



## Urteil vom 24. November 2021

---

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),  
Richter Alexander Mistic, Richterin Christine Ackermann,  
Gerichtsschreiber Stephan Metzger.

---

Parteien

**Greenpeace Schweiz,**  
Badenerstrasse 171, Postfach 9320, 8036 Zürich,  
vertreten durch  
Martin Looser, Rechtsanwalt, und  
Seraina Schneider, Rechtsanwältin,  
ettlersuter Rechtsanwälte,  
Klausstrasse 43, Postfach 3062, 8034 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Axpo Power AG,**  
Kernkraftwerk Beznau, 5312 Döttingen,  
vertreten durch  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb, Rechtsanwalt LL.M., und  
Dr. iur. Pandora Kunz-Notter, Rechtsanwältin,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,  
Beschwerdegegnerin,

**Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI,**  
Industriestrasse 19, 5200 Brugg AG,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Öffentlichkeitsprinzip.

**Sachverhalt:****A.**

Im Zuge der Verlängerung der Betriebsbewilligung im Jahr 2010 beauftragte das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) die Axpo AG als Betreibergesellschaft die Sicherheit des Kernkraftwerks Beznau (KKB) zu überprüfen. In seiner sicherheitstechnischen Stellungnahme zum Langzeitbetrieb des KKB Block 1 und 2 vom November 2010 stellte das ENSI sodann eine ungenügende Prüfung der Frage betreffend die Versprödung des Reaktordruckbehälters (RDB) fest und forderte die Axpo AG zur Nachbesserung auf. Diese beauftragte in der Folge ein externes Unternehmen mit der Durchführung der Untersuchungen. Die Resultate wurden unter anderem in der "Technischen Mitteilung TM-530-MB11071: Nachweis Absicherung des Werkstoffzustandes der Reaktordruckbehälter 10/20JRC 0001 für 60 Betriebsjahre Block 1 und 2" zum Brief der Axpo AG vom 19. Dezember 2011 sowie in den dazugehörigen Beilagen 1–9 festgehalten.

**B.**

**B.a** Am 2. Februar 2015 ersuchte Greenpeace Schweiz beim ENSI gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung um Zugang zu Dokumenten. Das Gesuch betraf die Planung sowie die Grundlagen der Prüfung und Auswertung von Probensätzen zur Untersuchung des Bestrahlungsverhaltens der RDB-Wirkstoffe. Das ENSI hatte das KKB respektive die Axpo AG zur Erstellung dieses Konzeptes aufgefordert. Im Weiteren umfasste das Gesuch den durch das KKB für den RDB des Blocks 1 zu führenden Nachweis, dass die betrachteten Thermoschock-Bedingungen nicht bei einem Azimutwinkel von 0° auftreten können, die entsprechenden Stellungnahmen des ENSI sowie Folgedokumente bzw. Korrespondenz zu diesem Geschäft.

**B.b** Am 10. März 2015 leitete Greenpeace Schweiz beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) ein Schlichtungsverfahren ein. Das ENSI bezeichnete in der Folge die vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente (nachfolgend: "Dokumente A–D"), unter anderem auch den Brief der Axpo vom 19. Dezember 2011 mit Beilagen: KKB Block 1 und 2, PSÜ-Auflage AÜ07, Geschäfts-Nr. 14/11/003 und Geschäfts-Nr. 14/11/004, Sicherheitstechnische Stellungnahme, Forderung des ENSI vom November 2010, Forderung 4.1-1 Einreichung eines Konzeptes, "Absicherung des Werkstoffzustandes der Reaktordruckbehälter 10/20JRC

0001 für 60 Betriebsjahre" und Forderung 4.2-1 "Nachweis Sprödebruchsicherheit Reaktordruckbehälter unter Thermoschock für 60 Betriebsjahre" (Umfang 975 Seiten inkl. Beilagen; nachfolgend "Dokumente C").

**B.c** Mit Schreiben vom 20. August 2015 nahm das ENSI zum Zugangsge-such der Greenpeace Schweiz Stellung und erklärte darin, den teilweisen Zugang zu den Dokumenten A–D (Dokumentenversion vom 20. August 2015) inkl. Beilagen, zu gewähren. Diese Dokumentversion wurde Green-peace Schweiz zugestellt. Die teilweise Zugangsverweigerung begründete das ENSI zur Hauptsache mit dem Schutz von Geschäfts- und Fabrikati-onsgeheimnissen sowie mit dem Schutz von Personendaten. Aus diesem Grund wurden die Dokumente C vollständig eingeschwärzt und nicht zu-gestellt.

**B.d** Am 5. November 2015 fand mit Greenpeace Schweiz und dem ENSI eine Schlichtungsverhandlung statt. In Bezug auf die Dokumente A, B und D sowie einen Teil der Dokumente C wurde eine Einigung erzielt. Hingegen konnten sich die Parteien bezüglich eines Grossteils der Dokumente C nicht einigen.

**B.e** Nach einer schriftlichen Empfehlung des EDÖB, Greenpeace Schweiz den Zugang – allenfalls unter der bedarfsweisen Abdeckung der jeweiligen Dokumentennummerierungen – teilweise zu gewähren und der Rückwei-sung der Beilagen 1–9 zum Brief der Axpo vom 19. Dezember 2011 an das ENSI zur erneuten Beurteilung der Zugänglichkeit im Hinblick auf den Aus-nahmetatbestand des Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisses verlangte die Betreiberin Axpo Power AG als betroffene Dritte den Erlass einer Ver-fügung gemäss Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. De-zember 1968 (VwVG, SR 172.021).

## **C.**

**C.a** Mit Entscheid vom 1. Februar 2016 verfügte das ENSI den Zugang zu den im Einsichtsbegehren vom 2. Februar 2015 gewünschten Dokumenten mit zusätzlichen Offenlegungen von beschreibenden Inhaltsangaben (Titel) und in den Bezeichnungen der Beilagen 1-9 auf den S. 24–26 des Doku-ments TM-530-MB11071, wobei Personendaten und Dokumentenum-mern geschwärzt zu bleiben hätten.

Das ENSI begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, dass Greenpeace Schweiz den Zugang zum Hauptdokument TM-530-MB11071 in weitestgehendem Umfang bis auf einige wenige Passagen erhalten

habe und die Beilagen 1–9 zu diesem Hauptdokument (nachfolgend: Dokumente C2) trotz ihres Umfangs nicht isoliert zu betrachten, sondern in Konnex mit dem Hauptdokument zu stellen seien. In diesen Dokumenten C2 seien Methoden, Daten, Analysen und deren Interpretationen beschrieben, deren Geheimhaltung eine wesentliche Geschäftsgrundlage der diese verfassenden Firmen darstellten und deshalb als Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis zu qualifizieren seien. Im Weiteren seien auch die enthaltenen Namen von juristischen bzw. natürlichen Personen nicht zu veröffentlichen, handle es sich doch um private Unternehmen sowie private Fachpersonen.

**C.b** Mit Eingabe vom 3. März 2016 erhob Greenpeace Schweiz Beschwerde gegen die Verfügung des ENSI und begründete ihr Begehren im Wesentlichen damit, dass es für eine Verweigerung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten nicht genüge, wenn ein pauschaler Hinweis auf das Vorliegen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen gemacht werde. Letztendlich werde auch das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt.

**C.c** Mit Urteil A-1432/2016 vom 5. April 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut, hob die angefochtene Verfügung vom 1. Februar 2016 betreffend die Zugangsverweigerung zu den Beilagen 1–9 zur "Technischen Mitteilung TM-530-MB11071 auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das ENSI zurück. Insbesondere wies das Bundesverwaltungsgericht das ENSI an, unter Mitwirkung der Beschwerdegegnerin die Informationen der Dokumente C2 differenziert zu beurteilen, wobei zu berücksichtigen sei, dass im Falle eines nicht offensichtlichen Vorliegens eines gesetzlichen Ausnahmegrundes grundsätzlich für jedes Dokument bzw. für jede Textpassage, für welche sie den Zugang einzuschränken oder zu verweigern beabsichtige, darzulegen habe, weshalb sie einen Ausnahmetatbestand als erfüllt ansehe. Dabei sei unter Umständen zum Schutz entgegenstehender Interessen auf eine umschreibende Begründung auszuweichen, doch sei im Sinne einer Einzelfallbeurteilung des Geheimhaltungsinteresses vorzugehen, wobei zur Wahrung der Verwaltungsökonomie hinsichtlich vergleichbarer Sachverhalte Kategorien gebildet werden könnten.

## **D.**

**D.a** Aufgrund dieses Urteils bot das ENSI der Axpo Power AG Gelegenheit, in der Dokumentengruppe C2 Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse im

Sinne der Gesetzgebung betreffend das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung zu bezeichnen. In der Folge wies letztere darauf hin, dass verschiedene technische Bestandteile eines Kernreaktors in den Anwendungsbereich der Bundesgesetzgebung über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter (nachfolgend: Güterkontrollgesetzgebung) fallen würden und durch diese geschützt seien. Da verschiedene Dokumente der Dokumentengruppe C2 davon betroffen seien, falle deren Offenlegung ausser Betracht, doch seien die direkt betroffenen Geheimnisherren diesbezüglich durch das ENSI direkt anzuhören. Auf entsprechende Einladung des ENSI liessen sich zwei der drei ausländischen Unternehmen vernehmen, wobei eine der Drittfirmen ihrerseits keinen Geheimhaltungsbedarf erblickte und die zweite auf entsprechende Passagen hinwies respektive diese genau bezeichnete. Die Axpo Power AG selbst teilte die aus ihrer Sicht erforderlichen Schwärzungen der Technischen Mitteilung "TM-530-MB 11071" (inkl. Anhang 1) mit. Dabei unterschied sie zwischen Personaldaten, Zeitangaben sowie Informationen, die von der Güterkontrollgesetzgebung erfasst werden. Sie liess ausserdem verlauten, dass sie eigene Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse nicht festgestellt habe und bat erneut um Prüfung der güterkontrollrechtlichen Gesichtspunkte.

**D.b** Mit Schreiben vom 3. Mai 2019 nahm das ENSI erneut zum Zugangsgesuch Stellung und teilte mit, dass es insbesondere nach Anhörung der Drittfirmen – soweit diese sich vernehmen liessen – teilweise Zugang zur Dokumentengruppe C2 gewähren wolle. Es habe teilweise Passagen, die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse sowie Personendaten enthielten, unkenntlich gemacht. Darüber hinaus teilte das ENSI mit, dass diejenigen Dokumente der Dokumentengruppe C2, die mit einer güterkontrollrechtlichen Exportkontrollnummer versehen sind, von der Zugangsgewährung ausgenommen werden sollen.

**D.c** In der Folge stellte Greenpeace Schweiz als Gesuchstellerin mit Schreiben vom 31. Mail 2019 einen Schlichtungsantrag beim EDÖB, welcher darauf mit Datum vom 5. Juni 2019 nicht eintrat. Daraufhin ersuchte Greenpeace Schweiz das ENSI mit Schreiben vom 14. Juni 2019 um Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

## **E.**

Mit Verfügung vom 3. September 2019 entschied das ENSI, der Zugang zu den im Einsichtsbegehren vom 2. Februar 2015 gewünschten Dokumenten

werde im Umfang der verbleibenden Dokumentengruppe C2 (Dokumentenversion vom 20. August 2015) teilweise gewährt. Der Zugang werde insoweit verweigert, als es sich um Dokumente handle, die güterkontrollrechtlich relevant und mit einer Exportkontrollnummer gekennzeichnet seien. Dokumente mit Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen sowie Personendaten und Dokumentennummern würden entsprechend geschwärzt bleiben.

#### **F.**

Mit Eingabe vom 2. Oktober 2019 erhebt Greenpeace Schweiz (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Verfügung vom 3. September 2019 des ENSI (nachfolgend: Vorinstanz) und beantragt, Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben, die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese sei anzuweisen, den Zugang zu den Beilagen 1–9 zur „Technischen Mitteilung TM-530-MB11071: Nachweis Absicherung des Werkstoffzustandes der Reaktor-druckbehälter 10/20JRC 0001 für 60 Betriebsjahre Block 1 und 2“ zum Brief der Axpo AG vom 19. Dezember 2011 (Dokumente C2) neu zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin begründet ihr Begehren im Wesentlichen damit, die Vorinstanz setze sich über die verbindlichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts im Rückweisungsentscheid vom 5. April 2017 hinweg und begehe damit eine Rechtsverweigerung, wenn es sich neuerdings auf die Gesetzgebung betreffend die Güterkontrolle berufe, um die Einsicht in die Dokumente zu verweigern. Ausserdem sei diese Gesetzgebung hier gar nicht anwendbar und eine pauschale Zugangsverweigerung sei weder erforderlich noch verhältnismässig. Im Übrigen sei sodann das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt worden, indem die Vorinstanz den Anweisungen des Bundesverwaltungsgerichts, eine Begründung zur Verweigerung des Zugangs zu den einzelnen Textpassagen abzugeben, nicht gefolgt sei. Gleiches gelte auch mit Bezug auf die Schwärzung hinsichtlich Personendaten und Dokumentennummern, weshalb die Verfügung der Vorinstanz insgesamt zu neuem Entscheid an diese zurückzuweisen sei.

#### **G.**

Mit Beschwerdeantwort vom 20. November 2019 beantragt die Axpo Power AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin), die Beschwerde sei abzuweisen, eventualiter sei die Sache zur Klärung des Umfangs der aufgrund der Geschäftsgeheimnisse der Drittfirmen geschwärzten Textstellen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Weiteren stellt sie den prozessualen Antrag, die Drittfirma 2 sei zum Verfahren beizuladen. Zur Begründung führt

sie im Wesentlichen aus, der Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei durch die Vorinstanz korrekt und pflichtgemäss umgesetzt worden, wobei auch das Güterkontrollrecht korrekterweise berücksichtigt worden sei, diene dieses doch ebenso wie die einschlägigen Bestimmungen der Öffentlichkeitsgesetzgebung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz.

#### **H.**

Mit Vernehmlassung vom 16. Dezember 2019 äussert sich die Vorinstanz zur Beschwerde und beantragt deren Abweisung. Ihren Entscheid begründet sie im Wesentlichen damit, dass die gemäss Bundesverwaltungsgericht verlangte differenzierte Beurteilung der fraglichen Dokumente auch eine Anwendung der Bestimmungen betreffend die Güterkontrollgesetzgebung einschliessen müsse, um dem Schutz der Gesamtheit der involvierten Geheimhaltungsinteressen sinnvoll Rechnung tragen zu können. Eine Anwendung der Kriegsmaterialgesetzgebung komme jedoch nicht in Frage, seien doch die betroffenen RDB ausschliesslich für die zivile Nutzung der Kernenergie konstruiert worden und würden auch so genutzt. Hingegen seien die RDB in den Listen der Güterkontrollgesetzgebung, welche sich auch auf doppelt verwendbare Güter beziehe, erfasst und würden ebenso der Kernenergiegesetzgebung unterstehen. Beide Gesetzgebungen würden darauf abzielen, die Ausfuhr entsprechender Technologie – oder solche betreffende Informationen über Entwicklung, Herstellung und Anwendung – einer Bewilligungspflicht zu unterstellen, wobei ein Verstoss gegen internationale Abkommen eine Verweigerung der Bewilligung zur Folge habe. Diese strengen Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung für die Ausfuhr von güterkontrollrechtlicher Technologie stehe allerdings dem Zugang gemäss Öffentlichkeitsgesetzgebung entgegen. Eine Offenlegung der fraglichen Dokumente würde jedoch unweigerlich zu einer Ausfuhr der Informationen im Sinne der Gesetzgebung führen, weshalb der Zugang im gesetzlich geschützten Geheimhaltungsinteresse liege und die Schweiz entsprechende Kontrollmassnahmen zu unterstützen habe.

#### **I.**

Mit Replik vom 26. Februar 2020 hält die Beschwerdeführerin an ihrem Rechtsbegehren fest und erläutert im Weiteren ihre Position.

#### **J.**

Mit Stellungnahme vom 22. April 2020 äussert sich die Vorinstanz zur Sache, hält an ihrem Antrag fest und bestätigt ihre bereits gemachten Ausführungen.

**K.**

Mit Duplik vom 27. Mai 2020 hält die Beschwerdegegnerin an ihren gestellten Anträgen fest. Sie verweist im Wesentlichen auf die begrenzte Tragweite von Rückweisungsentscheiden und leitet daraus die Anwendbarkeit der Güterkontrollgesetzgebung ab. Im Weiteren legt sie dar, dass die mit einer Güterkontrollnummer gekennzeichneten Dokumente nicht bloss in Bezug auf einzelne darin enthaltene Informationen, sondern integral den güterkontrollrechtlichen Zugangsvorschriften unterstehen würden. Dieses Spezialregime müsse sodann dem Öffentlichkeitsgesetz vorgehen. Was die Bezeichnung des Inhaltes der übrigen Dokumente betreffe, so habe die Vorinstanz zwei Kategorien gebildet und den Inhalt der betroffenen Geschäftsgeheimnisse zwar abstrakt, aber dennoch hinreichend präzise und anhand von Beispielen umschrieben. Damit sei sie ihrer Begründungspflicht nachgekommen.

**L.**

Mit Eingabe vom 17. Juli 2020 reicht die Beschwerdeführerin Schlussbemerkungen ein und hält an ihrem Rechtsbegehren fest. Darüber hinaus legt sie insbesondere dar, dass es sich bei den RDB nicht um Güter handle, welche der Güterkontrollgesetzgebung unterstehen und die entsprechenden Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen würden. Im Übrigen verweist sie auf die bereits gemachten Ausführungen.

**M.**

Mit Schlussbemerkungen vom 29. Juli 2020 hält die Beschwerdegegnerin an ihren Begehren und am Verfahrensantrag fest. Insbesondere erklärt sie, eine Nichtanwendung der einschlägigen Bestimmungen der Güterkontrollgesetzgebung bzw. -verordnung sei nur über eine akzessorische Normenkontrolle zu erreichen, welche jedoch aufgrund der völkerrechtlichen Verbindlichkeit ausgeschlossen sei.

**N.**

Mit Eingabe vom 4. August 2020 äussert sich die Beschwerdeführerin in einer Kurzbemerkung zum Thema und widerspricht der Beschwerdegegnerin ausdrücklich im Punkt der Überprüfbarkeit der Bestimmungen, welche die RDB der Güterkontrollgesetzgebung zugänglich machen sollen.

**O.**

Auf die weiteren Vorbringen und die übrigen, sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie entscheidrelevant sind.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit diese von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG erlassen worden sind und kein Ausnahmegrund gemäss Art. 32 VGG vorliegt. Bei der Vorinstanz handelt es sich um eine Dienststelle der Bundesverwaltung im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Die angefochtene Verfügung wurde durch die Vorinstanz aufgrund des Rückweisungsentscheides des Bundesverwaltungsgerichts A-1432/2016 vom 5. April 2017 erlassen, geht jedoch immer noch auf die ursprünglich vom EDÖB abgegebene Empfehlung vom 22. Dezember 2015 zurück und stellt somit ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar (Art. 15 Abs. 1 und 3 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 [Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG). Da zudem kein Ausnahmegrund nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich wie funktional zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

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

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung unmittelbar in ihren Interessen betroffen und durch die angefochtene Verfügung auch materiell beschwert. Ausserdem ist sie aufgrund ihrer Parteilstellung im Verfahren A-1432/2016 ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert.

**1.3** Nach der Festlegung des Streitgegenstandes im Urteil A-1432/2016 vom 5. April 2017 betrifft dieser im vorliegenden Verfahren unverändert die Beilagen 1–9 zur Technischen Mitteilung TM-530-MB11071 inkl. Anhänge und Anlagen respektive die Dokumente C2 mit einem Umfang von insgesamt 975 Seiten. Dies blieb von den Parteien unbestritten.

**1.4** Im Übrigen ist auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) einzutreten.

**2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechterheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

**3.**

**3.1** Im Rahmen eines Verfahrensanspruchs stellt die Beschwerdegegnerin das Rechtsbegehren, es sei die Drittfirma 2, welche als "Geheimnisherrin" die den Dokumenten C2 unter anderem zugrundeliegenden Berichte verfasst habe, als Partei oder als "andere Beteiligte" dem Prozess beizuladen. Diese habe als Partei am Verfügungsverfahren teilgenommen und ihre Rechte würden dadurch unmittelbar berührt, dass der Streitgegenstand vorliegend in der Verweigerung oder teilweisen Gewährung des Zugangs zu von ihr verfassten Dokumenten bestehe. Dabei gehe es weniger um die Ausdehnung der Rechtskraft des vorliegenden Urteils, welche bei Verfahren betreffend das Öffentlichkeitsprinzip nicht im Vordergrund stehe und ohnehin keine Voraussetzung für die Beiladung darstelle, als vielmehr um die Gewährung des rechtlichen Gehörs der Drittfirma 2. Es sei nämlich unbestritten, dass diese im Fall einer Offenlegung der angeforderten Dokumente in ihren eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sei. Deshalb sei sie bereits durch die Vorinstanz als Partei beigezogen worden. Einen Anlass zur Anfechtung der für sie mehrheitlich günstigen Verfügung habe sie jedoch nicht gesehen.

**3.2** Die Beschwerdeführerin beantragt, dem prozessualen Antrag sei keine Folge zu leisten. Streitgegenstand sei schliesslich der Zugang zu Dokumenten, welche sich im Besitz der Vorinstanz als zuständiger Behörde befinden würden. Im Übrigen habe sich der angebliche Geheimnisherr bereits im vorangehenden Verfahren zu keinem Zeitpunkt zur Intervention veranlasst gesehen, obwohl es bereits damals um die Frage der Schutzwürdigkeit seiner Interessen ging. Das Verhalten der Drittfirma 2 lasse deshalb vermuten, dass es nicht um die Wahrung des rechtlichen Gehörs gehe, sondern um die Verzögerung des Verfahrens.

**3.3** Die Beiladung Dritter zum Verfahren ist im Verfahrensrecht des Bundes nicht ausdrücklich geregelt, in der Praxis aber ohne Weiteres zugelassen (vgl. Urteil des BGer 2C\_373/2016 vom 17. November 2016 E. 2.1). So kann der Schriftenwechsel im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Anwendung von Art. 57 Abs. 1 VwVG auf Dritte ausgedehnt werden, woraus sich die Möglichkeit der Beiladung ergibt. Mit dieser kann eine Drittpartei, d.h. Personen, Organisationen oder Behörden, deren Interessen durch einen Entscheid möglicherweise unmittelbar berührt sind, in ein Verfahren einbezogen und daran beteiligt werden. Der Zweck der Beiladung besteht darin, die Rechtskraft des Urteils auf eine solche Drittpartei auszudehnen, so dass diese in einem später gegen sie gerichteten Prozess dieses Urteil gegen sich gelten lassen muss (vgl. Urteil des BGer 2C\_373/2016 vom 17. November 2016 E. 2.1). Insbesondere werden auf diese Weise aber auch deren Rechte im Verfahren gewahrt, indem das rechtliche Gehör durch die Mitwirkung an der behördlichen Sachverhaltsabklärung gewährt wird (vgl. VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016 (nachfolgend: Praxiskommentar VwVG), Art. 6 Rz. 61 f.; FRANK SEETHALER/KASPAR PLÜSS, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 57 Rz. 14 f., 17 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 2013, Rz. 929).

Vorausgesetzt wird, dass der beizuladende Dritte in einer besonders engen Beziehung zu dem das Prozessthema bildenden Rechtsverhältnis steht und durch den Ausgang des gerichtlichen Verfahrens in rechtlicher oder tatsächlicher Weise hinreichend berührt ist. Eine derart intensive Betroffenheit, dass er formell als Gegenpartei auftreten könnte, ist jedoch nicht verlangt. Ausserdem durfte sich die Drittperson weder veranlasst sehen, noch durfte sie die Möglichkeit haben, die Verfügung selber anzufechten und von Anfang an als Partei aufzutreten (vgl. BGE 135 II 384 E. 1.2.1 und 130 V 501 E. 1.2; Urteile des BGer 2C\_64/2013 vom 26. September 2014 E. 1.4.1, 2C\_373/2016 vom 17. November 2016 E. 2.1 und 2C\_824/2015 vom 21. Juli 2016 E. 1.5.3; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7841/2010 vom 7. Februar 2011 E. 2 m.w.H. und A-7597/2010 vom 7. Januar 2011 E. 3.1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Bern 2013, Rz. 3.2)

**3.4** Insbesondere in ihrer Eingabe vom 27. Mai 2020 legt die Beschwerdegegnerin dar, es gehe bei der Beiladung der Drittfirma 2 darum, deren rechtliches Gehör zu wahren. Es liegt auf der Hand, dass der Entscheid über den Zugang respektive die allenfalls beschränkte Einsicht in die Dokumente C2 die schützenswerten (Geheimhaltungs-)Interessen der Drittfirma 2 berühren und demzufolge ihr Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs zu achten ist. Mit der durch die Vorinstanz durchgeführten Anhörung im Zuge der Umsetzung des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts A-1432/2016 vom 5. April 2017 wurde diesem Anspruch allerdings ausreichend Rechnung getragen, konnte sich die Drittfirma 2 doch ausführlich zu den einzelnen in den Dokumenten C2 enthaltenen Informationen äussern (vgl. E-Mail-Verkehr mit der Vorinstanz Ende September 2018 und Bestätigung der Durchführung der Anhörung mit E-Mail vom 1. Februar 2019). Dabei bezeichnete sie nicht nur Geschäftsgeheimnisse und schützenswerte Personendaten, sondern konnte auch ihre Ansicht zum Aspekt der Güterkontrolle darlegen. Im Übrigen war die Drittfirma aber nicht am streitgegenständlichen Rechtsverhältnis beteiligt. Zumal kein Anspruch auf Beiladung zum Prozess besteht und das gestellte Rechtsbegehren ausdrücklich keine Ausdehnung der Rechtskraft auf die Drittfirma 2 anstrebt, beurteilt das Bundesverwaltungsgericht vorliegend eine Beiladung nicht als angezeigt. Ausserdem erweist sich das Verhalten der Beschwerdegegnerin sowie der Drittfirma 2 diesbezüglich als widersprüchlich, sahen sie sich doch – wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt – im vorangehenden Verfahren A-1432/2016 vor Bundesverwaltungsgericht anlässlich der Beurteilung exakt derselben Rechtsfragen nicht dazu veranlasst, ein solches Begehren zu stellen. Selbst eine eigenständige Anfechtung der Verfügung hat die Drittfirma 2 unterlassen, obwohl sie aufgrund ihrer direkten Betroffenheit wohl dazu legitimiert gewesen wäre, eine Drittbeschwerde zu führen. Aus diesem Grund ist der Drittfirma 2 sodann auch die Einräumung einer Parteistellung zu verwehren (per analogiam mangels Teilnahme am vorangehenden Verfahren vgl. MARANTELLI/HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 48, Rz. 22 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.60 ff., 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 928 f). Der betreffende Antrag ist abzuweisen.

#### **4.**

**4.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. Insbesondere sei die Vorinstanz der verbindlichen Anweisung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nachgekommen,

für die einzelnen Textpassagen, für welche sie den Zugang einzuschränken oder zu verweigern beabsichtige, darzulegen, weshalb sie den Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ als gegeben ansehe. Nur wenn die Vorinstanz den Geheimhaltungsbedarf in Bezug auf die einzelnen konkreten Textpassagen darlege, sei es ihr möglich, Umfang und Tragweite der beabsichtigten Schwärzungen zu erfassen und zu beurteilen. Diese Vorgehensweise verletze jedoch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine rechtsgenügende Begründung und zwar in Bezug auf das Vorliegen von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen als auch auf die Schwärzung beziehungsweise Anonymisierung von Personendaten und Dokumentennummern.

**4.2** Dem entgegnet die Beschwerdegegnerin, die Forderung der Beschwerdeführerin, Methoden, Zwischenergebnisse, Rechenmethoden und Modelle der Drittfirma 2 zeilenweise ein weiteres Mal zu erklären gehe zu weit und das Interesse an einer Verweigerung des Zugangs zu solchem proprietären Know-how müsse daher nicht weiter begründet werden.

**4.3** Die Vorinstanz äussert sich nicht zur gerügten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

**4.4** Die an Verwaltungs- und Gerichtsverfahren beteiligten Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 29 ff. VwVG). Dieser dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Insbesondere gehört dazu das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen und einen behördlichen Entscheid sachgerecht anfechten kann (vgl. statt vieler BGE 143 III 65 E. 5.2 m.w.H. und BGE 140 I 99 E. 3.4). Die verfügende Behörde hat von den Äusserungen der Parteien Kenntnis zu nehmen, sich damit auseinanderzusetzen (vgl. Art. 32 f. VwVG) und ihren Entscheid zu begründen (Art. 35 VwVG). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt. Die Begründung muss jedoch so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von

denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Eine Verletzung der Begründungspflicht und damit des rechtlichen Gehörs stellt ein formeller Mangel der angefochtenen Verfügung dar und führt ohne Weiteres zu deren Aufhebung. Grundsätzlich ist es sodann möglich, einen solchen Mangel zu heilen. Dies im Interesse der Betroffenen und zur Verhinderung eines "formalistischen Leerlaufs" durch eine allfällige Rückweisung der Streitsache, wenn keine besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt und die versäumte Handlung nachgeholt werden kann (vgl. zum Ganzen MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.106; PATRICK SUTTER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2019 [nachfolgend: Kommentar VwVG], Art. 29 Rz. 17; LORENZ KNEUBÜHLER/RAMONA PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. 35, Rz. 5 ff., 21).

## 4.5

**4.5.1** Der vorliegend zu beurteilende Fall beruht auf einer Rückweisung der Sache durch das Bundesverwaltungsgericht, mit welcher der Vorinstanz mittels verbindlicher Anweisung – wie sie selber in ihrer Verfügung und ihren Stellungnahmen mehrfach anführt – aufgetragen wurde, in ihrem erneuten Entscheid unter Mitwirkung der Beschwerdegegnerin die Informationen der Dokumente C2 differenziert zu beurteilen. Sofern ein Ausnahmegrund im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGÖ nicht offensichtlich vorliege, habe sie sodann für jedes Dokument bzw. für jede Textpassage, für welche sie den Zugang einzuschränken oder zu verweigern beabsichtige, darzulegen, weshalb sie einen Ausnahmetatbestand in Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGÖ als erfüllt ansehe. Hierbei könne unter Umständen, um die Offenlegung entgegenstehender Interessen zu schützen, auf eine umschreibende Begründung ausgewichen werden. Allgemeine bzw. grundsätzliche Überlegungen würden jedoch in der Regel nicht genügen, um das Zugangsrecht nach Art. 7 BGÖ pauschal einzuschränken. Vielmehr habe eine Beurteilung im Einzelfall, anhand des angerufenen Geheimhaltungsinteresses zu erfolgen. Dies schliesse wiederum nicht aus, in der Begründung hinsichtlich vergleichbarer Sachverhalte Kategorien zu bilden, um der Verwaltungsökonomie Rechnung zu tragen und dennoch der Begründungspflicht so gut als möglich nachzukommen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.7).

**4.5.2** Weder aus der angefochtenen Verfügung vom 3. September 2019 noch aus den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Akten geht eine solche Kommentierung oder Begründung von Geheimhaltungsinteressen in den entsprechenden Textpassagen oder Dokumenten hervor. Die Vorinstanz verweist auf ihre Korrespondenz mit den Drittfirmen – wie auch aus den Akten hervorgeht insbesondere vom 1. Februar 2019 mit der Drittfirma 2 – im Rahmen von deren Anhörung zur Bezeichnung von schützenswerten Daten (vgl. angefochtene Verfügung Sachverhalt Rz. 3.16 ff.). Die Akten belegen auch, dass die Drittfirma 2 entsprechende Textpassagen und Dokumente bezeichnete sowie in kommentierter Form auf einer gesicherten elektronischen Plattform zuhanden der Vorinstanz hinterlegte. Insofern kann festgehalten werden, dass den Anordnungen des Bundesverwaltungsgerichts durch die Vorinstanz zwar im Ansatz nachgelebt wurde, doch enthält der Entscheid der Vorinstanz keine spezifizierten Erklärungen zu den Inhalten der einzelnen, vor dem Zugang zu schützenden Textpassagen und Dokumente.

**4.5.3** Ihr Vorgehen begründet die Vorinstanz damit, ein grosser Teil der Dokumente unterliege der Güterkontrollgesetzgebung und sei von vorneherein dem Anwendungsbereich des BGÖ entzogen. Die entsprechenden Dokumente werden in der Verfügung mit einer Seitenzahl von insgesamt 841 Seiten aufgeführt (vgl. dazu unten E. 4.5.6). Bezüglich der verbleibenden 134 Seiten der Dokumente C2 führt die Vorinstanz aus, die Drittfirma 1 habe sich im Rahmen der Anhörung zu den von ihr erstellten Dokumenten nicht vernehmen lassen. Die entsprechenden Unterlagen würden jedoch allein Deckblätter und Inhaltsverzeichnisse umfassen. Aus diesem Grund komme sie zum Schluss, dass darin keine Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Drittfirma 1 enthalten seien und ein Zugang zu diesen Unterlagen – vorbehältlich Personendaten und Dokumentennummern – ohne Einschränkung gewährt werden könne. Dasselbe gelte auch für die Drittfirma 3, welche in ihren Dokumenten keine Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse bezeichnet habe.

**4.5.4** Bezüglich der verbleibenden Dokumente der Drittfirma 2 führt die Vorinstanz aus, diese habe die Dokumente hauptsächlich in zwei Kategorien unterteilt.

**4.5.4.1** Die erste Kategorie bei den Einschwärmungen umfasse von der Drittfirma 2 entwickelte und spezifisch auf den Anwendungsfall im KKB angewandte Methoden bzw. Zwischenergebnisse, die Rückschlüsse auf de-

ren eigene Technologie zulassen würden. Im Weiteren seien interne Archivierungs- und Dokumentennummern, Abbildungen oder Tabellen enthalten, die Details von Rechenmethoden oder Modellen der Drittfirma 2 enthalten würden sowie Zwischenergebnisse basierend auf deren eigenen Programmen. Diese Kategorie wird dadurch begründet, dass sich die Drittfirma 2 auf dem Gebiet der eingesetzten Analysen an RDB in den letzten 20 Jahren ein umfassendes Know-how erarbeitet und dieses zu einem international anerkannten Verfahren weiterentwickelt habe. Durch diverse Forschungs- und Entwicklungsvorhaben seien der Weg und die Analysen entsprechend validiert worden und ihre PTS-Methode (PTS: Pressurized Thermal Shock) sei bei der Bewertung von RDB in Deutschland und in Europa angewendet worden. Entsprechende Gutachter hätten dieses Verfahren sodann geprüft und freigegeben. Als sehr sensitiv seien im Besonderen sowohl die Thermohydraulik-Berechnung als auch Teile der Werkstoffbewertungen und -nachweise zu beurteilen. Würden diese in den Berichten nachvollziehbar dargestellten Methoden und Grundlagen veröffentlicht, könnten Wettbewerber der Drittfirma 2 diese Analysen ebenfalls anbieten, was in der Konsequenz zu einem wesentlichen Verlust des Arbeitsgebietes und des Know-hows führen könne. Daraus ergebe sich, dass sich die angewandten PTS-Methode und Analysen Bestandteil des geistigen Eigentums der Drittfirma 2 und somit als schützenswert erweisen würden. Der Marktwert einer solchen PTS-Analyse könne dabei je nach Aufwand und Detailtiefe einen Projektwert von 0,5 bis 2,5 Mio. Euro erreichen, was beim potenziellen Marktanteil der Drittfirma 2 von 30% einen Marktwert in einer Größenordnung von 100 Mio. Euro bedeute. Dieser Marktwert stehe bei einer Veröffentlichung der Methodik, von Methodik-Teilen oder Inputdaten auf dem Spiel. Die Vorinstanz erachtet die im Rahmen der ersten Kategorie vorgenommenen Einschwätzungen vollumfänglich als Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ.

**4.5.4.2** Die zweite Kategorie bei den Einschwätzungen in den von der Drittfirma 2 im Rahmen der Anhörung eingereichten Dokumenten beinhaltet Referenzen bzw. Verweise auf von ihr selber erstellte interne Dokumente mit Titel, Nennung des Autors und Dokumentennummer. Wie die Vorinstanz ausführt, sei es nicht ersichtlich, inwiefern der Drittfirma 2 mit der Zugänglichmachung dieser Referenzen ein gravierender Wettbewerbsnachteil drohen soll, soweit diese Kategorie nicht der Unkenntlichmachung von Dokumentennummern und der Anonymisierung von Personendaten diene. Sie erachte diese Kategorie nicht als Geschäfts- und Fabrikations-

geheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, weshalb dem entsprechend Zugang unter Anonymisierung von Personendaten und Dokumentennummern nichts entgegenstehe.

**4.5.5** Diese Darstellung zeigt, dass sich die Vorinstanz in ihrem neuen Entscheid auf die Kategorisierung durch die Drittfirma 2 stützt und dadurch die Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt sieht. Letztendlich bleibt allerdings nur eine einzige Kategorie (die erste), welche auf die dem Zugang vorzuenthaltender Dokumente und Textpassagen angewendet wurde. Dazu gilt es anzumerken, dass die gewählte Kategorie sich als sehr weit gefasst erweist und das Kriterium einer differenzierten Betrachtung und Begründung der Geheimhaltungsgründe nicht zu erfüllen vermag. Mehrere Tatbestände, welche dem aussenstehenden Betrachter im Übrigen als recht unterschiedlich erscheinen, wurden hier zu einer einzigen Kategorie zusammengefasst, welche die abzudeckenden Texte im Ergebnis als undifferenzierte Einheit erscheinen lassen würden. Hintergrund der Anordnungen des Bundesverwaltungsgerichts war es hingegen, den abgedeckten Textpassagen eine gewisse Struktur zu geben, sodass es der Beschwerdeführerin ermöglicht würde, sich unter Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdegegnerin sowie der Drittfirmen selbst bei eingeschränktem Zugang ein Bild von den Dokumenten und den differenziert kommentierten Geheimhaltungsgründen – sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht – zu machen. Doch nicht nur die fehlende Differenzierung der Geheimhaltungsgründe, sondern auch fehlende Begründungen der einzelnen Textpassagen und Dokumente (vgl. oben E. 4.5.2) führen zum Schluss, dass die Anordnungen des Bundesverwaltungsgerichts mangelhaft respektive gar nicht umgesetzt wurden.

**4.5.6** Auch die von der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren erstmals vorgebrachte Begründung durch Argumente der Güterkontrollgesetzgebung vermögen dem angestrebten Zweck der bundesverwaltungsgerichtlichen Anordnung nicht zu erfüllen (vgl. unten E. 5.3.3). Aus dieser Argumentation leitet sie die Berechtigung ab, diese Dokumente von der auferlegten Pflicht zur Erläuterung auszunehmen und entzieht damit mehr als 85% aller Dokumente C2 selbst einem eingeschränkten, das heisst differenzierten Zugang, wobei sie die verbleibenden 134 Seiten pauschal der zweiten Kategorie unterstellt. Vor diesem Hintergrund ist die Position der Beschwerdeführerin gut nachvollziehbar, wenn sie ausführt, dass für sie sowohl der Umfang der Schwärzungen als auch deren Fundstellen in den ersuchten Dokumenten im Verborgenen bleibe, wenn die Vorinstanz keinen Bezug zwischen den einzelnen Geheimhaltungstatbeständen und den einzelnen

Dokumenten oder Textpassagen herstelle. Letztendlich wisse sie auf diese Weise nicht viel mehr als vor Erlass des Rückweisungsentscheides A-1432/2016. So sei es denn auch nicht nachvollziehbar, dass sich die Gesamtheit der Dokumente mit der genannten PTS-Methode befasse, weshalb die vorzunehmenden Schwärzungen nicht pauschal mit dem Verweis auf diese Methode begründet werden könne.

**4.6** Es ist deshalb festzuhalten, dass mit dem durch die Vorinstanz gewählten Vorgehen die Anordnungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht erfüllt werden. Indem die Vorinstanz die Verweigerung des Zugangs im nunmehr erneuten Entscheid vom 3. September 2019 einzig durch die Berufung auf güterkontrollrechtliche Bestimmungen und die eine, inhaltlich pauschal und sehr weit gefasste Kategorie begründen will, verletzt sie ihre Begründungspflicht. Zwar führte die Beschwerdeführerin eine Beschwerde gegen die Verfügung vom 3. September 2019, doch war es ihr dabei jedenfalls nicht möglich, sich einen Überblick über die in den Dokumenten C2 behandelten Themen zu verschaffen und sie konnte in Unkenntnis der verschiedenen Arten von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen in Bezug auf den Umfang des Zugangs inhaltlich oder sachlich nur sehr beschränkt substantiiert argumentieren. Mit anderen Worten war es der Beschwerdeführerin nicht möglich, gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Entscheid "in voller Kenntnis der Sache" an die höhere Instanz weiterzuziehen (vgl. und BGE 146 II 335 E. 5.2 und BGE 145 III 324 E. 6.1).

Somit verfehlt die Verfügung den durch das Gericht mit seiner Anordnung angestrebten Zweck, im Sinne des Öffentlichkeitsprinzips einen Mittelweg zwischen vollständiger Geheimhaltung und vollständiger Öffentlichkeit, nämlich den beschränkten respektive differenzierten Zugang zu den Dokumenten zu vermitteln. Insofern ist die Rüge der Beschwerdeführerin begründet, wenn sie eine Verletzung der Begründungspflicht im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 29 VwVG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 VwVG geltend macht. Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin hingegen insofern, als sie die Rüge der Rechtsverweigerung erhebt: Die Vorinstanz hat ihre Entscheidung nicht verweigert oder stillschweigend unterlassen, sondern mangelhaft begründet. Einer Heilung ist die mangelhafte Verfügung vom 3. September 2019 sodann nicht zugänglich, zumal Inhalt und Ergebnis der Anhörung der Drittfirma 2 allein der Vorinstanz bekannt sind und dem Gericht im Übrigen die Fachkenntnisse fehlen, um eine Kommentierung der Textpassagen selbständig vorzunehmen. Die angefochtene Verfügung ist demnach aufgrund eines formellen Mangels aufzuheben und

das Bundesverwaltungsgericht hat die Sache zu neuem Entscheid erneut an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. unten E. 6).

## **5.**

Aus prozessökonomischen Gründen sieht sich das Bundesverwaltungsgericht dennoch zu folgenden Erwägungen betreffend das anwendbare Recht veranlasst.

**5.1** Die Vorinstanz stützt sich in ihrer Verfügung vom 3. September 2019 weitgehend auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter vom 13. Dezember 1996 (Güterkontrollgesetz, GKG, SR 946.202) sowie auf die dazugehörige Güterkontrollverordnung vom 3. Juni 2016 (GKV, SR 946.202.1). Hat sie bis anhin mit den Ausnahmebestimmungen des Art. 7 BGÖ argumentiert, bringt sie diese Begründung in der angefochtenen Verfügung nun neu vor. Dabei macht sie im Wesentlichen geltend, es habe sich erst im Nachgang zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1432/2016 vom 5. April 2017 herausgestellt, dass ein grosser Teil der Dokumente C2 mit einer Exportkontrollnummer versehen sei. Es sei ihre Aufgabe als Vorinstanz und staatliche Behörde, den Schutz aller dieser Tatsachen und Geheimnisse zu gewährleisten, dies insbesondere aufgrund internationaler und völkerrechtlich verbindlicher Abkommen, welche zur Geheimhaltung verpflichten würden. Zumal es sich bei der Güterkontrollgesetzgebung um eine Spezialgesetzgebung handle, würden die entsprechenden Dokumente nicht in den Anwendungsbereich des BGÖ fallen. Die in der Verfügung vom 3. September 2019 aufgeführten Dokumente mit nicht zugangsberechtigten Inhalten stünden deshalb ausserhalb der Dispositionsmöglichkeiten der Parteien und seien einem Zugang somit entzogen.

**5.2** Die Beschwerdeführerin bestreitet die Anwendung des GKG und begründet dies damit, die Vorinstanz habe sich bis anhin – auch im vorangehenden Verfahren – noch nie zu güterkontrollrechtlichen Belangen geäussert. Damit berücksichtige sie jedoch neue Tatsachen und prüfe die Angelegenheit unter rechtlichen Gesichtspunkten, welche im Rückweisungsentscheid nicht in Erwägung gezogen worden seien. Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen werde insbesondere durch das Prinzip der Bindung an den Rückweisungsentscheid eingeschränkt und sei eine logische Folge des Grundsatzes der Einheit des Verfahrens und der Instanzenhierarchie. Die Vorinstanz sei deshalb in ihrer rechtlichen Würdi-

gung nicht frei, sondern an die verbindlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid gebunden. Die Zugangsbeschränkung sei deshalb einzig in Bezug auf die im Rückweisungsentscheid vom 5. April 2017 erwogenen Ausnahmetatbestände des BGÖ zu prüfen.

**5.3** Dem hält die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen entgegen, die Prüfung nach GKG sei zu Recht erfolgt und führt weiter aus, die Argumentation der Beschwerdeführerin widerspreche dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen und führe dazu, dass eine Behörde dazu gezwungen würde, unzutreffende Rechtsbestimmungen auf einen Sachverhalt anzuwenden oder anwendbare Normen im Einzelfall bewusst zu verletzen.

**5.3.1** Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob sich die Vorinstanz bei der Begründung ihres Entscheides auf eine bisher nicht herbeigezogene Rechtsgrundlage stützen darf. Die Beschwerdeführerin sieht in diesem Vorgehen eine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstandes aufgrund von Noven und beruft sich im Weiteren auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche ein Verbot neuer Rechtsgrundlagen in der Bindung an den Rückweisungsentscheid und als Folge des Grundsatzes der Einheit des Verfahrens sehe.

**5.3.1.1** Der Streitgegenstand besteht im Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit dieses im Streit liegt. Gemäss überwiegender Rechtsprechung sind dabei die Begehren der Parteien und nicht die Beschwerdebegründung massgebend. Würde andernfalls der Streitgegenstand – und damit die Überprüfungsbefugnis der Beschwerdeinstanz – aus der Rechtsmittelbegründung abgeleitet, so käme dies der Geltung des – im Verwaltungsrecht höchstens in abgeschwächter Form angewandten – Rügeprinzips gleich (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 689 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 1.55, 2.7 f., 2.165; RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020, Rz. 2876 f.; OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 49 Rz. 37). Bereits im Rückweisungsentscheid A-1432/2016 wurde der Streitgegenstand durch die Frage des Zugangs der Beschwerdeführerin zu den Dokumenten C2 bestimmt. Dies ist vorliegend unverändert der Fall, doch macht die Vorinstanz neu die Bestimmungen des GKG geltend, um den im Streit liegenden Umfang des Zugangs zu begründen. Daraus geht ohne Weiteres hervor, dass allein durch die Berufung auf eine andere Rechtsgrundlage zur Begründung eines Entscheides der Streitgegenstand nicht erweitert wird. Insofern als die Beschwerdeführerin geltend macht, die Frage, ob das Güterkontrollrecht

eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip begründe, beschlage den Streitgegenstand, kann ihr deshalb nicht gefolgt werden.

**5.3.1.2** Im Weiteren sieht die Beschwerdeführerin in der Begründung durch das Güterkontrollrecht ein unzulässiges Novum. Zwar bestätigt sie in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin, dass Noven grundsätzlich Tatsachen beschlagen und damit den Sachverhalt betreffen würden, nicht jedoch die rechtliche Begründung. Doch entfalte der Rückweisungsentscheid eine Bindungswirkung, welche sich sowohl auf die rechtliche Würdigung als auch auf den festgestellten Sachverhalt beziehe. Die mit der Neubeurteilung befasste Vorinstanz dürfe im Rückweisungsverfahren deshalb nur diejenigen Tatsachen berücksichtigen, die bereits Gegenstand des Rückweisungsentscheides gewesen seien. Eine Ausnahme bestehe lediglich im Falle von echten Noven, d. h. von Tatsachen, die sich erst nach Erlass des Rückweisungsentscheids verwirklicht hätten. Die Beschwerdeführerin macht in der Folge geltend, es müsse der Vorinstanz bereits hinlänglich bekannt gewesen sein, dass die Dokumente C2 mit einer Exportkontrollnummer gemäss GKG versehen seien. Dieser Sachverhalt habe sich bereits vor Erlass des Rückweisungsentscheides verwirklicht und es sei deshalb unzulässig, wenn die Vorinstanz erst jetzt mit dieser Argumentation die Dokumente dem Zugang der Öffentlichkeit zu entziehen beabsichtige.

Die Praxis, wonach sich der Streitgegenstand vorrangig aus den Parteibehauptungen und nicht aus der Begründung ergibt (vgl. unten E. 5.3.1.1), erleichtert das Vorbringen von Noven, welche Tatsachen und Beweismittel oder die rechtliche Begründung betreffen. Im Rahmen des Streitgegenstandes dürfen im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht somit bis zum Erlass eines Endentscheides neue Tatsachen geltend gemacht werden, wobei es keine Rolle spielt, zu welchem Zeitpunkt sie sich verwirklicht haben. Es sind demnach sowohl echte als auch unechte Noven, insbesondere auch rechtliche Noven – das heisst eine neue rechtliche Begründung – ohne Einschränkungen zulässig (vgl. Urteil des BGer 2C\_177/2018 vom 22. August 2019 E. 3.2 m.w.H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.196, 2.204; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1020 f.; WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 2878, 2888, 2892 ff.; RENÉ WIEDERKEHR, Öffentliches Verfahrensrecht, Bern 2016, Rz. 376).

**5.3.1.3** Diese Ausführungen führen zum Schluss, dass die Begründung der angefochtenen Verfügung durch das GKG rechtmässig ist, selbst wenn die dazu notwendigen Voraussetzungen der mit Exportkontrollnummern versehenen Dokumente C2 bereits vor Erlass der Rückweisungsverfügung gegeben und der Vorinstanz bekannt waren. Dies ergibt sich ohne Weiteres auch aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 1.54, 2.196; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 154 ff., 1021).

Wenn die Beschwerdeführerin diesen Grundsatz durch die von ihr zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtes eingeschränkt sieht, so kann ihr nicht gefolgt werden: Die erwähnten Entscheide (vgl. BGE 140 III 466 E.4.2.1 und BGE 135 III 334 E. 2) sind auf dem Gebiet des Zivilrechts ergangen, wo – anders als im Verwaltungsrecht – ein strenges Rügeprinzip gilt (vgl. oben E. unten 5.3.1.1). Auch das angeführte auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ergangene Urteil des BGer 1C\_398/2012 E. 1 vom 27. Mai 2013 beruft sich indirekt auf diese zivilrechtlichen Grundsätze und – für die Zivilrechtspflege vorgesehene Bestimmung – Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG, abgelöst durch das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Ausserdem behandelt dieses Urteil den Fall einer Rückweisung vom Bundesgericht an das Bundesverwaltungsgericht, also die Kassation eines Endentscheides des Bundesverwaltungsgerichts. Damit sind die Sachumstände nicht mit dem vorliegenden Fall zu vergleichen, ist doch der Rückweisungsentscheid in Sachen A-1432/2016 vom 5. April 2017 – mindestens in Bezug auf die nicht definitiv entschiedenen Punkte – den Zwischenentscheiden zuzuordnen (vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.196; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1157 f.). Im Übrigen ist bezüglich des Umfangs der Bindungswirkung von Rückweisungsentscheiden auf die in der Praxis bestehenden Unsicherheiten zu verweisen: Selbst wenn die Bindung der Vorinstanz an den Rückweisungsentscheid in der Hierarchie der Instanzen sowie in der Einheit des Verfahrens gesehen wird und in der Folge die Vorinstanz an die entscheidungswesentlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid gebunden ist, ist vorliegend die Begründung der angefochtenen Verfügung durch güterkontrollrechtliche Normen – wenn auch ausnahmsweise – zuzulassen. Andernfalls würde dies unweigerlich zu einem höchst stossenden Ergebnis führen: Die Vorinstanz wäre dazu gezwungen, durch die Missachtung der Exportkontrollnummern und Endverbleibserklärungen internationale sowie völkerrechtliche Abkommen zu verletzen und gegen internationale Kontrollmassnahmen (vgl. Art. 4 ff. GKG) zu verstossen, dies

allein mit der Begründung, die Rechtsgrundlage sei nicht bereits im Verfahren A-1432/2016 vorgebracht worden und könne deshalb nicht berücksichtigt werden. Einer solchen Argumentation kann nicht gefolgt werden (vgl. dazu KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1158 m.w.H.; WEISSENBARGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 61, Rz. 27).

**5.3.2** Es stellt sich im Weiteren die Frage, ob dem BGÖ – wie die Beschwerdegegnerin sowie die Vorinstanz ausführen – die Anwendung mit Hinweis auf das GKG versagt bleibt.

**5.3.2.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Dokumente C2 würden Informationen über die Entwicklung, Herstellung oder Anwendung von kerntechnischen Materialien, Anlagen oder Ausrüstungen enthalten, welche als Nukleargüter im Sinne des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 (KEG, SR 732.1) zu klassieren seien und gerade nicht als sogenannte Dual-Use-Güter im Sinne des GKG. Das KEG wiederum stelle eine *lex specialis* zum GKG dar, welches demzufolge nicht zur Anwendung gelange. Im Weiteren begründe das GKG auch keinen Vorbehalt im Sinne des Art. 4 BGÖ, enthalte es doch keine spezifische Öffentlichkeitsregelung, die dem allgemeinen Zugangsrecht gemäss BGÖ vorgehen würde. Selbst wenn dem so wäre, so könne dadurch nicht eine generelle Zugangsverweigerung begründet werden, würde dadurch das BGÖ doch seines Gehaltes beraubt.

**5.3.2.2** Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdegegnerin stellen sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, das GKG stelle eine Spezialgesetzgebung im Sinne von Art. 4 BGÖ dar, weshalb jede Information, welche unter den Vorbehalt der Spezialbestimmungen falle, vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen sei. Sowohl das GKG als auch das KEG würden sodann sowohl den Zugang zu nuklearen Gütern und entsprechender Technologie als auch zu güterkontrollrechtlich relevanter Information durch strenge Voraussetzungen einschränken und einem eingeschränkten Adressatenkreis vorbehalten. Der eingeschränkte Zugang erscheine deshalb im Hinblick auf dieses Ziel als geeignet und gerechtfertigt.

**5.3.2.3** Mit der Einführung des BGÖ wurde das Öffentlichkeitsprinzip und damit der Grundsatz der "Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt" eingeführt. Damit soll die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung gefördert werden. Auf diese Weise trägt das BGÖ zur Information der Öffentlichkeit bei, indem es den Zugang zu amtli-

chen Dokumenten gewährleistet (Art. 1 BGÖ). Jede Person hat grundsätzlich das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten (Art. 6 Abs. 1 BGÖ). Damit stellt das BGÖ eine Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten auf (vgl. BGE 142 II 340 E. 2.2). Vorbehalten bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen (Art. 4 Bst. a BGÖ), oder die vom BGÖ abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen (Art. 4 Bst. b BGÖ). Dieser Vorbehalt von spezialgesetzlichen Regelungen gegenüber dem allgemeinen Zugangsrecht gemäss BGÖ hält den allgemein gültigen Grundsatz des Vorrangs der *lex specialis* ausdrücklich fest, wobei selbst ältere spezialgesetzliche Regelungen der allgemeinen Zugangsregelung des BGÖ vorgehen. Gemäss der – vorliegend insbesondere interessierenden – Bestimmung von Art. 4 Bst. a BGÖ sind Geheimhaltungsvorschriften aus sämtlichen Bereichen des Bundesrechts, mit denen einer Information Geheimnischarakter zugeschrieben wird, betroffen. Dabei erweist sich der Geheimnisbegriff des Art. 4 Bst. a BGÖ als ein materieller: Allein die Klassifizierung einer Information vermag nicht über den Geheimnischarakter im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ zu entscheiden, wird diese doch nur als wichtiger Anhaltspunkt für die Beurteilung eines Zugangsgesuchs angesehen. So vermag denn selbst eine fehlende Klassifizierung den Geheimnischarakter einer Information nicht aufzuheben und eine Verwendung des Begriffs "Geheimnis" ist nicht erforderlich. Ob es sich bei einer Norm um eine Geheimhaltungsvorschrift im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ handelt, ist sodann mittels Auslegung zu bestimmen (vgl. Urteil des BGer 1C\_299/2019 vom 7. April 2020 E. 3; zum Ganzen CHRISTA STAMM-PFISTER, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 4 BGÖ Rz. 2, 5–7).

**5.3.2.4** Das GKG bezweckt, doppelt verwendbare Güter, besondere militärische Güter sowie strategische Güter, welche Gegenstand internationaler Abkommen sind, zu kontrollieren (vgl. Art. 1 f. GKG). Zur Durchführung von internationalen Abkommen oder zur Unterstützung internationaler Kontrollmassnahmen können demnach insbesondere Bewilligungs- und Meldepflichten eingeführt, aber auch Überwachungsmassnahmen angeordnet werden. Diese Massnahmen zielen im Speziellen darauf ab, Forschung und Entwicklung, Herstellung, Lagerung, Weitergabe und Verwendung von Gütern zu kontrollieren, dies bei Ein-, Aus-, Durchfuhr und der Vermittlung von Gütern (vgl. Art. 4 f. GKG). Im Weiteren geht aus dem Gesetz der klare

Wille des Gesetzgebers hervor, mit diesen Massnahmen eine unkontrollierte oder ungewollte Verbreitung der erwähnten Güter zu verhindern und zwar in Achtung von internationalen Konventionen (Art. 6 und 19 ff. GKG; vgl. Botschaft zum GKG vom 22. Februar 1995, BBl 1995 II 1302 ff.).

Die Vorinstanz führt detailliert und überzeugend aus, dass die vom Zugangsgesuch betroffenen Dokumente C2 – insofern als sie mit einer Exportkontrollnummer 0E001 (vgl. Art. 3 Abs. 2 GKV; immerhin sind auch die RDB selbst im Anhang 2 Teil 1 der GKV unter der Exportkontrollnummer 0A001 Bst. b aufgeführt und unterstehen damit der Bewilligungspflicht nach Art. 4 und 5 GKG) versehen wurden – und selbst die darin enthaltenen Informationen "Güter" im oben genannten Sinne darstellen. Der Zugang zu ihnen würde nämlich deren unkontrollierte Verbreitung unter nicht weiter überblickbaren Personenkreisen bedeuten und damit einer "Ausfuhr" im Sinne des Gesetzes entsprechen. Damit begründet die Vorinstanz nachvollziehbar, dass den enthaltenen Informationen betreffend Forschung, Entwicklung, Qualitätsprüfung der betroffenen RDB des KKB mit den dazugehörigen Methoden, etc. ein Geheimhaltungscharakter zukommt und diese infolge der vergebenen Exportkontrollnummern aufgrund des GKG als *lex specialis* vor dem unbeschränkten Zugang zu schützen sind. Derselbe Schluss ergibt sich – unter Einbezug dieser Überlegungen – aus Art. 6 GKG, der sodann auch entsprechende Informationen oder Dokumente der Bekanntgabe vorzuenthalten respektive zu schützen bezweckt, wenn durch deren Veröffentlichung eine Verletzung internationaler Abkommen drohen würde. Der diesbezüglichen Argumentation von Vorinstanz und Beschwerdegegnerin ist demnach zu folgen. Aufgrund der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Begründung der Verfügung durch Bestimmungen des GKG – oder weiterer Spezialbestimmungen, beispielsweise des KEG (vgl. oben E. 5.3.1) – sind dessen entsprechenden Bestimmungen in die Erwägung einzubeziehen, selbst wenn das GKG keine expliziten Geheimhaltungsvorbehalte nennt.

**5.3.3** In Bezug auf den differenzierten Zugang zu Dokumenten ist hingegen Folgendes festzuhalten:

**5.3.3.1** Die Formulierung der gesetzlichen Bestimmung von Art. 4 BGÖ stellt klar, dass allein spezifische Bestimmungen anderer Bundesgesetze, welche spezielle Regelungen vorsehen, dem BGÖ – sowie dessen Ausnahmekatalog von Art. 7 BGÖ – vorgehen. Damit steht fest, dass durch eine gesetzliche Spezialbestimmung nicht das BGÖ an sich der Anwendung entzogen wird, sondern dass die spezielle Regelung den allgemeinen

Bestimmungen des BGÖ einzig in ihrem eingegrenzten Wirkungsbereich Anwendung findet (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6255/2018 vom 12. September 2019 E. 6.3).

**5.3.3.2** Wie aus den gemachten Ausführungen hervorgeht, handelt es sich beim Öffentlichkeitsprinzip um einen Grundsatz, der über dem gesamten Staats- und Verwaltungshandeln steht, wobei das BGÖ punktuelle Ausnahmetatbestände selber einräumt (Art. 7 BGÖ) oder solche in Verbindung mit Art. 4 BGÖ durch Spezialgesetzgebungen statuiert werden können. Der Gedanke der grundsätzlichen Öffentlichkeit und Zugänglichkeit von amtlichen Dokumenten bleibt deshalb auch angesichts spezialgesetzlicher Bestimmungen bestehen. Ansonsten könnte das Öffentlichkeitsprinzip jederzeit mit dem Verweis auf eine Spezialgesetzgebung seines Sinnes entleert werden.

Vorliegend steht angesichts der bereits anlässlich des Rückweisungsentscheides A-1432/2016 in den Dokumenten C2 erkannten Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse nicht der schrankenlose Zugang zur Debatte. Vielmehr stellt sich die Frage, inwiefern und in welchem Ausmass ein Zugang zu den Dokumenten gewährt werden kann, um das Öffentlichkeitsprinzip zu wahren. Um dies zu beantworten, hat das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz im Rückweisungsentscheid vom 5. April 2017 aufgetragen, die zu schwärzenden Textpassagen oder Dokumente zu kommentieren beziehungsweise zu erläutern. Eine solche Erläuterung des Inhaltes der Dokumente C2 – allenfalls sogar unter einer gewissen Abstraktion durch die Bildung von Kategorien oder einer umschreibenden Begründung – ist ohne Weiteres möglich, ohne dass detaillierte Angaben zum Inhalt oder zur Funktionsweise von Methoden oder Technologien gemacht werden müssen. Es ist deshalb auch nicht ersichtlich, wie eine solche Kommentierung die Vorinstanz zu einer allfälligen Verletzung von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis drängen würde oder andere Informationen mit Geheimnischarakter im Sinne einer allfällig anwendbaren Spezialgesetzgebung preisgeben müsste. Gleiches gilt für die Anonymisierung von Personendaten oder Dokumentennummern. Aus diesem Grund ist die Vorinstanz anzuweisen, auch die von ihr mit Verweis auf die Güterkontrollgesetzgebung der Kommentierung der Dokumente C2 entzogenen Dokumente im Sinne der Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts zu erläutern.

Aufgrund dieser Erkenntnisse kann sodann eine weitere Auseinandersetzung mit der Thematik des Vorranges von KEG oder GKG unterbleiben, da

selbst allfällige sich darauf stützende Geheimhaltungsinteressen von den durch das Bundesverwaltungsgericht angeordneten Massnahmen nicht beeinträchtigt würden (vgl. oben).

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Bei der Wahl zwischen diesen beiden Entscheidarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Liegen sachliche Gründe für eine Rückweisung vor, ist diese regelmässig mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip eines einfachen und raschen Verfahrens vereinbar. Zur Rückweisung führt insbesondere eine mangelhafte Abklärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, die ohne eine aufwendigere Beweiserhebung nicht behoben werden kann. Die Vorinstanz ist mit den tatsächlichen Verhältnissen besser vertraut und aufgrund ihres Fachwissens im Allgemeinen auch besser in der Lage, die erforderlichen Untersuchungen durchzuführen. Zudem bleibt der betroffenen Partei in diesem Fall der gesetzlich vorgesehene Instanzenzug erhalten (statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1865/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 5 m.w.H.).

**6.2** Wie bereits im Rückweisungsentscheid A-1432/2016 vom 5. April 2017 ausgeführt, ist es aufgrund der in den Dokumenten C2 enthaltenen hochspezialisierten Fachberichte nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, eine Beurteilung der zu schwärzenden Textpassagen oder Dokumente vorzunehmen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5 insbesondere E. 5.7). Aufgrund ihrer Nähe zur Materie ist dies vielmehr Sache der Vorinstanz als Fachbehörde. Wie bereits ausgeführt, ist die angefochtene Verfügung vom 3. September 2019 aufgrund eines formellen Mangels in Gutheissung der Beschwerde und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. oben E. 4.4).

**6.3** In ihrem Entscheid wird die Vorinstanz – allenfalls unter Mitwirkung der Beschwerdegegnerin oder der Drittfirmen 1–3, jedenfalls aber unter Einbezug der von der Drittfirma 2 vorgelegten und im Besitz der Vorinstanz befindlichen Beurteilungen – die Informationen der Dokumente C2 in deren vollem Umfang (allenfalls unter Ausnahme der 134 Seiten, welche allenfalls offengelegt werden; vgl. E. 4.5.3) differenziert zu beurteilen haben.

Dabei hat die Vorinstanz zu berücksichtigen, dass im Falle eines nicht offensichtlichen Vorliegens eines Ausnahmegrundes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGÖ grundsätzlich für jedes Dokument bzw. für jede Textpassage, für welche sie den Zugang einzuschränken oder zu verweigern beabsichtigt, darzulegen ist, weshalb sie einen Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGÖ – oder im Sinne einer Spezialgesetzgebung – als erfüllt ansieht. Hierbei ist unter Umständen, um dem Zugang entgegenstehende Interessen zu schützen, zwar auf eine umschreibende Begründung auszuweichen. Allgemeine bzw. grundsätzliche Überlegungen genügen jedoch in der Regel nicht, um das Zugangsrecht nach Art. 7 BGÖ einzuschränken. Erforderlich ist vielmehr eine Beurteilung im Einzelfall, angeleitet durch Sinn und Zweck des angerufenen Geheimhaltungsinteresses. Wiederum ist es dabei nicht ausgeschlossen, in der Begründung hinsichtlich vergleichbarer Sachverhalte Kategorien zu bilden, um der Verwaltungsökonomie Rechnung zu tragen und dennoch der Begründungspflicht so gut als möglich nachzukommen.

## **7.**

Abschliessend bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung zu befinden.

**7.1** Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Rückweisung der Sache an die jeweilige Vorinstanz zu neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) gilt in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (vgl. BGE 141 V 281 E. 11.1, 137 V 210 E. 7.1 und 132 V 215 E. 6.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2366/2018 vom 24. Mai 2018 E. 5.2). Die Beschwerdeführerin hat demzufolge keine Verfahrenskosten zu tragen. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.-- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Auch der Vorinstanz können als Bundesbehörde keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der Beschwerdegegnerin sind hingegen die auf Fr. 2'000.-- festzusetzenden Verfahrenskosten aufzuerlegen.

**7.2** Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Feb-

ruar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [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 Beschwerdeführerin vor. Unter Berücksichtigung des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende Beschwerdeverfahren erscheint eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 3'500.-- als angemessen. Diese wird der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt (Art. 64 Abs. 3 VwVG).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Sache wird zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Das Begehren um Beiladung der Drittfirma 2 wird abgewiesen.

**3.**

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

**4.**

Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.-- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

**5.**

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'500.-- zu bezahlen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)
- den EDÖB (z.K.)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Marcel Tiefenthal

Stephan Metzger

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: