



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Generalsekretariat der EKSD
Spitalgasse 1, 1701 Freiburg

Herrn
Christian Gutknecht
Thunstrasse 34
3150 Schwarzenburg

Secrétariat général de la DICS SG-DICS
Generalsekretariat der EKSD GS-EKSD

Conseil juridique et contentieux
Rechtsberatung und Streitsachen

Spitalgasse 1, 1701 Freiburg

T +41 26 305 12 22, F +41 26 305 12 14
www.fr.ch/eksd

Ref: FK/fk
T direkt: +41 26 305 12 55
E-Mail: felix.kaufmann@fr.ch

Freiburg, 1. Juli 2016

Beschwerde gegen die Ablehnung eines Gesuchs um Zugang zu einem amtlichen Dokument

Sehr geehrter Herr Gutknecht

Gemäss Artikel 89 Absatz 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) senden wir Ihnen hiermit zur Kenntnisnahme und zu Ihrer Information die Bemerkungen von Herrn Martin Good, Direktor der Kantons- und Universitätsbibliothek, vom 30. Juni 2016.

Der Entscheid über Ihre Beschwerde wird Ihnen nach Abschluss der Instruktion, zu einem späteren Zeitpunkt, mitgeteilt.

Mit freundlichen Grüssen.

Felix Kaufmann
Juristischer Berater

Beilage

—
Erwähnt



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Kantons- und Universitätsbibliothek
Joseph-Piller-Strasse 2, Postfach 160, 1701 Freiburg

Generalsekretariat EKSD
z. Hd. Herrn Felix Kaufmann
Spitalgasse 1
1700 Freiburg

COPIE

Service de la Culture SeCu
Amt für Kultur AKu

Bibliothèque cantonale et universitaire BCU
Kantons- und Universitätsbibliothek KUB

Joseph-Piller-Strasse 2, Postfach 160, 1701 Freiburg

T +41 26 305 13 33, F +41 26 305 13 78
www.fr.ch/kubf

—

Unser Zeichen: MG
Direkt: +41 26 305 13 05
E-Mail: martin.good@fr.ch

Freiburg, 30. Juni 2016

GUTKNECHT Christian. Beschwerde gegen die Ablehnung eines Gesuchs um Aktenteinsicht

Sehr geehrter Herr Kaufmann,

Nachstehend finden Sie meine Bemerkungen zum Rekurs vom 1. Juni 2016 von Herrn Christian Gutknecht.

1. Einhaltung der Zusicherung der Geheimhaltung einer freiwillig mitgeteilten Information

Festzuhalten ist zunächst, dass Herr Gutknecht in seinem Rekurs auf die in meinem ablehnenden Entscheid vorab genannte Begründung nicht eingeht. Sie sei nochmals wiederholt: Gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. c InfoG ist der Zugang zu einem amtlichen Dokument zu verweigern, wenn Informationen vermittelt würden, die von Dritten einem öffentlichen Organ freiwillig mitgeteilt worden sind, und deren Geheimhaltung das Organ zugesichert hat. Beide Bedingungen sind erfüllt:

- Mitteilungen im Rahmen von Vertragsverhandlungen und -schlüssen erfolgen stets freiwillig, abgesehen vom Sonderfall eines Kontrahierungszwangs.
- Die Geheimhaltung wurde zugesichert, was schon die Verträge belegen. Dem entspricht, dass sich praktisch alle Universitäten gegen die Offenlegung gewehrt haben bzw. immer noch wehren.

Daraus folgt, dass eine Offenlegung mit der Freiburger Gesetzgebung nicht vereinbar ist, und schon aus diesem Grund ist der Rekurs abzuweisen.

2. Preise allein können Geschäftsgeheimnisse sein

Entgegen der Auffassung des Rekurrenten können Preise allein ein Geschäftsgeheimnis sein. Für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen entscheidend ist der Wille, eine Tatsache geheim zu halten, dies kann auch ein Preis sein. Nicht erforderlich ist, dass es um „wesentliche Daten“ geht, oder dass eine „Konkurrenzsituation“ vorliegt (so die Empfehlung der Kantonalen Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz vom 28. April 2016, vgl. S. 4 Erw. 7). Als Beispiele für Geschäftsgeheimnisse werden in Literatur und Rechtsprechung regelmässig auch die Preise genannt (die oft Rückschlüsse auf die Kalkulation, auf das Marketing und auf anderes mehr erlauben).

COPIE

Einige Beispiele (alle Belege mit vielen Literaturverweisen; Kursivsetzungen von mir):

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Januar 2012 (138 III 67).

Auszug aus der Regeste b : „Die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers müssen spezifische technische, organisatorische oder *finanzielle* Fragen betreffen, die dieser geheim halten will.“

Auszug aus der Erwägung 2.3.2: « Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises (...) doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou *financières*, qui sont spécifiques et que l'employeur *veut* garder secrètes; (...). »

Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Auflage, Kommentar zu Art. 321a OR

„Es handelt sich (...) um Geschäftsgeheimnisse, die den kaufmännisch-organisatorischen Bereich betreffen, wie (...) *Preisberechnungen* (...).“ (BSK OR I – Portmann/Rudolph, Art. 321a, N 24). Zentral ist auch für diese Autoren der Geheimhaltungswille (a.a.O., N 25).

Deutsches Bundesverfassungsgericht / Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 (Zitat aus Randziffer 87)

Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. (...) *Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen. Zu derartigen Geheimnissen werden etwa Umsätze, Ertragslagen, (...), Konditionen, Marktstrategien, (...), Kalkulationsunterlagen, (...)* gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können (...).

Dass der Preis in den hier zu beurteilenden Fällen ein Geschäftsgeheimnis darstellt, ergibt sich aus dem Geheimhaltungswillen, der klar aus den Verträgen hervorgeht. Alle am Vertragsschluss Beteiligten waren sich einig, dass es sich um Geschäftsgeheimnisse handelt. Sonst hätten sich nicht beinahe sämtliche Universitäten bzw. Universitätsbibliotheken der Schweiz gegen eine Offenlegung gesperrt (bzw. sperren sich weiterhin; die Entscheide der Universitäten Basel und St. Gallen stehen meines Wissens noch aus). Es geht nicht an, sich nachträglich – d.h. nach der einwandfreien Erfüllung der Verträge – auf eine andere Begriffsauffassung zu beziehen, um eine Vertragsverletzung zu begründen.

Die Preise für die Lizenzen lassen Rückschlüsse auf die Kalkulation, auf das Marketing und auf viele andere geschäftlichen Aspekte zu. Auch wenn man die fraglichen Vertraulichkeitsklauseln mit guten Gründen für nicht wünschbar halten kann (dies ist auch meine Auffassung), entsprechen sie doch einem nachvollziehbaren wirtschaftlichen Interesse eines gewinnorientierten Unternehmens.

Somit ist auch aufgrund von Art. 28 lit. a InfoG der Rekurs abzuweisen.

3. Beeinträchtigung der Vertrauenswürdigkeit und der Verhandlungsposition

Es ist nicht möglich, mit einem vernünftigen Aufwand alle möglichen Konsequenzen und Risiken einer Vertragsverletzung bezüglich aller Vertragspartner abzuklären. Dabei wären auch ausländische

Gesetzgebungen zu berücksichtigen. Vertragsverletzungen sind grundsätzlich immer mit einem Verlust der Glaubwürdigkeit verbunden und können – unter Umständen erst zu einem späteren Zeitpunkt – dazu führen, dass die Gegenpartei ebenfalls einzelne Punkte nicht einhält. Meines Wissens hat bisher kein Verlag auf die Einhaltung der Vertraulichkeitsklauseln verzichtet.

Zu beachten ist, dass die Verträge weiterhin gelten – auch zu Gunsten der Bibliotheken (Zugriff auf die bereits bezahlten Inhalte, d.h. auf die Backfiles). Von den Verlagen wird ebenfalls Vertragstreue erwartet.

Die Vertragstreue kann auch in Bezug auf die Konsortialpartner von Bedeutung sein: Sollten aus Vertragsverletzungen Nachteile entstehen, könnten innerhalb des Konsortiums (welches eine einfache Gesellschaft ist) Ersatzansprüche entstehen.

Somit ist der Rekurs auch aufgrund von Art. 26 InfoG abzulehnen.

4. Fehlendes öffentliches Interesse

Open access ist auch für die Universität Freiburg und für die Kantons- und Universitätsbibliothek seit vielen Jahren ein wichtiges Anliegen und Teil der Strategie der Universität. Es geht um eine komplexe, auch auf internationaler Ebene zu regelnde Problematik. Ob es zur Beförderung des „open access“ beitragen würde, wenn gegenüber dem Rekurrenten einige Zahlen offen gelegt werden, darf bezweifelt werden.

5. Strafrechtlicher Schutz von vertraglich vereinbarten Geschäftsgeheimnissen

Vertraglich vereinbarte Geschäftsgeheimnisse sind strafrechtlich geschützt. Eine Offenlegung der Zahlen würde das Risiko einer Bestrafung der Verantwortlichen wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses nach sich ziehen (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Art. 162).

Aus diesen Gründen halte ich daran fest, dass die gewünschten Auskünfte nicht erteilt werden können und beantrage Ihnen, den Rekurs abzuweisen.

Mit freundlichen Grüßen



Martin Good
Direktor