



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 6 B 43.13
VG 21 K 4413/11

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 21. Januar 2014

durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Graulich und Hahn

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des
Verwaltungsgerichts Köln vom 18. Juli 2013 betreffend
den Antrag der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG
wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens
einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antrag-
stellerin.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin betreibt ein Funknetz und bietet auf dieser Grundlage nicht-
mobilen, breitbandigen Internetzugang an. Ab dem Jahr 1999 wurden ihr hier-
für, befristet bis zum 31. Dezember 2007, insgesamt 36 regionale Frequenzen
im Bereich von 2,6-GHz zugeteilt. Den Antrag der Klägerin auf Verlängerung
der Frequenzuteilungen lehnte die Bundesnetzagentur mit Bescheid vom
4. November 2005 ab. Über die diesbezüglichen Verpflichtungsklagen der Klä-
gerin ist noch nicht rechtskräftig entschieden.

2 Nachdem die Bundesnetzagentur bereits mit Bekanntmachung vom 4. Mai 2005 (ABI BNetzA S. 782) das Anhörungsverfahren eröffnet hatte, ordnete sie durch Allgemeinverfügung vom 19. Juni 2007 (Vfg. 34/2007, ABI BNetzA S. 3115) an, dass der Zuteilung von Frequenzen für digitalen zellularen Mobilfunk in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz ein Vergabeverfahren in Form des Versteigerungsverfahrens voranzugehen habe. Die Klägerin hat gegen diese Allgemeinverfügung Klage erhoben. Nach Erlass einer weiteren Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur vom 7. April 2008 (Vfg. 34/2008, ABI BNetzA S. 581), in der die bereits getroffenen Anordnungen wiederholt und Vergabebedingungen festgelegt wurden, hat die Klägerin ihre Klage entsprechend erweitert. Durch Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 (Vfg. 59/2009, ABI. BNetzA S. 3623) entschied die Bundesnetzagentur schließlich, die Vergabe mittlerweile zusätzlich freigewordener Frequenzen aus den Bereichen 800 MHz und 1,8 GHz mit dem bereits eingeleiteten Verfahren zur Vergabe von Frequenzen der Bereiche 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz zu verbinden (Teilentscheidung I). Die Allgemeinverfügung regelt des Weiteren die Anordnung des Vergabeverfahrens (Teilentscheidung II) sowie dessen Ausgestaltung als Versteigerungsverfahren (Teilentscheidung III) und stellt Vergabebedingungen (Teilentscheidung IV) und Versteigerungsregeln (Teilentscheidung V) auf. Die Klägerin hat ihre Klage auf die Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 erstreckt. Nach der Trennung des Verfahrens durch das Verwaltungsgericht zielt der vorliegende Rechtsstreit auf die Teilentscheidungen I und II der Bundesnetzagentur. Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 17. März 2010 abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 22. Juni 2011 - BVerwG 6 C 3.10 - das Urteil des Verwaltungsgerichts aufgehoben, soweit es die Klage hinsichtlich des Hilfsantrages zu 1 c) auf Aufhebung der Teilentscheidungen I und II der Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2009 über die Durchführung eines Vergabeverfahrens für die Frequenzbereiche 2,6 GHz, 2 GHz, 1,8 GHz und 800 MHz, hinsichtlich der Hilfsanträge zu 2) und hinsichtlich des Eventualantrages zu 3) abgewiesen hat. Insoweit wurde die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurückverwiesen. Im Übrigen wurde die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

3 Zur Begründung der Klage trägt die Klägerin nach Zurückverweisung des Verfahrens im Wesentlichen zusammenfassend vor, dass die tatsächlichen Feststellungen der Präsidentenkammer keinen im maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 bestehenden Bedarfsüberhang für die vorhandenen Frequenzen im Umfang von 360 MHz begründeten. Zur weiteren Sachaufklärung hat das Verwaltungsgericht die Beklagte aufgefordert, die von den Unternehmen Erste MVV Mobilfunk Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH (E-Plus) und Telefónica Germany O2 GmbH & Co OHG im Rahmen des Zulassungsverfahrens zur Frequenzversteigerung 2010 gemäß Anlage 5 Buchstabe F der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 vorgelegten Frequenznutzungskonzepte nebst den entsprechenden Prüfvermerken der mit der Prüfung dieser Frequenznutzungskonzepte beauftragten Fachgruppen vorzulegen. Die Beklagte hat hierauf einen Band zum Zulassungsantrag der Antragstellerin (170 Blatt nebst CD-ROM) sowie einen mit gesondertem Heftstreifen hinzu gehefteten Prüfvermerk der Prüfgruppe „Frequenznutzungskonzept“ vorgelegt und diese Unterlagen insgesamt als geheimhaltungsbedürftig gemäß § 138 Abs. 1 Satz 1 TKG gekennzeichnet, da sie u.a. Angaben und Einschätzungen zu Umsätzen, Ertragslagen, Bezugsquellen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit bzw. Leistungsfähigkeit und Kalkulationsunterlagen enthielten, durch welche die wesentlichen wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens für die kommenden Jahre maßgeblich bestimmt werden könnten. Die von der Aktenvorlage in Kenntnis gesetzte Antragstellerin hat fristgemäß nach § 138 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 TKG die Geheimhaltung der von der Beklagten dem Gericht vorgelegten Unterlagen zum Zulassungsantrag der Antragstellerin zum Verfahren BK 1a-09/002 beantragt.

4 Das Verwaltungsgericht hat - nach Zurückreichung der die gerichtliche Anforderung übersteigenden Unterlagen an die Beklagte - mit Beschluss vom 18. Juli 2013 die Beteiligtenrechte nach den §§ 100 und 108 Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 2 VwGO in Bezug auf die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 25. März 2013 vorgelegten Unterlagen, die Telefónica O2 Germany GmbH & Co. OHG betreffend (Frequenznutzungskonzept im Rahmen des Antrags der Antragstellerin auf Zulassung zum Versteigerungsverfahren BK 1a-09/002 vom 19. Januar 2010, Bl. 4, 108 - 148 BA 23 sowie gesondert beigehefteter Prüfvermerk der Prüf-

gruppe „Frequenznutzungskonzept“ in BA 23) ausgeschlossen. Nach Abwägung aller Umstände überwiege das Geheimhaltungsinteresse der Antragstellerin auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz das Interesse der Beteiligten auf Akteneinsicht, rechtliches Gehör und auf umfassende Kenntnis der Urteilsgrundlagen.

- 5 Die Klägerin hat gegen den ihr am 24. Juli 2013 zugestellten Beschluss des Verwaltungsgerichts am 5. August 2013 Beschwerde eingelegt.

II

- 6 1. Die Beschwerde der Klägerin gegen die nach § 138 Abs. 2 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl I S. 958) - TKG - ergangene Entscheidung des Verwaltungsgerichts ist zulässig. Sie ist gemäß § 138 Abs. 4 Satz 1 TKG statthaft. Beschwerdeberechtigt ist abweichend von der früheren Rechtslage (vgl. § 138 Abs. 3 Satz 4 TKG a.F.) nicht nur, wessen Geheimhaltungsinteressen durch die Offenlegung der Unterlagen berührt werden könnten, sondern auch derjenige, dessen Beteiligtenrechte nach §§ 100 und 108 Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 2 VwGO in Bezug auf bestimmte Unterlagen ausgeschlossen worden sind. Die nach § 147 Abs. 1 Satz 1 VwGO einzuhaltende zweiwöchige Beschwerdefrist ist gewahrt.

- 7 Die Beschwerde ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht deshalb unzulässig, weil es der Klägerin verwehrt wäre, ihr Rechtsschutzbegehren im Verfahren nach § 138 Abs. 2 TKG auf die Offenlegung bestimmter Angaben in den ansonsten geheim gehaltenen Unterlagen zu beschränken. Die Klägerin tritt dem Ausschluss ihrer Beteiligungsrechte ausweislich der Beschwerdebegründung nicht in vollem Umfang, sondern nur in Bezug auf die Angaben im Frequenznutzungskonzept der Antragstellerin zur Höhe des dargelegten Frequenzbedarfs und dessen Aufteilung auf die zur Vergabe gestellten Frequenzbereiche unterhalb und oberhalb 1 GHz sowie hinsichtlich der nach ihrer Auffassung aus dem gesondert beigehefteten Prüfvermerk der Prüfgruppe „Frequenznutzungskonzept“ nachzuvollziehenden fachbehördlichen Methodik zur Überprüfung dargelegter Frequenzbedarfe entgegen. Die Zulässigkeit einer

derartigen sachlichen Beschränkung der Beschwerde nach § 138 Abs. 4 Satz 1 TKG auf Teile der vorgelegten Unterlagen folgt aus der auch den Verwaltungsprozess beherrschenden Dispositionsmaxime. Das einschlägige Fachrecht steht dem nicht entgegen. Zwar bezieht sich das Geheimhaltungsinteresse nach dem Gesetzeswortlaut (vgl. § 138 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 TKG) nicht auf einzelne Angaben oder Informationen, sondern durchgehend auf „Unterlagen“. Dies schließt es jedoch nicht aus, dass das Gericht der Hauptsache die Geheimhaltung auf abtrennbare Teile von Unterlagen beschränkt (so auch Attendorn/Geppert, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 138 Rn. 21). Die Möglichkeit einer solchen Beschränkung ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut, dem zufolge das Gericht nach § 138 Abs. 2 Satz 1 TKG zu entscheiden hat, „inwieweit“ die §§ 100 und 108 Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 2 VwGO auf die Entscheidung in der Hauptsache anzuwenden sind. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BTDrucks 17/5707, S. 86 f.) wird zudem auf die Möglichkeit des nur „teilweisen“ Ausschlusses des Akteneinsichtsrechts nach § 100 VwGO und der Begründungspflicht des Gerichts nach § 108 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 VwGO hingewiesen. Ferner wird dort hervorgehoben (a.a.O. S. 87), dass mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 - Rs. C-438/04, Mobistar - Slg. 2006, I-6701) zu der Rechtsbehelfsgarantie des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) ein Ausschluss nur in Betracht komme, „soweit“ das Geheimhaltungsinteresse des oder der betroffenen Beteiligten das Recht auf rechtliches Gehör des oder der übrigen Beteiligten überwiege. § 136 Satz 1 TKG, wonach alle Beteiligten unverzüglich nach der Vorlage von Unterlagen im Rahmen des Beschlusskammerverfahrens diejenigen Teile zu kennzeichnen haben, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten, spricht nicht gegen die Möglichkeit der Offenlegung einzelner Angaben, sondern bestätigt sie vielmehr. Die von der Beklagten ferner geltend gemachten Gesichtspunkte der Praktikabilität, der Verfahrensökonomie, der Rechtssicherheit und des effektiven Geheimnisschutzes sind ebenfalls nicht geeignet, die Möglichkeit der Beschränkung der Geheimhaltung auf Teile von Unterlagen von vornherein auszuschließen.

- 9 Das als Gericht der Hauptsache für die Durchführung des Verfahrens gemäß §138 Abs. 2 Satz 1 TKG zuständige Verwaltungsgericht hat den von der Antragstellerin innerhalb der Monatsfrist des § 138 Abs. 3 Satz 1 TKG beantragten Ausschluss der Beteiligtenrechte nach den §§ 100 und 108 Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 2 VwGO zu Recht auf die im Beschwerdeverfahren noch streitgegenständlichen Teile der von der Beklagten mit Schriftsatz vom 25. März 2013 vorgelegten, die Telefónica O2 Germany GmbH & Co. OHG betreffenden Unterlagen erstreckt.
- 10 § 138 Abs. 2 Satz 2 TKG zufolge sind die Beteiligtenrechte nach den §§ 100 und 108 Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 2 VwGO auszuschließen, soweit nach Abwägung aller Umstände das Geheimhaltungsinteresse das Interesse der Beteiligten auf rechtliches Gehör auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz überwiegt. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Antragstellerin hat ein schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung der in dem Frequenznutzungskonzept, welches Bestandteil des Antrags vom 19. Januar 2010 auf Zulassung zum Versteigerungsverfahren BK 1a-09/002 ist, enthaltenen Angaben zur Höhe ihres Frequenzbedarfs und dessen Aufteilung auf die unterschiedlichen zur Vergabe gestellten Frequenzbereiche unterhalb und oberhalb 1 GHz (a). Dieses Geheimhaltungsinteresse überwiegt unter den Umständen des vorliegenden Falles das kollidierende Interesse der Klägerin, zu den von der Einsichtnahme ausgeschlossenen Teilen der Unterlagen Stellung nehmen zu können (b). In Bezug auf den gesondert beigehefteten Prüfvermerk der Prüfgruppe „Frequenznutzungskonzept“, soweit noch streitgegenständlich, fällt die Abwägung ebenfalls zu Lasten der Klägerin aus (c).
- 11 a) Das Geheimhaltungsinteresse der Antragstellerin bezieht sich hier auf den Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Dieser Schutz wird durch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) gewährleistet (BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03 - BVerfGE 115, 205 <229 f.>). Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich

sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen im weitesten Sinne; Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen. Zu derartigen Geheimnissen werden etwa Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können (BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 a.a.O. S. 230 f.).

12 Die Akten, welche die Bundesnetzagentur auf Anforderung des Verwaltungsgerichts vorgelegt hat, enthalten Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin. Zu den Geschäftsgeheimnissen zählen insbesondere auch die im Frequenznutzungskonzept der Antragstellerin enthaltenen, hier allein noch streitgegenständlichen Angaben zur Höhe ihres Frequenzbedarfs und dessen Aufteilung auf die zur Vergabe gestellten Frequenzbereiche unterhalb und oberhalb 1 GHz. In Zusammenschau mit der Veröffentlichung des Ergebnisses der Versteigerung (abrufbar etwa unter http://www.bundesnetzagentur.de/cIn_1912/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/Z_VergabeverfDrahtloserNetzugang2010.html) lassen diese Angaben Rückschlüsse darauf zu, ob und gegebenenfalls inwieweit es der Antragstellerin gelungen ist, ihren im Frequenznutzungskonzept nachgewiesenen Frequenzbedarf im Rahmen der Versteigerung zu decken. Sollte das ersteigerte Frequenzspektrum hinter dem beantragten Frequenzspektrum zurückgeblieben sein, ließe sich hieraus schließen, dass und gegebenenfalls in welchem Umfang die Antragstellerin weiteren Bedarf an Frequenzspektrum hat. Dieses Wissen ermöglicht bereits für sich genommen - und erst recht bei Verknüpfung mit weiteren Daten - einen wettbewerbsrelevanten Einblick in die Marktstrategien der Antragstellerin.

13 Wie die Beklagte in ihrer Stellungnahme im Beschwerdeverfahren zutreffend ausgeführt hat, könnte ein vergleichsweise hoher Frequenzbedarf dafür sprechen, dass die Antragstellerin eine aggressive Geschäftsstrategie verfolgt, die auf die Gewinnung neuer Kunden oder die Vermarktung zunehmend breitban-

diger Dienste gerichtet und daher auf ein hohes Wachstum der Kapazität angewiesen ist. Bei einem vergleichsweise geringen Frequenzbedarf erschiene eine solche Geschäftsstrategie hingegen eher unwahrscheinlich. Die Aussagekraft der Höhe des Frequenzbedarfs lässt sich durch die Verknüpfung mit anderen, öffentlich zugänglichen oder jedenfalls einzelnen Wettbewerbern bekannten Informationen wie etwa Produktankündigungen, Marktbeobachtungsdaten oder frequenztechnischen und -ökonomischen Wirkungszusammenhängen noch weiter steigern. Auch ohne weitere Einzelheiten der technischen und geschäftlichen Planungen zum Netzausbau, deren Geheimhaltungsbedürftigkeit die Klägerin im Beschwerdeverfahren nicht mehr in Frage gestellt hat, handelt es sich bei der Höhe des nachgewiesenen Frequenzbedarfs der Antragstellerin mithin um eine nur einem begrenzten Personenkreis zugängliche Tatsache, an deren Nichtverbreitung die Antragstellerin ein berechtigtes Interesse hat. Denn die Kenntnis dieser Tatsache verschafft den mit ihr konkurrierenden Unternehmen einen Informationsvorsprung, der es ihnen ermöglicht, ihre eigene Geschäftsstrategie zu überprüfen und gegebenenfalls entsprechend anzupassen. Hinzu kommt der in der Beschwerdeerwiderung der Beklagten erwähnte Umstand, dass ein im Rahmen der Versteigerung im Jahr 2010 möglicherweise noch nicht vollständig gedeckter Frequenzbedarf auf entsprechende Erwerbsumbemühungen der Antragstellerin in einem möglichen zukünftigen Vergabe- bzw. Versteigerungsverfahren um die Zuteilung von Frequenzen schließen lässt. Die Kenntnis der Höhe des Frequenzbedarfs eines Betreibers verschafft konkurrierenden Unternehmen in einem Versteigerungsverfahren strategische Vorteile, da sie ihr eigenes Bietverhalten hierauf einstellen können. Der Schutz als Geschäftsgeheimnis erstreckt sich auch auf die im Frequenznutzungskonzept der Antragstellerin enthaltenen Angaben zur Aufteilung ihres Frequenzbedarfs auf die Frequenzbereiche unter- und oberhalb von 1 GHz. Wie die Beklagte nachvollziehbar und von der Klägerin unwidersprochen erläutert hat, lassen diese Angaben Rückschlüsse darauf zu, inwieweit ein Netzbetreiber seine Marktstrategie auf eine flächendeckende Versorgung ausrichtet, für welche die Frequenzen unterhalb von 1 GHz aufgrund ihrer physikalischen Ausbreitungseigenschaften besonders gut geeignet sind, oder eher auf die Kapazitätsversorgung in Ballungsräumen.

- 14 An dem Geheimhaltungswillen der Antragstellerin bestehen entgegen der Auffassung der Klägerin schon deshalb keine Zweifel, weil sie den Antrag nach § 138 Abs. 2 Satz 1 TKG gestellt hat. Dass die Antragstellerin die in ihrem Frequenznutzungskonzept enthaltenen Angaben zur Höhe ihres Frequenzbedarfs und dessen Aufteilung auf die zur Vergabe gestellten Frequenzbereiche unterhalb und oberhalb 1 GHz bereits anderweitig offenbart hätte, trifft nicht zu. Soweit sie mit Schreiben vom 29. Mai 2012 darauf hingewiesen hat, Rückschlüsse auf den Umfang ihres Frequenzbedarfs könnten aus dem von ihr im Versteigerungsverfahren erworbenen Spektrum im Umfang von insgesamt 79,1 MHz in den Frequenzbereichen 1,8 GHz, 2,0 GHz und 2,6 GHz gezogen werden, stellt dies ihren Geheimhaltungswillen nicht in Frage. Denn sie hat an gleicher Stelle ausdrücklich hervorgehoben, dass der genaue Umfang ihres Frequenzbedarfs ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis darstelle und es ihr wegen der Möglichkeit der Kenntnisnahme durch die mit ihr im Wettbewerb stehende Klägerin nur eingeschränkt möglich sei, auf die Frage des Verwaltungsgerichts nach der Höhe des im Oktober 2009 in den Frequenzbereichen 1,8 GHz, 2,0 GHz und 2,6 GHz bestehenden Frequenzbedarfs zu antworten. Mit dem Hinweis auf den ohnehin veröffentlichten Umfang des von ihr im Versteigerungsverfahren erworbenen Frequenzspektrums hat die Antragstellerin demnach nur zum Ausdruck gebracht, dass jedenfalls insoweit ein Bedarf tatsächlich bestanden hat. Die Frage nach dem Vorliegen eines darüber hinaus gehenden Bedarfs hat sie mit Blick auf ihr Geheimhaltungsinteresse in dem Schreiben vom 29. Mai 2012 unbeantwortet gelassen. Ebenso verhält es sich mit der in der Verfügung des Verwaltungsgerichts vom 20. März 2012 erwähnten Stellungnahme der Antragstellerin vom 12. Juni 2007, in der ein „Bedarf an der Zuteilung von 10 MHz im Bereich 2,6 GHz für den digitalen zellularen Mobilfunk“ geltend gemacht und weiter ausgeführt worden sei, dass, „um diese Weiterentwicklung in Richtung künftiger Technologien, wie etwa Long Term Evolution, gewährleisten zu können, (...) mindestens 15 MHz (besser noch 20 MHz) FDD Kanalbreite benötigt“ werde. Auch diese Angaben der Antragstellerin in der öffentlichen Anhörung lassen keinen Rückschluss auf den genauen Umfang des Frequenzbedarfs, sondern nur darauf zu, dass ein solcher Bedarf zum damaligen Zeitpunkt mindestens in dem angegebenen Umfang bestanden hat.

- 15 b) Das Geheimhaltungsinteresse der Antragstellerin überwiegt unter den Umständen des vorliegenden Falles das kollidierende Interesse der Klägerin, im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts gemäß § 100 Abs.1 VwGO Kenntnis von den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Antragstellerin zu erlangen und hierzu Stellung nehmen zu können.
- 16 aa) Die Annahme eines überwiegenden Geheimhaltungsinteresses lässt sich allerdings nicht bereits darauf stützen, dass die in den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen niedergelegten geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich und deshalb von der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 86 Abs. 1 VwGO von vornherein nicht erfasst wären.
- 17 Ob bestimmte Urkunden oder Akten vorgelegt werden müssen, weil die in ihnen niedergelegten Angaben entscheidungserheblich sind, hat grundsätzlich nicht das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren nach § 138 Abs. 4 TKG, sondern das Gericht der Hauptsache zu entscheiden. Das Verwaltungsgericht hat die Entscheidungserheblichkeit der in dem Frequenznutzungskonzept der Antragstellerin und dem gesondert beigehefteten Prüfvermerk der Prüfgruppe „Frequenznutzungskonzept“ enthaltenen Angaben geprüft und insgesamt bejaht. Dies ergibt sich auch ohne Erlass eines Beweisbeschlusses hinreichend eindeutig daraus, dass das Verwaltungsgericht den überwiegenden Teil der mit Verfügung vom 31. Januar 2013 angeforderten Akten an die Beklagte zurückgereicht und lediglich diejenigen Seiten ausgesondert und zum Gegenstand des Verfahrens nach § 138 Abs. 2 TKG gemacht hat, die das jeweils angeforderte Frequenzkonzept der Unternehmen und die dazu gehörenden Prüfungsvermerke betreffen.
- 18 Die Vermutung der Beklagten, es sei dem Verwaltungsgericht bei der Aktenanforderung nicht um die Angaben zum Frequenzbedarf und seiner Aufteilung auf die Frequenzbereiche unter- und oberhalb von 1 GHz gegangen, sondern „jedenfalls in allererster Linie“ um eine Einsichtnahme in die Frequenznutzungskonzepte und deren Bewertung durch die Beklagte, steht der Annahme der Entscheidungserheblichkeit nicht entgegen. Nach der bereits erwähnten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 13. Juli

2006 a.a.O. Rn. 43) folgt aus der Rechtsbehelfsgarantie des Art. 4 der Rahmenrichtlinie, dass das Gericht über sämtliche für die Prüfung der Begründetheit eines Rechtsbehelfs nötigen Informationen verfügen muss, einschließlich etwaiger vertraulicher Informationen, die die Regulierungsbehörde beim Erlass der Entscheidung, die Gegenstand des Rechtsbehelfs ist, berücksichtigt hat. Selbst wenn das Verwaltungsgericht mit der Beiziehung der streitgegenständlichen Unterlagen möglicherweise vor allem dem Vorwurf der Klägerin nachgehen wollte, die im Zulassungsverfahren angemeldeten Bedarfe entsprächen nicht der tatsächlichen Bedarfslage, kann jedenfalls auch den zusammenfassenden Angaben zum Frequenzbedarf und seiner Aufteilung auf die Frequenzbereiche ein Erkenntniswert für die Beantwortung der in der Hauptsache entscheidungserheblichen Frage zukommen, ob im Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur über die Vergabe weiterer Funkfrequenzen ein Bedarfsüberhang als Grundlage für die nach § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG in der hier noch anwendbaren Fassung (a.F.) erforderliche Prognose bestanden hat, dass mit einer die verfügbaren Frequenzen übersteigenden Anzahl von Anträgen zu rechnen ist. Allerdings ist in diesem Zusammenhang klarzustellen, dass - wie sogleich auszuführen sein wird - das Vorhandensein weiterer Erkenntnisse, die den Rückschluss auf einen Bedarfsüberhang zulassen, die Gewichtung der kollidierenden Rechtsgüter des Grundrechts der Antragstellerin aus Art. 12 Abs.1 GG und des Interesses an effektivem Rechtsschutz der Klägerin im Rahmen der nach § 138 Abs. 2 TKG vorzunehmenden Abwägung beeinflussen kann.

19 bb) Dem Interesse der Antragstellerin an der Geheimhaltung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kommt unter den Umständen des vorliegenden Falles auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz ein höheres Gewicht zu als dem kollidierenden Interesse der Klägerin auf rechtliches Gehör, soweit es die Möglichkeit der Stellungnahme zu den in den vorgelegten Unterlagen enthaltenen Angaben der Antragstellerin zum Frequenzbedarf und seiner Aufteilung auf die Frequenzbereiche unter- und oberhalb von 1 GHz umfasst.

20 Wie bereits ausgeführt, ermöglichen die Angaben zum Frequenzbedarf und seiner Aufteilung auf die Frequenzbereiche unter- und oberhalb von 1 GHz ins-

besondere bei Verknüpfung mit weiteren Daten Rückschlüsse auf die Marktstrategien der Antragstellerin. Das Interesse der Antragstellerin an der Geheimhaltung dieser Informationen hat hohes Gewicht. Denn die mit ihr konkurrierenden Unternehmen - wie etwa auch die Klägerin - werden durch die Kenntnis der marktstrategischen Ausrichtung der Antragstellerin in die Lage versetzt, ihre eigenen Planungen zu überprüfen und gegebenenfalls entsprechend anzupassen, ohne diese ihrerseits der Antragstellerin gegenüber offenlegen zu müssen. Zudem erlangen sie mit diesem Informationsgefälle strategische Vorteile in einem möglichen zukünftigen Frequenzversteigerungsverfahren. Der damit korrespondierende Wettbewerbsnachteil der Antragstellerin beeinträchtigt diese in ihrer beruflichen Tätigkeit und stellt eine erhebliche Beeinträchtigung ihres Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG dar. Die durch die Akteneinsicht nach § 100 Abs. 1 VwGO ermöglichte Offenbarung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses hat in aller Regel zur Folge, dass die grundrechtlich geschützte Rechtsposition insoweit vollständig entwertet wird.

21 Dem Interesse der Klägerin an der Offenlegung der streitgegenständlichen Angaben kommt demgegenüber kein vergleichbar hohes Gewicht zu. Zwar führt der Ausschluss der Beteiligtenrechte nach den §§ 100 und 108 Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 2 VwGO zu einer Einschränkung des Rechts der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Dieses umfasst das Recht darauf, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt zu äußern und damit Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis zu nehmen. Einer gerichtlichen Entscheidung dürfen daher grundsätzlich nur solche Tatsachen zugrunde gelegt werden, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten. Zu Tatsachen und Beweismitteln, die das Gericht von Amts wegen in den Prozess einführt und die es bei seiner Entscheidung berücksichtigen will, hat es die Beteiligten zu hören. Das rechtliche Gehör kann allerdings eingeschränkt werden, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 - BVerfGE 101, 106 <129> m.w.N.).

22 Im vorliegenden Fall ist die Einschränkung des rechtlichen Gehörs der Klägerin als eher geringfügig zu bewerten. Der durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete

effektive Rechtsschutz, dem der Anspruch auf rechtliches Gehör letztlich dient (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 a.a.O. S. 130), wird weitgehend dadurch gewahrt, dass die Bundesnetzagentur die Vorlage von Unterlagen nach § 138 Abs. 1 TKG nicht verweigern kann. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass jedenfalls das Gericht die vollständigen Akten kennt und seine Entscheidung in der Hauptsache nach einer umfassenden Prüfung des Sachverhalts treffen kann. Im Vergleich zu der nach der allgemeinen Regelung in § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO möglichen Verweigerung der Aktenvorlage, die gegebenenfalls eine vollständige Sachverhaltsaufklärung vereitelt mit der Folge, dass eine Entscheidung auf der Grundlage der materiellen Beweislast ergehen muss, führt die in § 138 Abs. 2 TKG getroffene Regelung eines „in camera“-Verfahrens in der Hauptsache von vornherein zu einer Verbesserung des der Klägerin gewährten Rechtsschutzes. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, wird der Klägerin zudem nicht grundsätzlich die Möglichkeit genommen, zum Frequenzbedarf der Antragstellerin und zur Relevanz der beigezogenen Unterlagen für die Ermittlung des Frequenzbedarfs Stellung zu nehmen. Ohne der Tatsachenwürdigung des Verwaltungsgerichts vorzugreifen, kann in diesem Zusammenhang auch berücksichtigt werden, dass den im Frequenznutzungskonzept enthaltenen Angaben zum Frequenzbedarf und seiner Aufteilung auf die Frequenzbereiche unter- und oberhalb von 1 GHz voraussichtlich allenfalls eine ergänzende Funktion bei der dem Gericht der Hauptsache obliegenden Feststellung zukommt, ob die Frequenznachfrage das Frequenzangebot im Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 überstiegen hat. Der Senat hat insoweit bereits in seinem auf die Revision der Klägerin ergangenen Urteil vom 22. Juni 2011 - BVerwG 6 C 3.10 - (Buchholz 442.066 § 55 TKG Nr. 6 Rn. 31) darauf hingewiesen, dass das Verwaltungsgericht auch auf spätere Erkenntnisse, etwa über den tatsächlichen Ablauf und die Ergebnisse des Versteigerungsverfahrens, zurückgreifen kann, soweit diese Hilfstatsachen nach seiner Überzeugung den Rückschluss auf einen bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Vergabeanordnung bestehenden Bedarfsüberhang zulassen. Stehen andere Erkenntnisquellen zur Sachverhaltsaufklärung zur Verfügung, kann dies auf die Gewichtung des rechtlichen Gehörs in der Abwägung mit einem kollidierenden Geheimhaltungsinteresse nicht ohne Auswirkung bleiben.

- 23 Das Interesse der Klägerin an der Akteneinsicht erfährt im vorliegenden Fall auch keine Verstärkung durch den in der Beschwerdebeurteilung genannten Gesichtspunkt, dass die Bedarfsfeststellung den unionsrechtlich vorgegebenen Kriterien der Objektivität, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit genügen muss (vgl. hierzu Urteil vom 22. Juni 2011 a.a.O. Rn. 28). Die für das behördliche Bedarfsermittlungsverfahren geltenden Transparenzanforderungen wirken sich nicht auf die Frage aus, welches Gewicht dem rechtlichen Gehör im Rahmen der nach § 138 Abs. 2 TKG gebotenen Abwägung zukommt. Im Übrigen bezieht sich das in Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl EG Nr. L 108 S. 33, Rahmenrichtlinie) sowie Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (ABl EG Nr. L 108 S. 21, Genehmigungsrichtlinie) geregelte Transparenzgebot offensichtlich nur auf die Ausgestaltung des behördlichen Verfahrens bei der Frequenzvergabe und nicht etwa auf den Inhalt der in derartigen Verfahren eingereichten Angaben einzelner Unternehmen.
- 24 Ein im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu berücksichtigendes anderes Mittel zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin, das den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör weniger stark beschränkt, ist nicht erkennbar. Der Hinweis der Klägerin, dass bei der Erörterung der in Rede stehenden Angaben in der mündlichen Verhandlung zum Schutz der Antragstellerin nach § 172 Nr. 2 GVG die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden könne und die Angaben im Falle der Veröffentlichung des Urteils geschwärzt werden könnten, berücksichtigt nicht, dass bereits die Kenntnisnahme durch die Klägerin, bei der es sich um ein mit der Antragstellerin konkurrierendes Unternehmen handelt, zu Wettbewerbsnachteilen führt, deren Hinnahme der Antragstellerin nicht zugemutet werden kann. Das Ausmaß der Einschränkung des rechtlichen Gehörs lässt sich im Rahmen der Abwägung auch nicht dadurch weiter begrenzen, dass der Klägerin die Akteneinsicht unter Schwärzung der geheimhaltungsbedürftigen Angaben gewährt wird. Dabei

kommt es nicht auf die Annahme des Verwaltungsgerichts an, dass die nach Schwärzung derjenigen Passagen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten, verbleibenden Sätze oder Satzteile für die Beteiligten unverständlich und ohne weiteren Erkenntniswert für die hier relevante Frage nach dem Frequenzbedarf der Antragstellerin wären. Die Kritik der Klägerin, das Verwaltungsgericht habe mit dem Hinweis auf den fehlenden Erkenntniswert der Unterlagen bei teilweiser Schwärzung unter Verletzung des rechtlichen Gehörs seine eigene Bewertung an die Stelle der Bewertung der Beteiligten gesetzt, kann jedenfalls deshalb nicht zum Erfolg der Beschwerde führen, weil die im Beschwerdeverfahren nur noch streitgegenständlichen Angaben zum Frequenzbedarf und seiner Aufteilung auf die Frequenzbereiche unter- und oberhalb von 1 GHz, wie aus den oben stehenden Ausführungen folgt, insgesamt als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzustufen sind und deshalb auch nicht teilweise offen gelegt werden können.

- 25 c) Soweit die Klägerin die Einsichtnahme in den gesondert beigehefteten behördlichen Prüfvermerk zum Frequenznutzungskonzept der Antragstellerin begehrt, bleibt die Beschwerde ebenfalls ohne Erfolg.
- 26 Soweit der Inhalt der geheimhaltungsbedürftigen Informationen im Frequenznutzungskonzept wiederholt wird, tritt die Klägerin dem Ausschluss ihrer Beteiligungsrechte in Bezug auf den Prüfvermerk ausweislich der Beschwerdebeurteilung nicht mehr entgegen. Sie beschränkt ihr Akteneinsichtsinteresse vielmehr auf die nach ihrer Auffassung aus dem Prüfvermerk nachzuvollziehende fachbehördliche Methodik zur Überprüfung des dargelegten Frequenzbedarfs.
- 27 Zwar ist der Klägerin darin zuzustimmen, dass die methodische Vorgehensweise der Beklagten bei der Wertung und Gewichtung der Angaben im Frequenznutzungskonzept kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Antragstellerin darstellt. Anders als die gegenüber der Klägerin bereits offen gelegten Prüfkriterien zum Frequenznutzungskonzept enthält der streitgegenständliche Prüfvermerk jedoch keine abstrakten Ausführungen zu der von der Beklagten verwendeten fachbehördlichen Methodik. Sein Inhalt erschöpft sich vielmehr in der zu-

sammenfassenden Bewertung der Angaben im Frequenznutzungskonzept am Maßstab dieser Prüfkriterien. Selbst wenn diese Ausführungen Rückschlüsse auf das methodische Vorgehen der Beklagten zulassen sollten, ist eine isolierte Offenlegung derjenigen Passagen, die keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, sachlich unmöglich. Im Übrigen ist die Einschränkung des rechtlichen Gehörs der Klägerin insoweit von geringem Gewicht, weil die Methode, die die Behörde bei der Überprüfung der Angaben zur Höhe des Frequenzbedarfs angewendet hat, für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich ist. Der Senat hat in dem bereits mehrfach erwähnten, auf die Revision der Klägerin ergangenen Urteil vom 22. Juni 2011 a.a.O.; ebenso bereits Urteil vom 23. März 2011 - BVerwG 6 C 6.10 - BVerwGE 139, 226 Rn. 19 ff.) klargestellt, dass die Beklagte bei der Feststellung eines Bedarfsüberhangs als Grundlage für die Prognose, dass mit einer die verfügbaren Frequenzen übersteigenden Anzahl von Anträgen zu rechnen ist (§ 55 Abs. 9 Satz 1 Alt. 1 TKG a.F.), nicht über einen Beurteilungsspielraum verfügt. Anders als bei der Prognose selbst, die die Bewertung eines ausreichenden Frequenzumfangs zur Erbringung von Leistungen in einem wettbewerblichen Umfeld einschließt, zählt die Bedarfsfeststellung als solche zu der entscheidungserheblichen Tatsachengrundlage, die wirklich gegeben und nicht nur vertretbar angenommen worden sein muss. Das Verwaltungsgericht hat sich daher eine eigene Überzeugung darüber zu bilden, ob ein Bedarfsüberhang auf dieser Grundlage nachgewiesen ist. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht auf die Prüfungsmethode der Beklagten, sondern allein auf die inhaltliche Richtigkeit des Prüfungsergebnisses an.

- 28 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 sowie § 162 Abs. 3 VwGO in analoger Anwendung. Diese Bestimmung, der zufolge die außergerichtlichen Kosten eines Beigeladenen einem Beteiligten oder der Staatskasse auferlegt werden, wenn dies der Billigkeit entspricht, ist entsprechend zu Gunsten eines Beteiligten anzuwenden, der, ohne zugleich Beteiligter am Ausgangsverfahren zu sein, ein Geheimhaltungsinteresse an den von der Bundesnetzagentur vorgelegten Unterlagen geltend macht und den Antrag nach § 138 Abs. 2 Satz 1 TKG stellt. Die insoweit - im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit - vorliegende Gesetzeslücke ist mit Blick auf die vergleichbare Interessenlage durch Heranziehung des § 162 Abs. 3 VwGO zu schließen. Die Antragstellerin hat die

Zurückweisung der Beschwerde beantragt und sich damit dem Kostenrisiko ausgesetzt, dass sich aus der - hier ebenfalls entsprechend anwendbaren - Regelung des § 154 Abs. 3 VwGO ergibt. Sie hat das Beschwerdeverfahren zudem durch eigenen Sachvortrag gefördert. Schließlich widerspräche es der Billigkeit, die Antragstellerin solche Kosten selbst tragen zu lassen, die ihr nur dadurch entstanden sind, dass sie die zum Schutz ihrer Geheimhaltungsinteressen ergangene und in der Sache richtige Entscheidung des Verwaltungsgerichts gegen den Angriff der Klägerin im Beschwerdeverfahren verteidigt hat.

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 12 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4, Art. 103 Abs. 1
TKG	§ 138
VwGO	§§ 100, 108 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2

Stichworte:

Telekommunikation; Aktenvorlage im Verwaltungsprozess; „in camera“-Verfahren; Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse; rechtliches Gehör; effektiver Rechtsschutz; Abwägung.

Leitsätze:

1. Angaben, die ein Unternehmen im Rahmen eines Antrags auf Zulassung zu einem Frequenzversteigerungsverfahren zu seinem Frequenzbedarf macht, unterliegen grundsätzlich dem durch das Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) gewährleisteten Schutz als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.
2. Bei der nach § 138 Abs. 2 TKG zu treffenden Entscheidung, inwieweit von der Bundesnetzagentur im Verwaltungsprozess vorgelegte Unterlagen offen gelegt werden, kann das Gericht im Rahmen der Abwägung zwischen dem berührten Geheimhaltungsinteresse und dem Interesse auf rechtliches Gehör berücksichtigen, ob andere Erkenntnisquellen zur Sachverhaltsaufklärung zur Verfügung stehen.

Beschluss des 6. Senat vom 21. Januar 2014 - BVerwG 6 B 43.13

I. VG Köln vom 18.07.2013 - Az.: VG 21 K 4413/11 -