

**EINSCHREIBEN**

Christian Gutknecht  
Blumensteinstrasse 17  
3012 Bern  
christian.gutknecht@bluewin.ch

Verwaltungsgericht des Kt. SG  
Webergasse 8  
9001 St. Gallen

28.8.2018

Sehr geehrter Herr Gerichtspräsident  
Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

**Gutknecht** Christian, Blumensteinstrasse 17, 3012 Bern

**Beschwerdeführer**

gegen

**Universitätsrat** der Universität St. Gallen, Dufourstrasse 50, 9000 St. Gallen

**Vorinstanz/Beschwerdegegner**

reiche ich Ihnen

**Beschwerde**

ein betreffend

**Akteneinsicht zu Zahlungen der Universität St. Gallen an Internationale Verlage / Entscheid  
des Universitätsrats der Universität St. Gallen vom 14./15. Juni 2018**

mit folgenden

## **Rechtsbegehren**

1. Der Entscheid des Universitätsrats der Universität St. Gallen vom 14./15. Juni 2018 sei aufzuheben, soweit der Rekurs vom 20. März 2017 abgewiesen wurde;
2. Die Universität St. Gallen sei anzuweisen, die Zahlungen an die internationalen Verlage gemäss Anfrage vom 28. März 2016 vollständig offenzulegen;
3. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.

### **I. Formelles**

Nach der erfolgten Beschwerdeanmeldung reiche ich innerhalb der am 13. Juli 2018 gewährten Fristverlängerung bis 31. August 2018 die Beschwerdebegründung gegen den Entscheid des Universitätsrats mit Sitzungsdatum 14./15. Juni 2018 ein.

#### **BO:**

Schreiben des Verwaltungsgerichts vom 13. Juli 2018

**Beilage 1**

Gemäss Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 VRP ist das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide des Universitätsrats der Universität St. Gallen.

### **II. Materielles**

#### **A. Sachverhalt**

Der Sachverhalt wurde im Entscheid des Universitätsrats korrekt festgestellt und zusammengefasst. Der Einfachheit halber wird hier darauf verwiesen.

#### **BO:**

Entscheid Universitätsrat der Universität St. Gallen vom 14./15. Juni 2018

**Beilage 2**

#### **B. Begründung**

Der Entscheid des Universitätsrats liefert in Ziffer 9 bei der Gebührenfrage (endlich) eine nachvollziehbare Antwort die ich hiermit nicht anfechten möchte.

Allerdings weist die Beurteilung der zeitlichen Anwendbarkeit des ÖffG und die Wertung der privaten und öffentlichen Interessen gegen den Zugang weiterhin erhebliche Mängel auf.

##### **1. Zugang auch auf Informationen mit Erstelldatum vor Erlass ÖffG anwendbar**

Der Universitätsrat kommt zum Schluss, das ÖffG sei nicht formell auf Dokumente anwendbar, welche vor dem Inkrafttreten des ÖffG entstanden sind.

Diese Interpretation steht im Widerspruch zur Auffassung des Verwaltungsgerichts, welches in [B2016/98 \(E 2.3.1\)](#) beim Fehlen einer entsprechenden übergangsrechtlichen Bestimmung zum

zeitlichen Anwendungsbereich des ÖffG, davon ausgeht, dass das ÖffG auch auf Dokumente anwendbar ist, welche vor dessen Invollzugsetzung erstellt worden sind.

Das ÖffG äussert sich nicht explizit dazu, ob Dokumente vor Erlassdatum eingeschlossen sein sollten. Es ist aber bekannt, dass die Regierung sich bei der inhaltlichen Ausgestaltung „sehr eng“ an das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes angelehnt hat (Aussage Regierungsrat Fredy Fässler im [Protokoll](#) der Sitzung der vorberatenden Kommission des Kantonsrates zum Informationsgesetz vom 2. Dezember 2013). Man wird also die dort festgehaltene Übergangsbestimmung [Art. 23 BGÖ](#) gekannt haben. Indem der Gesetzgeber auf eine analoge Bestimmung im ÖffG verzichtet, kann davon ausgegangen werden, dass er bewusst keine zeitliche Beschränkung wollte. Hingegen wie der Universitätsrat davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine zeitliche Beschränkung wollte, sie aber - trotz Vorlage BGÖ - vergass ins Gesetz zu schreiben, ist nicht plausibel. Eine Rückwirkung ist nach dem Sinn des Gesetzes klar gewollt.

Der Universitätsrat begründet seine Interpretation mit dem in der Rechtsprechung existierenden Rückwirkungsverbot. Echte Rückwirkung sei nur in Ausnahmefällen erlaubt und an Bedingungen geknüpft. Dabei seien beim ÖffG zwei Bedingungen (fehlende gesetzliche Grundlage und fehlende zeitliche Mässigung) nicht erfüllt.

Es ist zu bezweifeln, ob sich die Frage nach einer unzulässigen Rückwirkung beim ÖffG überhaupt stellt. Denn „das Verbot der Rückwirkung findet seine Begründung darin, dass den Privaten keine Pflichten auferlegt oder Rechte entzogen werden sollen, mit denen sie im Zeitpunkt der Verwirklichung des Sachverhalts nicht rechnen mussten. Diese Bedenken entfallen, wenn die Rückwirkung den Privaten nur Vorteile bringt, d.h., wenn ein begünstigender Erlass mit rückwirkender Kraft ausgestattet ist.“ (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, Rz. 275). Dies ist beim ÖffG massgeblich der Fall. „Belastend“ betroffen durch die Einführung und Rückwirkung des ÖffG ist primär der Staat selber, indem er mehr Transparenz über seine Aktivitäten gewähren muss. Für Private hingegen wirkt das ÖffG hauptsächlich begünstigend, da es ihnen erweiterte Rechte gegenüber dem Staat einräumt und Nachweispflichten erlässt (Art. 5 ÖffG: «Jede Person hat, ohne dass sie ein besonderes Interesse geltend machen muss, [...] ein Recht auf ...»).

Lediglich im eher nebensächlichen Fall, dass Informationen von Privaten im Zusammenhang mit behördlicher Tätigkeit erfasst wurden, kann sich das ÖffG überhaupt potentiell belastend auf Private auswirken. Allerdings bleiben solche Informationen von Privaten auch mit dem ÖffG nicht ohne Schutz. Vom Zugang ausgenommen sind behördliche Informationen, die mit schützenswerten privaten Interessen verbunden sind (Art 6 ÖffG). Zu einer nicht zumutbaren Belastung von Privaten, vor welcher ja das Rückwirkungsverbot genau schützen soll, wird es durch diese Ausnahme beim Informationszugang nicht kommen.

Der Universitätsrat sieht auch die zeitliche Mässigkeit als nicht erfüllt, da Einsicht in Dokumente bis zu vier Jahre vor Erlassdatum des ÖffG verlangt werde, was für eine echte Rückwirkung zu viel sei. Er verweist dabei auf das Bundesgerichtsurteil [2C 685/2016](#) E. 8.5.3, wo eine Rückwirkung von über zwei Jahren als „überlange Rückwirkung“ als nicht zulässig befunden wurde. Die Forderung einer zeitliche Mässigung mit einer absoluten Jahreszahl macht beim Charakter des ÖffG – anders als beispielweise bei Steuergesetzen - aus zwei Gründen wenig Sinn:

- a) Verhältnismässigkeitsprinzip wird ad hoc bei jedem Zugangsgesuch berücksichtigt  
Wie das Bundesgericht im zitierten Urteil [2C 685/2016](#) E. 8.4 auch ausführt, ergibt sich das Erfordernis der zeitlichen Mässigkeit aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, vor allem dem Gebot der Zumutbarkeit (vgl. Georg Müller, [Zulässigkeit der begünstigenden Rückwirkung](#), ZBI 118/2017 S. 268 ff.). Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird beim ÖffG jeweils ad hoc

berücksichtigt. Bei jedem Zugangsgesuch wird durch die Behörde beurteilt, ob allfällige Informationen von Privaten, die sie im Zuge ihrer Tätigkeit miterhoben hat, herausgegeben werden dürfen. Dies gilt sowohl für Informationen von vor und nach der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips in St. Gallen. Betrifft das Zugangsgesuch mitunter relevante private Daten, sollen die Privaten von der Behörde angehört werden (Art. 14 ÖffG) und deren Interessen beim Entscheid über den Zugang berücksichtigt werden. Sind Private mit dem Entscheid des öffentlichen Organs bei der Zugangsgewährung nicht einverstanden, können sie gemäss Art. 16 ÖffG eine Verfügung verlangen und haben, wie die gesuchstellende Person, entsprechenden Rechtsmittel gegen den Entscheid. Indem diese Prüfung bei jedem Zugangsgesuch ad hoc vorgenommen wird, wird das Verhältnismässigkeitsprinzip auch jeweils dann gewährleistet, wenn es um Zugang zu Informationen geht, die weit vor der Einführung des ÖffG erstellt wurden.

b) Flexibler Anschluss ans Archivgesetz

Der Zugang zu behördlicher Information wird im Kanton St. Gallen nicht alleine via ÖffG geregelt, sondern richtet sich gemäss Art. 3 Abs 3. ÖffG bei archivierten Dokumenten nach dem [Gesetze über Aktenführung und Archivierung \(GAA - sGS 147.1\)](#). Das ÖffG gilt nur also nur bis dahin rückwirkend, bis ein öffentliches Organ die Unterlagen, die es zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht mehr benötigt, dem zuständigen Archiv übergibt (Art. 11 GAA). Dieser Zeitpunkt ist jedoch je nach Organ und je nach Geschäft unterschiedlich. Wenn der Gesetzgeber den nahtlosen Anschluss an das Archivgesetz beabsichtigte, ist es nur zweckmässig, wenn er im später erlassenen ÖffG, keine absolute Jahreszahl zur Rückwirkung festlegt, sondern der zeitliche Geltungsbereich relativ zum Status „archiviert“ festmacht.

Im Archiv sind Dokumente spätestens nach Ablauf der Schutzfristen öffentlich einsehbar. Gemäss Art. 21 GAA ist Archivgut sogar vor Ablauf der Schutzfristen einsehbar, sofern wie beim ÖffG keine öffentlichen oder schützenswerten privaten Interessen entgegenstehen oder wenn die betroffene Person in die Einsichtnahme einwilligt. Der Informationszugang, sowie die Interessensabwägung, wie sie das ÖffG bringt, ist folglich überhaupt nicht neu. Für Private ist es daher schon länger voraussehbar, dass ihre Informationen, die im Zusammenhang mit behördlicher Tätigkeit erfasst werden, unter den genannten Bedingungen früher oder später öffentlich gemacht werden könnten. Dadurch ist die Anwendung des ÖffG auf ältere Dokumente durchaus als zumutbar zu betrachten.

## 2. Privates Interesse

Gemäss Art. 6 Abs. 1 ÖffG ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten zu gewähren, soweit nicht öffentliche und schützenswerte private Interessen entgegenstehen. In Art. 6 Abs. 3 ÖffG, werden – wenn auch nicht abschliessend – solche schützenswerten privaten Interessen aufgezählt. Gemäss lit c. steht ein schützenswertes privates Interesse insbesondere entgegen, wenn die Information geeignet ist, gegen ein Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis zu verstossen.

Mein Interesse gilt primär den Beträgen, welche von der Universität St. Gallen in den vergangenen Jahren an die Verlage geflossen sind. Um präzis zu sein: Ein Zusammenzug dieser Zahlungen nach Jahr und nach Medienart: Zeitschriften, E-Books & Datenbanken. Anstatt einer ordentlichen Auseinandersetzung mit der Frage, ob diese Angaben tatsächlich geeignet sind gegen Geschäftsgeheimnisse der Verlag zu verstossen, begnügt sich der Universitätsrat mit einem Verweis auf das Bundesgerichtsurteil betreffend eines ähnlichen Zugangsgesuchs von mir bei der Universität Basel [C 40/2017 E. 6.2.2](#), wonach es zulässig sei sich auf das Geschäftsgeheimnis zu berufen.

Wenn ein Verlag nicht möchte, dass bekannt wird, wieviel er durch die öffentliche Hand für einen Auftrag erhalten hat, ist es selbstverständlich zulässig, wenn er sich auf das Geschäftsgeheimnis beruft. Dies ergibt sich bereits aus Art 6. Abs. 3 lit c. ÖffG. Nur ist damit noch lange nicht genügend festgestellt, ob es sich auch tatsächlich um ein objektiv schützenswertes Geschäftsgeheimnis handelt.

Bei der Frage, was nun ein Geschäftsgeheimnis im Kontext des ÖffG sei, lehnt sich das Verwaltungsgericht St. Gallen in [B2016/98 \(E 3.1.1\)](#) an die Regelung des BGÖ:

«Das BGÖ enthält in Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ eine mit Art. 6 Abs. 3 lit. c ÖffG vergleichbare Regelung. Danach wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Es rechtfertigt sich daher, Literatur und Rechtsprechung zur BGÖ-Regelung vorliegend in die gerichtlichen Überlegungen einzubeziehen. Geschützt durch die erwähnten Bestimmungen sind nicht sämtliche Geschäftsinformationen, sondern lediglich vertrauliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. Wettbewerbsvorteile der betroffenen Unternehmung aufheben würden und welche die Unternehmung berechtigterweise (im Sinn eines objektiven Geheimhaltungsinteresses) geheimhalten möchte (subjektiver Geheimhaltungswille). Ein Geschäftsgeheimnis ist als Information definiert, die Auswirkung auf das Geschäftsergebnis bzw. auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben kann. Darunter fallen etwa Angaben zu Organisation, Lieferanten, Vertriebshändlern, zum Kundenkreis, zu Marktanteilen oder zur Preiskalkulation (Rabattpolitik, Bonus-Gewährung) und zu Umsätzen (vgl. Cottier/Schweizer/Widmer, in: Brunner/Mader Hrsg., Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008, Rz. 41-43 zu Art. 7 BGÖ; BGE 142 II 268 E. 5.2.2 und 5.2.3 mit vielen Hinweisen; BVerwGE B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 3.3).»

Ein subjektiver Geheimhaltungswille reicht somit noch nicht aus, um eine Information mit Berufung auf das Geschäftsgeheimnis vom ÖffG auszunehmen. Es muss zwingend auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse geben.

Ein starker Hinweis, dass dies bei der gewünschten Information nicht zutrifft, liefert die [Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen \(VöB, sGS 841.11\)](#). In [Art. 36 VöB](#) wird bei Zuschlägen für Dienstleistungen und Lieferungen über den Schwellenwerten explizit eine Veröffentlichung des Zuschlagspreises mit namentlicher Nennung des Lieferanten im kantonalen Amtsblatt und im Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz ([www.simap.ch](http://www.simap.ch)) verlangt. Offensichtlich ist die Transparenz über den Zuschlagspreis bei öffentlichen Aufträgen ein Merkmal, welches den Wettbewerb gewährleistet und eben nicht verzerrt. Es wäre sehr widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber beim Submissionswesen die Publikationen der vereinbarten Zahlungen der Behörde an einen Lieferanten vorschreibt, während er beim ÖffG Informationen mit sehr ähnlichem „Charakter“ grundsätzlich als Geschäftsgeheimnis qualifiziert.

Ein weiterer Hinweis liefert auch der Entscheid vom 15. Juli 2016 der Direktion für Erziehung, Kultur und Sport des Kt. Freiburg (E. 4b, bei den Vorakten), welcher die Zahlungen der Kantons- und Universitätsbibliothek an die Verlage als Teil der Staatsrechnung klassierte. Die Staatsrechnung (Voranschlag und Rechnungen) ist im Kanton Freiburg gemäss Artikel 84 Abs. 1 KV/FR für jedermann einsehbar. Auch wenn es eine entsprechende Regelung im Kanton St. Gallen nicht gibt, ist das Argument, dass die gewünschten Daten über die eigenen Zahlungen vollständig in Bereich der Staatsrechnung und somit in die Datenhoheit des Staates gehört, sehr schlüssig. Hingegen Teile der Staatsrechnung als Geschäftsgeheimnisse von Lieferanten zu bezeichnen, wirkt umgekehrt als wenig nachvollziehbar.

Auch die Reaktion der Verlage gibt Hinweise. Die Universität St. Gallen hat ja die Verlage angefragt, ob sie einer Offenlegung zustimmen. Nur der Verlag *Oxford University Press* lehnte explizit ab. Offenbar ohne Angabe von Gründen. Die beiden Verlage *Wiley* und *Taylor & Francis* stimmten der Veröffentlichung explizit zu, während die anderen Verlage auf die Nachfrage der Bibliothek nicht einmal reagierten. Die Zustimmung zur Offenlegung, aber auch der Verzicht auf eine Aussage deutet darauf hin, dass die Offenlegung der Zahlungen an die Universität nicht unannehmbare Folgen auf ihre Geschäftsergebnisse haben dürfte. Übrigens, auch im früheren Verfahren zur Offenlegung der Zahlungen der Universität Genf ([ATA/154/2016](#)), forderte das Cour de Justice die Verlage Elsevier, Springer und Wiley explizit zu Stellungnahmen auf. Auch hier hielten es die drei Verlage nicht für nötig, dem Gericht innerhalb der verlängerten Frist zu antworten.

Ausser der Behauptung der Bibliothek, dass es sich hier um Geschäftsgeheimnisse handelt, liegen von Seite der Verlage somit keine weiteren Hinweise vor, welche diese Position erläutern und nachvollziehbar belegen. Dabei geht aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, klar hervor, dass ein allgemeiner Hinweis auf ein Geschäftsgeheimnis noch nicht ausreicht, um es als solches zu qualifizieren. Der Geheimnisträger, muss jeweils im Detail angeben, weshalb eine Information durch das Geschäftsgeheimnis gedeckt sein soll (Entscheidung Bundesverwaltungsgericht [A-3649/2014 E. 8.2.2](#), [A-6291/2013 E. 7.4.3](#)).

Überdies ist die Argumentation der Universität St. Gallen, dass es sich bei den Zahlungen um Geschäftsgeheimnisse handelt, zudem nicht kongruent mit ihrem eigenen Verhalten. Die Universität St. Gallen hat ja auch Zahlen ab 2015 offengelegt, selbst auch im Fall, dass der Verlag anscheinend nicht explizit zugestimmt hat (z.B. Zahlungen an Sage, Nature oder Springer).

**Ausgaben UB St. Gallen für E-Journal-Pakete, Datenbanken und E-Book-Pakete**  
Zahlen in CHF, ohne MwSt

		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Oxford		-	-	-	-	-	-	-
Wiley	E-Journals	25479.01	25591.87	74466.91	77532.20	82099.90	91817.17	-
	Datenbank	-	-	-	-	-	-	84901.29
Taylor&Francis	E-Journals	12617.65	12557.76	11656.02	30827.84	56457.46	12918.39	11751.75
	E-Books	-	-	-	-	-	18244.86	-
Sage	E-Journals	-	-	-	-	-	13382.38	13783.70
Cambridge		-	-	-	-	-	-	-
Nature		-	-	-	-	-	5274.50	5571.48
Springer	E-Journals	-	-	-	-	9443.56	10062.54	9283.88
	E-Books	-	-	-	-	192214.44	127948.28	110676.72
Elsevier		-	-	-	-	-	-	-

*Tabelle: Bereits offengelegte Zahlungen der Universität St. Gallen*

Ging die Universität bei ihren Zahlungen von berechtigten Geschäftsgeheimnisse der Verlage aus, hätte sie konsequent die Offenlegung aller Zahlungen ablehnen müssen, bei denen ein Verlag der Veröffentlichung nicht explizit zugestimmt hat. Durch das Inkrafttreten des ÖffG ab November 2014 hat sich ja an der Definition von schützenswerten Geschäftsgeheimnisse nichts geändert.

Überdies liefert auch das Bundesgerichtsurteil [1C\\_50/2015 E. 3.5.2](#) einen relevanten Hinweis. Beim Entscheid ging es um ein Einsichtsgesuch in eine Liste mit Kreditoren (Lieferanten) des Finanzdepartements (mit Auflistung der Zahlungen des Finanzdepartements für erhaltene Dienstleistungen). Das Bundesgericht setzte sich sehr detailliert damit auseinander, ob diese Informationen als Geschäftsgeheimnisse der Lieferanten zu werten seien. Beim jährlichen Umsatz eines Lieferanten mit einer Behörde verneinte dies das Bundesgericht:

«Verborgen 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.»

Der Universitätsrat ignorierte meinen Hinweis auf dieses Urteil und zitierte stattdessen den Entscheid im Fall der Universität Basel ([1 C 40/2017 E. 6.2.2](#)). Da es dort primär um eine Überprüfung nach Willkür durch die Vorinstanz ging, fallen die Erwägungen zu den privaten Interessen der Verlage sehr beschränkt aus. Im ganzen Urteil findet sich zu dem privaten Interesse nur folgende Aussage:

«Es ist denn auch aktenkundig, dass die Verlage im kantonalen Verfahren auf der Vertraulichkeit der Lizenzpreise und des Nutzungsumfangs beharrt und auf die zentrale Bedeutung der Preiskalkulation für ihr Geschäftsmodell hingewiesen haben. Es erscheint auch nachvollziehbar, dass ein Verlag, der nicht allen Vertragspartnern dieselben Konditionen gewährt, ein Interesse an der Geheimhaltung der eigenen Rabattpolitik haben kann.»

Damit attestierte das Bundesgericht den Verlagen zwar ein subjektives Geheimhaltungsinteresse, macht aber keine Aussage, ob dieses auch objektiv berechtigt ist. Mit dem alleinigen Verweis auf den Bundesgerichtsentscheid im Basler Fall begründet der Universitätsrat folglich nicht genügend, warum die Zahlungen der Universität St. Gallen tatsächlich objektive Geschäftsgeheimnisse der Verlage darstellen sollen, obwohl ich dies vorgängig in meinem Rekurs unmissverständlich bestritten habe.

Zusammenfassend machen die Universität St. Gallen wie auch die Vorinstanzen ein, dem Zugang entgegenstehendes privates Interesse nur dadurch aus, als dass die Universität mit einigen Verlagen Geheimhaltung vereinbart hat und deshalb folgert die Zahlungen an die Verlage seien deren Geschäftsgeheimnisse. Weder gibt es dazu Stellungnahmen der Verlage, noch haben die Vorinstanzen selber geprüft, ob die gewünschte Information tatsächlich unter die Kategorie der Geschäftsgeheimnisse fallen. Dabei gibt es wie oben aufgeführt viele Hinweise, dass die in der Rechtsprechung verwendeten Anforderungen an objektiv berechtigte Geschäftsgeheimnisse nicht erfüllt sind.

### **3. Öffentliches Interesse**

Gemäss Art 6 Abs. 1 ÖffG ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten zu gewähren, soweit nicht öffentliche und schützenswerte private Interessen entgegenstehen. Der Universitätsrat erkennt in den beweislos vorgebrachten Äusserungen der Universität St. Gallen und des Senatsausschuss folgende entgegenstehende öffentliche Interessen:

„Mit öffentlichen Interessen wird die Abweisung insoweit begründet, als die Vorinstanz vorbringt, es müssten ansonsten abgeschlossene Verträge gebrochen werden. Implizit bringt sie damit vor, dadurch würde die Stellung der Universität in Verhandlungen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. b OeffG geschwächt. Festzuhalten ist, dass der Katalog der möglichen öffentlichen privaten Interessen, welche zu einem Ausschluss der Öffentlichkeit führen können, nicht abschliessend ist (vgl. Botschaft und Entwurf der Regierung vom 21. Mai 2013 zum Informationsgesetz ABI 2013, 1474 ff., 1487 E 4.3.2). So können auch die Interessen der Studierenden und Dozierenden der Universität an einem Zugang zu Informationen ein öffentliches Interesse im Sinne von Art. 6 Abs. 2 OeffG darstellen. Die Vorinstanz hat dieses öffentliche Interesse in der Vernehmlassung vom 9. Mai 2017 explizit ausgeführt.“

Ich kann aus dieser Begründung nur folgern: Hätte die Universität keine Vertraulichkeit mit den Verlagen vereinbart, gäbe es anscheinend auch kein öffentliches Interesse gegen den Zugang der gewünschten Information!

Insofern stellt sich in erster Linie doch die Frage, ob die Universität St. Gallen überhaupt den Verlagen rechtmässig Vertraulichkeit über die Zahlung zusichern konnte und damit das im Kanton seit 2003 in der Verfassung verankerte Öffentlichkeitsprinzip aushebeln durfte. Der Universitätsrat hält es zwar überspitzt, hier von einer Aushebelung zu sprechen, geht er davon aus, dass die Vertraulichkeit von den Verlagen und nicht von der Universität St. Gallen gewünscht gewesen zu sein. Da aber die Universität St. Gallen dem Vertragsinhalt aktiv mit der Unterzeichnung zugestimmt hat, spielt es eigentlich keine Rolle, von wem die Vertraulichkeitsklauseln initial in einen Lizenzvertrag vorgeschlagen wurde. Die Universität St. Gallen hat, ohne erkennbaren Grund, den Vertraulichkeitsklauseln zugestimmt und schiebt diese nun vor, um den Informationszugang zu verhindern. Wenn in der Interpretation der Universität diese Vereinbarung so mächtig ist, dass ein Zugang gemäss ÖffG gleich einem Vertragsbruch gleichkommt, und deshalb immer ein öffentliches Interesse gegen den Zugang besteht, ist das faktisch durchaus eine Aushebelung des Öffentlichkeitsprinzips.

Allerdings steht es der Universität St. Gallen nicht zu in Privatautonomie das Öffentlichkeitsprinzip auszuhebeln. Da sie öffentliche Aufgaben erfüllt, ist sie bei rechtsgeschäftlichem und privatrechtlichem Handeln, wie eben beim Abschluss eines Lizenzvertrages an die Verfassung, insbesondere die Grundrechte gebunden (vgl. dazu Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 47/B/II/c). Eine vereinbarte Geheimhaltungspflicht zwischen der Universität St. Gallen und Verlag hat hinsichtlich eines Informationszugangsgesuchs zum Vereinbarungsgegenstand deshalb keine absolute Sperrwirkung. Das Verwaltungsgericht St. Gallen hat diesen Grundsatz im Entscheid [B2016/98 \(E 2.3.2\)](#) ebenfalls bestätigt.

Offen bleibt, ob die Konsequenz aus einer Offenlegung der gewünschten Information, tatsächlich die Stellung Universität in künftigen Verhandlungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b ÖffG schwächen könnte und somit als öffentliches Interesse dem Zugang entgegensteht. Die Rechtsprechung bezüglich der ähnlichen lautenden Ausnahmebestimmungen des BGÖ verlangt, dass die Verletzung eines öffentlichen (oder privaten) Interesses aufgrund der Zugänglichkeit der betreffenden Information wahrscheinlich erscheinen muss. Als Beeinträchtigung kann nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz des Zugangs zur gewünschten Information gelten (Bundesgerichtsurteil [1C 14/2016 E 3.4](#)). Ebenfalls ist zu betonen, dass mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips die Beweislast für Gründe gegen den Zugang der Behörde zukommt (Urteil des BVGer [A-3269/2010, E. 3.1](#)). D.h. die Universität St. Gallen muss aufzeigen, dass der Schaden beim Zugang nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt.

Und genau dies schafft die Universität St. Gallen nicht. Die Behauptung, dass mit dem Zugang ein Vertragsbruch einhergeht, der dazu führt, dass Verlage der Universität St. Gallen künftig keine Produkte mehr verkaufen würden und somit die Universität St. Gallen von Zugang der wissenschaftlicheren Literatur ausgeschlossen wird ohne Substanz vorgebracht und bleibt extrem unwahrscheinlich.

Die angedeutete Racheaktion der Verlage ist ganz und gar nicht plausibel. In meiner früheren [Replik vom 29.5.2017](#) habe ich detailliert ausgeführt, dass von keiner der weit über 200 Bibliotheken im In- und Ausland, welche die Zahlungen offengelegt haben, bekannt ist, dass solche Vergeltungsaktionen eingetreten sind. Der Universitätsrat ignoriert diese Erfahrungswerte gänzlich und nimmt stattdessen die sehr spärlich ausgeführte Behauptung der Universität für bare Münze.

Der Universitätsrat ignoriert auch die Tatsache, dass die Bibliothek der Universität St. Gallen mit anderen Schweizer Hochschulbibliotheken schon seit längerem ein Einkaufskonsortium bildet

(Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken). Insbesondere für die grösseren Verlage (und das sind gerade jene, von denen ich die Zahlungen wissen möchte), wurden und werden die Lizenzen national über das Konsortium verhandelt und abgewickelt. D.h. es existiert in der Regel **1 gemeinsamer Vertrag** zwischen Verlag und allen teilnehmenden Bibliotheken des Konsortiums. In dem nun viele andere Schweizer Konsortiumsteilnehmer ihre Zahlungen in den letzten 4 Jahren offengelegt haben, haben sie den „Vertragsbruch“ für die Universität St. Gallen bereits «vorweggenommen». Mindestens bei den drei grössten Verlagen Elsevier, Springer und Wiley haben folgende Hochschulbibliotheken ihre Zahlungen der vergangenen Jahre als Folge meiner Zugangsgesuche offengelegt: Universität Bern, Universität Zürich, Université de Lausanne, Université de Genève, Université de Neuchâtel, Université de Fribourg, Università della Svizzera italiana, ETH Zürich, EPFL Lausanne, Bibliothek der vier eidg. Forschungsanstalten (Lib4Ri).

Als Teil des Konsortiums, hätte die Bibliothek der Universität St. Gallen die von ihren befürchteten Konsequenzen deshalb längstens spüren müssen. Schliesslich wurde ihr Vertrag von fast allen anderen Bibliotheken «gebrochen». Bei einer Aufforderung durch das Verwaltungsgericht, müsste die Universität St. Gallen, inzwischen ganz konkret aufzeigen können, inwiefern die Offenlegung der Zahlung anderer Schweizer Hochschulbibliotheken, ihre Verhandlungsposition als Teil des Konsortiums der Schweizer Hochschulbibliotheken geschwächt haben soll. Es ist nicht nötig sich hier auf Spekulationen abzustützen, wenn Fakten vorhanden sind. Die Universität müsste ehrlicherweise eingestehen, dass sie die negativen Konsequenzen für sich bei einer Offenlegung massiv überzeichnet hat. Die mir informell zugetragenen Erfahrungen von anderen Bibliotheken und des Schweizer Konsortiums sprechen eine ganz andere Sprache. Die Offenlegung der bezahlten Preise einzelner Hochschulen wird letztlich aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen von den Verlagen akzeptiert und das Geschäft nimmt seinen gewohnten Gang. Transparenz über den Preis bedeutet ja nicht, dass die Universität St. Gallen nicht mehr für Verlagsleistungen bezahlen wird. Es entbehrt jeder marktwirtschaftlichen Logik, dass Verlage nicht mehr willens wären, der äussert zahlungsfähigen und -willigen Universität St. Gallen Informationsprodukte zu verkaufen. Die Verlage würden sich ja massiv ins eigene Fleisch schneiden.

Bezüglich der Stellung bei künftigen Verhandlungen ist ebenfalls zu betonen, dass der Widerspruch zwischen dem beim Bund und in vielen Kantonen geltenden Öffentlichkeitsprinzip und den bisher gebräuchlichen Vertraulichkeitsklauseln in Lizenzverträgen erkannt wurde. Die von swissuniversities (inkl. Universität St. Gallen) entworfene nationale Verhandlungsstrategie<sup>1</sup> mit den drei grössten Verlagen Elsevier, Springer und Wiley ab 2018 enthält folgender Punkt:

„3. Transparenz der Lizenzverträge:

Die Lizenzverträge werden aus öffentlichen Geldern bezahlt. Deren Inhalte sollten entsprechend ebenfalls öffentlich zugänglich sein. Gesellschaftlich werden Vertraulichkeitsklauseln nicht mehr akzeptiert.“

Wenn Transparenz ganz öffentlich und offiziell angekündigt, sowieso ein so wichtiger Bestandteil von künftigen Verhandlungen der Universität St. Gallen als Teil des Konsortiums sein wird, ist noch weniger einzusehen, weshalb die Veröffentlichung **vergänger** Zahlungen (nun auch noch von der Universität St. Gallen) eine Schwächung bedeuten würde.

Anstatt einer ernsthaften Auseinandersetzung mit den wenig glaubwürdigen Argumenten der Universität St. Gallen, verweist der Universitätsrat zur Unterstützung seiner Argumentation bloss auf

---

<sup>1</sup> [https://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/Hochschulpolitik/Open\\_Access/180315\\_Factsheets\\_Verhandlungsstrategie\\_D.pdf](https://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/Hochschulpolitik/Open_Access/180315_Factsheets_Verhandlungsstrategie_D.pdf)

den Bundesgerichtsentscheid im Fall Basel ([C 40/2017 E. 6.2.2](#)), wo das Bundesgericht es nachvollziehbar hielt, dass die Verhandlungsposition der Universität Basel geschwächt würde, wenn sie die Zahlungen offenlegen müsste. Die dazu relevante Passage im Entscheid:

„Wenn sich die Beschwerdegegnerin [Universität Basel] aber den Zugang zu den Publikationen der wissenschaftlichen Verlage durch den Erwerb von Lizenzen sicherstellen will, liegt es auch nahe, dass die vom Beschwerdeführer angestrebte Offenlegung der bezahlten Lizenzpreise ihre künftige Verhandlungsposition im Sinne von § 29 Abs. 2 lit. d IDG/BS beeinträchtigen könnte.“

Hierzu muss man wieder berücksichtigen, dass das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz mit beschränkter Kognition auf Willkür überprüfte und sich somit nicht in die fachlichen Details „hineinwagte“. Der Sachverhalt, dass in der Schweiz die Lizenzen der Verlage Elsevier, Wiley und Springer nicht lokal pro Universität, sondern national verhandelt werden, war wohl eins dieser fachlichen Details die dem Bundesgericht dadurch entging. Denn zum Zeitpunkt des Entscheids, hatte schon eine Mehrheit der Schweizer Hochschulbibliotheken ihre Zahlungen offengelegt und dadurch Fakten für die gemeinsame Verhandlungsposition aller Hochschulbibliotheken (inkl. Universität Basel und St. Gallen) geschaffen. Das Bundesgericht hätte nicht über Möglichkeiten spekulieren müssen, sondern hätte gleich anhand von Fakten überprüfen können, dass die Offenlegung nicht zu den befürchteten Konsequenzen führt.

Zusammenfassend machen die Universität St. Gallen wie auch die Vorinstanzen, ein dem Zugang entgegenstehendes öffentliches Interesse nur dadurch aus, als dass die Universität mit einigen Verlagen Geheimhaltung vereinbart hat. Diese Vereinbarung kann aber auf die Offenlegung keine absolute Sperrwirkung haben. Das weitere Argument, dass die Offenlegung ein Vertragsbruch bedeuten würde und die Stellung der Universität bei künftigen Verhandlungen schwächen würde bleibt völlig unbelegt, deckt sich nicht Erfahrung von anderen Bibliotheken und hat eine so geringe Eintrittswahrscheinlichkeit, dass es nicht als öffentliches Interesse gegen den Zugang gelten kann.

#### **4. Zusammenfassung**

Wie sich gezeigt hat, wirkt das ÖffG rückwirkend und verpflichtet die Universität, auch in Dokumente Einsicht zu gewähren, die vor dem Erlass des ÖffG erstellt wurden. Weiter wurde dargelegt, dass die Universität weder private Interessen, hier fallen insbesondere Geheimhaltungsinteressen in Betracht, noch öffentliche Interessen vorschieben kann, um rechtsgültig die geforderte Akteneinsicht zu verweigern. Meinen Rechtsbegehren ist deshalb zu entsprechen.

Ich danke dem Verwaltungsgericht für eine faire und unabhängige Beurteilung dieser Beschwerde.

Mit freundlichen Grüßen

Christian Gutknecht