenabwägung gemäss § 29 IDG vorzunehmen.

3.5.1 Der Informationszugang nach § 25 Abs. 1 IDG kann im Einzelfall eingeschränkt werden, wenn eine besondere gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht (§ 29 Abs. 1 IDG). Als Beispiel eines entgegenstehenden öffentlichen Interesses nennt das Gesetz etwa den Fall, wenn die Bekanntgabe der oder der Zugang zur Information die Position des öffentlichen Organs in Verhandlungen beeinträchtigt (§ 29 Abs. 2 lit. d IDG). Ein mögliches privates Interesse, das

zur Einschränkung des Informationszugangs führt, ist dann berührt, wenn durch die Bekanntgabe von oder den Zugang zu Informationen Berufs-, Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse offenbart würden (§ 29 Abs. 3 lit. b IDG). Darin spiegelt sich das bereits erwähnte Anliegen des kantonalen Gesetzgebers, die Transparenz zu verbessern, ohne den ■gläsernen Bürger■ ■ und hier: den gläsernen Geschäftspartner ■ einzuführen (hiervor E. 3.3/3.4). Dabei wurde die Sorge um die Verhandlungsfähigkeit des Kantons und die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen seiner Vertragspartner explizit im Gesetz verankert. Im Folgenden ist daher zu prüfen, welches Gewicht den genannten Interessen im vorliegenden Einzelfall zukommt.

3.5.2 In einem Fall betreffend einen Vertrag eines öffentlichen Organs mit wissenschaftlichen Verlagen, der unter Vertraulichkeitsvorbehalt gesetzt wurde, verneinte das Verwaltungsgericht überwiegende Einsichtsinteressen. Mit Verweis auf die Materialien und die Lehre (Ratschlag betreffend IDG, a.a.O., S. 47; Rudin, a.a.O., Art. 29 N 34) zeigte es sich überzeugt, dass ein erhebliches Interesse am Schutz laufender und künftiger Verhandlungen bestehe und dass die gewährten Konditionen (in casu: Lizenzpreise) im Vertrauen auf vertragliche Geheimhaltungsklauseln gewährt worden seien. Eine Veröffentlichung würde das Vertrauen der Vertragspartner erschüttern und die Position des öffentlichen Organs in künftigen Verhandlungen schwächen (VGE VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 4.4). Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid, indem es ausführte, dass jedenfalls die privaten Interessen am Fortbestand der Vertraulichkeit der Lizenzpreise auf der Hand lägen (BGer 1C_40/2017 vom 5. Juli 2017 E. 6.2.2). Es verwies dabei auf Stellen im Schrifttum, in denen die Geschäftsstrategie und Preiskalkulation ausdrücklich als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet werden (Rudin, a.a.O., § 29 N 47, sowie sinngemäss: Cottier / Schweizer / Widmer, in: Brunner / Mader [Hrsg.], Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008, Art. 7 N 43).

3.5.3 Das Einsichtsinteresse des Rekurrenten betrifft hier ein Tätigkeitsfeld des Staates, welches bereits durch die Öffentlichkeit des Angebots und die Konkurrenz des Privathandels einer ausgeprägten Transparenz und Kontrolle unterliegt. Es ist im Geschäftsleben nicht allgemeiner Usus, dass die Bedingungen des Zwischenhandels gegenüber der Kundschaft und der weiteren Öffentlichkeit bekanntgegeben würden. Insoweit verlangt der Rekurrent Unübliches. Es gibt über die Bekanntgabe von Endverkaufspreisen und Pachtverhältnissen hinaus kein erhöhtes Interesse, privater Wettbewerbstätigkeit unterliegenden oder zumindest damit vergleichbaren Zwischenhandel offenzulegen (vgl. hiervor E. 3.2), zumal dieser ■ wiederum usanzgemäss ■ mit vertraglichen Geheimhaltungsklauseln gesichert ist. Sinngemäss wird dies auch in vergleichbaren Rechtsgebieten so gehandhabt. So bleibt etwa die Preisgestaltung im öffentlichen Beschaffungswesen unter Verschluss und wird weder gegenüber den Mitbewerbern noch gegenüber der Öffentlichkeit transparent gemacht. Mit Ausnahme weniger zuschlagsbezogener Informationen (wie der Zuschlagssumme) unterliegen die Angebote im Vergabeverfahren dem Vertraulichkeitsgrundsatz und können auch nicht durch das Akteneinsichtsrecht in Erfahrung gebracht werden (Galli / Moser / Lang / Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage 2013, N 1181 ff.). Dieser Vertraulichkeitsgrundsatz belegt die konkrete Notwendigkeit, die Verhandlungspositionen des Staates und die Handelsbedingungen seiner privaten Geschäftspartner angemessen zu schützen. Bezüglich wettbewerbsunüblicher Angaben zum Bezug von Speiseeis und weiteren Tiefkühlprodukten, die in Kiosken und Restaurants verkauft werden, besteht ein

bloss geringes öffentliches Interesse am Informationszugang. Demgegenüber bestehen gewichtige Geheimhaltungsinteressen. Der Vertragsinhalt beschlägt die Lieferung von Produkten zu bestimmten Preisen mit Rabatten, Sponsoring- und Werbemassnahmen. Die Preisgestaltung, Rabattberechnungen und Gewährung von Nebenleistungen stellen aber ein Geschäftsgeheimnis dar. Die Vertragspartnerin, ein im Wettbewerb stehendes Wirtschaftssubjekt, kann ihre Verträge mit unterschiedlichen Vertragspartnern unterschiedlich ausgestalten und muss die eigene Verhandlungsposition nicht dadurch schwächen, dass sie sich auf Angebote an andere Vertragspartner behaften lassen müsste. Entsprechend ist die Geheimhaltungsklausel im Vertrag mit dem Erziehungsdepartement folgerichtig und ebenso die vorliegende Bestätigung des andauernden Geheimhaltungsinteresses. Umgekehrt hat der Kanton ein hohes öffentliches Interesse, sich auf dem Markt bewegen und Verträge mit privaten Anbietern aushandeln zu können. Müsste dabei befürchtet werden, dass die Konditionen zu veröffentlichen sind, würden entweder keine günstigen Angebote mehr erfolgen oder aber es würde überhaupt nicht mehr angeboten. Daher wäre der Informationszugang gemäss aufgrund überwiegender entgegenstehender Interessen (§ 29 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 lit. b IDG) zu verweigern, sofern das Öffentlichkeitsprinzip auf das vorliegende Vertragsverhältnis überhaupt anwendbar wäre.

3.6 Erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung vom 26. April 2017 hat der kantonale Gesetzgeber am 8. November 2017 eine Änderung des IDG beschlossen, welche am

E. 4

Nach dem Gesagten ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Rekurrent dessen Kosten zu tragen, wobei die Gebühr auf CHF 500.■ festgesetzt wird. Die Kostenpflicht richtet sich nach § 30 Abs. 1 VRPG; der Grundsatz der Gebührenfreiheit des Informationszugangs gemäss § 36 Abs. 1 IDG entfaltet im verwaltungsgerichtlichen Verfahren jedenfalls solange keine Wirkung, als die Gebühr nicht prohibitiv ausfällt (§ 2 Abs. 2 lit. c IDG; VGE VD.2014.100 vom 8. Oktober 2014 E. 8, VD.2012.179 vom 19. Juni 2013 E. 9, VD.2013.140 vom 7. Mai 2014 E. 6).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.