

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.138 vom 12. Februar 2020**

BS Appellationsgericht, 2020-02-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2019.138](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.138)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.138 du 12 février 2020

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.138 del 12 febbraio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus § 41 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) sowie § 10 Abs. 1 und § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100; VGE VD.2015.142 vom 19. April 2016 E. 1.1). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Die Rekurrentin ist als Gesuchstellerin und als Adressatin der angefochtenen Verfügung von dieser unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, weshalb sie 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).

### **E. 2**

Die Rekurrentin macht geltend, die Staatskanzlei habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie ihr Vorbringen, IBS nehme nicht am wirtschaftlichen Wettbewerb teil, da mit dem Bau eines Schulhauses eine öffentliche Aufgabe erfüllt werde, nicht behandelt habe (Rekursbegründung, Rz. 28 S. 8; vgl. auch Replik, Rz. 3 f. S. 1). Diese Rüge ist unbegründet. Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88). Die Staatskanzlei hat ausdrücklich berücksichtigt, dass IBS nach Ansicht der Rekurrentin nicht am wirtschaftlichen

Wettbewerb teilnimmt, weil mit dem Baurecht eine öffentliche Schule ermöglicht werden solle und dies eine öffentliche Aufgabe darstelle, und der Rekurrentin entgegengehalten, dass IBS beim Abschluss des Baurechtsvertrags auf dem freien Markt gehandelt habe und wie ein privater Investor aufgetreten sei (angefochtene Verfügung, E. 2.1.3 S. 2 f.). Damit hat sich die Staatskanzlei mit dem Argument der Rekurrentin auseinandergesetzt und zum Ausdruck gebracht, dass die Vorbringen der Rekurrentin ihrer Ansicht nach nichts daran ändern, dass IBS im Zusammenhang mit dem Baurechtsvertrag am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt. Dies genügt den sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebenden Anforderungen an die Begründung. Im Übrigen wäre eine Verletzung des Anspruchs der Rekurrentin auf rechtliches Gehör im vorliegenden Verfahren geheilt worden.

### **E. 3.1**

3.1.1 Das Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG, SG 153.260) gilt für alle öffentlichen Organe gemäss § 3 Abs. 1 IDG (§ 2 Abs. 1 IDG). Es findet gemäss § 2 Abs. 2 lit. a IDG keine Anwendung, soweit ein öffentliches Organ am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt und dabei privatrechtlich handelt. Öffentliche Organe im Sinn des IDG sind gemäss § 3 Abs. 1 IDG die Organisationseinheiten des Kantons und der Gemeinden, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen (lit. a), die Organisationseinheiten der juristischen Personen des kantonalen und kommunalen öffentlichen Rechts, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen (lit. b) und Private, soweit ihnen von Kanton oder Gemeinde die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe übertragen ist (lit. c).

3.1.2 Das IDG bezweckt unter anderem, die Grundrechte von Personen zu schützen, über welche die öffentlichen Organe Personendaten bearbeiten (§ 1 Abs. 2 lit. b IDG). Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist an die Grundrechte gebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Diese Regelung gilt als Ausdruck allgemeiner Grundrechtsdogmatik auch als kantonales Verfassungsrecht (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 3.2; Schefer/Ziegler, Die Grundrechte der Kantonsverfassung Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 57, 84 f.). Angesichts des erwähnten Zwecks des IDG drängt es sich auf, den Begriff der öffentlichen Aufgabe im Sinne von § 3 Abs. 1 IDG gleich auszulegen wie denjenigen der staatlichen Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV (so VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 3.2 für § 3 Abs. 1 lit. c IDG). Im Übrigen wird in der Lehre im Zusammenhang mit Art. 35 Abs. 2 BV auch der Begriff der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben verwendet (Kiener/Kälin, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013, S. 48; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011, § 18 N 96) und statuiert, die Begriffe der öffentlichen Aufgabe und der Staatsaufgabe bzw. staatlichen Aufgabe seien synonym zu verstehen (Rütsche, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: ZBJV 2016 S. 71, 79). Eine staatliche Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV liegt nur dann vor, wenn die Verfassung oder das Gesetz den Staat oder unmittelbar ein Staatsorgan oder einen Verwaltungsträger verpflichtet, für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe die volle Verantwortung zu übernehmen (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 3.2; Waldmann, in: Basler Kommentar 2015, Art. 35 BV N 20; vgl. Häner, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in: AJP 2002 S. 1144, 1149). Eine Aufgabe ist somit nur dann als staatlich zu qualifizieren, wenn der Staat dafür verantwortlich ist, dass sie erfüllt wird und wie sie erfüllt wird (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 3.2; Häner, a.a.O.,

S. 1149; Waldmann, a.a.O., Art. 35 BV N 20). Zur Bestimmung der staatlichen Aufgaben sind Verfassung und Gesetz mittels der anerkannten Grundsätze auszulegen (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 3.2; Häner, a.a.O., S. 1149; vgl. Waldmann, a.a.O., Art. 35 BV N 20). Von Privaten wahrgenommene Aufgaben, an deren Erfüllung zwar ein öffentliches Interesse besteht, für deren unmittelbare Erfüllung aber der Staat im Einzelfall keine Verantwortung trägt, sind keine staatlichen Aufgaben (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 3.2; Waldmann, a.a.O., Art. 35 BV N 21). Auch der Begriff der öffentlichen Aufgabe im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3) erfasst nicht alle von Privaten wahrgenommenen Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 3.2; Nuspliger, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar BGÖ, Bern 2008, Art. 5 N 19; vgl. Bühler, in: Basler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 5 BGÖ N 15).

Als Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe im Sinn von Art. 35 Abs. 2 BV gilt nur ein Handeln, das in direkter oder unmittelbarer Erfüllung einer solchen erfolgt (Waldmann, a.a.O., Art. 35 BV N 23). Tätigkeiten, die der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe lediglich indirekt oder mittelbar dienen, wie insbesondere die Beschaffung oder Bereitstellung der für die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe erforderlichen Personal- und Sachmittel (Bedarfsverwaltung oder administrative Hilfstätigkeit), gelten hingegen nicht als Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe im Sinn von Art. 35 Abs. 2 BV (vgl. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016, § 7 N 57; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 4 N 8 f.; Waldmann, a.a.O., Art. 35 BV N 23). Da der Begriff der öffentlichen Aufgabe im Sinn von § 3 Abs. 1 IDG gleich auszulegen ist wie derjenige der staatlichen Aufgabe im Sinn von Art. 35 Abs. 2 BV, ist auch der Begriff der Erfüllung einer solchen Aufgabe gleich auszulegen wie derjenige der Wahrnehmung einer solchen Aufgabe. Folglich erfasst § 3 Abs. 1 IDG nur die direkte oder unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Die umstrittene Frage, ob der Staat und die von ihm beherrschten Unternehmen auch unabhängig von der Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind (vgl. dazu Waldmann, a.a.O., Art. 35 BV N 25■27), kann vorliegend offenbleiben.

3.1.3 Wettbewerb liegt dann vor, wenn mindestens zwei Marktteilnehmer als Anbieter oder Nachfrager einer Leistung danach streben, mit der anderen Marktseite ins Geschäft zu kommen, das heisst wenn eine Konkurrenzsituation vorliegt (Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, Bern 2017, N 1374). Mitbewerber stehen als Anbieter von Produkten auf einem Angebotsmarkt oder als Abnehmer auf einem Beschaffungsmarkt mit anderen Anbietern oder Abnehmern in einem potenziellen oder tatsächlichen Wettbewerbsverhältnis (Heizmann, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Kommentar, Zürich 2018, Art. 1 N 38). Der Staat kann als Anbieter oder Nachfrager von Gütern oder Dienstleistungen auf dem Markt auftreten (Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, a.a.O., § 18 N 1). Gemäss dem Ratschlag des Regierungsrats Nr. 08.0637.01 vom 10. Februar 2009 betreffend das Gesetz über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz) (nachfolgend Ratschlag Nr. 08.0637.01) ist mit privatrechtlich im Sinn von § 2 Abs. 2 lit. a IDG gemeint: als Anbieter in Konkurrenz zu anderen Anbietern (Ratschlag Nr. 08.0637.01 S. 18). Dies spricht dafür, dass die Anwendung des IDG nur dann ausgeschlossen ist, wenn das öffentliche Organ als Anbieter auf dem Markt auftritt. Gegen eine solche Einschränkung spricht hingegen die Tatsache,

dass im Ratschlag Nr. 08.0637.01 für die Bedeutung des Begriffs privatrechtlich auch auf Art. 23 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) verwiesen wird (vgl. Ratschlag Nr. 08.0637.01 S. 18). Gemäss Art. 23 Abs. 1 DSG gelten die Bestimmungen für das Bearbeiten von Personendaten durch private Personen, wenn ein Bundesorgan privatrechtlich handelt. Privatrechtliches Handeln von Bundesorganen im Sinn von Art. 23 DSG kommt bei der Bedarfsverwaltung oder administrativen Hilfstätigkeit, der Verwaltung des Finanzvermögens, der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit und Teilen der Leistungsverwaltung in Betracht (Jöhri, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 23 N 4; Kunz, in: Basler Kommentar 2014, Art. 23 DSG N 13 ff.). Auch im allgemeinen Verwaltungsrecht gelten diese Bereiche als Fälle zulässigen privatrechtlichen Handelns des Staats (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, N 1384 ff.). Mit der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit dürfte die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand gemeint sein. Bei dieser wird das Gemeinwesen in einer der privaten Wirtschaft vergleichbaren Art tätig und tritt als Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen auf dem Markt auf (vgl. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, a.a.O., § 18 N 10 und § 19 N 1). Nicht zur unternehmerischen Tätigkeit der öffentlichen Hand zählt die Beschaffung von Gütern oder Dienstleistungen, bei der das Gemeinwesen als Nachfrager auf dem Markt auftritt (vgl. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, a.a.O., § 18 N 16 sowie § 19 N 1 und 3). Die Bedarfsverwaltung oder administrative Hilfstätigkeit besteht in der Beschaffung oder Bereitstellung der für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben erforderlichen Personal- und Sachmittel (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 40 und 1384; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 4 N 8). Damit umfasst das privatrechtliche Handeln im Sinn von Art. 23 DSG auch das Auftreten des Gemeinwesens als Nachfrager auf dem Markt. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, ein öffentliches Organ nehme im Sinn von § 2 Abs. 2 lit. a IDG am wirtschaftlichen Wettbewerb teil, wenn es seine Leistungen auf dem Markt in Konkurrenz zu anderen Anbietern offeriert (Rudin, in: Rudin/Baeriswyl [Hrsg.], Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, Zürich 2014, § 2 N 13). Mit der Ausnahmeklausel werde die wirtschaftende Verwaltung angesprochen. Diese liege vor, wenn das öffentliche Organ auf dem freien Markt Güter oder Dienstleistungen anbietet und dabei von sich aus in der Absicht handelt, Gewinn zu erzielen (Rudin, a.a.O., § 2 N 13; Rüttsche, Datenschutzaufsicht über Spitäler, in: digma 2012 S. 176, 177). Das Verwaltungsgericht erwog unter Verweis auf die erwähnten Autoren, § 2 Abs. 2 lit. a IDG gelte für die wirtschaftende Verwaltung. Diese bestehe darin, dass ein öffentliches Organ am privaten Wettbewerb teilnimmt, das heisst auf dem freien Markt seine Produkte oder Dienstleistungen anbietet und von sich aus in der Absicht handelt, Gewinn zu erzielen (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 4.1). Die Frage, ob § 2 Abs. 2 lit. a IDG tatsächlich nur für das Auftreten öffentlicher Organe als Anbieter gilt, oder auch ihr Auftreten als Nachfrager erfassen kann, hat das Verwaltungsgericht mangels Entscheidungsrelevanz nicht geprüft. Eine Beschränkung von § 2 Abs. 2 lit. a IDG auf das Auftreten öffentlicher Organe als Anbieter widerspricht Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Soweit ein öffentliches Organ am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt und dabei privatrechtlich handelt, gelten für die Datenbearbeitung die materiellen Regeln des DSG für das Bearbeiten von Personendaten durch private Personen (Rudin, a.a.O., § 2 N 15). § 2 Abs. 2 lit. a IDG bezweckt damit, öffentliche Organe, die am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei privatrechtlich handeln, hinsichtlich des anwendbaren

materiellen Datenschutzrechts ihren privaten Mitkonkurrenten gleichzustellen und zu verhindern, dass sie durch die Geltung des IDG in ihrer Wettbewerbsfähigkeit behindert werden und der Wettbewerb verzerrt wird (vgl. zu Art. 23 IDG: Jöhri, a.a.O., Art. 23 N 2 und Kunz, a.a.O., Art. 23 DSG N 3). Wenn ein öffentliches Organ als Nachfrager von Gütern oder Dienstleistungen in Konkurrenz mit privaten Abnehmern auf dem (Beschaffungs-)Markt auftritt, ist die Anwendung des IDG genauso geeignet, seine Wettbewerbsfähigkeit zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zu verzerren, wie wenn ein öffentliches Organ als Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen in Konkurrenz mit privaten Anbietern auf dem (Angebots-)Markt auftritt. Ein sachlicher Grund, weshalb die Anwendung des IDG nur im zweiten Fall ausgeschlossen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass § 2 Abs. 2 lit. a IDG die Teilnahme eines öffentlichen Organs am wirtschaftlichen Wettbewerb sowohl auf der Seite der Anbieter als auch auf der Seite der Nachfrager erfasst.

### **E. 3.2**

3.2.1 IBS ist gemäss § 54 Abs. 1 der Verordnung zum Gesetz über den kantonalen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsverordnung, SG 610.110) als Kompetenzzentrum für das Immobilienmanagement des Kantons Basel-Stadt zuständig für das Immobilienmanagement des Finanzvermögens entsprechend seiner Zweckbestimmung zur Erzielung einer angemessenen Rendite unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen, ökologischen und gesellschaftlichen Nachhaltigkeit (lit. a) sowie das Immobilienmanagement des Verwaltungsvermögens zur Wahrnehmung der Interessen der Eigentümerschaft und zur Optimierung der wirtschaftlichen Raumnutzung (lit. b).

3.2.2 Gemäss den Feststellungen der Staatskanzlei ist IBS beim Abschluss des Baurechtsvertrags wie ein privater Investor in Konkurrenz mit anderen Interessenten auf dem freien Markt aufgetreten, handelt IBS in der Absicht der Erzielung einer marktgerechten Rendite und befindet sich die Baurechtsparzelle im Finanzvermögen des Kantons Basel-Stadt. Aus diesen Gründen nehme IBS im Bereich des Baurechtsvertrags am wirtschaftlichen Wettbewerb teil (angefochtene Verfügung, E. 2.1.2 f. S. 2 f.).

Die Feststellungen der Staatskanzlei, wonach IBS im Zusammenhang mit dem Baurechtsvertrag in Konkurrenz mit anderen Interessenten und in der Absicht der Erzielung einer marktgerechten Rendite handle (angefochtene Verfügung, E. 2.1.2 S. 2), werden von der Rekurrentin zu Recht nicht bestritten. Somit ist davon auszugehen, dass IBS die Baurechtsparzelle in der Absicht, Gewinn zu erzielen, auf dem freien Markt erworben und dabei in Konkurrenz mit privaten Investoren gestanden hat. Damit hat IBS mit dem Abschluss des Baurechtsvertrags als Nachfrager am wirtschaftlichen Wettbewerb teilgenommen. Diese Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb als Nachfrager erfolgte zudem zum Zweck der späteren Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb als Anbieter. Aufgrund der unbestrittenen Feststellungen der Staatskanzlei ist davon auszugehen, dass IBS ein auf der Baurechtsparzelle errichtetes Gebäude in der Absicht, Gewinn zu erzielen, auf dem freien Markt zu marktgerechten Konditionen zur Miete anbieten wird. Dabei wird IBS in Konkurrenz zu privaten Vermietern stehen. Damit nimmt IBS im Zusammenhang mit dem Baurechtsvertrag im Sinn von § 2 Abs. 2 lit. a IDG am wirtschaftlichen Wettbewerb teil, wie die Staatskanzlei richtig festgestellt hat.

Die Rekurrentin macht geltend, IBS nehme nicht am wirtschaftlichen Wettbewerb teil, weil das streitbetroffene Baurecht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diene, der

beabsichtigte Gewinn nicht am freien Markt erzielt werde, die vorgesehene Mieterin überwiegend von der öffentlichen Hand finanziert werde und der Baurechtsvertrag zwischen Partnern des öffentlichen Rechts geschlossen worden sei (Rekursbegründung, Rz. 11 ff. S. 4■6). Diese Rügen sind unbegründet, wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt.

3.2.3 Gemäss § 17 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt (KV, SG 111.100) sorgt dieser für ein umfassendes Bildungsangebot und gemäss § 21 KV betreibt er Fachhochschulen, wobei er kantonsübergreifende Trägerschaften anstrebt. Gemäss § 1 Abs. 1 des Vertrags zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW-Vertrag, SG 428.100) führen die Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn (nachfolgend Vertragskantone) die Fachhochschule Nordwestschweiz (nachfolgend FHNW). Die FHNW ist eine interkantonale öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und mit dem Recht auf Selbstverwaltung im Rahmen des FHNW-Vertrags und des Leistungsauftrags (§ 1 Abs. 2 FHNW-Vertrag). Sie hat ihren Sitz in Windisch und in jedem Vertragskanton mindestens einen Standort (§ 1 Abs. 3 und § 2 Abs. 1). Die Vertragskantone erteilen der FHNW einen mehrjährigen Leistungsauftrag (§ 6 Abs. 1 FHNW-Vertrag). Der Betrieb der FHNW dürfte somit eine öffentliche Aufgabe des Kantons Basel-Stadt im Sinn von § 3 Abs. 1 IDG sein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es auch zu den öffentlichen Aufgaben des Kantons Basel-Stadt oder gar von IBS gehören würde, Land oder eine Baurechtsparzelle für einen Standort der FHNW zu beschaffen, darauf ein Gebäude für die FHNW zu errichten und/oder der FHNW ein Gebäude zu vermieten. Entsprechende Tätigkeiten dienen dem Betrieb der FHNW als öffentlicher Aufgabe höchstens indirekt oder mittelbar. Selbst wenn der Baurechtsvertrag im Hinblick auf die Erstellung eines Gebäudes für die FHNW und die Vermietung dieses Gebäudes an die FHNW abgeschlossen worden ist, ist der Vertragsabschluss somit nicht in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Sinn von § 3 Abs. 1 IDG erfolgt.

Die FHNW finanziert ihre Aufwendungen durch Beiträge der Vertragskantone, Beiträge des Bundes, Beiträge der Herkunftskantone von Studierenden aus Nicht-Vertragskantonen, nationale, europäische und andere internationale Förderungsmittel, Gebühren der Studierenden, Entgelte für Leistungen an Dritte sowie Fonds, Schenkungen, Legate und weitere Drittmittel (§ 25 Abs. 1 FHNW-Vertrag). Damit würde der Mietzins für ein der FHNW vermietetes Gebäude auf der Baurechtsparzelle zumindest teilweise vom Kanton Basel-Stadt, anderen Kantonen und dem Bund finanziert. Entgegen der Ansicht der Rekurrentin ändert dies aber nichts daran, dass die Vermietung auf dem freien Markt in Konkurrenz mit privaten Vermietern erfolgt. Wenn das Gebäude auf der Baurechtsparzelle nicht der FHNW zu marktkonformen Konditionen vermietet würde, erhielte der Kanton Basel-Stadt von einem anderen Mieter einen marktkonformen Mietzins und müsste die FHNW einem anderen Vermieter einen marktkonformen Mietzins bezahlen.

Die Beigeladene ist eine gemeinnützige, öffentlich-rechtliche Stiftung. Somit handelt es sich bei den Parteien des Baurechtsvertrags (Beigeladene und Kanton Basel-Stadt vertreten durch IBS) und eines allfälligen späteren Mietvertrags (Kanton Basel-Stadt vertreten durch IBS und FHNW) tatsächlich ausnahmslos um öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten. Dies ist für die Frage, ob IBS im Zusammenhang mit dem Baurechtsvertrag am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt aber entgegen der Ansicht der Rekurrentin genauso unerheblich wie die Tatsache, dass es einen städtebaulichen Rahmenvertrag zwischen der

Beigeladenen, dem Kanton Basel-Stadt, der Gemeinde Münchenstein und dem Kanton Basel-Landschaft über die Entwicklung des Dreispitzareals (SG 685.250), auf dem sich die Baurechtsparzelle befindet, gibt.

Das Finanzvermögen dient nur mittelbar durch seinen Wert oder seinen Ertrag der Erfüllung staatlicher Aufgaben (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2203 f.; vgl. Wiederkehr, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 2, Bern 2014, § 8 N 28). Zum Verwaltungsvermögen gehören jene Werte, die den Behörden oder einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Besorgung einer öffentlichen Aufgabe dienen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2205, Wiederkehr, a.a.O., § 8 N 56 f.). Öffentliche Sachen, mit deren Hilfe unmittelbar staatliche Aufgaben wahrgenommen werden, die aber gleichzeitig auch einen Ertrag abwerfen, stellen kein Finanz-, sondern Verwaltungsvermögen dar (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2204).

Sofern IBS ein allfälliges künftiges Gebäude auf der Baurechtsparzelle der FHNW vermietet und diese dort einen Standort betreibt, dürfte die Baurechtsparzelle den Benutzern dieses Standorts unmittelbar durch seinen Gebrauchswert für den Betrieb der FHNW und damit die Besorgung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Damit dürfte die Baurechtsparzelle unter diesen Voraussetzungen als Verwaltungsvermögen zu qualifizieren sein. Dies ändert aber nichts daran, dass IBS im Zusammenhang mit dem Baurechtsvertrag am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt.

3.2.4 Gemäss den Feststellungen der Staatskanzlei handelt es sich beim Baurechtsvertrag um einen privatrechtlichen Vertrag, mit dem ein Baurecht als selbständiges und dauerndes Recht im Sinn von Art. 675 Abs. 1 und Art. 779 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) begründet worden ist und hat IBS beim Abschluss dieses Vertrags privatrechtlich gehandelt (angefochtene Verfügung, E. 2.1.2 f. S. 2 f.).

Wie bereits erwähnt ist davon auszugehen, dass IBS ein auf der Baurechtsparzelle errichtetes Gebäude in der Absicht, Gewinn zu erzielen, auf dem freien Markt zu marktgerechten Konditionen zur Miete anbieten wird. Zurzeit ist auf der Baurechtsparzelle noch kein Gebäude für einen Standort der FHNW errichtet worden und dient die Baurechtsparzelle noch nicht dem Betrieb eines Standorts der FHNW. Zumindest derzeit ist die Baurechtsparzelle deshalb mit der Staatskanzlei als Finanzvermögen zu qualifizieren. Das Finanzvermögen untersteht im Aussenverhältnis grundsätzlich den Vorschriften des Privatrechts (Wiederkehr, a.a.O., § 8 N 43; vgl. BGE 106 Ia 389 E. 2a.bb S. 393). Die Zuordnung zum Finanzvermögen schliesst zwar nicht aus, dass im Aussenverhältnis ausnahmsweise dennoch öffentliches Recht zur Anwendung gelangt (Wiederkehr, a.a.O., § 8 N 46; vgl. VGer ZH VK.2010.00002 vom 10. Februar 2011 E. 1.4.2). Im vorliegenden Fall besteht jedoch kein Grund, einen Vertrag über eine Sache im Finanzvermögen ausnahmsweise als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

Selbst wenn die Baurechtsparzelle bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Baurechtsvertrags als Verwaltungsvermögen qualifiziert würde, stünde diese Qualifikation der privatrechtlichen Natur des Baurechtsvertrags im Übrigen nicht entgegen. Auch Verträge betreffend Verwaltungsvermögen können privatrechtlicher Natur sein (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1384 f. [Werkverträge betreffend die Errichtung öffentlicher Bauten]; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 50 N 13 f. [gewisse Verträge betreffend die Nutzung von Betriebsachen (Anstaltssachen)]). Wenn das Gesetz die

Rechtsnatur des Vertrags nicht regelt ist der Gegenstand des dadurch geregelten Rechtsverhältnisses das massgebliche Kriterium für die Unterscheidung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag. Der Vertrag ist öffentlich-rechtlich, wenn er unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, und privatrechtlich, wenn damit nur mittelbar öffentliche Interessen verfolgt werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1292 und 1294; vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 33 N 7 ff.). Bei der Bedarfsverwaltung oder administrativen Hilfstätigkeit und der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit schliesst der Staat deshalb regelmässig privatrechtliche Verträge ab (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1294, 1384 und 1388; vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 33 N 11). Der Baurechtsvertrag dient IBS zur Beschaffung von Sachmitteln. Selbst wenn sie diese später der FHNW bereitstellt, werden folglich mit dem Vertrag höchstens sehr indirekt öffentliche Interessen verfolgt. Aus diesem Grund ist der Vertrag in jedem Fall als privatrechtlich zu qualifizieren.

Die Organisationsform und die Stellung der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte spielen für die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag keine Rolle. Ob eine Vertragspartei eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist oder über hoheitliche Befugnisse verfügt, ist für die Rechtsnatur des Vertrags nicht relevant (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1300; vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 33 N 14). Dass die Parteien des Baurechtsvertrags eine öffentlich-rechtliche Anstalt (die Beigeladene) und eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (Kanton Basel-Stadt vertreten durch IBS) sind, ist deshalb für die Frage, ob IBS beim Vertragsschluss privatrechtlich gehandelt hat, entgegen der Auffassung der Rekurrentin (vgl. Rekursbegründung, Rz. 22 S. 7) irrelevant.

Dass der Baurechtsvertrag privatrechtlicher Natur ist, scheint die Rekurrentin zu Recht nicht zu bestreiten. Sie macht aber geltend, der Abschluss dieses Vertrags stelle eine verwaltungsrechtliche Angelegenheit dar (Rekursbegründung, Rz. 21 ff. S. 6-7). Dieser Einwand ist nicht geeignet, privatrechtliches Handeln im Sinn von § 2 Abs. 2 lit. a IDG auszuschliessen. Auch wenn der Staat einen privatrechtlichen Vertrag abschliesst, kann er sich nicht vollständig dem öffentlichen Recht entziehen. Dieses bleibt für die Fragen der Zuständigkeit und des Verfahrens der Willensbildung massgeblich. Das öffentliche Recht bestimmt also, mit wem der Staat welchen Vertrag zu welchen Bedingungen abschliesst (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1392). Im staatlichen Innenverhältnis gilt bei der Bedarfsverwaltung, der Verwaltung des Finanzvermögens, der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit und der Leistungsverwaltung stets öffentliches Recht (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 42 N 3 und 5). Demgegenüber ist das Privatrecht einschlägig für das Rechtsverhältnis, das aus dem Abschluss des Vertrags entsteht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1392). Auf die dem privatrechtlichen Vertragsschluss vorangehende interne Willensbildung bezieht sich auch das von der Beschwerdeführerin zitierte Bundesgerichtsurteil (vgl. BGer 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.2 f.). Da jedem privatrechtlichen Handeln des Staats eine vom öffentlichen Recht beherrschte interne Willensbildung vorausgeht, kann der Umstand, dass es sich bei dieser um eine verwaltungsrechtliche Angelegenheit handelt, der Annahme privatrechtlichen Handelns im Sinn von § 2 Abs. 2 lit. a IDG nicht entgegenstehen. Andernfalls würde diese Bestimmung jeglicher praktischen Relevanz beraubt. Für die Beantwortung der Frage, ob ein öffentliches Organ beim Abschluss eines Vertrags im Sinn von § 2 Abs. 2 lit. a IDG privatrechtlich handelt, kann deshalb nur massgebend sein, ob

dieser Vertrag privatrechtlicher Natur ist. Da der Baurechtsvertrag privatrechtlicher Natur ist, hat IBS bei dessen Abschluss folglich im Sinn von § 2 Abs. 2 lit. a IDG privatrechtlich gehandelt.

3.2.5 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das IDG im Zusammenhang mit dem Baurechtsvertrag gemäss § 2 Abs. 2 lit. a IDG keine Anwendung findet. Folglich hat die Rekurrentin keinen Anspruch gemäss § 25 Abs. 1 IDG auf Zugang zum Baurechtsvertrag.

#### **E. 4**

4.1 Gemäss § 29 Abs. 1 IDG hat das öffentliche Organ den Zugang zu Informationen im Einzelfall ganz oder teilweise zu verweigern oder aufzuschieben, wenn eine besondere gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegenstehen. § 29 Abs. 2 und 3 IDG nennen beispielhaft öffentliche bzw. private Interessen, die einer Bekanntgabe entgegenstehen können. Ob ein festgestelltes öffentliches oder privates Geheimhaltungsinteresse das Informationszugangsinteresse überwiegt, kann nicht in genereller Weise gesagt werden, sondern muss in einer Interessenabwägung im konkreten Fall ermittelt werden (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 5.1, VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 4.3; Rudin, a.a.O., Art. 29 N 4, 18 und 39). Wenn der Informationszugang gemäss § 25 Abs. 1 IDG einer Person gewährt wird, ist er allen Personen zu gewähren («access to one, access to all»; VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 5.1, VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 4.3, VD.2014.100 vom 8. Oktober 2014 E. 4.2). Beim Jedermanns-Anspruch auf Zugang zu den bei einem öffentlichen Organ vorhandenen Informationen gemäss § 25 Abs. 1 IDG ist deshalb nicht das individuelle und möglicherweise konkrete Informationszugangsinteresse der gesuchstellenden Person, sondern das Jedermanns-Zugangsinteresse bzw. das allgemeine Interesse der Öffentlichkeit an einer transparenten Verwaltung gegenüber den Geheimhaltungsinteressen abzuwägen (VGE VD.2017.224 vom 31. Januar 2018 E. 5.1, VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 4.3; Rudin, a.a.O., § 29 N 23 und 41). Gemäss § 29 Abs. 2 lit. d IDG liegt ein öffentliches Interesse, das einer Zugangsgewährung entgegenstehen kann, insbesondere vor, wenn die Bekanntgabe der oder der Zugang zur Information die Position in Verhandlungen beeinträchtigt. Nach Ansicht des Gesetzgebers soll damit die wirkungsvolle Verhandlungsführung sichergestellt werden. Allerdings könne ein schützenswertes Interesse nur für Informationen angenommen werden, deren Bekanntgabe tatsächlich die Verhandlungsposition des betreffenden öffentlichen Organs schwächen würde (Ratschlag 08.0637.01 des Regierungsrats vom 10. Februar 2009 betreffend IDG, S. 47; VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 4.4). Geschützt werden damit nicht nur laufende Verhandlungen. Die Position des öffentlichen Organs kann auch in künftigen Verhandlungen beeinträchtigt werden, sollten vertrauliche Informationen aus abgeschlossenen Verhandlungen und Verträgen vorher publik werden (VGE VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 4.4; Rudin, a.a.O., Art. 29 N 34).

4.2 Gemäss den Feststellungen der Staatskanzlei würde die Gewährung des Zugangs zum Baurechtsvertrag die Position von IBS in künftigen Verhandlungen, insbesondere in Bereichen, in denen übliche Marktkonditionen auszuhandeln sind, schwächen. Wenn der Kanton verpflichtet wäre, Zugang zu Verträgen zu gewähren, würden ihm entweder keine günstigen Angebote oder überhaupt keine Angebote mehr unterbreitet (vgl. angefochtene Verfügung, E. 2.2 S. 3). Diese Feststellung mag etwas apodiktisch sein. Offensichtlich ist aber, dass ein ernsthaftes Risiko besteht, dass Anbieter IBS bzw. dem Kanton in Zukunft

schlechtere Konditionen anbieten, wenn sie wissen, dass IBS bzw. der Kanton zur Veröffentlichung abgeschlossener privatrechtlicher Verträge verpflichtet wird und andere Abnehmer damit die in den Verträgen enthaltenen Informationen verwenden können, um die Preise zu drücken oder bessere Konditionen auszuhandeln (vgl. VGE VD.2015.20 vom 2. Dezember 2016 E. 4.4). Dass im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht wird, der Vertrag enthalte eine Geheimhaltungsklausel, ändert daran entgegen der Auffassung der Rekurrentin nichts. Wie die Staatskanzlei zu Recht festgestellt hat, hat der Kanton ein erhebliches öffentliches Interesse, sich auf dem Markt bewegen und Verträge aushandeln zu können (angefochtene Verfügung, E. 2.2 S. 3). Im Bereich des Immobilienmanagements des Finanzvermögens durch IBS besteht ein besonders hohes öffentliches Interesse des Kantons, sich auf dem Markt renditeorientiert bewegen und zu privatrechtlichen Konditionen Verträge aushandeln zu können (vgl. Vernehmlassung, Rz. 9 S. 4 f.). Damit besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Geheimhaltung der von der Rekurrentin gewünschten Informationen. Dieses überwiegt das Interesse der Öffentlichkeit, Kenntnis von den betreffenden Informationen zu erhalten.

Die Rekurrentin behauptet, die Beigeladene informiere auf einer eigens dafür eingerichteten Website ([www.dreispitz.ch](http://www.dreispitz.ch)) über die Konditionen für Baurechtsverträge. Neben detaillierten Musterverträgen finde sich auch ein Berechnungsmodell für den Baurechtszins. Aus den bereits jetzt öffentlich zugänglichen Informationen, dem Berechnungsmodell und der Erfolgsrechnung der FHNW, könnten die marktüblichen Konditionen errechnet werden. Sofern die vereinbarten Konditionen wie behauptet marktüblich seien, gebe es keinen Grund zur Geheimhaltung (Rekursbegründung, Rz. 27 S. 8). Die Staatskanzlei wendet dagegen ein, die Beigeladene habe im Rahmen der Umgestaltung der Homepage und aufgrund veralteten Inhalts diverse Dokumente, darunter auch die Musterverträge und das Berechnungsmodell für den Baurechtszins, von ihrer Website entfernt. Im Übrigen hätten diese Dokumente nur Modellcharakter gehabt und liessen sich daraus ohne spezifische Angaben zum Objekt keine individuellen Baurechtszinsen ableiten (Vernehmlassung, Rz. 9 S. 4 f.). Auf der von der Rekurrentin genannten Website ([www.dreispitz.ch](http://www.dreispitz.ch) [besucht am 22. November 2019]) finden sich derzeit weder Musterverträge noch ein Berechnungsmodell für den Baurechtszins. Damit sind diese Dokumente zumindest nicht mehr ohne weiteres öffentlich zugänglich. Da die Rekurrentin entgegen ihrer prozessualen Obliegenheit (§ 16 Abs. 2 VRPG) ihre Behauptungen nicht substantiiert und keine Beweismittel für ihre Behauptungen, insbesondere keine Ausdrücke der angeblich früher auf der Website aufgeschalteten Dokumente, eingereicht hat, kann nicht festgestellt werden, dass aufgrund der erwähnten Dokumente die marktüblichen Konditionen errechnet werden können. Dies erscheint denn auch unwahrscheinlich. Folglich ist entsprechend der Darstellung der Staatskanzlei davon auszugehen, dass die erwähnten Dokumente nur Modellcharakter gehabt haben und daraus ohne spezifische Angaben zum Objekt keine individuellen Baurechtszinsen haben abgeleitet werden können. Damit änderte auch die öffentliche Zugänglichkeit der Dokumente nichts am öffentlichen Geheimhaltungsinteresse von IBS bzw. des Kantons.

Aus den vorstehenden Gründen hat die Staatskanzlei zu Recht festgestellt, dass das Gesuch der Rekurrentin um Einsicht in den Baurechtsvertrag auch im Fall der Anwendbarkeit des IDG abzuweisen wäre, weil der Zugang gemäss § 29 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d IDG wegen eines entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interesses zu verweigern wäre.

Nach dem Gesagten ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin dessen Kosten (§ 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.2017.134 vom 7. März 2018 E. 4 mit Hinweisen). Vorliegend wird die Gebühr auf CHF 1'200.■ festgesetzt.

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