

BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2565_2020

FR: TAF A-2565/2020 du 17 janvier 2022

IT: TAF A-2565/2020 del 17 gennaio 2022

Regeste

Öffentlichkeitsprinzip

Erwägungen

E. 1.1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) erlassen wurde. Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG und Art. 44 VwVG; vgl. auch Art. 16 Abs. 1 BGÖ, der auf die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege verweist). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

E. 1.2.1

Die Vorinstanz stellt vorab die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers in Frage. Dem Beschwerdeführer gehe es nicht um die Beseitigung eines subjektiven Nachteils, sondern er wolle lediglich im Sinne eines allgemeinen Interesses die generell-abstrakte Rechtsfrage gerichtlich klären lassen, ob das BGÖ zur Veröffentlichung von Originaldokumenten verpflichtet. Sein aktuelles Beschwerdeinteresse sei zudem aufgrund des widersprüchlichen Verhaltens zweifelhaft. Im Gegensatz zu den anderen Parteien habe der Beschwerdeführer die Gelegenheit nicht genutzt, am angebotenen Hintergrundgespräch vom 10. Juli 2019 teilzunehmen und so Kenntnis von den Ergebnissen der Studie zu erlangen.

E. 1.2.2

Der Beschwerdeführer hält demgegenüber daran fest, dass ihm ein schützenswertes Beschwerdeinteresse zukomme. Er habe bislang kein Zugang zur streitgegenständlichen Studie erhalten. Es dürfe ihm auch nicht entgegengehalten werden, dass die anderen Parteien sich mit dem Hintergrundgespräch vom 10. Juli 2019 und der Einsicht in die Zusammenfassung zufriedengegeben hätten. Am späteren Hintergrundgespräch vom 15. August 2019 habe er als Zeichen seines guten Willens nur deshalb teilgenommen, weil der EDÖB dies ihm im Schlichtungsverfahren angeraten habe.

E. 1.2.3

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art.

48 Abs. 1 Bst. c VwVG setzt grundsätzlich voraus, dass der Beschwerdeführer ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Das Rechtsschutzinteresse ist insbesondere zu verneinen, wenn rein theoretische Probleme zur Diskussion gestellt werden oder sich eine Beschwerde nur gegen die Begründung (Motive) einer angefochtenen Verfügung richtet, ohne dass eine (die Beschwerdeführerin begünstigende/entlastende) Änderung des Dispositivs verlangt wird (vgl. Marantelli-Sonanini/Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.]; Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 48 Rz. 15 mit Hinweisen).

E. 1.2.4

Der Beschwerdeführer ist Adressat des angefochtenen Entscheids und mit seinem Gesuch um Zugang zur "Aircraft Support Optimisation Study vom 11. Mai 2012" im vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Eine Gutheissung der Beschwerde würde dazu führen, dass er den Zugang zur Studie und zu den darin enthaltenen Informationen erhält. Ihm würde damit ein praktischer Nutzen entstehen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann demnach nicht gesagt werden, dass der Beschwerdeführer ein rein theoretisches Problem zur Diskussion stellt, ob das BGÖ den Zugang zum Originaldokument vorsehe oder nicht. Des Weiteren wäre es zwar naheliegend gewesen, wenn der Beschwerdeführer zunächst an dem von der Vorinstanz angebotenen Hintergrundgespräch vom 10. Juli 2019 teilgenommen hätte, bevor er seinen Schlichtungsantrag beim EDÖB stellte. Dieser Umstand allein reicht jedoch noch nicht aus, um ihm ein geradezu rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuhalten, zumal jenes Hintergrundgespräch nicht die Studie selbst, sondern erklärtermassen nur die Zusammenfassung zum Gegenstand hatte (vgl. Mail der Vorinstanz an den Beschwerdeführer vom 4. Juli 2019). Den von ihm gewünschte Zugang zur Studie hätte er auch bei einer Teilnahme am Hintergrundgespräch nicht erreichen können (vgl. hierzu auch nachstehend E. 7.3.2). Sein Beschwerdeinteresse ist daher als schützenswert zu erachten. Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt.

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist nicht an die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

E. 3.1

Nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Mit dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes am 1. Juli 2006 wurde der Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit ("Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt") zu Gunsten des Öffentlichkeitsprinzips ("Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt") umgekehrt. Der Öffentlichkeitsgrundsatz dient der Transparenz der Verwaltung und soll das Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen und ihr

Funktionieren fördern; er bildet zudem eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden (Art. 1 BGÖ). Das Transparenzgebot trägt zudem zur Verwirklichung der Informationsfreiheit (Art. 16 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) sowie zur Verwaltungsmodernisierung bei. Es bildet bis zu einem gewissen Grad das Gegenstück zur verfassungsrechtlichen Pflicht des Bundesrates nach Art. 180 Abs. 2 BV zu rechtzeitiger und umfassender Information der Öffentlichkeit über seine Tätigkeit, soweit ihm nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Soweit wie hier die Medien Zugang zu behördlichen Informationen suchen, um sie später zu verarbeiten und zu verbreiten, dient das Transparenzgebot schliesslich zumindest indirekt auch der Verwirklichung der Medienfreiheit (Art. 17 BV; vgl. auch Art. 10 Abs. 4 Bst. a BGÖ; zum Ganzen BGE 142 II 313 E. 3.1 mit Hinweisen; Urteil des BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 3.1). Stellt das BGÖ insoweit eine Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten auf, obliegt es der Behörde darzulegen, dass bzw. inwiefern eine oder mehrere der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmebestimmungen erfüllt sind (BGE 142 II 324 E. 3.4 mit Hinweisen; Urteil des BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 3.2; Urs Steimen, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 7 BGÖ Rz. 7 [nachfolgend: Basler Kommentar DSG/BGÖ]). Das BGÖ regelt grundsätzlich nur die allgemeine passive Informationstätigkeit, d.h. die Information der Behörden auf Anfrage (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1977). Die allgemeine aktive Informationstätigkeit der Behörden, d.h. die behördliche Information von Amtes wegen über die Verwaltungstätigkeit, beruht hingegen grundsätzlich auf Art. 180 Abs. 2 BV. Aktive und passive Information sind teilweise funktional eng verzahnt; sie bedingen und ergänzen sich gegenseitig (vgl. BGE 146 II 265 nicht publ. E. 2; Brunner/Mader, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar, 2008, Einleitung Rz. 79, 86 und 91 [nachfolgend: Handkommentar BGÖ]).

E. 3.2

Art. 4 BGÖ behält Spezialnormen anderer Bundesgesetze vor, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen oder abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu solchen Informationen vorsehen. Das Verhältnis von Vertraulichkeitsregeln in anderen Bundesgesetzen (Art. 4 Bst. a BGÖ) und dem allgemeinen Transparenzgebot gemäss BGÖ lässt sich nicht generell festlegen, sondern ist von Fall zu Fall zu ermitteln. Entscheidend ist dabei der Sinn und Zweck der divergierenden Normen: das allgemeine öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung ist dem Schutzzweck der Spezialnorm gegenüberzustellen. Dies gilt auch für ältere Sondernormen über die Vertraulichkeit staatlicher Handlungen und Vorkehren. So erfasst namentlich das Amtsgeheimnis nur noch Informationen, die eines besonderen Schutzes bedürfen bzw. gerade nach dem Öffentlichkeitsgesetz in der Regel nicht zugänglich sind, denn sonst würde dieses jüngere Gesetz seines Gehalts beraubt und weitgehend obsolet (BGE 146 II 265 E. 3.1; Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.4; Urteil des BVGer A-5133/2019 vom 24. November 2021 E. 5.3.2.3 [noch nicht rechtskräftig]; Christa Stamm-Pfister, Basler Kommentar DSG/BGÖ, Art. 4 BGÖ Rz. 2, 5 ff.).

E. 3.3

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann insbesondere aus einem der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ genannten Gründe eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, so insbesondere, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann (Bst. c), die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt (Bst. d) oder Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können (Bst. g), oder wenn Informationen vermittelt werden können, die von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat (Bst. h). Nach der Rechtsprechung muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen; zudem muss diese ernsthaft sein, weshalb eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz nicht als Beeinträchtigung gelten kann. Eine eigentliche Interessenabwägung ist nicht vorzunehmen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese bereits vorweggenommen hat, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ in abschliessender Weise die Gründe aufzählt, aus denen das Geheimhaltungs- das Transparenzinteresse überwiegen kann. Bezieht sich ein Zugangsgesuch jedoch auf ein amtliches Dokument, das Personendaten enthält, die sich nicht anonymisieren lassen, ist eine umfassende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Offenlegung der nachgesuchten Informationen und diesem entgegenstehenden Interessen, insbesondere demjenigen am Schutz der Privatsphäre bzw. der Daten derjenigen Personen, deren Angaben im Dokument enthalten sind und zugänglich gemacht werden sollen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz [DSG, SR 235.1] bzw. Art. 7 Abs. 2 BGÖ; zum Ganzen BGE 144 II 77 E. 3 mit Hinweisen; Urteil des BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 3.3).

E. 3.4

Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ vor, darf der Zugang nicht ohne Weiteres verweigert werden, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Interessen an der Geheimhaltung das Transparenzinteresse überwiegen oder ob gegebenenfalls in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub (vgl. BGE 142 II 324 E. 3.3, 142 II 313 E. 3.6; Steimen, Basler Kommentar DSG/BGÖ, Art. 7 BGÖ Rz. 9 ff.).

E. 4

Es ist unbestritten, dass das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers betreffend die "Aircraft Support Optimisation Study vom 11. Mai 2012" in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des BGÖ fällt (vgl. Art. 2 und 3 BGÖ) und es sich bei der betroffenen Studie um ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ handelt. In der Hauptsache ist vorliegend strittig, ob die Vorinstanz zu Recht den Zugang zu der in Frage stehenden Studie gestützt auf die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. c, d, g und h BGÖ verweigert hat. Im Vordergrund des hier zu prüfenden Zugangsverfahrens steht die Ausnahmebestimmung der Beeinträchtigung von aussenpolitischen Interessen oder internationalen Beziehungen (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ), den die Vorinstanz angewandt hat. Darauf ist als Erstes einzugehen (vgl. nachfolgend E. 5). Im Anschluss daran ist zu klären, ob die vollständige Verweigerung des Zugangs verhältnismässig ist (vgl. nachfolgend E. 6). Abschliessend sind die übrigen Rügen des Beschwerdeführers zu behandeln (vgl.

nachfolgend E. 7). An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz die 28-seitige Zusammenfassung der Studie, welche sie bei der Verfasserin der Studie eigens erstellen liess, dem Beschwerdeführer bereits offengelegt hat.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer bestreitet in der Beschwerde die von der Vorinstanz angeführten Ausnahmegründe. In seiner Begründung rügt er, die Vorinstanz habe nicht überzeugend dargelegt, weshalb die erteilten Zusagen an die amerikanischen Behörden über den Vorgaben des BGÖ stünden. Es werde zudem bestritten, dass die Offenlegung der Studie völkerrechtswidrig sei. Die Vereinbarung von Wassenaar zur Exportkontrolle für konventionelle Rüstungsgüter und Dual-Use-Güter (nachfolgend: Wassenaar Arrangement), auf die sich die Vorinstanz berufe, sei ein freiwilliges Exportkontrollregime und kein völkerrechtlich bindender Vertrag. Welche Bestimmung des Wassenaar Arrangements der Offenlegung der Studie entgegenstehe, werde nicht angeführt und hätte schon im Schlichtungsverfahren vor dem EDÖB vorgebracht werden müssen. Die Bemühungen der Vorinstanz um eine Deklassifizierung der Studie zeige, dass sie selbst das Dokument nicht als schutzwürdig erachte. Die Schutzwürdigkeit habe die Vorinstanz erst geschaffen, indem sie entsprechende Zusagen an die ausländische Behörde und die Verfasserin der Studie abgegeben habe.

E. 5.2

Die Vorinstanz hält in der Vernehmlassung an der angefochtenen Verfügung fest. Zur Begründung führt sie aus, die hier strittige Studie enthalte Details u.a. zu amerikanischen Rüstungsgütern und basiere auf Informationen, die durch die ITAR-Richtlinien der USA geschützt seien. Daher sei sie verpflichtet gewesen, bei der zuständigen Stelle des US-DoS um Erlaubnis zu ersuchen, diese Informationen der Verfasserin der Studie zugänglich machen zu dürfen (vgl. Country of ultimate destination and approval of reexports or retransfers, 22 CFR 123.9). Diese Erlaubnis sei ihr am 28. Juni 2011 erteilt worden, wobei die Offenlegung der geschützten Information ausdrücklich nur an die Verfasserin der Studie zum Zweck der Erstellung der Studie autorisiert worden sei. In der Studie selbst werde denn auch ausdrücklich auf die US-ITAR-Richtlinien hingewiesen. Jede Weitergabe von Informationen, die über die einmalige Autorisierung des US-DoS vom 28. Juni 2011 hinausführe, sei strafbeschwert mit Busse bis USD 1'000'000 und Gefängnis bis 20 Jahren (vgl. Violations and Penalties, 22 CFR 127 und 22 United States Code [U.S.C.] 2778[c]). Die ITAR-Richtlinien würden die Verpflichtungen der USA unter dem Wassenaar Arrangement ausführen, an welchem auch die Schweiz beteiligt sei. Eine Offenlegung der Studie ohne Zustimmung berge das Risiko, die Beziehungen zu den USA, die sich derzeit wieder normalisiert hätten, erneut und nachhaltig zu verschlechtern. Damit werde riskiert, die angelaufenen Handelsgespräche zu gefährden und den für die Schweiz wichtigen Abschluss eines Freihandelsabkommens auf unbestimmte Zeit hinaus zu erschweren oder zu verunmöglichen. Es bestehe daher ein ernsthaftes und naheliegendes Risiko, dass bei einer Zugangsgewährung die aussenpolitischen Interessen und die internationalen Beziehungen der Schweiz nach Massgabe von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ erheblich beeinträchtigt würden. Würde der Zugang zur klassifizierten Studie gewährt, obwohl das Exportland die Zustimmung dazu verweigert habe, so die Vorinstanz in der weiteren Begründung, würde die Schweiz die eingegangenen internationalen vertraglichen Verpflichtungen des Wassenaar Arrangements verletzen. Dies hätte Sanktionen zur Folge, die bis zur Kündigung des Abkommens führen könnten (vgl. Art. 60 des Wiener

Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [SR 0.111]). Die Verlässlichkeit der Schweiz auf internationaler Ebene wäre in Frage gestellt. Dies gelte umso mehr, als jenes Abkommen den in völkerrechtlicher und diplomatischer Hinsicht sensiblen Bereich der Verteidigungs- und Militärprojekte betreffe. Die Schweiz sei ihren Verpflichtungen aus dem Wassenaar Arrangement u.a. durch den Erlass des Güterkontrollgesetzes vom 13. Dezember 1996 nachgekommen (GKG, SR 946.202). Die Güterkontrollverordnung vom 3. Juni 2016 (GKV, SR 946.202.1) enthalte in Anhang 2 eine Liste der nach technischen Merkmalen kategorisierten Güter, die einer Exportkontrolle unterlägen. Das engmaschige Kontrollregime lasse keinen Raum für eine Interessenabwägung. Es wäre auch in der Schweiz strafbar, die nachgesuchte Studie offenzulegen (vgl. Art. 14 GKG).

E. 5.3.1

Wie bereits erwähnt, ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten u.a. dann einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn durch seine Gewährung die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz beeinträchtigt werden können (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ; vgl. vorstehend E. 3.3). Die aussenpolitischen Interessen der Schweiz können beeinträchtigt sein, wenn ein anderer Staat zu veröffentlichende Daten zum Nachteil der Schweiz ausnützen könnte. Insbesondere sollen durch eine allfällige Publikation von Informationen die aktuellen und künftigen Verhandlungspositionen der Schweiz nicht geschwächt werden (vgl. auch Art. 8 Abs. 4 BGÖ). Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ ist in einem weiteren Sinne darüber hinaus auch anwendbar, wenn sich durch die Veröffentlichung bestimmter Daten die Beziehungen zu anderen Staaten oder internationalen Organisationen verschlechtern könnten. Für bestimmte heikle Informationen setzt eine Veröffentlichung aufgrund diplomatischer Usanzen die ausdrückliche Einwilligung des betroffenen anderen Staates voraus. Die befürchtete Beeinträchtigung bei Offenlegung der Daten muss allerdings erheblich sein und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintritt bestehen (vgl. BGE 142 II 313 E. 4.2; Urteil des BGER 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 4.1; Urteile des BVGer A-4494/2020 vom 20. April 2021 E. 5.2 [noch nicht rechtskräftig] und A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 7.1.1; Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4 und Rz. 31 ff.; je mit Hinweisen). Im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ erscheint regelmässig die aussenpolitische Komponente des angefochtenen Entscheides bedeutsam, welchem Umstand mit einer gewissen Zurückhaltung bei der Überprüfung des Entscheides durch die gerichtliche Instanz Rechnung zu tragen ist. Diese Zurückhaltung bezieht sich allerdings nicht auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache. Erfasst wird einzig die politische Opportunität des Entscheides. Auch dafür gilt jedoch nicht ein völliger Freipass für die Exekutivbehörden, sondern deren Entscheide müssen insgesamt, auch soweit Zurückhaltung geboten ist, zumindest nachvollziehbar sein und haben sachlich zu bleiben (vgl. BGE 142 II 313 E. 4.3; Urteil des BVGer A-4494/2020 vom 20. April 2021 E. 5.2 [noch nicht rechtskräftig]; je mit Hinweisen).

E. 5.3.2

Ziel des Wassenaar Arrangement von 1996 ist es, einen Beitrag zur regionalen und internationalen Sicherheit und Stabilität zu leisten. Zu diesem Zweck sollen Transparenz und verantwortungsvolles Handeln beim Export von konventionellen Rüstungsgütern und Dual-Use Gütern gefördert und so destabilisierende Anhäufungen konventioneller Waffen verhindert werden. Das Wassenaar Arrangement ist keine auf einem rechtlich bindenden

Staatsvertrag abgestützte internationale Organisation, sondern ein für die Teilnehmerstaaten politisch verbindliches Exportkontrollregime, dessen Beschlüsse nach dem Konsensprinzip gefasst werden. Die Teilnehmerstaaten des Wassenaar Arrangements haben sich darauf geeinigt, ihre nationalen Ausfuhrkontrollen zu koordinieren, einheitliche Grundsätze bei der Beurteilung von Güterexporten einzuhalten und Informationen dazu auszutauschen. Das Wassenaar Arrangement zählt aktuell 42 Teilnehmerstaaten, darunter die USA und die Schweiz (www.seco.admin.ch > Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Exportkontrollen und Sanktionen > Exportkontrollpolitik Dual-Use > Vereinbarung von Wassenaar, abgerufen am 13. Dezember 2021; vgl. Andreas R. Ziegler, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Rz. 646; Matthias Oesch, Aussenwirtschaftsrecht: Grundlagen, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 30.58; je mit Hinweisen). Die USA haben das Wassenaar Arrangement in den ITAR-Richtlinien umgesetzt. In der Schweiz erfolgt die Übernahme in das nationale Recht u.a. im Rahmen des GKG.

E. 5.3.3

Die hier strittige "Aircraft Support Optimisation Study vom 11. Mai 2012" enthält Details u.a. zu amerikanischen Rüstungsgütern und basiert auf Informationen, die durch die ITAR-Richtlinien der USA geschützt sind. Die Studie ist als "For Official Use Only (FOUO)" klassifiziert. Die Vorinstanz war daher verpflichtet, vor Erstellung der Studie im Mai 2011 bei der zuständigen Stelle des US-DoS um Erlaubnis zu ersuchen, die geschützten Informationen der Verfasserin der Studie, welche sich in einem Drittstaat befindet, zugänglich machen zu dürfen (vgl. Country of ultimate destination and approval of reexports or retransfers, 22 CFR 123.9). Die Erlaubnis wurde mit Schreiben vom 28. Juni 2011 erteilt, wobei die Offenlegung der geschützten Informationen nur an die Verfasserin der Studie und nur zum Zweck der Erstellung der Studie autorisiert wurde. Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, hat die Vorinstanz zudem nach Eingang des Zugangsgesuchs des Beschwerdeführers bei der zuständigen US-Behörde nochmals angefragt, ob die Studie deklassifiziert werden könnte. Die Anfrage wurde mit Schreiben vom 28. Februar 2020 abschlägig beantwortet. Nur die eigens erstellte Zusammenfassung, welche keine ITAR relevanten Daten enthält, wurde zur Publikation freigegeben. Es entspricht weder den internationalen Gepflogenheiten noch der Staatenpraxis, mit Geheimhaltungsinteressen anderer Staaten behaftete Informationen öffentlich zugänglich zu machen. Die Offenlegung von solchen Informationen kann zu einer Verschlechterung der bilateralen Beziehungen führen (vgl. Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 31). Im konkreten Fall ist zu beachten, dass das Exportkontrollregime des Wassenaar Arrangements der Wahrung der internationalen Sicherheit und Stabilität, mithin gewichtigen internationalen Interessen dient und die USA eine Publikation der betroffenen Studie in Anwendung ihrer ITAR-Richtlinien wiederholt in aller Deutlichkeit abgelehnt haben. Sie erachten die Geheimhaltung der Studie weiterhin als unerlässlich. Unter diesen Umständen ist anzunehmen, dass die USA kein Verständnis dafür hätten, sollte der Zugang zur Studie dennoch gewährt werden, zumal die Schweiz ebenfalls Teilnehmerstaat des Wassenaar Arrangements ist und sich zu dessen Zielen bekennt. Die politische Verlässlichkeit der Schweiz als Teilnehmerstaat des Wassenaar Arrangements könnte dadurch in Frage gestellt werden. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz erscheint daher einsichtig, dass die im Raum stehende Veröffentlichung geeignet wäre, zwischen den USA und der Schweiz erhebliche Verstimmungen auf diplomatischer Ebene auszulösen, was negative Folgen auf hängige und künftige Verhandlungen zeitigen würde. Die Vorinstanz verfügt über die notwendigen

Kenntnisse betreffend die diesbezüglichen Gepflogenheiten in der Diplomatie und in Bezug auf die internationalen Beziehungen. Es ist ihr aus diesem Grund ein Ermessens- resp. Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass eine solche Prognose in die Zukunft gerichtet ist und nicht nur auf "harten" Fakten beruhen kann, sondern sich zwangsläufig auch auf Annahmen, Vermutungen oder Hypothesen stützen muss, die aufgrund der Umstände des konkreten Falles gebildet werden (vgl. Urteil des BGer 1C_122/2015 vom 18. Mai 2016 E. 3.2.2; Urteile des BVGer A-4494/2020 vom 20. April 2021 E. 5.8 [noch nicht rechtskräftig] und A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.3).

E. 5.3.4

Was der Beschwerdeführer dagegen einwendet, vermag nicht zu überzeugen. Die USA sprechen sich vorliegend gestützt auf ihre eigenen ITAR-Richtlinien gegen die Gewährung des Zugangs aus. Es kann somit nicht davon gesprochen werden, dass die Vorinstanz den Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ durch Zusicherungen an die ausländische Behörde oder die Verfasserin der Studie selbst geschaffen hätte, wie dies in der Beschwerde gerügt wird. Schliesslich kann allein aus dem Umstand, dass die Vorinstanz die USA um die Deklassifizierung der Studie angefragt hat, nicht auf ein mangelndes Geheimhaltungsinteresse seitens der Schweiz geschlossen werden. Die Anfrage der Vorinstanz diene in erster Linie dazu, das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers in Kenntnis der betroffenen Interessen adäquat beurteilen zu können. Der Anfrage selbst sind dagegen keine inhaltlichen Aussagen zum Geheimhaltungsbedarf im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ zu entnehmen. Sie ist daher nicht geeignet, das aufgezeigte Geheimhaltungsinteresse zu entkräften.

E. 5.3.5

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist somit zu erkennen, dass die Vorinstanz das überwiegende Geheimhaltungsinteresse an der "Aircraft Support Optimisation Study vom 11. Mai 2012" in Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ nachvollziehbar dargelegt hat. Bei den vorliegenden Gegebenheiten ist von einem ernsthaften und keinesfalls nur von einem entfernt denkbaren Risiko auszugehen, dass eine Veröffentlichung die aussenpolitischen Interessen und internationalen Beziehungen der Schweiz erheblich beeinträchtigen könnte. Ob der Zugang zur Studie darüber hinaus auch unmittelbar aufgrund der Teilnahme der Schweiz am Wassenaar Arrangement bzw. aufgrund dessen Umsetzung im GKG zu verweigern wäre, wie von der Vorinstanz ergänzend vorgebracht, braucht an dieser Stelle nicht mehr näher geprüft zu werden. Wie vom Bundesverwaltungsgericht in seiner neusten Rechtsprechung erkannt, enthält das GKG zwar Regelungen, die als Lex specialis dem Öffentlichkeitsgesetz vorgehen (Art. 4 BGÖ; Urteil des BVGer A-5133/2019 vom 24. November 2021 E. 5.3.2 mit Hinweisen [noch nicht rechtskräftig]). Hinsichtlich der vorinstanzlichen Begründung bleibt aber übereinstimmend mit der Kritik des Beschwerdeführers anzumerken, dass sich die Vorinstanz mit den Bestimmungen des Wassenaar Arrangements im Einzelnen und dessen völkerrechtlichen Bindungswirkung nicht vertieft auseinandergesetzt hat. Des Weiteren werden von der Vorinstanz nur die Grundzüge der Güterkontrollgesetzgebung im Allgemeinen dargelegt sowie die Strafbestimmung von Art. 14 GKG erwähnt, ohne jedoch die erforderliche Subsumption im Einzelfall vorzunehmen. Hier fehlt es an einer ausreichenden Begründung. Eine abschliessende Klärung der sich daraus ergebenden formellen und materiellen Fragen erübrigt sich indes im vorliegenden Fall, da gemäss den

vorstehenden Erwägungen schon der Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ aus anderen Gründen gegeben ist. Ebenso kann hier schliesslich offenbleiben, ob allenfalls die weiteren Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. c, g und h BGÖ erfüllt wären, wie von der Vorinstanz vertreten. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien ist nicht mehr näher einzugehen.

E. 6.1

Mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz macht der Beschwerdeführer sodann geltend, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Zusammenfassung veröffentlicht werden könne, nicht aber die Studie selbst allenfalls mit Einschwärzungen. Das lasse nur den Schluss zu, dass in der Zusammenfassung wesentliche Punkte der Studie fehlen würden. Er anerkenne die Bemühungen die Vorinstanz, dem BGÖ nach bestem Wissen und Gewissen zu entsprechen, indem sie eine Zusammenfassung eigens habe erstellen lassen. Es widerspreche jedoch Sinn und Zweck des Gesetzes, wenn eine Publikationsvariante angefertigt werde, statt Einsicht in das Originaldokument zu gewähren. Es werde lediglich eine Scheintransparenz geschaffen. Mache dies Schule, werde das Öffentlichkeitsprinzip ad absurdum geführt. Es sei daher vom Bundesverwaltungsgericht zu klären, ob das Vorgehen der Vorinstanz rechtmässig sei.

E. 6.2

Die Vorinstanz entgegnet, sie habe alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, dem Beschwerdeführer im Rahmen des Gesetzes und der übergeordneten Interessen Kenntnis vom hauptsächlichen Inhalt der Studie zu verschaffen. Eine teilweise Herausgabe der klassifizierten Studie stehe als mildere Massnahme nicht zur Verfügung, da die aussenpolitischen Interessen und internationalen Beziehungen der Schweiz in gleichem Masse gefährdet wären wie bei einem unbeschränkten Zugang.

E. 6.3.1

Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ vor, darf der Zugang nicht ohne Weiteres verweigert werden, sondern es stellt sich die Frage, ob die vollständige Verweigerung des Zugangs zu sämtlichen Informationen verhältnismässig ist (vgl. vorstehend E. 3.4). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer Einsicht in die 28-seitige Zusammenfassung der Studie gewährt, welche sie von der Verfasserin der Studie eigens erstellen liess. Die Zusammenfassung stellt ein neues Dokument dar, bei dem all diejenigen Informationen nicht enthalten sind, die von den US-ITAR-Richtlinien erfasst werden. Im Rahmen ihrer aktiven Informationstätigkeit hat sich die Vorinstanz insofern mit der Zustellung der Zusammenfassung bereits um bestmögliche Transparenz bemüht, was auch vom Beschwerdeführer anerkannt wird (vgl. vorstehend E. 3.1). Bei den vorliegenden Gegebenheiten kommt darüber hinaus eine Veröffentlichung der Studie mit Schwärzungen oder eine Teilveröffentlichung nicht in Frage. Wie erkannt liegt ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Geheimhaltung der Studie gestützt auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ vor. Zur Wahrung der öffentlichen Interessen ist es im konkreten Fall auch nicht möglich, dem Beschwerdeführer die Studie auszugsweise zu offenbaren. Denn die USA haben ausdrücklich an einer umfassenden Geheimhaltung der Studie festgehalten und nur die Freigabe der eigens erstellten Zusammenfassung autorisiert, die keine ITAR relevanten Informationen enthält. Würde dennoch ein auszugsweiser Zugang zur Studie gewährt, wären folglich die oben dargelegten Beeinträchtigungen der aussenpolitischen Interessen und der internationalen Beziehungen

der Schweiz gleichermassen zu erwarten (vgl. vorstehend E. 5.3). Ein zeitlicher Aufschub des Zugangs kommt ebenfalls nicht in Frage, da sich an den zu beachtenden überwiegenden Geheimhaltungsinteressen in absehbarer Zeit nichts Wesentliches ändern dürfte.

E. 6.3.2

Nach dem Gesagten fällt die Anwendung eines milderen Mittels zur Zugangsverweigerung ausser Betracht. Betreffend die Publikation der Zusammenfassung steht das vorinstanzliche Vorgehen auch nicht im Widerspruch zum Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsprinzips, wie dies der Beschwerdeführer zu bedenken gibt. Die aktive und passive Informationstätigkeit der Behörde bedingen und ergänzen sich gegenseitig (vgl. vorstehend E. 3.1). Der Anspruch auf Zugang gilt von Gesetzes wegen als erfüllt, wenn ein amtliches Dokument in einem Publikationsorgan oder einer Internetseite des Bundes veröffentlicht ist (Art. 6 Abs. 3 BGÖ). Die Veröffentlichung eines Teils, eines Auszugs oder einer Zusammenfassung eines amtlichen Dokuments, etwa in einem Tätigkeitsbericht, stellt allerdings noch keine Veröffentlichung dar, die ein Zugangsgesuch gegenstandslos werden lässt (vgl. Urteil des BVer A-1592/2014 vom 22. Januar 2015 E. 5.3 mit Hinweisen). Mit einer blossen Publikation der Zusammenfassung wäre dem Zugangsgesuch des Beschwerdeführers folglich noch nicht Genüge getan. Davon ist die Vorinstanz indes auch nicht ausgegangen, sondern sie hat vielmehr sein Gesuch in der angefochtenen Verfügung nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen eingehend behandelt. Massgebend ist im konkreten Fall, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ für die gesamte Studie greift, kein milderes Mittel erkennbar ist und deshalb kein Zugang gewährt werden kann.

E. 7.1

Der Beschwerdeführer rügt ferner, die Vorinstanz habe die Pflicht zur rechtsgleichen Behandlung verletzt und sich dadurch widersprüchlich verhalten. So werde in der Vernehmlassung eingeräumt, dass den anderen Parteien anlässlich des Hintergrundgesprächs vom 10. Juli 2019 zumindest eine punktuelle Einsicht in die Studie gewährt worden sei. In diesem Umfang sei auch ihm der Zugang zu gewähren. Mit einer Gleichbehandlung im Unrecht habe dies nichts zu tun, da die anderen Parteien zu Recht Einsicht erhalten hätten.

E. 7.2

Die Vorinstanz führt dazu aus, am Hintergrundgespräch vom 10. Juli 2019 habe die Originalstudie dem einzigen Zweck gedient, punktuell Inhalt und Vollständigkeit der Zusammenfassung zu verifizieren. Der Zugang im Sinne des BGÖ sei den anderen Parteien nicht gewährt worden. Weder integral noch auszugsweise seien Kopien erstellt oder Abschriften erlaubt worden. Ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Gleichbehandlung im Unrecht, welcher nur ausnahmsweise und unter strengen Bedingungen bestehe, scheitere vorliegend schon an den dargelegten überwiegenden Geheimhaltungsinteressen.

E. 7.3.1

Der Rechtsgleichheitsgrundsatz des Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die

aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (statt vieler BGE 147 I 73 E. 6.1, 145 II 206 E. 2.4.1, je mit Hinweisen).

E. 7.3.2

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz zum Hintergrundgespräch vom 10. Juli 2019 alle drei gesuchstellenden Parteien, so auch den Beschwerdeführer, eingeladen hat. Dem Beschwerdeführer hätte es somit offen gestanden, ebenfalls daran teilzunehmen. Von der Vorinstanz wird sodann nachvollziehbar dargelegt, dass anlässlich des Hintergrundgesprächs die Studie einzig dazu diene, punktuell den Inhalt und die Vollständigkeit der Zusammenfassung zu verifizieren. Es ist nicht ersichtlich, dass die anderen Parteien dabei an wesentliche Informationen aus der Studie gelangt wären, die über eine blosser Erläuterung der Zusammenfassung hinausgeführt hätten. Insbesondere wurden gemäss Angabe der Vorinstanz keine Kopien von der Studie erstellt und auch keine Abschriften erlaubt. Ein Zugang im Sinne des BGÖ wurde den anderen Parteien demnach nicht gewährt. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt und sich dadurch widersprüchlich verhalten, erweist sich als unbegründet.

E. 8

Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Zugang zur "Aircraft Support Optimisation Study vom 11. Mai 2012" gestützt auf die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ zu Recht verweigert. Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Aufgrund dieses Ergebnisses bedarf es schliesslich keiner Anhörung nach Art. 11 BGÖ. Der prozessuale Antrag der Vorinstanz, es sei die vom Zugangsgesuch betroffene Verfasserin der Studie anzuhören, ist daher ohne weitere inhaltliche Prüfung abzuweisen.

E. 9.1

Dem Verfahrensausgang entsprechend gilt der Beschwerdeführer als unterliegend und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 1'500.- festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Der von dem Beschwerdeführer einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 9.2

Als unterliegende Partei steht dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Ebenso wenig hat die obsiegende Vorinstanz als Behörde einen Anspruch auf eine Entschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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