



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 20 F 12.09
OVG 9 P 1/09

In der Verwaltungsstreitsache

hat der Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts
für Entscheidungen nach § 99 Abs. 2 VwGO
am 11. Juni 2010
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bumke und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Buchheister

beschlossen:

Die Beschwerde des Beigeladenen zu 1 gegen den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt vom 7. August 2009 wird zurückgewiesen.

Der Beigeladene zu 1 trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 5 000 € festgesetzt.

G r ü n d e

I

- 1 Mit dem diesem Zwischenverfahren zugrundeliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes begehrt die Antragstellerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen einen Bescheid, mit dem die Antragsgegnerin nach Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens ihren Antrag auf Genehmigung zur Teilnahme an der Notfallrettung und dem qualifizierten Krankentransport mit der Begründung abgelehnt hat, die Genehmigung werde dem Beigeladenen zu 1 erteilt.

- 2 Mit gerichtlicher Verfügung des Berichterstatters vom 28. Januar 2009 bat das Verwaltungsgericht um Vorlage der Unterlagen der Bewerbung auch des Beigeladenen zu 1 und wies zur Begründung darauf hin, dass eine Überprüfung der Auswahlentscheidung, insbesondere hinsichtlich einer Bewertung des Angebots des Beigeladenen zu 1 ansonsten nicht möglich sein dürfte. Nach Antrag des Beigeladenen zu 1, der darauf gerichtet war, festzustellen, dass die Voraussetzungen für eine Verweigerung der Vorlage vorliegen, verweigerte der Beigeladene zu 2 mit Sperrerklärung vom 3. April 2009 die Vorlage bestimmter, mit Ausschreibungsnummer und „Überschrift“ entsprechend dem Inhaltsverzeichnis der Bewerbungsmappe gekennzeichnete Teile der Bewerbungsunterlagen des Beigeladenen zu 1. Zur Begründung führte der Beigeladene zu 2 aus, die zurückgehaltenen Unterlagen enthielten organisatorische, medizin-fachliche sowie betriebswirtschaftlich-kalkulatorische Informationen, die wirtschaftlich verwertbar und deshalb geheimhaltungsbedürftig seien. Der Beigeladene zu 1 habe auch ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung, weil die Informationen in einem künftigen Vergabeverfahren zur Vorhersage des Angebotspreises verwendet werden könnten. Mit Beschluss vom 7. August 2009 hat der Fachsenat des Oberverwaltungsgerichts festgestellt, dass die Verweigerung der Vorlage der zurückgehaltenen Bewerbungsun-

terlagen des Beigeladenen zu 1 rechtswidrig ist. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beigeladenen zu 1.

II

- 3 Die Beschwerde des Beigeladenen zu 1 ist statthaft. Er ist durch die Entscheidung des Fachsenats des Oberverwaltungsgerichts, dass die teilweise Verweigerung der Vorlage seiner zurückgehaltenen Bewerbungsunterlagen rechtswidrig sei, beschwert. Davon zu trennen ist die Frage, ob der Beigeladene zu 1 statthafterweise einen Antrag nach § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO stellen konnte. Soweit durch die Entscheidung von ihm als geheimhaltungsbedürftig angesehene Bewerbungsunterlagen freigegeben wurden, steht dies außer Frage (vgl. Beschluss vom 14. August 2003 - BVerwG 20 F 1.03 - BVerwGE 118, 350 f. = Buchholz 310 § 99 VwGO Nr. 33). Soweit die Sperrerklärung die Vorlage der von ihm als besonders schutzwürdig bezeichneten Unterlagen verweigert, entspricht sie indes seinem Antrag vom 11. Februar 2009. Gleichwohl ist der insoweit mit der Beschwerde weiterverfolgte Antrag statthaft. § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO beschränkt das Antragsrecht entsprechend dem objektiv-rechtlichen Charakter des Zwischenverfahrens grundsätzlich nicht auf bestimmte Beteiligte, sondern sieht eine Überprüfung auf Antrag eines (jeden) Beteiligten vor. Der Beigeladene zu 1 hat nach den Umständen des Falles auch ein berechtigtes Interesse an der gerichtlichen Klärung der zwischen ihm und der Antragstellerin streitigen und auch zukünftig relevanten Reichweite des Schutzes seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.
- 4 Der Fachsenat des Oberverwaltungsgerichts war nicht verpflichtet, nach Einlegung der Beschwerde zunächst darüber zu entscheiden, ob ihr abzuhelpen war. Im Zwischenverfahren bedarf es keines Nichtabhilfebeschlusses gemäß § 148 Abs. 1 VwGO (Beschluss vom 21. Februar 2008 - BVerwG 20 F 2.07 - BVerwGE 130, 236 = Buchholz 310 § 99 VwGO Nr. 46 <jeweils Rn. 16>). Das Zwischenverfahren ist abschließend in § 99 VwGO geregelt. Abweichendes ergibt sich auch nicht aus § 152 VwGO.

- 5 Die statthafte und zulässige Beschwerde ist jedoch unbegründet. Zu Recht hat der Fachsenat des Oberverwaltungsgerichts entschieden, dass die Weigerung des Beigeladenen zu 2, die angeforderten Unterlagen vollständig vorzulegen, auf der Grundlage der Sperrklärung vom 3. April 2009 rechtswidrig ist.
- 6 1. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Fachsenat des Oberverwaltungsgerichts eine Entscheidung im Zwischenverfahren getroffen hat, obwohl das Gericht der Hauptsache die Entscheidungserheblichkeit der zurückgehaltenen Unterlagen lediglich im Wege der gerichtlichen Anforderung der Akten durch den zuständigen Berichterstatter erklärt hat. Zwar bedarf es grundsätzlich einer förmlichen Verlautbarung der Entscheidungserheblichkeit (Beschluss vom 22. Januar 2009 - BVerwG 20 F 5.08 - Buchholz 310 § 99 VwGO Nr. 53 Rn. 3 m.w.N.). Beruft sich die Behörde auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Akten, muss das Gericht der Hauptsache zunächst darüber entscheiden, ob es die zurückgehaltenen Unterlagen benötigt, um den entscheidungserheblichen Sachverhalt umfassend aufzuklären. Denn für den Zwischenstreit über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung muss klargestellt sein, was er zum Gegenstand haben soll. Ein Beweisbeschluss oder eine vergleichbare förmliche Äußerung des Hauptsachegerichts zur Klärung der rechtlichen Erheblichkeit des Akteninhalts für die Entscheidung des Rechtsstreits ist aber ausnahmsweise entbehrlich, wenn die zurückgehaltenen Unterlagen zweifelsfrei rechtserheblich sind. Zwar liegt hier nicht der Fall vor, dass die Pflicht zur Vorlage der Behördenakten Streitgegenstand des Verfahrens zur Hauptsache ist und die dortige Entscheidung von der - allein anhand des Inhalts der umstrittenen Akten zu beantwortenden - Frage abhängt, ob die Akten, wie von der Behörde geltend gemacht, geheimhaltungsbedürftig sind. Eine förmliche Äußerung zur Entscheidungserheblichkeit ist jedoch ausnahmsweise auch dann entbehrlich, wenn offensichtlich ist, dass nur mit Hilfe der Unterlagen, deren Vorlage verweigert wird, gerichtlich geklärt werden kann, ob der vor dem Hauptsachegericht geltend gemachte Anspruch besteht (Beschluss vom 3. März 2009 - BVerwG 20 F 9.08 - juris Rn. 6). Ein solcher Fall ist bei einer Konkurrentenklage, bei der es um die Rechtmäßigkeit der Bewerberauswahl geht, die die Antragsgegnerin auf der Grundlage der abge-

gebenen Angebote getroffen hat, offensichtlich gegeben (vgl. Beschluss vom 15. August 2003 - BVerwG 20 F 3.03 - BVerwGE 118, 352 <355>). Der Umstand, dass es sich vorliegend um ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes handelt, steht dem nicht entgegen, da das Hauptsachegericht bei der gebotenen Interessenabwägung in erster Linie die Erfolgsaussichten der nachfolgenden Klage zu berücksichtigen hat. Angesichts der allen Beteiligten übersandten Verfügung des Berichterstatters bestand für die Beteiligten, insbesondere den Beigeladenen zu 2, der erst nach Verlautbarung der Entscheidungserheblichkeit in die gesetzlich geforderte Ermessensabwägung eintreten kann (Beschluss vom 22. Januar 2009 a.a.O. Rn. 5), auch kein Zweifel, dass das Hauptsachegericht eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids für unentbehrlich hält.

- 7 2. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO sind Behörden im Verwaltungsrechtsstreit zur Vorlage von Urkunden oder Akten und zu Auskünften verpflichtet. Wenn aber das Bekanntwerden des Inhalts der Akten dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen, kann die zuständige oberste Aufsichtsbehörde gemäß § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO die Vorlage der Akten verweigern. Bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen handelt es sich um Vorgänge, die im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO ihrem Wesen nach geheim zu halten sind (Beschluss vom 12. Oktober 2009 - 20 F 1.09 - juris Rn. 7). Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig sind. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen; Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen. Ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis setzt neben dem Mangel an Offenkundigkeit der zugrunde liegenden Informationen ein berechtigtes Interesse des Unternehmens an deren Nichtverbreitung voraus. Ein solches Interesse besteht, wenn die Offenlegung der Informationen geeignet ist, exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Marktkonkurrenten zugänglich zu machen und so die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen (Beschlüsse vom 19. Januar 2009 - BVerwG 20 F 23.07 - Buchholz 310 § 99 VwGO Nr. 52 Rn. 11 und vom 12. Oktober 2009

a.a.O. Rn. 7 sowie vom 28. Mai 2009 - BVerwG 7 C 18.08 - NVwZ 2009, 1113 <juris Rn. 12, 18; zum UIG und IFG>; BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087, 2111/03 - BVerfGE 115, 205 <230 f.>).

- 8 3. Dem Senat erschließt sich nicht, dass diese Voraussetzungen bei allen in der Sperrerklärung genannten Aktenseiten der Bewerbungsunterlagen des Beigeladenen zu 1 vorliegen. Die Durchsicht der im Original vorgelegten Unterlagen lässt nicht ohne Weiteres erkennen, dass es sich dabei durchweg um Informationen handelt, die als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse anzusehen wären. Das gilt insbesondere für allgemein gehaltene Beschreibungen der unterschiedlichen Tätigkeiten des Beigeladenen zu 1, dem Qualifizierungsprofil des Personals und dem Fortbildungskonzept oder auch dem Hygiene- und Desinfektionsplan. Dass der Beigeladene zu 2 die Vorlage der Bewerbungsunterlagen nicht vollständig verweigert hat, zeigt zwar, dass er um Differenzierung bemüht ist. Hinsichtlich der zurückgehaltenen Unterlagen genügt es jedoch nicht, pauschal auf den Geheimhaltungsgrund des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses und auf eine mögliche Konkurrenzsituation in künftigen Vergabeverfahren zu verweisen. Entgegen der Auffassung des Beigeladenen zu 1 genügt es auch nicht, dass das Sachthema der zurückgehaltenen Aktenseiten angesichts der in der Sperrerklärung genannten Ausschreibungsnummerierung und der „Überschrift“ entsprechend dem Inhaltsverzeichnis der Bewerbungsmappe bekannt ist. Es bedarf vielmehr einer nachvollziehbaren und differenzierten Begründung, dass bzw. - mit Blick auf die Möglichkeit von Teilschwärzungen - in welchem Umfang die zurückgehaltenen Unterlagen Informationen enthalten, die ein exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen des Beigeladenen zu 1 betreffen. Entgegen der Auffassung des Beigeladenen zu 1 lassen sich auch durchaus „zusätzliche Erwägungen“ anstellen: Der Begründungsbedarf bezieht sich in erster Linie auf die Darlegung von Gründen, aus denen sich ergibt, dass es sich - differenziert je nach Sachthema - um technisches oder kaufmännisches Wissen handelt, dass allein dem Beigeladenen zu 1 zur Verfügung steht. Auch Zahlenangaben zum Betrieb oder zum Umfang der bisherigen Tätigkeit müssen nicht zwangsläufig Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse darstellen. Auch in diesem Fall bedarf es - wie es etwa beim Bewerbungsblatt „Referenz

der Stadt H.“ nicht fernliegt - jedenfalls der Erwägung, ob insoweit Teilschwärzungen genügen könnten. Es ist auch nicht Aufgabe des Fachsenats, die zurückgehaltenen Unterlagen an Stelle des Beigeladenen zu 2 zu sichten und danach zu sortieren, ob der pauschal behauptete Geheimhaltungsgrund für die jeweilige Aktenseite zutrifft (vgl. auch Beschluss vom 18. Juni 2008 - BVerwG 20 F 44.07 - Buchholz 310 § 99 VwGO Nr. 49 Rn. 6). Das ist vielmehr Aufgabe des Beigeladenen zu 2 als oberste Aufsichtsbehörde; er hat nach Art der Information zu unterscheiden und darzulegen, aus welchen Gründen es sich um ein exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen des Beigeladenen zu 1 handeln soll.

- 9 4. Der Umstand, dass der Beigeladene zu 2 in seiner Sperrerklärung auf eine differenzierte und nachvollziehbare Begründung verzichtet und die zurückgehaltenen Unterlagen pauschal als geheimhaltungsbedürftig angesehen hat, führt zugleich auf einen Ermessensfehler i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO (vgl. dazu auch Beschluss vom 18. Juni 2008 a.a.O. Rn. 11). Die Sperrerklärung vom 3. April 2009 leidet an dem Ermessensfehler, dass der Beigeladene zu 2 - auf der Grundlage seiner Annahme, die Tatbestandsvoraussetzungen der Geheimhaltungsbedürftigkeit i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO seien erfüllt - sein Ermessen undifferenziert und damit in einer der Eigenart der zu treffenden Entscheidung nicht genügenden Weise ausgeübt hat. Denn er beschränkt sich als „Ergebnis“ seiner Abwägung darauf, auf die „besonders schutzwürdigen Passagen der Unterlagen“ zu verweisen. Damit nimmt der Beigeladene zu 2 lediglich Bezug auf den behaupteten, aber nicht hinreichend begründeten Geheimhaltungsgrund des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses. Ermessenserwägungen setzen Klarheit über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eines Geheimhaltungsgrundes voraus.
- 10 Aus diesem Grund verfängt es auch nicht, darauf zu verweisen, dass das Ergebnis der Ermessensausübung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtlich zwingend vorgezeichnet sein kann. In der Rechtsprechung des Senats ist zwar geklärt, dass eine selbstständige Ermessensentscheidung der obersten Aufsichtsbehörde ausnahmsweise entbehrlich sein kann. Dies kommt namentlich dann in Betracht, wenn ein privates Interesse an der Geheimhaltung besteht, das grund-

rechtlich geschützt ist. Denn Beeinträchtigungen von Grundrechten sind nur dann zulässig, wenn sie durch hinreichende, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügende Gründe gerechtfertigt werden. Die Frage nach der ausreichenden Rechtfertigung eines mit der Aktenvorlage verbundenen Grundrechtseingriffs stellt sich vor allem in Dreieckskonstellationen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass neben dem Kläger und dem beklagten Staat auch ein privater Dritter am Prozess beteiligt ist, dessen Interessen denen des Klägers entgegengesetzt sind (Beschlüsse vom 21. Februar 2008 a.a.O. jeweils Rn. 20 und vom 19. Januar 2009 a.a.O. Rn. 9). Eine solche Fallkonstellation setzt jedoch voraus, dass jedenfalls kein Zweifel am Vorliegen des geltend gemachten Geheimhaltungsgrundes besteht. Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein.

- 11 5. Die Feststellung, dass die Sperrerklärung vom 3. April 2009 rechtswidrig ist, hindert den Beigeladenen zu 2 nicht, erneut eine Sperrerklärung abzugeben und dann die Einstufung der jeweiligen Bewerbungsunterlagen als geheimhaltungsbedürftig nachvollziehbar und differenziert zu begründen. Erst auf dieser Grundlage kann der Beigeladene zu 2 in die nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO gebotene Ermessensausübung eintreten und erkennen, ob gegebenenfalls das (grundrechtliche) Geheimhaltungsinteresse des Beigeladenen zu 1 so gewichtig ist, dass die Vorlage der Akten unterbleiben muss.
- 12 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO; § 162 Abs. 3 VwGO kommt nicht zur Anwendung, weil es sich bei der Beiladung nach § 99 Abs. 2 Satz 6 VwGO nicht um eine Beiladung i.S.d. § 65 VwGO handelt (Beschluss vom 15. August 2002 - BVerwG 2 AV 3.02 - BVerwGE 117, 42 = Buchholz 310 § 99 VwGO Nr. 28). Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 52 Abs. 2 GKG.