

Schweizerisches Bundesgericht  
Av. du Tribunal-fédéral 29,  
1000 Lausanne 14

24. Januar 2017

## Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Christian Gutknecht, Thunstrasse 34, 3150 Schwarzenburg  
Beschwerdeführer

gegen

Universität Basel, Verwaltungsdirektion, Petersgraben 35, Postfach, 4003 Basel  
Beschwerdegegnerin

betreffend

Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 2. Dezember 2016  
betreffend Ablehnung eines Gesuchs um Zugang zu Informationen / Verfügung der  
Verwaltungsdirektion der Universität Basel vom 11. August 2014

## Rechtsbegehren

1. Das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Base-Stadt (VD.2015.20) vom 02.12.2016 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer Einsicht in Akten zu gewähren, aus denen hervorgeht wieviel die Universität Basel an die Verlage Elsevier, Springer und Wiley im Zeitraum 2010 bis 2016 bezahlt hat.
2. Eventualiter sei das Urteil des Basler Appellationsgericht (VD.2015.20) vom 02.12.2016 aufzuheben und zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Beurteilung an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

## Begründung

### I. FORMELLES

**Frist:** Durch die Einreichung der Beschwerde am 24.1.2016 ist die 30-tägige Frist gewahrt. Zustellt wurde der Entscheid am 9.12.2016.

**Streitgegenstand:** Streitgegenstand ist ein Akteneinsichtsrecht bei einer öffentlichen Behörde gemäss der Kantonsverfassung BS, konkretisiert im IDG. Es handelt sich somit um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit, die nicht vermögensrechtlich ist (Art. 82 lit. a BGG).

**Anfechtungsobjekt:** Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt. Dieses ist letztinstanzliche kantonale Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG).

**Beschwerdelegitimation:** Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist dort vollumfänglich unterlegen. Er hat somit ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des Entscheids (Art. 89 Abs. 1 BGG). Der Zugang zu behördlichen Informationen gemäss Basler Kantonsverfassung erfordert keinen Interessennachweis, sodass es vorliegend ausreicht, dass der Beschwerdeführer mit seinem Gesuch unterlegen ist. Die Beschwerdelegitimation ist gegeben.

**Beschwerdegründe:** Der Beschwerdeführer rügt:

- a. die Verletzung kantonaler verfassungsmässiger Rechte (Kantonsverfassungen BS, Art. 95 lit. c BGG)
- b. Willkür (Art. 9 Bundesverfassung): fundamentale Widersprüchlichkeit des Urteils
- c. unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 97 BGG).

### II. SACHVERHALT

1. Der Beschwerdeführer Christian Gutknecht hat am 23. Juni 2014 bei der Universitätsbibliothek Basel ein Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten gestellt, aus denen hervorgeht, wieviel die Universitätsbibliothek Basel an die Verlage Elsevier, Springer und Wiley in den Jahren 2010-2016 bezahlt hat bzw. bezahlen wird.

Beweis: Beilage 1 Rekurs an AppGer (Akteneinsichtsgesuch Ch. Gutknecht vom 23.6.2014)

Die gleiche Anfrage hat der Beschwerdeführer gleichentags auch an andere Schweizer

Bibliotheken (inkl. Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken) mit Bezug auf das jeweilig geltende Öffentlichkeitsgesetz gestellt.

2. Mit einem Schreiben vom 11. August 2014 lehnte die Verwaltungsdirektion der Universität Basel das Akteneinsichtsgesuch ab. Begründung: das Gesuch falle nicht in den Anwendungsbereich des IDG und darüber hinaus würden private Interessen der Verlage sowie öffentliche Interessen der Universität Basel gegen eine Einsicht sprechen.

Beweis: Beilage 3 Rekurs an AppGer (Ablehnung der Verwaltungsdirektion Uni Basel vom 11.8.2014)

3. Gegen diese Ablehnung erhob der Beschwerdeführer am 18. August 2014 Rekurs bei der Rekurskommission der Universität Basel. Er argumentierte, dass die Universität Basel beim Medienerwerb durchaus dem IDG untersteht. Zudem seien die privaten Interessen bei der Ablehnung zu stark gewichtet wurden, während die öffentlichen Interessen ungenügend erfasst wurden.

Beweis: Beilage 4 Rekurs an AppGer (Rekursbegründung Ch. Gutknecht vom 18.8.2014)

4. In der Stellungnahme vom 22. Oktober 2014 zum Rekurs beharrte die Universität Basel auf ihrer Position, dass sie beim Medienerwerb nicht hoheitlich, sondern als Teilnehmerin der Marktwirtschaft auftritt und deshalb vom IDG ausgenommen bleibt. Ebenfalls stellte sich die Universität Basel auf den Standpunkt, eine Offenlegung der Verträge habe „zur Folge, dass die Verlage Klage gegen die Universität wegen Vertragsverletzung einreichen und ihre Leistungen einstellen würden. Die Universitätsmitarbeitenden wären dadurch in ihrer Lehre und Forschung massiv behindert und die Universität könnte ihren gesetzlichen Auftrag gemäss § 10 Staatsvertrag nicht erfüllen“. Diese Behauptung wird ohne Beweise vorgebracht und auch der Vertrag bzw. die Vertragsklausel, die angeblich verletzt sein soll wird nicht vorgelegt.

Beweis: Beilage 5 Rekurs an AppGer 5 (Stellungnahme der Verwaltungsdirektion Uni Basel vom 22.10.2014)

5. In der Replik zur Stellungnahme hielt der Beschwerdeführer daran fest, dass die Universität Basel beim Medienerwerb zwar privatrechtlich handle aber mit hoheitlichem Auftrag und unterstehe dem IDG. Weiter argumentierte der Rekurrent, dass die Unterzeichnung einer Vertraulichkeitsklausel nicht notwendig war, da andere Bibliotheken (Beispiel Cornell University) mit den gleichen Verlagen für die gleichen Produkte keine Vertraulichkeit vereinbart haben. Ebenso zeigte er auf, dass andere Universitäten (z.B. in UK oder USA) ihre Kosten mit diesen Verlagen transparent ausweisen ohne dass bekannt wäre, dass dies zu Schwierigkeiten geführt hätte. Zudem machte er darauf aufmerksam, dass andere Universitäten wegen übertreter Preisforderungen die Verträge mit den Verlagen freiwillig gekündigt haben.

Beweis: Beilage 6 Rekurs an AppGer (Rekursbestätigung Ch. Gutknecht vom 18.11.2014)

6. Am 19.12.2014 wies die Rekurskommission der Universität Basel den Rekurs ab. Ob die Universität Basel beim Medienerwerb überhaupt dem IDG unterstellt sei, liess die Rekurskommission offen. Die Rekurskommission erachtete es jedoch „als keineswegs unwahrscheinlich“ bzw. „als ohne weiteres nachvollziehbar“ (S. 15), dass eine Offenlegung der Beträge die Verhandlungsposition der Universität Basel schwächen würde und es deshalb nicht im öffentlichen Interesse liege, der Akteneinsicht stattzugeben.

Beweis: Beilage 7 Rekurs an AppGer (Entscheid Rekurskommission der Universität Basel 19.12.2014)

7. Am 12.3.2015 erhob der Beschwerdeführer Rekurs beim Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt. Er rügte die Rekurskommission habe die Behauptung der Universität Basel, die Offenlegung der Zahlungen würde ihre Verhandlungsposition schwächen, ohne Beweise übernommen. Die marktökonomische Vernunft sowie die Erfahrungen von anderen Bibliotheken geben keinen Anlass zu einer Annahme in diese Richtung. Ebenfalls bemängelte er, dass die Rekurskommission die

Vertraulichkeitsklauseln welche die Universität Basel mit den Verlagen offenbar abgeschlossen habe, weder im Grundsatz noch im spezifischen Wortlaut eigenständig überprüft hat.

Beweis: Beilage 17 (Rekursbegründung für Appellationsgericht vom 12.3.2015)

Beilage 18 (Beilagen Rekursbegründung für Appellationsgericht vom 12.3.2015)

8. Am 13.5.2015 bestritt die Universität Basel alle (neuen) Vorbringen des Beschwerdeführers. Sie fügte an, dass die Vertraulichkeitsklauseln der einzige Hinderungsgrund sind, die Verträge offenzulegen. Dem Appellationsgericht wurden die Lizenzverträge zur Edition offeriert. Gemäss Universität Basel gibt es keine Möglichkeit die gewünschte Information zu anonymisieren ebenfalls betont die Universität, dass sie weder die Geschäftsbeziehung mit den drei führenden Verlagen riskieren kann und darf, ansonsten die Universitätsangehörigen zu stark benachteiligt werden.

Beweis: Beilage 19 (Stellungnahme der Universität Basel an Appellationsgericht vom 13.05.2015)

9. Zwischenzeitliche Entscheide in ähnlichen Verfahren beim Bund und anderen Kantonen wurden dem Appellationsgericht laufend durch den Beschwerdeführer nachgereicht.

In all diesen Entscheiden wurde die Zahlungen der Bibliotheken an die Verlage nicht als Geschäftsgeheimnis derjenigen beurteilt. Ebenfalls würde ein überwiegendes öffentliches Interesse an den Zahlungen festgestellt.

Beweise:

Noveneingabe vom 14.7.2015:

Beilage 20 ([Empfehlung EDÖB](#) betreffend *ETHZ, EPFL, LIB4RI* vom 10.7.2015)

Noveneingabe 20.4.2016:

Beilage 21 ([Entscheid Erziehungsdirektion BE](#) betreffend *Universität Bern* vom 18.9.2015)

Beilage 22 ([Beschluss Rekurskommission der Zürcher Hochschulen](#) betreffend *ZHAW* vom 10.12.2015)

Beilage 23 ([Beschluss Bibliothekskommission](#) betreffend *Zentralbibliothek Zürich* vom 18.1.2016)

Beilage 24 ([Entscheid Cour de Justice GE](#) betreffend *Universität Genf* vom 23.2.2016, [ATA/154/2016](#))

Noveneingabe 26.9.2016:

Beilage 25 ([Entscheid Direktion für Erziehung, Kultur und Sport FR](#) betreffend *Kantons- und Universitätsbibliothek Freiburg* vom 15.7.2016)

10. Am 2.12.2016 wies das Appellationsgericht des Kanton BS den Rekurs ab. Das Gericht folgte der Vorinstanz dahingehend, dass die Offenlegung einerseits im öffentlichen Interesse zu vermeiden sei, da dadurch eine Gefährdung der Position der Universitätsbibliothek in anstehenden Verhandlungen mit den Verlagen für den Zeitraum ab 2017 in Kauf genommen würde. Andererseits stehe dem Zugangsinteresse das überwiegende private Interesse der Verlage an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse entgegen. Zusätzlich stellte das Appellationsgericht fest, dass dem Zugang zur gewünschten Information aufgrund nicht anonymisierbarer Personendaten nicht stattgegeben werden könne.

Beweis: Beilage 26 ([Urteil des Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt](#) betreffend Universität Basel vom 2.12.2016, VD.2015.20)

### III. RECHTLICHES

#### **Einleitung / Darlegung des öffentlichen Interesses an der beantragten Einsicht:**

Das Interesse an den Zahlungen der Universität Basel an die drei Verlage ist durch eine spezielle Situation im wissenschaftlichen Publikationswesen motiviert. So fand in den letzten

Jahrzehnten insbesondere bei den Zeitschriften eine starke Konsolidierung der wissenschaftlichen Verlage statt, so dass ein paar wenige den „Markt“ dominieren<sup>1</sup>, angeführt von Elsevier, Wiley und Springer. Diese schöpfen ihre Oligopole aus und verlangen von den wissenschaftlichen Bibliotheken für die Abonnemente stetig höhere Preise weit über der regulären Teuerung. Dies führte zur sogenannten „Zeitschriftenkrise“, wobei Bibliotheken mit stagnierendem Etat weltweit viele Abbestellungen vornehmen mussten, was wiederum die Preise in die Höhe trieb.

Das Aufkommen des Internets und der Wandel zu elektronischen Ausgaben, vereinfachte und vergünstigte die Herstellung und Verbreitung von wissenschaftlicher Information. Doch viele Verlage gaben diese Vorteile nicht an die Bibliotheken bzw. auch nicht an die AutorInnen und die Konsumenten weiter. Da es sich bei wissenschaftlicher Information um ein nicht substituierbares Gut handelt, konnten die Verlage die Beschränkungen und die Preise aus dem Print-Zeitalter ins elektronische überführen. Dies gelang ihnen auch dadurch, dass sie anfangen ihre Produkte geschickt in grossen Paketen (sogenannte Big Deals) zu verkaufen und den Einzelkauf preislich unattraktiver zu gestalten.

Dabei muss betont werden, dass wissenschaftliche AutorInnen (welche in der Regel ein Salär an einer Universität beziehen) ihre Texte ohne monetäre Bezahlung dem Verlag zur Publikation überlassen. Für Forschende ist die dadurch erhaltene Reputation und nicht das Geld wichtig. Hinzu kommt die inhaltliche Begutachtung (Peer-Review), welche ebenfalls ohne Entgelt von den Forschenden für den Verlag übernommen wird.

Als Reaktion auf diese Situation und den neuen Möglichkeiten des Internets entstand die Open Access-Bewegung. Die wichtige „*Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen*“<sup>2</sup> von 2003 wurde auch von der Universität Basel am 16.01.2007 durch den Rektor der Universität Basel Antonio Loprieno unterzeichnet. Damit unterstützt auch die Universität Basel die Weiterentwicklung des Open Access-Paradigmas mit dem Ziel „den größtmöglichen Nutzen für Wissenschaft und Gesellschaft zu erreichen“. Mit Open Access ist der freie, weltweite Zugang (inkl. weitgehender Rechte zur Vervielfältigung) wissenschaftlicher Inhalte insbesondere Publikationen gemeint.

Seit der Unterzeichnung der *Berliner Erklärung* durch die Universität Basel sind nun zehn Jahre vergangen und es ist festzustellen, dass die in der Berliner Erklärung zu Ausdruck gebrachte Absicht noch kaum umgesetzt ist. Die Öffentlichkeit, welche den überwiegenden Teil der Universität Basel und deren Forschung über Steuergelder finanziert, hat in vielen Fällen immer noch keinen freien direkten Zugang auf die Publikationen der Universität Basel. Sie muss die Resultate im Internet beim Verlag häufig noch einmal kaufen.

Zwar gibt es inzwischen verschiedene Verlage wie z.B. PLoS oder BioMed Central (BMC), welche ihr Geschäftsmodell den neuen Gegebenheiten und der Forderung nach Open Access angepasst haben. So verlangen diese einmalig beim Publizieren vom Autor/von der Autorin eine Gebühr (APC = Article Processing Charge) von durchschnittlich etwa 1600 Franken<sup>3</sup> wonach die Publikation unter einer freien Lizenz im Internet für jedermann zugänglich ist. Dieses Geschäftsmodell funktioniert und ist kommerziell erfolgreich. Doch gerade viele traditionsreiche und renommierte Zeitschriften werden von den Verlagen weiterhin nur im konventionellen Subskriptionsmodell angeboten. Die Vermutung liegt nahe,

---

<sup>1</sup> Larivière V, Haustein S, Mongeon P (2015) The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era. PLoS ONE 10(6): e0127502. Zugänglich: <http://doi.org/10.1371/journal.pone.0127502>

<sup>2</sup> [https://openaccess.mpg.de/68053/Berliner\\_Erklaerung\\_dt\\_Version\\_07-2006.pdf](https://openaccess.mpg.de/68053/Berliner_Erklaerung_dt_Version_07-2006.pdf)

<sup>3</sup> See auch weltweite Datenbank zu APCs: <https://treemaps.intact-project.org/>

dass Verlage mit diesem alten Geschäftsmodell weitaus immer noch mehr Gewinn erzielen, als sie es bei einer Umstellung aller Zeitschriften zu Open Access tun würden.

Von daher besteht ein öffentliches Interesse zu erfahren, wieviel die Universität Basel, insbesondere gerade an die Verlage bezahlt, welche weiterhin am konventionellen Geschäftsmodell festhalten und somit den eigentlich gesellschaftlich sinnvollen, und auch von der Universität Basel angestrebten freien Zugang zu Forschungsergebnissen verhindern. Zumal gemäss §34 KV/BS der Staat den allgemeinen Zugang zu Informationsquellen zu fördern hat.

Seit den verschiedenen Anfragen des Beschwerdeführers im Juni 2014 bei den Schweizer Hochschulen, ist diese öffentliche Diskussion auch in Bewegung gekommen. So wandte sich der Staatssekretär für Bildung und Forschung im Dezember 2015 an swissuniversities, mit der Feststellung, dass die heutige Situation im Bereich „Open Access“ unbefriedigend sei (Beilage 27) und u.a. ein Handlungsbedarf bei der „Schaffung von Kostentransparenz bei den öffentlichen Ausgaben im Bereich wissenschaftliches Publizieren“ bestehe.

Eine Studie<sup>4</sup> im Auftrag des Schweizer Nationalfonds und Swissuniversities, hat in der Zwischenzeit auch festgestellt, dass 2015 Schweizer Hochschulbibliotheken 70 Mio. Franken für Zeitschriftensubskriptionen ausgegeben wurden und sieht für die Umstellung zu Open Access bis 2014 ein Bedarf von weiteren 25 Mio. Franken. Die Studie verzichtete (wohl angesichts der zum Zeitpunkt der Erstellung noch laufenden Verfahren zu den Einsichtsgesuchen des Beschwerdeführers) darauf die heutigen Ausgaben nach Hochschule oder nach Verlag zu publizieren und bietet somit noch keine genügende detaillierte Datenlage, um sich zu dem Thema eine differenzierte Meinung zu bilden.

International (z.B. in den Niederlanden, UK oder Österreich) haben Universitäten angefangen, mit den Verlagen „Offsetting-Agreements“ auszuhandeln. Dabei werden die Kosten der bisherigen Abonnemente gegen die Kosten, die beim Publizieren von Open Access-Artikeln entstehen der eigenen Forschenden gegeneinander aufgewogen. Dies führt dazu, dass einzelne Publikationen von Forschenden dieser Länder mitunter bei den Verlagen Elsevier, Springer und Wiley frei bei den Verlagen zugänglich sind und somit der Erwerb dieser Artikel überflüssig wird. Mit der neuen Initiative OA2020<sup>5</sup> sollen die Bestrebungen, das bisherige Subskriptionsmodell in ein Open Access-Modell zu konvertieren koordiniert und verstärkt werden. Inzwischen wurde die Initiative von 74 wissenschaftlichen Institutionen unterzeichnet. Darunter auch der Schweizer Nationalfonds und die Schweizer Akademien.

Die notwendige Diskussion, inwiefern eine solche Transformation und solche Offsetting-Agreements für einzelne Hochschulen (finanziell) sinnvoll sind, ist nur mit Einsicht in die Zahlungen pro Hochschule und Verlag möglich. Dazu gehört auch die Diskussion über eine mögliche „Schmerzgrenze“ bei der die Leistung und Preis der Verlage nicht mehr akzeptierbar sind und beispielsweise politische Interventionen (z.B. Änderungen im Urheberrecht, Vorgaben hinsichtlich Open Access) nötig werden.

Damit ist dargelegt, dass ein erhebliches allgemeines öffentliches Interesse an der beantragten Einsicht besteht, welches die Vorinstanz in ihren Erwägungen bzw. in der Interessenabwägung nach § 75 KV/BS nicht berücksichtigte.

### **Verletzung von § 75 Kantonsverfassung BS:**

---

<sup>4</sup> Cambridge Economic Policy Associates Ltd. (2016). Financial Flows in Swiss Scientific Publishing. Zenodo. <http://doi.org/10.5281/zenodo.167337>

<sup>5</sup> <https://oa2020.org/mission/>

Gemäss §75 KV/BS besteht das Recht auf Einsicht in amtliche Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Näheres wird im IDG ausgeführt.

### 1) § 75 KV/BS: öffentlichkeitsrechtliches Zugangsrecht geht privaten Geheimhaltungspflichten (Vertraulichkeitsklauseln) vor

Die Universität Basel schrieb in ihrer Stellungnahme an das Appellationsgericht vom 13. Mai 2015, dass die Vertraulichkeitsklauseln unbestrittenermassen der einzige Hinderungsgrund für die Universität sei, die Verträge inkl. Preise offenzulegen.

Welche Gründe jedoch aus Sicht der Universität Basel ursprünglich dazu führten, dass sie mit den Verlagen Vertraulichkeitsklauseln einging, geht aus den Aussagen der Universität Basel nicht nachvollziehbar hervor. Die Universität Basel schrieb in der Stellungnahme vom 22. Oktober 2014 bloss, dass sie Vertraulichkeitsklauseln akzeptiert hat, aber nicht wieso:

„Die Vertragsverhandlungen mit den drei Verlagen wurden von der Geschäftsstelle des Konsortiums geführt. Die Gründung des Konsortiums und das harte Verhandeln der Geschäftsstelle haben zu massgeblich vorteilhafteren Konditionen geführt. Teil dieser äusserst komplexen Gesamtverhandlungen bildete die Vertraulichkeitsklausel.“

Vermutlich aus dieser einzigen Aussage, die aber ja noch nicht einmal eine eigentliche Begründung für die Vertraulichkeitsklausel darstellt, konstruiert das Appellationsgericht in seinen Erwägungen (E 4.4) willkürlich einen angeblichen kausalen Zusammenhang zwischen der Akzeptanz von Vertraulichkeitsklauseln und einer (von der Universität Basel nie behaupteten noch bewiesenen) finanziellen Besserstellung.

„Die Verlage haben der Universitätsbibliothek Basel bzw. dem Konsortium die bisherigen Lizenzpreise im Vertrauen auf vertragliche Geheimhaltungsklauseln gewährt. Es ist offensichtlich, dass ein ernsthaftes Risiko besteht, dass die Verlage der Universitätsbibliothek Basel (bzw. dem Konsortium) in Zukunft schlechtere Konditionen anbieten werden, wenn sie wissen, dass Mitglieder des Konsortiums zur Veröffentlichung der Informationen über die Lizenzpreise gezwungen werden und diese Informationen von allen übrigen Lizenznehmern verwendet werden können, um die Preise zu drücken.“

Und nur aufgrund dieser willkürlichen Interpretation (Zusicherung von Vertraulichkeit habe zu tieferen Preisen für die Universität Basel geführt), kommt das Appellationsgericht letztlich zum Schluss, das ein überwiegendes öffentliches Interesse gegen den Zugang zu den Daten spricht. Die Vorinstanz stellt den massgeblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest und nimmt gestützt darauf eine rechtsfehlerhafte Interessenabwägung vor, womit sie ein kantonales verfassungsmässiges Recht (§ 75 KV/BS) verletzt. Auf diese Interpretation ist noch zurückzukommen.

Zunächst geht es jedoch um die Frage, ob die Universität Basel trotz §75 KV/BS überhaupt den Verlagen Vertraulichkeit auch hinsichtlich bezahlten Preisen hat zusichern dürfen.

Das Appellationsgericht sieht das Eingehen von Vertraulichkeitsklauseln seitens der Universität Basel grundsätzlich mit dem Sinn und Zweck des in §75 KV/BS verankerten Öffentlichkeitsprinzips vereinbar (E 4.1). Das Gericht setzt sich aber nicht mit den vom

Beschwerdeführer vorgebrachten Standpunkte (Rekursbegründung für Appellationsgericht vom 12. März 2015, Punkt 1.3) des EDÖB und der Koordinationsstelle IDG ZH auseinander, wonach Vertraulichkeitsklauseln keine absolute Sperrwirkung hinsichtlich dem Zugangsrecht bedeuten können, da den Vertragsparteien keine Privatautonomie ausserhalb der geltenden Rechtsordnung zusteht.

Das Gericht geht sogar soweit, dass es bei einem durch den Beschwerdeführer vermuteten allgemeinen Vorbehalt in den Vertraulichkeitsklauseln (Beispielsweise „*The Subscriber and its employees, officers, directors and agents will maintain as confidential and not disclose to any non-affiliated third party without Elsevier’s prior written consent or **except as required by law** the financial terms and commercial conditions of this Agreement.*“) ausschliesst, dass damit der Informationszugang für Jedermann gemäss §75 KV/BS bzw. §25 Abs. 1 IDG gemeint sein könnte:

„Mit dem Vorbehalt einer solchen Bestimmung würden die Vertraulichkeitsklauseln jeglicher Bedeutung beraubt, was keinesfalls dem Willen der Vertragsparteien entsprochen haben kann.“

Ohne genauere Spezifizierung bedeutet ein Vorbehalt jedoch erstmal nur, dass die Universität Basel die Geheimhaltung lediglich in den Schranken der Rechtsordnung zusichern kann, wozu sicherlich auch das in der Kantonsverfassung verankerte Öffentlichkeitsprinzip berücksichtigt werden muss. Denn umkehrt ist es doch genauso offensichtlich, dass ein leichtfertiges Eingehen von Vertraulichkeitsklauseln durch die Behörde letztlich immer dazu führt, dass öffentliche und private Interessen der Akteneinsicht entgegenstehen. Will eine Behörde etwas nicht zugänglich machen, kann sie einfach nach Belieben vorgängig Vertraulichkeitsklauseln abschliessen und sich dann später darauf berufen, dass eine Verletzung derselben nicht im öffentlichen Interesse der Behörde liegen kann. So würde dem in §75 KV/BS statuierte Öffentlichkeitsprinzip jegliche Bedeutung geraubt, was letztlich nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann.

Selbst der Datenschützer des Kantons BS sieht die Frage grundsätzlich unbeantwortet, inwiefern ein öffentliches Organ überhaupt verbindlich Geheimhaltung zusagen kann. Er empfiehlt Organen hinsichtlich freiwillig angebotenen Informationen, nicht leichtfertig Geheimhaltungsversprechen abzugeben, selbst wenn sie dafür auf angebotene Information verzichten müssen<sup>6</sup>. Umso mehr muss diese Vorsicht bei Kaufverträgen gelten, wo der Preis der Behörde ja zwingend vom Anbieter für das Zustandekommen eines Vertrags mitgeteilt werden muss.

Wie der Beschwerdeführer aufgezeigt hat (Begründung an Rekurskommission vom 18 August 2014, Punkt 2 b) gibt es keine nachvollziehbaren Gründe, weshalb die Universität Basel den Verlagen Geheimhaltung über die Preise zugesichert hat. Andere Bibliotheken im Ausland haben von den Verlagen Inhalte ohne Zusicherung von Vertraulichkeit erwerben können und internationale Bibliotheksverbände (ARL und ICLOC) weisen seit längerem darauf hin, dass Bibliotheken keine Vertraulichkeitsklauseln akzeptieren sollten. Selbst in der Schweiz hatte der ETH-Ratspräsident Fritz Schiesser am 6. Juni 2012 die Leitung des Konsortiums gebeten, künftig auf Vertraulichkeitsklauseln zu verzichten. Dies nachdem im ETH-Rat offensichtlich wurde, dass die zugesicherte Vertraulichkeit im nationalen Vertrag zur Elsevier Lizenz 2011-

---

<sup>6</sup> RUDIN, in: Rudin/Baeriswyl [Hrsg.], Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, 2014, Art. 29 N 54 Zeile 55

2013 eine Überprüfung durch externe Experten unmöglich machte und somit den Interessen des ETH-Rats entgegenstand<sup>7</sup>.

Das Appellationsgericht nimmt zwar eine Interessensabwägung vor und erklärt die Tatsache das Vertraulichkeitsklauseln unterzeichnet wurden nicht gleich zum vorherein als Grund für die Zugangsverweigerung. In der Interessensabwägung, überwiegt dann aber doch eine nur theoretisch denkbare, aber nicht wirklich wahrscheinliche Konsequenz aus der Verletzung der zugesicherten Vertraulichkeit als überwiegendes öffentliches Interesse gegen das Zugangsinteresse. Ohne vorgängige Zusicherung der Vertraulichkeit, würde es kein überwiegendes öffentliches Interesse gegen den Informationszugang geben. Mit dieser Argumentation signalisiert das Gericht, das Behörden unbegründet Vertraulichkeitsklauseln verwenden können um das in §KV 75/BS verankerte Öffentlichkeitsprinzip zu ihren Gunsten aushebeln zu können.

## 2) § 75 KV/BS: Öffentliches Interesse, dass die Verhandlungsposition von Behörden durch Bekanntgabe geschwächt wird, ist vorliegend nicht tangiert

Das Appellationsgericht führt aus, dass die Bekanntgabe der Preise zu künftig höheren Lizenzpreisen für die Universität Basel führen werde (E 4.4):

„Es ist zu bezweifeln, dass die Verlage im Falle der Transparenz bezüglich der mit dem Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken individuell ausgehandelten Preise noch Preisreduktionen im gleichen Umfang gewähren würden, weil in diesem Fall alle anderen Abnehmer eine analoge Preisgestaltung fordern könnten. Es ist zu befürchten, dass Transparenz hinsichtlich der Preisgestaltung nicht zu tieferen, sondern zu höheren Beschaffungskosten führen würde, weil die Ausübung der eigenen Marktmacht des Konsortiums nicht mehr im gleichen Umfang möglich wäre. Damit besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Geheimhaltung der vom Rekurrenten gewünschten Informationen.“

Es gibt keinen Grund für diese Annahme! Das Appellationsgericht hätte zeigen müssen, dass die Geheimhaltung von den Verlagen mit einem Minderpreis belohnt wurde oder dass die Geheimhaltung es den Verlagen erlaubt hat, dem Konsortium einen tieferen Preis anzugeben – das alles ist aber weder belegt noch trifft es zu. Nicht einmal die Universität Basel hat je eine Kausalität von „günstigen Konditionen“ und dem Zusichern von Vertraulichkeit behauptet. Zumal ja auch noch genauer zu definieren gewesen wäre, was mit „günstig“ gemeint ist. Auch diesbezüglich stellt die Vorinstanz den massgeblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest und nimmt gestützt darauf eine rechtsfehlerhafte Interessenabwägung vor, womit sie ein kantonales verfassungsmässiges Recht (§ 75 KV/BS) verletzt.

### a) Universität Basel hat nicht besonders günstige Konditionen (Subskriptionen)

Per Öffentlichkeitsgesetz erlangte [Protokolle des ETH-Rates](#)<sup>8</sup> von 2010 bis 2012 zeigen vielmehr, dass es in der Vergangenheit insbesondere von Seite EPFL erhebliche Zweifel gab, ob das Schweizer Konsortium der Hochschulbibliotheken<sup>9</sup> trotz zugesicherter Vertraulichkeit

<sup>7</sup> Dokument beim ETH-Rat erlangt über das Öffentlichkeitsprinzip am 8. Jan. 2016: <https://goo.gl/ksx6an>

<sup>8</sup> Dokumente beim ETH-Rat am erlangt über das Öffentlichkeitsprinzip am 8. Jan. 2016: <https://goo.gl/oa8tvX>

<sup>9</sup> Zur Klarheit: Das Konsortium ist bei der ETH-Bibliothek angegliedert und verhandelt auch die Rahmenbedingungen für die Universitätsbibliothek Basel. D.h. wenn es um die Konditionen des Konsortiums geht, sind damit automatisch auch die Konditionen der Universität Basel gemeint.

angemessene Konditionen verhandelt hatte. Für die Sitzung des ETH-Bereichs vom 2. Februar 2011 erstellte der damalige Bibliotheksleiter der EPFL eine Beilage hinsichtlich Elsevier, in der vermerkt ist:

„Seit der Erscheinung der elektronischen Lizenzen, vor mehr als 10 Jahren, sind die Kosten für unsere Abonnements um 70% gestiegen, weil Elsevier in der Schweiz für den Zugriff zur Freedom Collection die Gebühren um jährlich mindestens [Schwärzung] erhöht. Dies ist ein höherer Satz als die durchschnittlich-[Schwärzung] die für den Rest der Welt angewandt werden (Quelle: ICOLC Herbst 2010).“

Diese Bemerkung wurde von Wolfram Neubauer, damaliger Direktor der ETH-Bibliothek und Leiter des Konsortiums der Schweizer Hochschulbibliotheken, in einer Stellungnahme für die gleiche Sitzung des ETH-Bereichs bestritten<sup>10</sup>:

*„Diese Bemerkung ist in dieser Form nicht korrekt, da die Verträge einzelner Konsortien nicht ohne Weiteres vergleichbar sind. Neben den durch besonderes Verhandlungsgeschick erreichbaren Vorteilen, hängt die Preisgestaltung sehr stark auch vom (finanziellen) Umfang des Gesamtpaktes ab. So hat beispielsweise das französische Konsortium geringfügig bessere Konditionen als dies für die Schweiz der Fall ist. Allerdings ist dies wenig überraschend, da der mit Elsevier generierte Umsatz etwa 4-mal höher ist.“*

Doch die Aussage zeigt auch, dass „günstige“ Konditionen des Konsortiums, allenfalls mehr von Verhandlungsgeschick und Umsatz abhängen, als von der Zusicherung von Vertraulichkeit über den Preis.

b) Universität Basel hat nicht besonders günstige Konditionen (Publikationen Basler Autoren)

Auch wenn während des bisherigen Rekursverfahren die Universität Basel ihre Verhandlungsposition nie konkretisiert hat und der Begriff „günstige Konditionen“ viel Interpretationsspielraum zulässt, kann aus dem Kontext davon ausgegangen werden, dass die Universität Basel und die Vorinstanzen preisliche Konditionen damit meinen.

Allerdings ist diese Betrachtung zu einseitig. Auch die Konditionen, welche die die Basler Forschenden beim Publizieren mit den Verlagen haben, sollten berücksichtigt werden. Artikel von Forschenden aus UK, Niederlande, Schweden oder Österreich werden direkt von Springer auf der Verlagsplattform frei zugänglich angeboten<sup>11</sup>. Forschende aus der Schweiz bzw. von der Universität Basel haben diesen Vorteil, der Sichtbarkeit verschafft nicht. Sie müssten pro Publikation zusätzlich 3000\$ für diese Option bezahlen. Sprich, andere Länder haben da bereits massiv günstigere Konditionen, wobei zu betonen ist, dass in den Niederlanden und in UK die Zahlungen für die Subskriptionen von den Hochschulen offengelegt wurden.

c) Kausalität von Transparenz und höheren Kosten bzw. Beeinträchtigung der Verhandlungsposition müsste sich beweisen lassen.

---

<sup>10</sup> Dokumente beim ETH-Rat erlangt über das Öffentlichkeitsprinzip am 8. Jan. 2016: <https://goo.gl/HfFmoL>

<sup>11</sup> Siehe Springer Compact Agreements: <https://www.springer.com/gp/open-access/springer-open-choice/springer-compact>

Die Universitäten Genf, Freiburg, Bern, Zürich, Neuchâtel, Svizzera Italiana, ETHZ, EPFL, Lib4ri haben alle vor 2017 ihre Ausgaben an Elsevier, Springer und Wiley offengelegt. Da diese Hochschulen alle Konsortiumsteilnehmer sind, welches auch für die Universität Basel die Verhandlungen führt, müsste sich die vom Appellationsgericht getroffene Annahme, dass eine Offenlegung die Verhandlungsposition des Konsortiums schwächen würde, inzwischen bewahrheitet haben und sich tatsächlich beweisen lassen. Inzwischen soll zumindest der abgelaufene Lizenzvertrag von 2014-2016 für Elsevier, ab 2017 neu verhandelt worden sein. Soweit dem Beschwerdeführer aus inoffiziellen Quellen zu Ohren gekommen ist, führt die hergestellte Ausgabentransparenz letztlich zu keinem nennenswerten Problem in der Verhandlung mit den Verlagen.

Auch im Ausland habe in den letzten Jahren viele Hochschulen die Zahlungen an die Verlage offengelegt. Beispielsweise praktisch alle Hochschulen in UK<sup>12</sup>, Finnland<sup>13</sup> oder Niederlande<sup>14</sup>. Es ist von keiner Hochschule bzw. von keinem Konsortium bekannt, dass die Transparenz über die Ausgaben ihre Verhandlungsposition mit den Verlagen geschwächt haben sollte.

Neben der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts manifestieren sich die vorstehend genannten Punkte ebenfalls in einer Verletzung kantonaler verfassungsmässiger Rechte (§ 75 KV/BS): Nicht jeder noch so geringe negative Effekt und nicht jede noch unwahrscheinlich eintretende Gefährdung reichen aus, um ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse überwiegen zu lassen. Es muss eine gewisse Erheblichkeit und Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Gefährdung oder Beeinträchtigung vorliegen<sup>15</sup>.

Vorliegend ist aus den Erfahrungen von einer Vielzahl von Hochschulen nicht ersichtlich wie die Transparenz über den blossen Preis nach abgeschlossenen Verhandlungen, die Verhandlungsposition für mögliche nächste Verhandlungen beeinträchtigt hat. Die Bejahung eines diesbezüglichen überwiegenden öffentlichen Interesses im Rahmen der Interessenabwägung durch die Vorinstanz verletzt demnach § 75 KV/BS.

### 3) § 75 KV/BS: Das private Interesse von Verlagen an der Geheimhaltung ihrer Lizenzpreise überwiegt das öffentliche Transparenzinteresse nicht

Das Appellationsgericht stuft die gewünschten Ausgaben der Universität Basel an die Verlage fälschlicherweise als Geschäftsgeheimnis der Verlage ein.

Der Einschätzung des Appellationsgericht, dass hinsichtlich Qualifikation als Geschäftsgeheimnis die zwei Faktoren *relative Unbekanntheit* und *subjektives Geheimhaltungsinteresse* gegeben sind, kann gefolgt werden. Zu bestreiten ist jedoch das Bestehen eines *objektiven Geheimhaltungsinteresse*, welches das Appellationsgericht darin ausmacht, als bei einer Offenlegung der Zahlungen der Universität Basel, der Geschäftserfolg der Verlage gefährdet würde (E 4.5.3):

„Wenn die von der Universitätsbibliothek bzw. dem Konsortium vereinbarten Lizenzpreise veröffentlicht wurden, könnten diese Informationen ohne Weiteres von

---

<sup>12</sup> <http://doi.org/bhmf>

<sup>13</sup> <http://opscience.fi/publishercosts>

<sup>14</sup> [http://www.vsnu.nl/en\\_GB/cost-of-publication](http://www.vsnu.nl/en_GB/cost-of-publication)

<sup>15</sup> RUDIN, in: Rudin/Baeriswyl [Hrsg.], Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, 2014, Art. 29 N 41 Zeile 19

anderen Bibliotheken, Konsortien und auch Privaten dazu genutzt werden, in Verhandlungen mit den Verlagen zu versuchen, die von diesen angebotenen Preise zu drücken. Es ist augenscheinlich, dass dies für die Verlage mit dem ernsthaften Risiko verbunden wäre, dass ihre Preisgestaltung unter Druck käme und damit ihr geschäftlicher Erfolg in erheblichem Masse beeinträchtigt würde. Dies gesteht der Rekurrent ausdrücklich zu, wenn er ausführt, dass bei einer Veröffentlichung der Einkaufspreise der Bibliotheken die Möglichkeit geschaffen werde, Preise für standardisierte Produkte zu vergleichen und gegenüber den Verlagen günstige Konditionen einzufordern (Rekursbegründung, S. 12). Damit ist auch das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben und sind die Informationen über die Lizenzpreise als schützenswertes Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren.“

Dabei hält das Basler Appellationsgericht bewusst gegen die Interpretation des EDÖB und weiteren kantonalen Beschwerdeinstanzen, welche ein Vorliegen eines objektiven Geheimhaltungsinteresses bei den Zahlungen an die Verlage allesamt verneint haben. Die beispielsweise vom EDÖB vertretenen Auffassung, dass eine Berufung auf den Schutz eines Geschäftsgeheimnisses nach Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ notwendigerweise einen wirksamen Wettbewerb zu anderen Marktteilnehmern voraussetze, will das Appellationsgericht nicht übernehmen. Insbesondere weil diese Auffassung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung keinen Halt fände (E 4.5.4).

a) Transparenz ändert nichts am Oligopol

Das Appellationsgericht übersieht, dass die Verlage mangels Substituierbarkeit ihrer Medien selbst bei Transparenz nachwievor verlangen können was sie wollen. Die Tatsache, dass andere Bibliotheken die Entscheidung treffen können, auf einen „Big Deal“ zu verzichten und auf alternative Beschaffungsformen (Einzelabonnemente, Pay-per-View pro Artikel, Dokumentlieferdienste, Repositories, Autorenwebsites oder das direkte Anfragen um eine Kopie der Inhalte bei der Urheberschaft), ändert nichts an dem Oligopol und den objektiv gegebenen Möglichkeiten hinsichtlich Geschäftsergebnis.

b) Öffentliches Beschaffungswesen sieht Bekanntgabe des Zuschlagspreises vor

Das Gesetz über öffentliche Beschaffungen ([SG 914.100](#)) bezweckt das Verfahren von öffentlichen Vergaben transparent zu gestalten, damit unter den Anbieterinnen und Anbietern ein wirksamer Wettbewerb stattfinden kann. Dabei ist die Publikation des Zuschlages gemäss §27 Beschaffungsgesetz BS mit Preis, Name und Adresse des Anbieters und Beschaffungsobjekt im Kantonalen Amtsblatt bzw. auf der Plattform [simap.ch](#) üblich (Siehe Screenshot Beilage 28).

Die Publikation dieser Angaben ist insbesondere bei offenen Verfahren üblich. Also dort, wo alle Anbieter Angebote auf eine öffentliche Ausschreibung einreichen können und man von einem Wettbewerb sprechen kann. Offenbar sieht hier das Beschaffungsgesetz die Bekanntgabe von Preis und Anbieter nicht als wettbewerbsverzerrend, sondern gerade notwendig zur Schaffung eines wirksamen Wettbewerbs.

Selbst bei freihändigen Vergaben über dem Schwellenwert (Bei Lieferungen und Dienstleistungen ab CHF 350'000), soll gemäss dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen [Art. XVIII Abs. 1 GPA](#) der Zuschlag inkl. Art und Menge der Waren oder Dienstleistungen, Name und Adresse des Anbieters und Preis im Kantonsblatt Basel-Stadt und auf [simap.ch](#) publiziert werden.

Die Frage, ob die Universität Basel bei den freihändig vergebenen Beschaffungen von den grossen Verlagen, nicht auch schon unlängst hätte publizieren müssen, mag in diesem Verfahren offenbleiben. Doch lässt sich mit Blick auf das öffentliche Beschaffungswesen klar feststellen, dass die Bekanntgabe von Preisen grundsätzlich mit einem wettbewerblichen Verhalten vereinbar ist. Von einer Verfälschung des Wettbewerbs durch Transparenz kann keine Rede sein.

Vielmehr bedeutet umgekehrt die aktuelle Geheimhaltung der Zahlungen der Universität Basel an die Verlage, eine unfaire Privilegierung gegenüber jenen im Wettbewerb stehenden Anbieter, welche im Rahmen von offenen Ausschreibungen tatsächlich günstig offerieren sollen und andererseits auch davon ausgehen müssen, dass ihr Name und Preis beim Zuschlag publiziert wird.

c) Preistransparenz führt nicht zu unzumutbarem Preiswettbewerb

Gemäss Appellationsgericht, führt die Offenlegung der Preise zu niedrigeren Preisen für andere Lizenznehmer (E 4.5.3). Das muss nicht vollumfänglich zutreffen. Wie aus dem oben erwähnten Zitat des früheren Leiters des Konsortiums der Schweizer Hochschulbibliotheken hervorgeht, sind Preise auf einem aggregierten Level (Ausgabe an Verlag pro Jahr und Medientyp) kaum direkt vergleichbar, da letztlich viele Faktoren (Historische Preise, Bestand, Miete oder Kauf, Mengenrabatt, individuelle Verhandlungsgeschick, etc.) zur Preisbestimmung weiterhin unbekannt bleiben.

In einer ähnlich gelagerten Situation, bei der Medienschaffende Zugang zu den Beschaffungsdaten (summarisch pro namentlich genannter Anbieter und Jahr) des Eidg. Finanzdepartements verlangten, konnte das Bundesgericht keine berechtigten privaten Interessen gegen die Offenlegung ausmachen ([1C\\_50/2015](#) vom 2. Dezember 2015, E.3.5.2):

„Zwar trifft es zu, dass sich aus der strittigen Liste der Geschäftsumsatz einer Unternehmung im Verhältnis zum Eidgenössischen Finanzdepartement (wenn auch nicht zum Bund als Ganzem) pro Jahr ableiten lässt. Diese Information erscheint aber unverfänglich, und es ist nicht ersichtlich, was daran nachteilig sein sollte. [...] Ebenfalls nicht ersichtlich ist, wie die Informationen geeignet sein könnten, den eventuellen Aktienkurs eines Unternehmens nachteilig zu beeinflussen oder Rückschlüsse über die Kundenstruktur zu ermöglichen, wird doch nur über einen Kunden, nämlich das Eidgenössische Finanzdepartement, Aufschluss erteilt. Verborgene bleibt sodann, wie aus dem jährlichen Gesamtumsatz eines Einzelkunden Folgerungen auf die Preis- oder Rabattpolitik einer Unternehmung oder die ordnungsgemässe oder nicht erfolgreiche Auftragserfüllung gezogen werden können sollten. Für die Entwicklung von Konkurrenzstrategien wie Dumpingangeboten durch andere Unternehmungen taugt die streitige Liste ebenfalls nicht; einerseits sind die darin enthaltenen Informationen viel zu allgemein, um verbindliche Rückschlüsse zuzulassen, und andererseits gründen detailliertere Angaben, die allenfalls gewisse Folgerungen für Geschäftsstrategien ermöglichen könnten, auf dem Beschaffungsrecht und sind deswegen ohnehin schon bekannt. [...] Dass berechnete private Interessen den umstrittenen Angaben entgegenstehen sollten, ist mithin nicht nachvollziehbar.“

Allerdings ist nicht zu verneinen, dass aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass Preistransparenz zu einer gewissen Vergleichbarkeit und tieferen Preisen

führt. Dies gehört aber, wie es der Grundsatz des Basler Beschaffungsgesetzes vorsieht zu einem wettbewerbsorientierten Markt und muss entsprechend von den privaten Anbietern akzeptiert werden.

d) Bezahlte Käufe können auch als Bestandteil der Staatsrechnung gewertet werden

Der Ansicht des Appellationsgericht, dass Zahlungen des Kantons an private Anbieter Geschäftsgeheimnisse der privaten Anbieter sein sollen, ist ebenfalls der Entscheid der Direktion für Erziehung, Kultur und Sport FR vom 15. Juli 2016 entgegenzuhalten. Dort wurden die Zahlungen der Kantons- und Universitätsbibliothek Freiburg an die Verlage kurzum als Teil der Staatsrechnung gewertet, zu der jeder, unabhängig vom kantonalen Öffentlichkeitsgesetz einen verfassungsmässigen Anspruch [§84 KV/FR](#) zur Einsicht hat.

#### 4) § 75 KV/BS: Interessenabwägung muss auch Forschungsfreiheit miteinbeziehen

Das Appellationsgericht kommt zum Schluss, dass beim Jedermanns-Anspruch die spezifischen Interessen von Forschenden und Fachgesellschaften nicht in der Interessensabwägung zu berücksichtigten sind (E 4.3).

Das Appellationsgericht, lässt dabei ausser Acht, dass besonders die Interessen der Forschenden durch die Forschungsfreiheit (Art. 20 BV) gedeckt sind. Die Frage ob genügend Ressourcen für die Forschung bereitstehen, oder ob diese durch oligopolistisch handelnde Verlage der eigentlichen Forschung entzogen wird, betrifft die Forschungsfreiheit fundamental.

Gerade wegen der in der Schweiz garantierten Forschungsfreiheit, ist es völlig unvorstellbar, dass eine Universität ihren Forschenden vorschreiben würde, bei welchem Verlag sie zu publizieren haben<sup>16</sup>. Dies würde allgemein als übermässiger Eingriff in die Forschungsfreiheit gewertet.

Mit dieser Freiheit verbunden ist die Annahme und Erwartung, dass Forschende die Entscheidung, wo und wie sie publizieren wollen, am Besten selbst treffen können. Dies bedingt, dass Forschende für einen sinnvollen Entscheid über genügend Information verfügen. Insbesondere für die Entscheidung, kostenpflichtig in einer Open Access-Zeitschrift mit Article Processing Charges (APC) oder gratis in einer Subskriptionszeitschrift zu publizieren, ist ein Verständnis der unterschiedlichen Geschäftsmodelle und ihrer Kosten zwingend notwendig.

So haben Basler Forschende im Jahr 2015 mindestens 760 Artikel bei den Verlagen Elsevier, Springer und Wiley publiziert<sup>17</sup>. Diese Forschende, welche den Verlagen gratis ihre Forschungsergebnisse zur Veröffentlichung überlassen, sollten wissen wieviel die Universität Basel bzw. das Konsortium letztlich für die Zeitschriften dieser Verlage bezahlt.

---

<sup>16</sup> So abwägig ist diese Beschränkung nicht. Forschende die durch die private Bill & Melinda Gates-Foundation Forschungsgelder erhalten, dürfen seit 2017 bei der Publikation von Forschungsergebnisse nur noch Journals berücksichtigen, bei denen der Beitrag sofort frei zugänglich ist: <http://doi.org/bxk7>

<sup>17</sup>Alexander Machado, Laura Hoppmann, Johannes Knaus, Margit Palzenberger, Bibliometric study of the Swiss Publication System, Abbildung 5.3 d) number of articles, Zenodo, 2016. <http://doi.org/10.5281/zenodo.167381>

5) § 75 KV/BS: Das private Interesse von Verlagen an Datenschutz überwiegt das öffentliche Transparenzinteresse nicht

Das Appellationsgericht führt aus (E 5), dass selbst wenn dem Zugang keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, der Zugang aus Datenschutzgründen nicht zugänglich gemacht werden kann. Denn sobald ein Bezug zu einem Verlag als juristische Person hergestellt werden kann, handle sich um Personendaten. Da eine Anonymisierung faktisch nicht möglich sei, richtet sich der Zugang nach § 21. IDG. Dort ist – anders als beim Bund – keine explizite Möglichkeit vorgesehen, dass bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der gewünschten Information auch nicht anonymisierte Personendaten herausgegeben werden können.

Zunächst ist festzustellen, dass das Gericht schlüssig dargelegt hat, dass eine Herausgabe der gewünschten Information nicht wirklich möglich ist, ohne dass ein Rückschluss auf den Namen des Verlages möglich sein wird und somit eine Anonymisierung tatsächlich nicht möglich ist.

Hinsichtlich Herausgabe nicht anonymisierter Daten ist das Basler IDG tatsächlich sehr streng. Wie aus dem Ratschlag des Regierungsrat *betreffend IDG Basel-Stadt vom 11.2.2009*, Dokument-Nr.: [08.0637.01](#) mehrfach hervorgeht, war die Absicht der strengen Regelung, vorallem der Schutz der individuellen Bürger.

„Da transparentes Verwaltungshandeln das Ziel ist und nicht die gläserne Bürgerin oder der gläserne Bürger, wird der Zugang zu Personendaten nur in anonymisierter Form gewährt“ (Seite 3)

„Die transparente Verwaltung, **nicht** aber die **gläserne Bürgerin oder der gläserne Bürger** ist das Ziel. Es geht nicht darum, dass über das Öffentlichkeitsprinzip Informationen zugänglich gemacht werden, welche die Bürgerinnen und Bürger kraft gesetzlicher Verpflichtung den Behörden zur Verfügung stellen müssen. Es wäre eine das Vertrauen gefährdende Fehlentwicklung und würde zu Recht den Widerstand der Betroffenen herausfordern. Aus diesem Grund sind Personendaten, zu welchen Zugang gewährt werden soll, zu **anonymisieren**.“ (Seite 7)

„Eine der grossen Herausforderungen bei der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips ist die Austarierung zwischen den hinter dem Öffentlichkeitsprinzip stehenden Interessen einerseits und den Interessen der Personen, über welche öffentliche Organe Daten bearbeiten, andererseits. Es ist verfassungsrechtlich unbestreitbar, dass der Schutz der Grundrechte der von behördlichem Datenbearbeiten betroffenen Person dazu führen muss, dass der Zugang zu Personendaten eingeschränkt werden muss – es geht wie gesagt um eine transparente Verwaltung, nicht um die gläserne Bürgerin oder den gläsernen Bürger.“ (Seite 49)

Geschützt werden sollte also primär die individuellen Bürger und Bürgerinnen. Es mag bezweifelt werden, dass man mit den strengen Bestimmungen tatsächlich auch juristische Personen schützen wollte, die eine Sonderbeziehung zum Staat in der Rolle als Empfänger von Beschaffungsgelder (und unbezahlten Dienstleistungen von Basler Forschenden) haben.

Kommt hinzu, dass selbst die Verlage in der Anhörung lediglich Bedenken hinsichtlich Geschäftsgeheimnis, aber keine hinsichtlich Beeinträchtigung der Privatsphäre (§29 Abs. 3

lit. a) geltend gemacht haben.

Vielmehr ist zu fragen, ob sich die in §21 Abs 1 lit. a geforderte gesetzliche Bestimmungen für die Bekanntgabe von Personendaten nicht schon aus §20 Abs. 1 und 2 IDG ergeben, wonach öffentliche Organe von Amtes wegen über Belange von öffentlichem Interesse sind und für die Meinungsbildung und zur Wahrung der demokratischen Rechte der Bevölkerung von Bedeutung sind, zu informieren haben. Letztlich ist es ja völlig unverständlich, warum der Datenschutz bei der aktiven Kommunikation der Zahlungen an die Verlage nicht in Quere kommen würde, sondern nur bei der re-aktiven (Zugangsgesuch).

Selbst für den Datenschützer BS ist die vorliegende Regelung zu streng und er stellt sich die Frage ob für den Fall, dass Personendaten nicht anonymisiert werden können, de lege ferenda nicht auf für Basel-Stadt eine ähnliche Regelung wie beim Bund vorzusehen wäre, wo bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse auch nicht anonymisierte Personendaten re-aktiv zugänglich gemacht werden können.<sup>18</sup>

---

### **Verletzung von Art. 9 BV (Willkür)**

#### Vertraulichkeitsklausel wurde auch vom Appellationsgericht nicht geprüft:

Das Appellationsgericht lässt den Einwand nicht gelten, die Rekurskommission hätte sich vertieft mit den Vertraulichkeitsklauseln auseinandersetzen müssen (E 3). Schliesslich habe der Beschwerdeführer bei einer Replik an die Rekurskommission das Vorliegen von Vertraulichkeitsklausel nie bestritten und auch nie die Edition der Klauseln verlangt.

Aufgrund des in KV 75/BS bzw. in §25 IDG verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Verweigert die Universität Basel diesen, hat sie nachzuweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach §29 IDG/BS erfüllt ist. Die Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt mithin der Universität Basel.

Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen die Universität Basel nicht eigenständig auffordert die Vertraulichkeitsklauseln vorzulegen und selber zu prüfen, obwohl sie ihren Entscheid massgeblich mit den Folgen der Verletzung solcher Klauseln begründet, war nicht zu erwarten und entspricht auch nicht dem Vorgehen anderer Rekursinstanzen.

Insofern blieb dem Beschwerdeführer nur die Möglichkeit dies beim Appellationsgericht zu rügen. Das dieses ebenfalls ein Urteil fällt, ohne je die Vertraulichkeitsklauseln im Wortlaut geprüft zu haben ist willkürlich. Insbesondere als das der Beschwerdeführer begründete Zweifel angebracht hat, dass der genaue Wortlaut eine Offenlegung zuliesse.

---

<sup>18</sup> RUDIN, in: Rudin/Baeriswyl [Hrsg.], Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, 2014, Art. 30 N 23.

## **Unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 97 BGG)**

### 1) Big-Deal ist nicht die einzige Möglichkeit um das Interesse der Forschenden nach Zugang zu decken.

Das Appellationsgericht (E 4.4) beurteilt die Frage, auf welchem Weg die Universitätsbibliothek Basel ihre Informationen beschafft für irrelevant. Die Feststellung des Appellationsgericht, dass das Bedürfnis der Baseler Forschenden, auf die für sie relevanten Artikel zuzugreifen, ausschließlich durch die heutigen Lizenzverträge (Big Deals) befriedigt werden kann ist offensichtlich falsch und erzeugt einen falschen Schluss hinsichtlich Gefährdung Verhandlungsposition.

Zwar ist ein Artikel grundsätzlich ein nicht substituierbares Gut. Trotzdem gibt es viele alternative Beschaffungsarten:

- a. Einzelkauf (Pay-Per-View) direkt beim Verlag (dazu braucht es keine Verhandlung).
- b. Einzelkauf/Miete über lizenznehmende Aggregatoren wie deepdyve.com
- c. Zugang über Repositories, Social Networks, wie Academia.edu oder Research Gate, oder Autorenwebseiten. Elsevier, Springer und Wiley gestatten es den AutorInnen eine Autorenversion auf ihrer Website oder einem Repository zugänglich zu machen. Da Forschende auf Reputation und Sichtbarkeit aus sind, stellen sie ihre Publikationen zu Verfügung.<sup>19</sup>
- d. Eine weitere sehr häufig praktizierte Möglichkeit ist den Autor per E-Mail um eine Kopie des Papers zu bitten.
- e. Fernleihe/Dokumentlieferdienst. Es ist eine übliche Praxis, dass Bibliotheken sich gegenseitig per Dokumentlieferdienst einzelne Artikel gegen eine geringe Gebühr zukommen lassen, wenn jeweils eine Bibliothek den Zugang hat und die andere nicht.
- f. Nahezu alle Publikationen von Wiley, Springer und Elsevier sind auch kostenlos und praktikabel bei Sci-Hub (<http://sci-hub.io/>) zugänglich, dessen Nutzung gemäss aktuellem Urheberrecht in der Schweiz legal ist und entsprechend auch genutzt wird.<sup>20</sup>

Dabei ist natürlich auch zu berücksichtigen, dass viele Artikel die über die Big Deal lizenziert werden nie wirklich benötigt werden.

Würde im bloss denkbaren, aber kaum wahrscheinlichen Fall, die Univeristät Basel die Inhalte nicht mehr über den Big Deal bei den Verlagen erwerben können, gibt es viele Alternativen.

### 2) Universität Basel hat wegen Zusicherung von Vertraulichkeit keine besseren Konditionen

Die Universität Basel hat eine Besserstellung aufgrund der Vertraulichkeitklauseln nie behauptet oder je substantiiert. Erst die Rekurskommission und das Appellationsgericht schliessen aus der blossen Existenz einer solchen Klausel, eine Besserstellung in Form von „günstigeren Konditionen“ und gelangen letztlich so fälschlicherweise auf ein öffentliches Interesse der Universität Basel, das einer Offenlegung der Zahlungen entgegensteht zu kommen. Die Feststellung die Universität Basel bzw. das Konsortium habe wegen der Zusicherung von Vertraulichkeit besser Konditionen erhalten ist ganz offensichtlich falsch. Das zeigt sich beispielsweise leicht daran, dass Autoren niederländischer Hochschulen, dank

---

<sup>19</sup> Beispiel: <http://www.ulp.ethz.ch/publications/journal-articles.html>

<sup>20</sup> <http://www.sciencemag.org/news/2016/04/whos-downloading-pirated-papers-everyone>

den hart verhandelten Offsetting-Agreements, ohne oder nur ganz geringe zusätzliche Kosten in den Zeitschriften von Wiley, Elsevier und Springer Open Access publizieren können. Schweizer Forschende haben diesen Vorteil nicht, sondern müssten bei den Verlagen die regulären Open Access Gebühren bezahlen.

### 3) Verhandlungsposition der Universität Basel ist durch die Offenlegung nicht gefährdet

Die Feststellung, eine Offenlegung der Zahlungen, würde die Verhandlungsposition der Universität Basel bzw. des Konsortiums gefährden und zu schlechteren Konditionen führen ist offensichtlich falsch.

Das Appellationsgericht argumentiert hier widersprüchlich. Einerseits geht es davon aus, dass die Aufhebung der Geheimhaltung zu höheren Lizenzpreisen führt (für die Universität Basel bzw. das Konsortium), andererseits geht es davon aus, dass die Aufhebung der Geheimhaltung zu tieferen Lizenzpreisen führt (für andere Lizenznehmer).

### 4) bezahlte Preise sind kein Geschäftsgeheimnis der Verlage

Aus aggregierten Zahlungsdaten pro Jahr und Medientyp je Verlag, lässt sich nicht auf interne Preiskalkulationen oder ähnliches schliessen. Somit handelt es sich bei diesen Zahlen nicht um Geschäftsgeheimnisse ([1C\\_50/2015](#) vom 2. Dezember 2015, E.3.5.2).

Damit sind gestellten Rechtsbegehren genügend begründet und es wird höflich um Gutheissung ersucht.

Mit freundlichen Grüssen

Christian Gutknecht