

BVGer A-4494/2020 vom 20. April 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-04-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4494_2020

FR: TAF A-4494/2020 du 20 avril 2021

IT: TAF A-4494/2020 del 20 aprile 2021

Regeste

Öffentlichkeitsprinzip

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Der angefochtene Entscheid ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG. Die SERV ist als Anstalt des Bundes eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 33 Bst. e VGG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Schweizerische Exportrisikoversicherung [Exportrisikoversicherungsgesetz, SERV; SR 946.10]). Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG und Art. 44 VwVG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 BGÖ).

E. 1.2

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 1.4

Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung der SERV vom 9. Juli 2020, mit der das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 24. Februar 2020 um Zugang zu Listen mit Projektinformationen der «Crypto AG», der «Crypto International AG» und der [dritten Firma] abgelehnt wurde. Der Streitgegenstand umfasst das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird (vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 1282). Die Beschwerdebegehren richten sich nur mehr auf die Gewährung des Zugangs zu Listen über die Projekte der Beschwerdegegnerinnen beziehungsweise der «Crypto AG» und begrenzen den Streitgegenstand darauf.

E. 1.5

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

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

Die Vorinstanz hat im Schlichtungsverfahren zwei Listen mit Informationen zum Empfängerland, Produkttyp, Abschlussdatum und Auftragswert eingereicht. Die erste Liste enthält die Projektinformationen ab dem Jahr 2007. Der EDÖB forderte sie daraufhin auf, ihm auch die Grunddaten von den mit der ERG als ihrer Vorgängerorganisation abgeschlossenen Versicherungen zuzustellen. Die zweite Liste enthält daher zusätzlich alle Projektinformationen zu den für die «Crypto AG» gestellten Exportrisikogarantien seit dem Jahr 1979. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Projektangaben zu den von der ERG bis 2005 gestellten Exportrisikogarantien für die «Crypto AG» in den Geltungsbereich des BGÖ fallen.

E. 3.1

Nach Art. 23 BGÖ ist der Anwendungsbereich des Gesetzes auf amtliche Dokumente beschränkt, die nach seinem Inkrafttreten vom 1. Juli 2006 von einer Behörde erstellt oder empfangen wurden. Dabei kommt es nicht auf das Erstellungsdatum, sondern auf das Datum der Fertigstellung eines Dokuments an (vgl. Füzesséry Minelli, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar BGÖ, 2008, Art. 23, Rz 11). Bei einer aufbereiteten Liste ist zu prüfen, ob die Liste nach dem 1. Juli 2006 erstellt oder aktualisiert wurde und daher auch nach dem Inkrafttreten des BGÖ noch Verwendung gefunden hat (vgl. Urteile des BVGer A-75/2009 vom 16. April 2009 E. 3; A-7369/2006 vom 24. Juli 2007 E. 3.3).

E. 3.2

Den Angaben der Vorinstanz zufolge wurden für ihre Tätigkeiten nach dem 1. Juli 2006 jene Projektdaten der ERG, die Exportrisikogarantien für die «Crypto AG» bis zum Jahr 2005 enthalten, auf keiner Liste mehr aktualisiert oder verwendet. Die Vorinstanz führt in der Vernehmlassung aus, bei ihrer Errichtung im Jahr 2007 habe sie den Datenbestand der Vorgängerorganisation integral übernommen und nicht separat inventarisiert oder aktualisiert. Angesichts der auf der Liste enthaltenen Daten ist im Weiteren glaubhaft, dass sie mit der «Crypto AG» im Jahr 2007 keine neuen Versicherungsverträge basierend auf altrechtlichen Zusagen abgeschlossen hat. Ergänzungshalber ist darauf hinzuweisen, dass seit dem Jahr 1996 auf der Liste Vertragsabschlüsse zu insgesamt fünf Empfängerländern vermerkt sind. Im Zeitraum zwischen 1996 und 2005 scheint nur eines von ihnen wiederholt auf der Liste auf. Zwischen 1990 und 1996 sowie zwischen 2005 und 2007 bestehen Lücken, weshalb davon auszugehen ist, dass in diesen Zeiträumen keine Exportrisikogarantien für die «Crypto AG» gestellt wurden. Nach Aufnahme der Tätigkeit durch die SERV scheinen ab 2007 wieder Vertragsabschlüsse auf.

E. 3.3

Es ist daher als erwiesen anzusehen, dass die von der Vorinstanz auf Verlangen des EDÖB vorgelegte Liste vom 28. April 2020 zu den Empfängerländern der ERG mit einem Dokument gleichzusetzen ist, das im Sinn von Art. 23 BGÖ vor dem 1. Juli 2006 erstellt beziehungsweise fertiggestellt wurde, soweit das Dokument Daten zur ERG enthält. Art. 23 BGÖ ist so auszulegen, dass es der Vorinstanz überlassen bleibt, ältere Dokumente zugänglich zu machen, sofern keine anderweitigen Interessen entgegenstehen (vgl. Füzessey Minelli, a.a.O., Art. 7, Rz. 8). Es kann daher auch im Schlichtungsverfahren über den Zugang zu nach Art. 5 Abs. 2 BGÖ einfach zu generierenden Listen beziehungsweise Dokumenten verhandelt werden, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erstellt oder empfangen wurden. Eine solche Liste, die nur für den Schlichtungsversuch des EDÖB erstellt wurde, ist aber deshalb noch nicht als ein Dokument zu betrachten, das nach dem Inkrafttreten des Gesetzes fertiggestellt wurde. Dies würde dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers widersprechen, den zeitlichen Geltungsbereich des BGÖ einzuschränken.

E. 3.4

Nach dem Gesagten fällt die Liste vom 28. April 2020, soweit sie Informationen über die Exportrisikogarantien der ERG enthält, nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich des BGÖ. Die Vorinstanz hat die Verweigerung des Zugangs zu dieser Liste gestützt auf die Übergangsbestimmung des Art. 23 BGÖ rechtmässig verfügt.

E. 4

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz mit der Verweigerung des Zugangs zur ersten Liste, die die Projektinformationen ab dem Jahr 2007 enthält, Bundesrecht verletzt.

E. 4.1

Das Öffentlichkeitsgesetz bezweckt die Förderung der Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung (Art. 1 BGÖ). Mit dem im BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzip (vgl. Art. 6 Abs. 1 BGÖ) mit Geheimhaltungsvorbehalt (vgl. Art. 7 ff. BGÖ), das einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt, soll Transparenz geschaffen werden, damit Bürgerinnen und Bürger politische Abläufe erkennen und beurteilen können. Nebst dem Vertrauen soll dadurch das Verständnis für die Verwaltung und ihr Funktionieren gefördert sowie die Akzeptanz staatlichen Handelns erhöht werden. Der Öffentlichkeitsgrundsatz bildet überdies eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden. Das Transparenzgebot trägt zudem zur Verwirklichung der Informationsfreiheit (Art. 16 der Bundesverfassung [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 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 in Art. 17 BV verankerten Medienfreiheit (vgl. statt vieler BGE 142 II 313 E. 3.1; Urteile des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.1; A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 3.1.1).

E. 4.2.1

Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGÖ gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (lit. a), sich im Besitz einer Behörde

befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist (lit. b), und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (lit. c). Als amtliche Dokumente gelten auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können, welche die Anforderungen nach Abs. 1 lit. b und c erfüllen (Abs. 2).

E. 4.2.2

Grundsätzlich hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskunft über deren Inhalt zu erhalten. Aufgrund des in Art. 6 Abs. 1 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten (BGE 142 II 340 E. 2.2; 142 II 324 E. 3.4; 144 II 77 E. 2.3). Damit wird jeder Person ein generelles Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, über welche die Verwaltung verfügt, gewährt, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste. Es obliegt entsprechend nicht mehr dem freien Ermessen der Behörden, ob sie Informationen oder Dokumente zugänglich machen wollen oder nicht. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten ist jedoch einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen an der Geheimhaltung einer Offenlegung entgegenstehen (Art. 7 BGÖ) oder wenn ein Ausnahmefall gemäss Art. 8 BGÖ vorliegt. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt der Behörde, wobei sie darzulegen hat, dass bzw. inwiefern eine oder mehrere der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmeregelungen erfüllt sind (BGE 142 II 324 E. 3.4; 144 II 77 E. 2.3). Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren (vgl. zum Ganzen Urteile des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.2.1; A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 3.2 m.w.H.).

E. 4.2.3

Die Wirksamkeit der Ausnahmeklauseln hängt einerseits davon ab, dass die Beeinträchtigung im Fall einer Offenlegung von einer gewissen Erheblichkeit sein muss, und andererseits, dass ein ernsthaftes Risiko bezüglich deren Eintritt besteht (Urteile des BVGer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 4.3.2; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 3.2.2). Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen muss mithin 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 (BGE 142 II 340 E. 2.2; 142 II 324 E. 3.4). Eine eigentliche Interessenabwägung ist danach 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 (zum Ganzen vgl. BGE 144 II 77 E. 3; Urteil des BVGer A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 6.4.1 f.). Immerhin verfügen die Behörden über einen gewissen Ermessensspielraum bei der Beurteilung, ob überhaupt ein Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist (vgl. BGE 142 II 313 E. 4.1, wonach die Behörden einen «grossen Interpretationsspielraum» haben betreffend die unbestimmten Rechtsbegriffe, die mehrere Ausnahmetatbestände enthalten).

E. 4.2.4

Liegt ein Ausnahmetatbestand vor, 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. Einen Grundsatz, wonach im Zweifel dem Öffentlichkeitsprinzip der Vorrang einzuräumen ist, gibt es genauso wenig wie das umgekehrte Prinzip. Vielmehr ist für jeden einschlägigen Ausnahmetatbestand im Einzelfall anhand der dargelegten Verhältnismässigkeitsprüfung abzuwägen, ob der Transparenz oder der Vertraulichkeit Nachachtung zu verschaffen ist (vgl. statt vieler BGE 142 II 324 E. 3.3; 142 II 313 E. 3.6 m.w.H.).

E. 5

Zunächst sind die Bestimmungen darzulegen, die den Aufgabenbereich der SERV regeln (E. 5.1). Ausgangspunkt für die folgende Interessenabwägung bildet sodann Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die Bekanntgabe der ungeschwärzten Liste aus dem Grund der Gefährdung aussenpolitischer Interessen oder internationaler Beziehungen der Schweiz mit einer nachvollziehbaren Begründung abgelehnt hat (E. 5.2-5.7). Wird ein solcher Grund bejaht, ist die Verhältnismässigkeit zu prüfen (E. 5.8).

E. 5.1

Als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes versichert die SERV Risiken von Exportaufträgen, indem sie in bestimmten Fällen Zahlungsausfälle oder Fremdwährungsrisiken deckt; versicherbare Risiken sind politische Risiken, das Delkredererisiko sowie höhere Gewalt (vgl. Art. 12 SERVG). Die SERV bietet Versicherungen in Ergänzung zu den Angeboten von privaten Kreditversicherern an (Subsidiarität; vgl. Art. 5 der Verordnung über die Schweizerische Exportrisikoversicherung vom 25. Oktober 2006 [SERV-V; SR 946.101]). Das Angebot der SERV ist daher primär auf den Export in politisch oder wirtschaftlich unsichere Länder ausgerichtet (vgl. Informationen zur SERV, abrufbar auf www.serv-ch.com > Über die SERV > FAQ, abgerufen am 22. März 2021). Die SERV stützt sich bei der Einstufung der Länder, Besteller oder Garanten auf die Vorgaben der OECD. Bei staatlichen Bestellern oder Garanten wird keine Prämie für das wirtschaftliche Risiko berechnet, sondern jenes direkt mit dem politischen Risiko, auch Länderrisiko genannt, gleichgesetzt (vgl. SERV Kompakt, Die SERV und ihr Angebot, www.serv-ch.com > Dokumente > Über die SERV, abgerufen am 22. März 2021). Verboten die Risikolage eine Gewährung der Versicherung, ist sie ausgeschlossen (Art. 13 Abs. 2 Bst. a SERVG). Nach Art. 28 SERV-V werden Exportgeschäfte mit aussenpolitischen Auswirkungen als Versicherungen besonderer Tragweite eingestuft, über die das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zwecks frühzeitigem Einbezug des Bundesrates zu informieren ist. Die SERV berücksichtigt im Rahmen ihrer Geschäftspolitik die Grundsätze der Aussenpolitik (Art. 6 SERVG). Der Bundesrat legt für jeweils vier Jahre die strategischen Ziele der SERV fest und überprüft sie periodisch (Art. 33 Abs. 1 SERVG). Gemäss den strategischen Zielen für die SERV erwartet sich der Bundesrat unter anderem, dass die SERV die internationalen Regelwerke für staatlich unterstützte Exportkredite beachtet, hohe Standards bei der Beachtung der aussenpolitischen Grundsätze und der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz beibehält und angemessen mit neuen nationalen und internationalen Entwicklungen Schritt hält sowie frühzeitig über Geschäfte besonderer Tragweite informiert (vgl. Strategische Ziele des Bundesrates für die SERV für die Periode 2020-2023, Strategischer Schwerpunkt 1.4, www.serv-ch.com Dokumente Über die SERV, abgerufen am 22. März 2021). Zur Umsetzung der strategischen Ziele des Bundesrates, zum Entscheid über den Abschluss von Versicherungen, zur Festlegung der Risikopolitik sowie

zur Wahl des Direktors, an den die Kompetenz für den Abschluss von Versicherungen übertragen werden kann, ist ein sieben- bis neunköpfiger unabhängiger Verwaltungsrat berufen, der vom Bundesrat gewählt wird (vgl. Art. 22 - 24 SERV-G). Das Anforderungsprofil des Verwaltungsrates wird vom WBF unter Berücksichtigung der Bundesinteressen festgelegt (vgl. Art. 18 Abs. 2 SERV-V, Änderung vom 12. August 2020 [AS 2020 3599]). Der Bundesrat bestellt Verwaltungsräte mit wirtschaftspolitischer oder aussenpolitischer Expertise (vgl. Medienmitteilung SECO, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news/medienmitteilungen-2013.msg-id-48824.html>; Verwaltungsrat SERV, <https://www.serv-ch.com/organisation/mitarbeitende/verwaltungsrat/>, abgerufen am 22. März 2021).

E. 5.2

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten ist unter anderem 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). 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 Usancen 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 (BGE 142 II 313 E. 4.2; Urteil des BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 4.1; Urteil des BVer A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 7.1.1 m.w.H.). 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 (BGE 142 II 313 E. 4.3; Urteile des BVer A-6108/2016 vom 28. März 2018 E. 5.1; A-746/2016 vom 25. August 2016 E. 5.5.2 m.w.H.).

E. 5.3.1

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, bei den auf der Liste angeführten Produkten handle es sich um Sicherheitslösungen zur Verschlüsselung der Kommunikation, die für die Landesverteidigung beziehungsweise den Nachrichtendienst eingesetzt werden können. Die Empfängerstaaten würden daher eine vertrauliche Behandlung der Projektinformationen verlangen. Eine Veröffentlichung entgegen deren Geheimhaltungsinteressen könne mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einem Vertrauensverlust führen und die aussenpolitischen Interessen sowie internationalen Beziehungen der Schweiz ernsthaft beeinträchtigen. Der EDÖB habe in seiner Empfehlung zwar angeführt, dass aufgrund der Medienberichte zur Operation «Rubikon» bereits

öffentlich bekannt sei, dass etwa 120 Staaten Chiffriergeräte gekauft hätten, und dies zu keiner ernsthaften Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen und internationalen Beziehungen geführt habe. Dabei verkenne der EDÖB aber, dass die Medienberichte keine Einzelheiten zu den Importstaaten und den von ihnen erworbenen Sicherheitslösungen offenbarten. Es sei zwar zu 62 Staaten bekannt geworden, dass sie Kunden der «Crypto AG» gewesen seien und zu einzelnen Staaten, dass sie Kunden der Beschwerdegegnerinnen seien. Diese Information sei aber nicht durch eine Schweizer Behörde weitergegeben worden. Zudem seien einige Länder, deren Belieferung ebenfalls von der SERV versichert worden sei, noch nicht bekannt geworden. Auch könne der Einschätzung des EDÖB, das Geheimhaltungsinteresse an Informationen über Verträge, die vor 2013 abgeschlossen worden seien, sei geringer, nicht geteilt werden, weil die erworbenen Produkte nach wie vor in Verwendung stünden. Vernehmlassungsweise ergänzt die Vorinstanz, die Auftragsvolumina seien Grund zur Annahme, dass die Mehrzahl der betroffenen Empfängerstaaten die im fraglichen Zeitraum erworbenen Produkte noch für die Verschlüsselung des Datenverkehrs einsetzen. Die Schweiz habe in all diesen Fällen ein eminentes Interesse an der Geheimhaltung schützenswerter Informationen ausländischer Staaten. Der Handel mit Chiffriertechnologie falle in einen Bereich, der von den Empfängerländern als sensibel wahrgenommen werde. Nachdem die Bundesanwaltschaft im Rahmen einer Hausdurchsuchung zum Export bestimmte Chiffriergeräte beschlagnahmt habe, hätten die Empfängerstaaten unmissverständlich klargemacht, dass sie eine Entsiegelung als Verletzung ihrer Souveränität betrachten würden, und diplomatische Konsequenzen angedroht. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Statistiken des SECO zu den bewilligten Gesuchen für die Kriegsmaterialausfuhr würden hingegen nichts über die konkret vereinbarten Lieferungen offenbaren. Unter den dort generisch angeführten Kategorien liesse sich eine Vielzahl von Produkten zusammenfassen, die auch von anderen Exporteuren geliefert würden. Rückschlüsse auf die genutzte Chiffriertechnologie seien daher kaum möglich. Duplikweise ergänzt die Vorinstanz, die unspezifischen Informationen auf der Liste des SECO seien weitaus weniger aussagekräftig als die streitbetreffende Liste, die Produktinformationen und Versicherungswerte enthalte. Die Preisgabe von Produkttyp, Lieferwert und Datum würde die Geheimhaltungsinteressen der Empfängerländer verletzen.

E. 5.3.2

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Informationen der SERV betreffend Exportland, Produkttyp, Datum und Auftragswert seien aufgrund der Exportkontrolle im Bereich von Dual-Use-Gütern bereits bekannt. Anhand der Statistik des SECO zur Kriegsmaterialausfuhr liessen sich pro Bestimmungsland das bewilligte oder abgelehnte Gut samt Warenwert und Bewilligungsdatum eruieren. Beispielsweise stehe die Exportkontrollnummer 5A002.a.1 für «Güter mit Informationssicherheit als einer Hauptfunktion, konstruiert oder geändert für die Verwendung von Kryptotechnik für die Vertraulichkeit von Daten». Eine Auswertung der Daten des SECO habe ergeben, dass im Zeitraum von 1997 bis 2019 an 148 Länder insgesamt 2600 Bewilligungen für Technologie erteilt worden seien, die den sicheren Informationsaustausch ermögliche. Das SECO habe bestätigt, dass die Mehrheit dieser Exporte Chiffriergeräte betroffen habe. Demnach handle es sich bei den erworbenen Produkten und Technologien samt Datum und Auftragswert nicht um vertrauliche Tatsachen, an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der betreffenden Staaten bestehe, denn das SECO habe bereits bekannt gemacht, welche Staaten Sicherheitslösungen zur Verschlüsselung des Datenverkehrs aus der Schweiz

bezogen hätten. Dies habe bislang zu keinen negativen Auswirkungen auf die internationalen Beziehungen der Schweiz zu den betreffenden Staaten geführt. Im Übrigen habe der EDÖB in seiner Empfehlung ausgeführt, die in der Spalte «Produkttyp» enthaltenen Informationen seien so allgemein gehalten, dass sie sich nicht dazu eignen, das jeweilige konkrete Produkt zu identifizieren. In ihren Schlussbemerkungen macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz vermöge keine ernsthafte und erhebliche Gefährdung der öffentlichen Interessen der Schweiz darzutun. Der pauschale Hinweis, besonders sensible Bereiche seien betroffen, bei denen Staaten ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung von Informationen über die verwendete Technologie und die entsprechenden Vertrags- und Lieferantennformationen hätten, genüge nicht. Angesichts der bereits publizierten Daten sei ein Vertrauensverlust der Empfängerstaaten gegenüber der Schweiz nicht plausibel, wenn die ersuchten Angaben zum Exportland, Titel bzw. Typ der Produkte sowie Auftrags- bzw. Versicherungswert und Datum (Abschlussjahr) veröffentlicht würden. Es sei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen (vgl. Urteil des BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019 betreffend Kriegsmaterialexporte), wonach unter dem Blickwinkel von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ weniger im Vordergrund stehe, von welchem Schweizer Exporteur bestimmte Güter bezogen worden seien, als vielmehr die Art der Güter und der Umfang der Lieferungen. Der Bundesrat habe in seiner Stellungnahme vom 25. November 2020 zur Interpellation von Nationalrätin Doris Fiala «Crypto Affäre. Nachhaltiger Schaden für die Schweiz» festgehalten, es gebe keine Anzeichen für einen Vertrauensverlust gegenüber der Schweiz oder ihrer Neutralität. Es sei auch kein allgemeiner Reputationsschaden erkennbar. Im Weiteren hätten die importierenden Länder auch kein plausibles Interesse an der Vertraulichkeit ihrer Beziehungen zu den Beschwerdegegnerinnen. Ein solches liesse sich auch nicht aus dem Hinweis der Vorinstanz auf die angeblichen Konsequenzen für die strafrechtliche Entsiegelung der beschlagnahmten und versiegelten Chiffriergeräte herleiten. Auch die in einem NZZ-Artikel angesprochenen diplomatischen Konsequenzen, nämlich die Ausladung des Departementvorstehers von einem Dinner in Schweden, seien aufgrund der verfügbaren Exportbeschränkungen und nicht aufgrund der drohenden Offenlegung von Kundenbeziehungen entstanden.

E. 5.3.3

Die Beschwerdegegnerinnen machen im Wesentlichen geltend, die streitgegenständliche Liste liesse Rückschlüsse auf einzelne Kundenbeziehungen und Einzelheiten der Vertragsverhältnisse zu, welche durch strenge Vertraulichkeitsvereinbarungen geschützt würden. Die Anschaffungen seien meist mit Blick auf einen langfristigen Zeithorizont getätigt worden und die beschaffte Technik könne - wie von verschiedenen Ländern verlangt - aktualisiert werden. Die Herausgabe der Liste würde veröffentlichen, welche Staaten welche Produkte zur Verschlüsselung verwenden, und hätte einen unzureichenden Schutz gegen den Zugriff Unberechtigter zur Folge.

E. 5.4

Die Liste der Vorinstanz enthält für den Zeitraum ab 2007 Informationen zu insgesamt fünf Staaten, die zu verschiedenen Zeitpunkten teils mehrfach Verschlüsselungstechnologie für abhörsichere Kommunikation mit unterschiedlichem Auftragsvolumen erworben haben. Aus dem von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) vom 2. November 2020 geht hervor, dass das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) zu

Einzelausfuhrgesuchen der Beschwerdegegnerinnen Stellung nimmt, seitdem das WBF die Generalausfuhrbewilligungen Ende 2019 sistiert hat (vgl. Fall Crypto AG, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 2. November 2020, S. 4, <https://www.parlament.ch/de/organe/delegationen/geschaeftspruefungsdelegation/berichte>, abgerufen am 22. März 2021). Gegen die Erteilung von Einzelausfuhrbewilligungen seien nach Erkenntnissen der Exportkontrollgruppe vom 4. März 2020 zwar keine rechtlichen Gründe vorgelegen. Aufgrund der Haltung des EDA sei aber im Verlauf des Mai 2020 beschlossen worden, die Gesuche der Beschwerdegegnerin 2 dem Bundesrat zum Entscheid vorzulegen (Bericht GPDel, 2. November 2020, S. 5, 48 und 54). Die GPDel berichtet im Weiteren von diplomatischen Schwierigkeiten, welche sich mit befreundeten Staaten, die von den sistierten Lieferungen der Nachfolgefirmen der «Crypto AG» betroffen gewesen seien, abgezeichnet hätten (Bericht GPDel, 2. November 2020, S. 38). Der Bundesrat habe eine Erteilung der Ausfuhrbewilligungen abgelehnt, wobei sich die Gründe hierfür aus Sicht der GPDel nicht ganz erschliessen liessen (Bericht GPDel, 2. November 2020, S. 54).

E. 5.5

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 (siehe etwa zur verweigerten Herausgabe technischer Daten über ein Spionage-U-Boot, Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, a.a.O., Art. 7, Rz. 31, Fn. 38). Die Auffassung der Vorinstanz, dass Daten zur Verschlüsselungstechnik für abhörsichere Kommunikation dem Geheimhaltungsvorbehalt nach Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ unterliegen, ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden, solange es sich dabei nicht um allgemein bekannte Tatsachen handelt (vgl. Steimen, in: Maurer-Lambrou/Blehta [Hrsg.], Datenschutzgesetz [DSG]/ Öffentlichkeitsgesetz [BGÖ], Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 7 BGÖ, Rz. 26).

E. 5.6

Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei der Gewährung des Zugangs zur Liste bestehe kein Risiko, dass die Interessen der Schweiz gefährdet würden, da aufgrund der veröffentlichten Listen des SECO zur Kriegsmaterialausfuhr bezüglich der Mehrheit der betroffenen Staaten bereits bekannt sei, dass sie Chiffriergeräte von der ehemaligen «Crypto AG» bezogen hätten. Den Angaben der Vorinstanz zufolge handelt es sich bei den streitgegenständlichen Listen um Informationen zu Produkten, die in den Empfängerstaaten der Geheimhaltung unterliegen. Mit Stellungnahme vom 16. April 2020 wies sie bereits im Schlichtungsverfahren darauf hin, dass durch die Gewährung des Zugangs zur streitgegenständlichen Liste offenbart würde, welche Staaten welche Produkte der «Crypto AG» oder der «Crypto International AG» zur Verschlüsselung ihrer Datenverarbeitungsanlagen erworben hätten. Aufgrund der in der Liste enthaltenen Angaben wären die gekauften und nach wie vor in Nutzung befindlichen Produkte identifizierbar. Demnach würde keine Vergleichbarkeit zu den Angaben des SECO über die exportbewilligten Dual-Use-Güter bestehen, die Angaben auf der Liste seien noch nicht bekannt.

E. 5.7

Der Zugang zur streitgegenständlichen Liste ist mit einer Bekanntgabe der erworbenen Produktversionen und damit einer Herausgabe technischer Daten vergleichbar,

vorausgesetzt, die Produkte der Beschwerdegegnerinnen seien bekannt. Angesichts des geltend gemachten Handels mit mehr als 60 namentlich bekannten Staaten dürfte dies bis zu einem gewissen Grad der Fall sein. Wie die Beschwerdegegnerinnen nachvollziehbar darlegen, stellt die Geheimhaltung von Informationen, die Rückschlüsse auf die eingesetzten Produkte erlauben, einen Schutzmechanismus dar. Soweit die Beschwerdeführerin auf die Rechtsprechung zu Kriegsmaterialexporten verweist, ist festzuhalten, dass - im Gegensatz zum vorliegenden Fall - die Bekanntgabe der Firma, der Kriegsmaterialkategorie und des Exportanteils gestützt auf die Produktpalette nicht zwangsläufig zum Schluss auf das genutzte (Waffen-)System und in vielen Fällen auch nicht zum Schluss auf das Exportland führt (vgl. Urteil des BGer 1C_222/2018 vom 21. März 2019 E. 4.5). Im Weiteren hat es das Bundesverwaltungsgericht im Fall von Überwachungssoftware als legitim anerkannt, eine breite Streuung von Informationen zu Produktversionen zu vermeiden, um nicht weiten Kreisen die Überwindung von Sicherheitsbarrieren zu erleichtern (vgl. Urteil des BVGer A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.4). Die Information, welcher Staat zu welchem Zeitpunkt und Auftragsvolumen Verschlüsselungstechnologie von welchem konkreten Anbieter erworben hat, ist daher nicht mit der Information des SECO zur Erteilung von Exportbewilligungen zu vergleichen. Letztere enthalten keine Angaben zu den Anbietern und erlauben auch keine Rückschlüsse darauf, wann der Erwerb einer neuen Produktversion oder der Aktualisierung bereits vorhandener Technologie gegolten hat. Von dieser Kenntnis hängt aber die Angreifbarkeit der erworbenen Sicherheitslösung ab. Die Ansicht des EDÖB, dass Staaten bei Schwachstellen zusätzliche Sicherheitslösungen einsetzen, mittels derer sie sich einer solchen Gefahr entziehen würden, ändert für die vorliegende Beurteilung nichts daran, dass die Geheimhaltung der eingesetzten Produktversion einen weiteren Schutzmechanismus für einen Staat darstellen kann, auf den üblicherweise nicht verzichtet wird (vgl. Urteil des BVGer A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.3-5.5).

E. 5.8

Im Weiteren ist auch anzunehmen, dass die fünf Empfängerländer ein substantielles Interesse an der Vertraulichkeit der Angaben haben. Mit Hinweis auf bereits erfolgte diplomatische Vorstösse hat die Vorinstanz schlüssig dargelegt, dass im Fall einer Gewährung des Zugangs eine reale Gefahr der Beeinträchtigung der bilateralen Beziehungen zu den betroffenen Staaten besteht. Den vorinstanzlichen Ausführungen zufolge ist damit zu rechnen, dass die fünf Empfängerländer aufgrund von Geheimhaltungsinteressen kein Verständnis dafür haben werden, wenn die Schweiz Informationen über die von ihnen erworbene Verschlüsselungstechnik für abhörsichere Kommunikation an eine Journalistin weitergibt. Angesichts der aufgezeigten diplomatischen Konsequenzen ist der drohende Schaden für die internationalen Beziehungen der Schweiz ausreichend plausibilisiert. Aufgrund der bereits erfolgten Demarchen ist davon auszugehen, dass die im Raum stehende Veröffentlichung als unfreundlicher Akt der Schweiz gegenüber den fünf Empfängerländern verstanden werden könnte und geeignet wäre, auf diplomatischer Ebene Verstimmungen auszulösen. Zu beachten ist, 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. BGer 1C_122/2015 vom 18. Mai 2016 E. 3.2.2; BVGer A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.3). Die Annahme der Beschwerdeführerin, die bereits entstandenen bilateralen Verspannungen hätten nichts mit den vorliegend zu

beurteilenden künftigen Konsequenzen nach einer Veröffentlichung der Liste zu tun, da es sich dabei um eine Ausladung des Vorstehers des EDA von einem Dinner in Schweden gehandelt habe, verfährt nicht. Im Bericht der GPDel, der auf diplomatische Schwierigkeiten hinweist, ist nicht nur von einem Staat die Rede. Dies geht auch aus der Stellungnahme vom 25. November 2020 zur Interpellation Fiala hervor, in der der Bundesrat von Gesprächen mit mehreren betroffenen Staaten auf verschiedenen Ebenen berichtet. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass nur die verweigerte Ausfuhr Ursache für Demarchen gewesen sein soll. Den schlüssigen Ausführungen der Vorinstanz zufolge stand wegen einer hängigen Strafanzeige die Entsiegelung der erworbenen Geräte und der wohl zwangsläufig damit zusammenhängende Zugang zu technischen Daten, die mit Geheimhaltungsinteressen behaftet sind, im Raum. Nichts anderes befürchtet die Vorinstanz auch im vorliegenden Fall bei einer Bekanntgabe der Liste. Ihre Schlussfolgerung, eine Veröffentlichung sei geeignet, nachteilige Folgen für die Schweiz hervorzurufen, ist daher nicht zu beanstanden.

E. 5.9

Zusammenfassend ist nach Durchsicht der Akten und Prüfung der Vorbringen von einem ernsthaften Risiko auszugehen, dass die Veröffentlichung der auf der Liste enthaltenen Informationen den aussenpolitischen Interessen und internationalen Beziehungen der Schweiz schaden könnte. Die Vorinstanz hat das überwiegende Geheimhaltungsinteresse nachvollziehbar dargelegt.

E. 5.10

Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, die Dokumente teilweise zugänglich zu machen, etwa indem nur der Empfängerstaat, nicht aber der «Enduser» (Regierungsstellen, Ministerien, etc.) genannt würde.

E. 5.10.1

Eine Anonymisierung gilt namentlich dann als nicht möglich, wenn sie im Ergebnis zu einer Verweigerung des Zugangs führen würde, weil sich das Zugangsgesuch gerade auf die zu anonymisierenden Daten bezieht oder der Informationsgehalt der Daten, hinsichtlich welcher der Zugang verlangt wird, durch die Anonymisierung verloren ginge (Urteil des BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015 E.5.2.2; BVGE 2013/50 E. 9.5; Urteil des BVGer A-8073 vom 13. Juli 2016 E. 6.1.1).

E. 5.10.2

Der Nutzen einer Einschwärzung der Angaben zu den Regierungsstellen oder Ministerien erschliesst sich vorliegend nicht, da nach wie vor das Empfängerland genannt werden müsste und damit der Schutz der Geheimhaltungsinteressen nicht erreicht werden könnte. Wie zuvor aufgezeigt, können im Kontext zu den Empfängerstaaten auch keine Angaben zu Produkttypen, Auftragsvolumina sowie Vertragsabschlussdaten bekanntgegeben werden. Die Beschwerdeführerin verlangt diesbezüglich eine ungeschwärzte Liste, wobei die Weglassung der verlangten Informationen die Aussagekraft soweit herabsetzen würde, dass die Anonymisierung der Verweigerung des Zugangs gleichkäme.

E. 5.11

Nach dem Gesagten fällt die Anwendung eines mildereren Mittels ausser Betracht, da der Schutz der Geheimhaltungsinteressen dadurch nicht erreicht werden könnte.

E. 6

Zusammengefasst besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Geheimhaltung, das die Verweigerung oder Einschränkung des Zugangs zu den streitgegenständlichen Listen rechtfertigt. Da auch die Anwendung eines mildereren Mittels ausser Betracht fällt, ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 7.1

Dem Verfahrensausgang entsprechend gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 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 der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 7.2

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Das Gericht setzt die Entschädigung aufgrund der Kostennote oder, sofern keine solche eingereicht wird, der Akten fest (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Es liegt keine Kostennote der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerinnen bei den Akten. Unter Berücksichtigung des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende Beschwerdeverfahren und in Hinblick darauf, dass die Beschwerdegegnerinnen bereits im Vorverfahren anwaltlich vertreten waren, weshalb eine gewisse Kenntnis der Sach- und Rechtslage vorauszusetzen ist, erscheint für das vorliegende Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 500.- für die Beschwerdegegnerin 1 und von Fr. 4'500.- für die Beschwerdegegnerin 2 als angemessen und wird der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.

E. 7.3

Keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Partei auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Öffentlich-rechtliche Anstalten des Bundes mit Rechtspersönlichkeit gelten als Teil der (dezentralisierten) Bundesverwaltung; ihnen kommt im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keine Parteientschädigung zu (vgl. Weissenberger/Hirzel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 7 VGKE Rz. 3). Der Vorinstanz ist daher keine Parteientschädigung auszurichten. (Dispositiv nächste Seite)

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