

Le i t s a t z

zum Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006

- 1 BvR 2087/03 -

- 1 BvR 2111/03 -

Zum Verhältnis des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einerseits und der Sicherung effektiven Rechtsschutzes andererseits im Rahmen eines Zwischenverfahrens nach § 99 Abs. 2 VwGO zu einem Verwaltungsrechtsstreit über die Genehmigung des Entgelts, das ein marktbeherrschendes Unternehmen für den Zugang Dritter zu seinem Telekommunikationsnetz fordert.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BVR 2087/03 -

- 1 BVR 2111/03 -



Im Namen des Volkes

**In den Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerden**

der Deutsche Telekom AG,
vertreten durch den Vorstand,
Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,

- Bevollmächtigte: 1. Rechtsanwälte Redeker Sellner Dahs & Widmaier,
Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn,
- 2. Professor Dr. Joachim Wieland,
Gregor-Mendel-Straße 13, 53115 Bonn -

I. 1. unmittelbar gegen

- a) den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. August 2003
- BVerwG 20 F 7.03 -,
- b) den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. August 2003
- BVerwG 20 F 9.03 -,

2. mittelbar gegen

§ 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1, § 108 Abs. 2 VwGO

- 1 BVR 2087/03 -,

II. 1. unmittelbar gegen

- a) den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. August 2003
- BVerwG 20 F 1.03 -,
- b) den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-
Westfalen vom 9. Juli 2002 - 13a D 53/02 -,
- c) die Entscheidung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie
vom 13. Februar 2002 - VII A 3-160803/5 -,

- d) den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. August 2003 - BVerwG 20 F 8.03 -,
 - e) den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 2. Oktober 2002 - 13a D 80/02 -,
 - f) die Entscheidung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 11. Juni 2002 - 03d B 1961 -,
2. mittelbar gegen
§ 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1, § 108 Abs. 2 VwGO

- 1 BVR 2111/03 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat – unter Mitwirkung

des Präsidenten Papier,
der Richterin Haas,
der Richter Hömig,
Steiner,
der Richterin Hohmann-Dennhardt
und der Richter Hoffmann-Riem,
Bryde,
Gaier

am 14. März 2006 beschlossen:

Die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. August 2003 - BVerwG 20 F 1.03 und vom 15. August 2003 - BVerwG 20 F 7.03, BVerwG 20 F 8.03 und BVerwG 20 F 9.03 - verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes. Gleiches gilt für die Entscheidungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 13. Februar 2002 - VII A 3-160803/5 - und der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 11. Juni 2002 - 03d B 1961 -, soweit sie die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen anordnen.

Die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts werden aufgehoben. Die Sachen werden an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

Die Bundesrepublik Deutschland hat der Beschwerdeführerin ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe:

A.

Die Verfassungsbeschwerden betreffen das Verhältnis des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einerseits und der Sicherung effektiven Rechtsschutzes

andererseits im Rahmen verwaltungsgerichtlicher Verfahren über die Genehmigung des Entgelts, das ein marktbeherrschendes Unternehmen für den Zugang Dritter zu seinem Telekommunikationsnetz fordert.

I.

In dem vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägten Verwaltungsprozess (vgl. § 86 Abs. 1 VwGO) sind Behörden grundsätzlich verpflichtet, Urkunden und Akten vorzulegen sowie Auskünfte zu erteilen. Diese Vorlage- und Auskunftspflicht wird durch § 99 VwGO in der Fassung des Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20. Dezember 2001 (BGBl I S. 3987) geregelt. Die Vorschrift lautete danach:

(1) Behörden sind zur Vorlage von Urkunden oder Akten und zu Auskünften verpflichtet. Wenn das Bekanntwerden des Inhalts dieser Urkunden oder Akten und diese Auskünfte 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 die Vorlage von Urkunden oder Akten und die Erteilung der Auskunft verweigern.

(2) Auf Antrag eines Beteiligten stellt das Oberverwaltungsgericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss fest, ob die Verweigerung der Vorlage der Urkunden oder Akten oder der Erteilung von Auskünften rechtmäßig ist. Verweigert eine oberste Bundesbehörde die Vorlage oder Auskunft mit der Begründung, das Bekanntwerden des Inhalts der Urkunden, der Akten oder der Auskünfte würde dem Wohl des Bundes Nachteile bereiten, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht; Gleiches gilt, wenn das Bundesverwaltungsgericht nach § 50 für die Hauptsache zuständig ist. Der Antrag ist bei dem für die Hauptsache zuständigen Gericht zu stellen. Dieses gibt den Antrag und die Hauptsacheakten an den nach § 189 zuständigen Spruchkörper ab. Die oberste Aufsichtsbehörde hat die nach Absatz 1 Satz 2 verweigerten Urkunden oder Akten auf Aufforderung dieses Spruchkörpers vorzulegen oder die verweigerten Auskünfte zu erteilen. Sie ist zu diesem Verfahren beizuladen. Das Verfahren unterliegt den Vorschriften des materiellen Geheimschutzes. Können diese nicht eingehalten werden oder macht die zuständige Aufsichtsbehörde geltend, dass besondere Gründe der Geheimhaltung oder des Geheimschutzes einer Übergabe der Urkunden oder Akten an das Gericht entgegenstehen, wird die Vorlage nach Satz 5 dadurch bewirkt, dass die Urkunden oder Akten dem Gericht in von der obersten Aufsichtsbehörde bestimmten Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt werden. Für die nach Satz 5 vorgelegten Akten und für die gemäß Satz 8 geltend gemachten besonderen Gründe gilt § 100 nicht. Die Mitglieder des Gerichts sind zur Geheimhaltung verpflichtet; die Entscheidungsgründe dürfen Art und Inhalt der geheim gehaltenen Urkunden oder Akten und Auskünfte nicht erkennen lassen. Für das nichtrichterliche Personal gelten die Regelungen des personellen Geheimschutzes. Soweit nicht das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, kann der Beschluss selbständig mit der Beschwerde angefochten werden. Über die Be-

schwerde gegen den Beschluss eines Oberverwaltungsgerichts entscheidet das Bundesverwaltungsgericht. Für das Beschwerdeverfahren gelten die Sätze 4 bis 11 sinngemäß.

§ 100 VwGO regelt das Akteneinsichtsrecht der Beteiligten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Die beiden ersten Absätze hatten in der Fassung des Gesetzes vom 13. Juli 2001 (BGBl I S. 1542) folgenden Wortlaut:

(1) Die Beteiligten können die Gerichtsakten und die dem Gericht vorgelegten Akten einsehen.

(2) Sie können sich durch die Geschäftsstelle auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen. Sind die Gerichtsakten zur Ersetzung der Urschrift auf einen Bild- oder anderen Datenträger übertragen worden, gilt § 299 a der Zivilprozessordnung entsprechend. Nach dem Ermessen des Vorsitzenden können die Akten dem bevollmächtigten Rechtsanwalt zur Mitnahme in seine Wohnung oder in seine Geschäftsräume übergeben werden.

§ 108 VwGO enthält den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, legt die Grundlagen der Entscheidung des Gerichts fest und begrenzt den Prozessstoff auf die Tatsachen und Beweisergebnisse, die Gegenstand des Verfahrens waren und zu denen den Beteiligten rechtliches Gehör gewährt worden ist. § 108 VwGO lautet:

(1) Das Gericht entscheidet nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) Das Urteil darf nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten.

In das Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996 (BGBl I S. 1120; im Folgenden: TKG a.F.) wurde durch Art. 18 Nr. 3 des Post- und telekommunikationsrechtlichen Bereinigungsgesetzes vom 7. Mai 2002 (BGBl I S. 1529) § 75 a eingefügt. Die Vorschrift enthält Sonderregelungen über den Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Beschlusskammerverfahren der gemäß § 66 TKG a.F. errichteten Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post einerseits (§§ 73 ff. TKG a.F.) und in einem sich anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren andererseits. § 75 a TKG a.F. hatte folgenden Wortlaut:

Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse

(1) Unverzüglich nach der Vorlage von Unterlagen im Rahmen des Verfahrens nach den §§ 73 bis 79 hat jeder Beteiligte diejenigen Teile zu kennzeichnen, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten. In diesem Fall muss er zusätzlich eine Fassung vorlegen, die aus seiner Sicht ohne Preisgabe von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen eingesehen werden kann. Erfolgt dies nicht, kann die Beschlusskammer von seiner Zustimmung zur Einsicht ausgehen, es sei denn, ihr sind besondere Umstände bekannt, die eine solche Vermutung nicht rechtfertigen. Hält

die Beschlusskammer die Kennzeichnung der Unterlagen als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse für unberechtigt, so muss sie vor der Entscheidung über die Gewährung von Einsichtnahme an Dritte die vorliegenden Personen hören.

(2) Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren findet § 99 der Verwaltungsgerichtsordnung mit der Maßgabe Anwendung, dass an die Stelle der obersten Aufsichtsbehörde die Regulierungsbehörde tritt. 14

Mit dem Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190; im Folgenden: TKG n.F.) ist in § 138 für das telekommunikationsrechtliche Streitverfahren eine Sondervorschrift für den Zwischenstreit über die Geheimhaltungsbedürftigkeit von Unterlagen geschaffen worden. § 138 TKG n.F. lautet wie folgt: 15

Vorlage- und Auskunftspflicht der Regulierungsbehörde 16

(1) Für die Vorlage von Urkunden oder Akten, die Übermittlung elektronischer Dokumente oder die Erteilung von Auskünften (Vorlage von Unterlagen) durch die Regulierungsbehörde ist § 99 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung anzuwenden. An die Stelle der obersten Aufsichtsbehörde tritt die Regulierungsbehörde. 17

(2) Auf Antrag eines Beteiligten entscheidet das Gericht der Hauptsache durch Beschluss darüber, ob die Unterlagen vorzulegen sind oder nicht vorgelegt werden dürfen. Werden durch die Vorlage von Unterlagen nach Absatz 1 Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse betroffen, verpflichtet das Gericht die Behörde zur Vorlage, soweit es für die Entscheidung darauf ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse an der Vorlage der Unterlagen das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt. 18

(3) Der Antrag ist innerhalb eines Monats zu stellen, nachdem das Gericht den Beteiligten die Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Vorlage der Unterlagen bekannt gegeben hat. Die Regulierungsbehörde hat die Unterlagen auf Aufforderung des Gerichts vorzulegen; § 100 der Verwaltungsgerichtsordnung findet keine Anwendung. Die Mitglieder des Gerichts sind zur Geheimhaltung verpflichtet; die Entscheidungsgründe dürfen Art und Inhalt der geheim gehaltenen Unterlagen nicht erkennen lassen. Gegen eine Entscheidung des Gerichts, wonach die Unterlagen vorzulegen sind oder vorgelegt werden dürfen, ist die Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht gegeben. Über die Beschwerde entscheidet der für die Hauptsache zuständige Revisionssenat. Für das Beschwerdeverfahren gelten die Sätze 2 und 3 sinngemäß. 19

(4) Sind nach der unanfechtbaren Entscheidung des Gerichts Unterlagen nicht vorzulegen oder dürfen sie nicht vorgelegt werden, reicht das Gericht, im Beschwerdeverfahren das Beschwerdegericht, die ihm nach Absatz 3 Satz 2 vorgelegten Unterlagen umgehend an die Regulierungsbehörde zurück. Der Inhalt dieser Unterlagen darf der gerichtlichen Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden, es sei denn, alle 20

Beteiligten haben ihr Einverständnis erteilt.

§ 150 Abs. 14 TKG n.F. enthält eine Übergangsvorschrift für nach § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO gestellte Anträge. Die Vorschrift lautet: 21

Auf vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gestellte Anträge nach § 99 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung sind die bisherigen Vorschriften anwendbar. 22

§ 138 TKG n.F. ist am 26. Juni 2004 in Kraft getreten (vgl. § 152 Abs. 1 Satz 1 TKG n.F.). 23

II.

1. Die Beschwerdeführerin - die Deutsche Telekom AG - ist ein Telekommunikationsunternehmen, das ein bundesweites Telekommunikationsnetz in einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) betreibt. Sie ist Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bundespost TELEKOM. 24

Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG a.F. (vgl. nunmehr § 21 TKG n.F.) war der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und auf einem solchen Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, verpflichtet, anderen Nutzern Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz oder zu Teilen desselben zu ermöglichen. Dafür erhielt der Verpflichtete ein Entgelt, das sich vor allem an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren hatte (vgl. § 39 i.V.m. § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG a.F.; vgl. jetzt § 31 i.V.m. § 30 TKG n.F.). Darunter sind die notwendigen langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu verstehen, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind (vgl. § 3 Abs. 2 der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung <TEntgV> vom 1. Oktober 1996, BGBl I S. 1492; vgl. nunmehr § 31 Abs. 2 TKG n.F.). Der Verpflichtete durfte das Entgelt nicht selbständig festsetzen, sondern benötigte eine staatliche Genehmigung. Genehmigungsbehörde war seinerzeit die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - im Folgenden: Regulierungsbehörde (vgl. § 39 i.V.m. § 25 Abs. 1 TKG a.F.; vgl. jetzt §§ 30 ff. TKG n.F.). Nunmehr ist Regulierungsbehörde die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (vgl. § 116 TKG in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005, BGBl I S. 1970). 25

In dem Genehmigungsverfahren muss die Beschwerdeführerin betriebswirtschaftliche Unterlagen vorlegen; dazu gehören vor allem detaillierte und umfassende Nachweise ihrer Kosten (vgl. für den hier maßgeblichen Zeitpunkt § 2 TEntgV). In den Akten des dem gerichtlichen Ausgangsverfahren vorangegangenen Verwaltungsverfahrens über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Genehmigung des Entgelts für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung findet sich 26

eine Vielzahl von Schwärzungen. Sie beruhen auf der Kennzeichnung der jeweiligen Angaben als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis durch die Beschwerdeführerin.

2. Die vorliegend betroffenen verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren gelten der Festsetzung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung durch Bescheide der Regulierungsbehörde. Die Genehmigung der Entgelte wird von insgesamt sieben Wettbewerbern (im Folgenden: Kläger) der Beschwerdeführerin im Wege verwaltungsgerichtlicher Anfechtungsklagen angegriffen. Die Kläger begehren Einsicht in die Verwaltungsvorgänge der Regulierungsbehörde in dem Entgeltfestsetzungsverfahren. Die den Verfassungsbeschwerden zugrunde liegenden Entscheidungen betreffen das darauf bezogene Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO in Verbindung mit § 75 a TKG a.F.

27

Nachdem das Verwaltungsgericht die Akten angefordert hatte, entschieden das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (im Folgenden: Bundesministerium) in dem einen der Verfahren (1 K 1823/99) mit Bescheiden vom 29. Dezember 1999 und vom 13. Februar 2002 sowie die später zuständige Regulierungsbehörde in dem anderen Verfahren (1 K 1749/99) mit Bescheid vom 11. Juni 2002, dass zahlreiche Seiten aus den Verwaltungsvorgängen nicht und weitere Seiten nur in teilweise geschwärzter Fassung offen gelegt werden dürften. Andererseits entschieden das Bundesministerium und die Regulierungsbehörde, dass die Bescheide über die Teilgenehmigung von Entgelten und Aktenstücke der Verwaltungsvorgänge, die insbesondere Gutachten von Sachverständigen enthalten, ungeschwärzt offen gelegt werden dürften. Soweit darin geheimhaltungsbedürftige Tatsachen enthalten seien, drohten der Beschwerdeführerin jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt keine nachhaltigen oder existentiellen Nachteile mehr.

28

a) In den dem Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2087/03 zugrunde liegenden Verfahren beantragten die Kläger beim Oberverwaltungsgericht die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Bundesministeriums sowie der Regulierungsbehörde, dass zahlreiche Seiten aus den Verwaltungsvorgängen nicht und weitere Seiten nur teilweise offen gelegt werden dürfen. Das Oberverwaltungsgericht gab den Anträgen teilweise statt. Auf die Beschwerden der Kläger hob das Bundesverwaltungsgericht die Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts auf, soweit die Anträge der Kläger zurückgewiesen worden waren, und stellte fest, dass die Verweigerung der Offenlegung und der Offenlegung ohne Schwärzungen aller im Bescheid des Bundesministeriums oder im Bescheid der Regulierungsbehörde genannten Seiten aus den Verwaltungsakten rechtswidrig sei (BVerwG, Kommunikation & Recht <K&R> 2004, S. 95; NVwZ 2004, S. 745). Ob Urkunden oder Akten der Vorlage- und Auskunftspflicht der Behörde nach § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO unterlägen, habe das Gericht der Hauptsache verbindlich zu beurteilen. Das Verwaltungsgericht habe in dem bei ihm anhängigen Hauptsacheverfahren sowohl die Entscheidungserheblichkeit als auch die Erforderlichkeit der Verwaltungsakten als Beweismittel bejaht. Die von der Beschwerdeführerin angeregte Beweisführung durch einen neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten

29

teten Sachverständigen als Beweismittler scheidet aus. Ebenso sei ein "in camera"-Verfahren vor dem Gericht der Hauptsache nach geltendem Recht ausgeschlossen.

Die unter Abwägung der widerstreitenden Interessen an der Vorlage der Unterlagen und an deren Geheimhaltung vorzunehmende Ermessensentscheidung sei nicht rechtsfehlerfrei erfolgt. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes schließe ein, dass das Gericht das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend prüfen könne und genügend Entscheidungsbefugnisse besitze, um eine Rechtsverletzung abzuwenden oder geschehene Rechtsverletzungen zu beheben. Der durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG auch grundrechtlich fundierte Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse müsse zurücktreten. Die Beschwerdeführerin sei zwar wegen ihrer ausschließlich privatwirtschaftlichen Tätigkeit und Aufgabenstellung (Art. 87 f Abs. 2 GG) grundrechtsfähig, obwohl sie aus dem öffentlichrechtlichen Sondervermögen Deutsche Bundespost und dem öffentlichrechtlichen Teilsondervermögen Deutsche Bundespost TELEKOM hervorgegangen sei und bis heute trotz der Veräußerung von Aktien an private Investoren mehrheitlich im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland stehe. Ihre Netzinfrastruktur sei jedoch unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung öffentlicher Mittel entstanden. Sie weise deswegen einen intensiven Sozialbezug auf (Art. 14 Abs. 2 GG). Dem habe der Gesetzgeber mit der Regelung über die Gewährung von Netzzugang für andere Nutzer Rechnung getragen. Nachhaltige oder gar existenzbedrohende Nachteile für die Beschwerdeführerin seien bei einer Offenlegung ihrer hier in Rede stehenden Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse nicht zu besorgen.

30

b) Die dem Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2111/03 zugrunde liegenden Anträge der Beschwerdeführerin an das Oberverwaltungsgericht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidungen des Bundesministeriums vom 13. Februar 2002 und der Regulierungsbehörde vom 11. Juni 2002, soweit sie die ungeschwärzte Offenlegung der Bescheide und von Aktenstücken anordnen, wurden als unstatthaft zurückgewiesen.

31

Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen gerichteten Beschwerden der Beschwerdeführerin zurück (BVerwGE 118, 350; BVerwG, NVwZ 2004, S. 105). Die Anträge seien zwar statthaft, da § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO das Antragsrecht nicht auf die Verweigerung der Vorlage von Urkunden oder Akten durch die zuständige Behörde im Verwaltungsstreitverfahren beschränke; Sinnzusammenhang, Zweck und Entstehungsgeschichte geböten eine erweiternde Auslegung. Die Anträge seien aber unbegründet. Die Verwaltungsvorgänge, die der Teilgenehmigung zugrunde lägen, müssten dem Gericht der Hauptsache vorgelegt werden. Im Übrigen verweist das Bundesverwaltungsgericht auf seine im Verfahren 1 BvR 2087/03 angegriffenen Beschlüsse und wiederholt die dort gegebene Begründung.

32

III.

Mit ihren Verfassungsbeschwerden wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts und im Verfahren 1 BvR 2111/03 außerdem gegen die Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesministeriums sowie der Regulierungsbehörde. Sie rügt die Verletzung von Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG. Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen vor:

33

Aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG erwachse ein Anspruch auf Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Diese seien dem geistigen Eigentum, das in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG falle, strukturell vergleichbar. Das Recht, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht unbefugt offenbart würden, sei in zahlreichen Rechtsvorschriften, wie § 30 VwVfG, § 72 Abs. 2 GWB, § 139 b Abs. 1 Satz 3 GewO und § 17 UWG, geschützt. Der Geheimnisschutz werde zwar durch die Verfassung nicht schrankenlos gewährt, da es sich um einen Geheimhaltungsanspruch mit Offenbarungsvorbehalt handle. Im Rahmen der grundrechtlichen Spannungslage komme dem Anspruch auf Geheimnisschutz aber kein genereller Nachrang zu. Die Offenbarung von geheimhaltungsbedürftigen Teilen der Verwaltungsvorgänge sei verfassungswidrig, wenn die betreffenden Angaben nicht entscheidungserheblich seien. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichte ferner dazu, vor einer Offenbarung der Geheimnisse alle Möglichkeiten alternativer Sachaufklärung auszuschöpfen. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts beruhten bereits auf unzutreffenden tatsächlichen Annahmen. Dies gelte insbesondere für die Annahme, die Netzinfrastuktur sei unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung öffentlicher Mittel entstanden. Vielmehr sei die heutige Netzinfrastuktur in ihrem Wert entscheidend geprägt durch Investitionen, welche die Beschwerdeführerin ohne Schutz eines staatlichen Monopols aus eigenen Mitteln vorgenommen habe. Zudem stehe ihr Stammkapital nicht mehrheitlich im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland. Seit dem 4. Juni 2001 habe der Bund seine Mehrheitsbeteiligung aufgegeben; sein Anteil betrage derzeit 43 vom Hundert.

34

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG für Entscheidungen nach § 99 Abs. 2 VwGO habe das Bundesverwaltungsgericht verletzt. Die Verfassungsgarantie des effektiven Rechtsschutzes habe der Annahme entgegengestanden, es sei an die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit durch das Verwaltungsgericht gebunden. Das Bundesverwaltungsgericht habe auch nicht Alternativen der Sachverhaltsaufklärung geprüft. Es habe sowohl die Durchführung eines "in camera"-Verfahrens in der Hauptsache als auch eine Beweisführung durch einen neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen (Wirtschaftsprüfer) und schließlich auch die Beweisführung auf der Grundlage einer Inhaltsauskunft des Ministers in Betracht ziehen müssen.

35

Die hier maßgeblichen einfachrechtlichen Bestimmungen des § 99 Abs. 2 und des § 108 Abs. 2 VwGO seien verfassungswidrig, falls eine verfassungskonforme Auslegung nicht in Betracht komme. Wenn § 99 Abs. 2 VwGO entsprechend der Auffas-

36

sung des Bundesverwaltungsgerichts bedeute, dass der Fachsenat an die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit der geheim zu haltenden Unterlagen durch das Verwaltungsgericht in der Hauptsache gebunden sei, dann sei diese Vorschrift verfassungswidrig, weil sie in Bezug auf das - zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit wichtige - Merkmal der Entscheidungserheblichkeit ein Rechtsschutzdefizit begründen würde. § 99 Abs. 2 VwGO sei zudem - allein oder im Zusammenwirken mit § 108 Abs. 2 VwGO - verfassungswidrig, wenn ein "in camera"-Verfahren in der Hauptsache oder die Einholung eines Sachverständigengutachtens ausgeschlossen wären.

Die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts verletzen auch den Anspruch auf rechtliches Gehör sowie auf ein faires Verfahren. Die Beschwerdeführerin habe keine Gelegenheit zur Stellungnahme im Hinblick auf die mehrheitliche Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an ihrem Stammkapital gehabt. Darüber hinaus habe der Fachsenat das Recht aus Art. 103 Abs. 1 GG dadurch verletzt, dass er die Beschwerdeführerin nicht zu der mit der Regulierungsbehörde durchgeführten Erörterung des Inhalts der streitgegenständlichen Unterlagen beigezogen und ihr auch sonst keine Gelegenheit gegeben habe, zu den insoweit relevanten Tatsachenfragen und insbesondere zu den Ausführungen der Regulierungsbehörde Stellung zu nehmen. Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit (Art. 20 Abs. 3 GG) sei verletzt, weil das Bundesverwaltungsgericht sich den Inhalt der streitgegenständlichen Teile der Verwaltungsvorgänge allein durch Bedienstete der Regulierungsbehörde habe erläutern lassen.

37

Die Beschwerdeführerin habe zudem entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht im Wege der Rechtsnachfolge Eigentum minderen Schutzes erlangt, sondern Volleigentum. Entsprechend der grundgesetzlichen Vorgabe in Art. 143 b Abs. 1 Satz 1 GG sei das Teilsondervermögen Deutsche Bundespost TELEKOM gemäß den §§ 2 f. des Postumwandlungsgesetzes mit der Eintragung in das Handelsregister in das Eigentum der Beschwerdeführerin aufgegangen. Die im Telekommunikationsgesetz enthaltenen Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG müssten den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips genügen. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrer Gründung auch Finanzschulden in Höhe von 122,3 Mrd. DM übernommen. Daneben sei sie durch § 16 des Postpersonalrechtsgesetzes gesetzlich verpflichtet worden, Zahlungen unter anderem für 1995 bereits aufgelaufene Pensionsverpflichtungen der beschäftigten Beamten zu leisten; dies habe sich von 1995 bis 1999 auf einen jährlichen Betrag von 2,9 Mrd. DM und in den Folgejahren auf einen Betrag von 33 % der Bruttobezüge der bei der Beschwerdeführerin aktiven und beurlaubten Beamten belaufen. Demgegenüber habe bei Gründung der Beschwerdeführerin der Wert des von ihr übernommenen Netzes lediglich 85,8 Mrd. DM betragen.

38

Im Übrigen gebiete Art. 87 f Abs. 2 GG eine Gleichbehandlung der Beschwerdeführerin und ihrer Wettbewerber. Nur wenn die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aller Anbieter auf dem Telekommunikationsmarkt in gleicher Weise geschützt würden, könne der von der Verfassung intendierte Wettbewerb zum Vorteil der Abnehmer sei-

39

ne Wirkungen entfalten.

§ 99 Abs. 1 und 2 VwGO sei in Verfahren nach § 75 a Abs. 1 TKG a.F. verfassungskonform dahin auszulegen, dass der Fachsenat das Unternehmen, das Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse vorlegen muss, zu allen für seine rechtliche Beurteilung der Geheimnisse relevanten Tatsachen - wie etwa Behördenauskünften - anhören müsse. Denn es werde durch die Entscheidung des Gerichts unmittelbar in dem durch Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Geheimhaltungsrecht betroffen. Auf mehrpolige Verwaltungsrechtsverhältnisse könnten die Feststellungen des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum "in camera"-Verfahren in dem Beschluss vom 27. Oktober 1999 (BVerfGE 101, 106) nicht ohne Modifikationen übertragen werden, weil sie nur für ein zweipoliges Verwaltungsrechtsverhältnis entwickelt worden seien. 40

In der materiellen Abwägung der betroffenen Interessen verfehlten die Beschlüsse die Anforderungen des Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG grundlegend. Sie stellten einseitig auf den effektiven Rechtsschutz der mit der Beschwerdeführerin in Wettbewerb stehenden Unternehmen ab. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf effektiven Rechtsschutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werde nicht einmal erwähnt und auch nicht in die Abwägung eingestellt. 41

Vorliegend sei auch die Wettbewerbsfreiheit der Beschwerdeführerin (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt. Aus Art. 12 Abs. 1 GG ergäben sich vergleichbare Anforderungen an § 99 VwGO wie aus Art. 14 Abs. 1 GG. Zwar sei die Regulierung der Beschwerdeführerin als marktbeherrschendes Unternehmen im Bereich der Telekommunikation ein durch Art. 87 f GG legitimiertes Instrument. Hiermit gehe auch die Pflicht einher, gegenüber der Regulierungsbehörde Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offen zu legen, um ihr sachgerechte Entscheidungen zu ermöglichen. Die Offenlegung der Geschäftsgeheimnisse im verwaltungsgerichtlichen Verfahren diene aber nicht der Erfüllung der verfassungsgemäßen Regulierungsaufgaben, sondern den Interessen der Wettbewerber der Beschwerdeführerin. 42

Diese aber habe aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG einen Anspruch darauf, dass ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse effektiv geschützt werden. Für einen Erfolg der Regulierung sei die Offenlegung nicht erforderlich, weil die Geheimnisse der Regulierungsbehörde bekannt seien. Die Offenlegung auch für Wettbewerber verzerre die Chancengleichheit im Wettbewerb; denn deren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse blieben geschützt. 43

Die Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts in dem der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2111/03 zugrunde liegenden Verfahren verletzten die Beschwerdeführerin ebenfalls in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG. Das Oberverwaltungsgericht habe, indem es die Anträge auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidungen des Bundesministeriums und der Regulierungsbehörde - nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts zu Unrecht - als unstatthaft zurückgewiesen habe, der Beschwerdeführerin den grund- 44

rechtlich gebotenen Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorenthalten.

Die mit der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2111/03 ebenfalls angegriffenen Entscheidungen der Regulierungsbehörde vom 11. Juni 2002 sowie des Bundesministeriums vom 13. Februar 2002 verletzen die Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten aus letztlich denselben Gründen wie die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts; die vorgenommene Abwägung werde dem Grundrechtsschutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin nicht gerecht. Das Gewicht der Nachteile, die der Beschwerdeführerin durch die Offenlegung drohten, sei jeweils nicht hinreichend erfasst worden. 45

IV.

Ferner hat die Beschwerdeführerin Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen gestellt. Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Vollziehung der im Verfahren 1 BvR 2087/03 angegriffenen Beschlüsse einstweilen außer Kraft gesetzt und im Übrigen den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. In dem Beschluss der Kammer heißt es unter anderem, die gebotene Folgenabwägung habe ergeben, dass die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe nur in dem Verfahren 1 BvR 2087/03, nicht aber in dem Verfahren 1 BvR 2111/03 überwögen (vgl. im Einzelnen BVerfGK 2, 298 <302>). 46

Der in dem Verfahren 1 BvR 2111/03 gestellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hatte sich auf die gerichtlichen Entscheidungen zur Vorlage von Verwaltungsvorgängen bezogen, in denen Daten in den von den Klägern der Ausgangsverfahren angefochtenen Festsetzungsbescheiden enthalten sind. Ferner umfassen sie Angaben aus Gutachten von Sachverständigen. Nach übereinstimmender Auffassung der Beschwerdeführerin, der beteiligten Behörden und der Fachgerichte enthalten auch diese Unterlagen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin. Die Kammer hat ihrer Folgenabwägung die Einschätzung des Bundesministeriums und der Regulierungsbehörde zugrunde gelegt, dass keine Detailinformationen über einzelne Teilnehmeranschlussleitungen und deren Realisierung sowie zur tatsächlichen Kostensituation erfasst und die betroffenen Angaben im Wesentlichen veraltet seien. Dementsprechend überwögen die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe. 47

V.

Zu den Verfassungsbeschwerden haben die Bundesregierung, die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, die Kläger des Ausgangsverfahrens und die Deutsche Post AG Stellung genommen. 48

1. Die Bundesregierung führt aus, § 138 TKG n.F. habe für das telekommunikationsrechtliche Verwaltungsstreitverfahren eine Sondervorschrift geschaffen, die zukünftig auf Zwischenstreitigkeiten über die Geheimhaltungsbedürftigkeit von Unterlagen Anwendung finde. Im Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundesrat 49

hätten sich die politischen Parteien darüber verständigt, dass fünf Jahre nach Inkraft-Treten des neuen Telekommunikationsgesetzes - also am 26. Juni 2009 - eine Umstellung auf den Kartellrechtsweg erfolgen solle.

Trotz der rechtlichen Entwicklung der letzten Zeit komme den Verfassungsbeschwerden eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung für die Zukunft zu. § 99 Abs. 2 VwGO enthalte keinen Maßstab, an dem die behördliche Ermessensentscheidung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO durch das Gericht zu messen sei. Der Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts habe diese Lücke mit Hilfe des Prüfprogramms des § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB geschlossen. Auch die neue Fassung des Telekommunikationsgesetzes schreibe dasselbe Prüfprogramm vor; denn § 138 Abs. 2 Satz 2 TKG n.F. orientiere sich an § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB. Der wesentliche Unterschied zum allgemeinen "in camera"-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO bestehe darin, dass zukünftig nicht mehr ein Fachsenat, sondern das mit der Hauptsache befassete Gericht über die Reichweite des Geheimnisschutzes entscheide.

50

Nach Auffassung des Fachsenats des Bundesverwaltungsgerichts würden die Grundrechtspositionen der Beschwerdeführerin nur dann unverhältnismäßig beeinträchtigt, wenn und soweit die Preisgabe der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse "nachhaltige oder gar existentielle Nachteile besorgen lässt". Der Begriff "nachhaltig" sei weder im Telekommunikationsrecht gebräuchlich noch legal definiert. Im Umwelt- und Umweltstrafrecht werde dieser Begriff verwendet, wenn es um Auswirkungen gehe, die über einen längeren Zeitraum wirkten und über den Einzelfall hinauswiesen. Die Regulierungsbehörde habe diesen strengen Maßstab in ihrer Entscheidungspraxis bisher nicht angewandt.

51

Die Ansicht der Beschwerdeführerin, ihr Anspruch auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG werde vereitelt, weil der Fachsenat allein dem Verwaltungsgericht der Hauptsache die Befugnis zugestanden habe, darüber zu befinden, welche Akten entscheidungserheblich seien und zur Sachaufklärung benötigt würden, überzeuge nicht. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiere den Schutz durch den Richter und nicht gegen ihn. Angemessener Rechtsschutz stehe der Beschwerdeführerin allerdings gegenüber der Entscheidung der Regulierungsbehörde nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu.

52

Die Vorlage der Akten sei nicht deshalb entbehrlich, weil es möglich gewesen sei, die Entgelte über den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis einer Vergleichsmarktbetrachtung festzulegen. Laut Auskunft der Regulierungsbehörde habe es zum maßgeblichen Zeitpunkt keinen passenden Vergleichsmarkt gegeben.

53

Die von der Beschwerdeführerin angeregte Einschaltung eines Wirtschaftsprüfers oder die Inhaltsauskunft durch den Minister schieden als Mittel zur Sachaufklärung aus, da dem Gericht dadurch keine eigene Überzeugungsfindung ermöglicht werde. Ein "in camera"-Verfahren vor dem Hauptsachegericht sei in der Rechtsordnung nicht vorgesehen.

54

In den angegriffenen Entscheidungen werde allerdings den Rechtsschutzinteressen der Wettbewerber generell und damit unangemessen der Vorrang eingeräumt. Zwar sprächen für eine Offenlegung der Geheimnisse der Beschwerdeführerin gewichtige Argumente. Die Belange, die sich für eine Geheimhaltung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anführen ließen, würden jedoch in den Beschlüssen in ihrer Bedeutung nicht differenziert genug gewichtet. Die Geheimhaltungsinteressen dürften nicht generell als nachrangig behandelt werden. Vielmehr sei bei der Gewichtung der Belange auf die jeweiligen Bedingungen des konkreten Einzelfalls abzustellen. Es sei verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass das Eigentum der Beschwerdeführerin vom Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts pauschal mit einer im Vergleich zu den Rechtsschutzbelangen geringeren Wertigkeit in die Abwägung eingestellt werden solle und dementsprechend der Anspruch auf Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zurücktreten müsse. Der Fachsenat unterstelle, dass das Netz Eigentum der Beschwerdeführerin gar nicht vollumfänglich am Schutz der Eigentumsgarantie partizipiere, weil es von vornherein mit bestimmten Pflichten belastet sei. Diese Sichtweise sei aber mit Art. 14 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Art und Umfang des Eigentumsschutzes seien nicht von den Modalitäten des ursprünglichen Erwerbs des Eigentums abhängig. Die besonderen Umstände der Entstehung der Beschwerdeführerin als privatwirtschaftliches Unternehmen rechtfertigten es allerdings von Verfassungs wegen, dem Unternehmen durch Gesetz Belastungen aufzuerlegen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung könnten die besonderen Entstehungsbedingungen des Netzes der Beschwerdeführerin bei der Abwägung in Rechnung gestellt werden.

Es gehe aber nicht an, das Eigentum der Beschwerdeführerin grundsätzlich - auch im Verhältnis zu beliebigen Dritten - als nachrangig zu gewichten. Die Bedeutung der Entstehungsbedingungen der Netzinfrastruktur schwänden im Abwägungsprozess mit zunehmendem Zeitablauf immer mehr. Derzeit befänden sich noch 42,8 % der Anteile an der Beschwerdeführerin in den Händen der Bundesrepublik Deutschland. Der Erwerb der Aktien sei bei den Anlegern naturgemäß an die Erwartung einer Renditeerwirtschaftung geknüpft. Ihre Realisierung würde vor dem Hintergrund des Privatisierungsauftrags gemäß Art. 87 f Abs. 2 GG treuwidrig in Frage gestellt werden, wenn später das Eigentum der Beschwerdeführerin pauschal von vornherein einer gesteigerten Sozialpflichtigkeit unterstellt würde. Die Beschwerdeführerin habe erhebliche Investitionen in den Ausbau und die Instandhaltung der Netzinfrastruktur getätigt, und zwar zu einem großen Teil mit "selbst verdientem Geld". In dem Zeitraum zwischen 1995 und 2002 hätten sich die Investitionen nach den Angaben in den Verfassungsbeschwerden auf etwa 27 Mrd. EUR belaufen. Dieser Betrag mache einen Großteil des Werts des von der Deutschen Bundespost TELEKOM übernommenen Netzes aus, der auf 85,8 Mrd. DM beziffert werde. Die in Frage stehenden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse repräsentierten in einem schwer quantifizierbaren Umfang "know how", das durch eigene Leistung der Beschwerdeführerin erworben worden sei. Die Fehlerhaftigkeit der Gewichtung des Eigentumsgrundrechts setze sich im Abwägungsergebnis fort.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin seien Art. 103 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG nicht verletzt. Es sei nicht verfassungswidrig, dass die Beschwerdeführerin, anders als die Regulierungsbehörde und das Bundesministerium, keine Möglichkeit gehabt habe, eine Stellungnahme gegenüber dem Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts abzugeben. Die Beschwerdeführerin verkenne die Funktion der "Beiladung" der obersten Aufsichtsbehörde im Zwischenverfahren (vgl. § 99 Abs. 2 Satz 6 VwGO).

57

2. Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post legt im Einzelnen dar, welche Kriterien sie bei der Abwägungsentscheidung zu der Vorlage von Akten anlegt, und beschreibt den Gang des Entgeltgenehmigungsverfahrens. Außerdem führt sie aus, das Telekommunikationsgesetz in seiner neuen Fassung habe in § 138 die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthaltenen Regelungen annähernd übernommen und damit die schon bisher von der Regulierungsbehörde angewandten Offenlegungsmaßstäbe in Gesetzesform überführt.

58

Es sei zweifelhaft, ob die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin dem Eigentumsschutz unterfielen. Dies könne zwar bejaht werden, soweit es sich um Angaben über tatsächliche Ist-Kosten handele. Solche fänden sich nur in den Unterlagen, die die Beschwerdeführerin ihrem Entgeltantrag als "Nachweis im Sinne von § 2 TEntGV" beigefügt habe, und in dem insoweit geführten Schriftverkehr zwischen der Regulierungsbehörde und ihr oder in dem internen Schriftverkehr der Regulierungsbehörde. Anders liege es aber möglicherweise, soweit es um geheimnisbelastete Angaben gehe, die sich auf Strukturen bezögen, die die Beschwerdeführerin vor ihrer Privatisierung vorgefunden habe.

59

Davon zu unterscheiden sei schließlich die Behandlung von geheimnisbelasteten Angaben, die nicht genuin von der Beschwerdeführerin stammten, sondern von der Regulierungsbehörde oder in deren Auftrag erarbeitet worden seien, um den von der Beschwerdeführerin gestellten Entgeltantrag bescheiden zu können.

60

Bei den in den Verwaltungsvorgängen des Beschlusskammerverfahrens enthaltenen Angaben, die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eingestuft und Gegenstand der hier zugrunde liegenden Abwägungsentscheidungen gewesen seien, handele es sich ganz überwiegend um Unterlagen, die die Beschwerdeführerin ihrem an die Regulierungsbehörde gerichteten Entgeltantrag beigefügt habe, um Schriftverkehr zwischen der Beschwerdeführerin und der Regulierungsbehörde, um Berechnungen nach dem Modell des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste, um verschiedene Berechnungen durch die Regulierungsbehörde und in ihrem Auftrag erstellte Gutachten sowie um den streitgegenständlichen Bescheid. Diese Angaben wiesen nur zum Teil Parallelen zum geistigen Eigentum auf, das von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt werde.

61

Durch die Unterwerfung der Beschwerdeführerin unter die telekommunikationsrechtliche Regulierung sei die Eigentumsgarantie nicht verletzt. Die vollständige Offenlegung der in einem Verfahren als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eingestuf-

62

ten Angaben im Rahmen einer Abwägungsentscheidung gemäß § 99 Abs. 2 VwGO, § 75 a TKG a.F. durch die Behörde oder im Rahmen eines diese Abwägungsentscheidung überprüfenden Zwischenverfahrens durch ein Gericht sei verfassungsgemäß. Die von der Regulierungsbehörde konkret vorgenommene maßvolle Offenlegung verletze keine Verfassungsrechte der Beschwerdeführerin. Auch die vom Bundesverwaltungsgericht für zulässig erachtete vollständige Offenlegung lasse keine Verkennung des Verfassungsrechts erkennen.

3. Die Kläger des Ausgangsverfahrens rechtfertigen die angegriffenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse lägen nicht vor. Der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit sei nicht berührt. Bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen handele es sich um Tatsachen, nicht um vermögenswerte private Rechte, die allein durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt seien. Überdies habe die Beschwerdeführerin die grundrechtlich geschützten vermögenswerten Positionen an ihren öffentlichen Telekommunikationsnetzen von vornherein nur mit den der Herkunft ihres Eigentums entsprechenden Pflichten aus dem Telekommunikationsgesetz belastet erworben. Es handele sich bei diesen Belastungen daher um originäre Inhaltsbestimmungen des Eigentums. Ein Eingriff in das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG scheidet aus, weil § 99 VwGO keine berufsregelnde Tendenz aufweise. Es fehle auch an einer relevanten Beeinträchtigung der Berufsfreiheit. Ferner seien etwaige Eingriffe in die Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG jedenfalls gerechtfertigt.

63

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG sei nicht verletzt. Der durch den Antrag nach § 99 Abs. 2 VwGO eröffnete Rechtsschutz sei nicht in verfassungswidriger Weise verkürzt worden. Vielmehr entspreche es dem gesetzlich für diesen Rechtsbehelf vorgesehenen Prüfungsumfang, dass die Entscheidungserheblichkeit der Aktenanforderung nicht überprüft werde. Ebenso wenig sei Art. 103 Abs. 1 GG verletzt worden. Erfordernisse des rechtlichen Gehörs seien auch für das "in camera"-Verfahren nicht schlechthin durch § 99 Abs. 2 VwGO außer Kraft gesetzt worden. Es liege auch kein Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit vor.

64

4. Die Deutsche Post AG hebt hervor, es stehe im Ergebnis außer Frage, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse grundrechtlichen Schutz genießen. Umstritten sei, ob dieser nur auf Art. 12 Abs. 1 GG oder allein auf Art. 14 Abs. 1 GG beruhe oder durch beide Grundrechte gewährleistet werde. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die durch einen eigenen Aufwand an Geld, Zeit, Forschungskapazitäten und Erfahrungswissen begründet würden, gehörten zu den wesentlichen Vermögenswerten eines Unternehmens und seien von überragender Bedeutung für seine Wettbewerbsfähigkeit. Sie gehörten also der Sphäre des Erworbenen an, bestimmten aber zugleich den Erwerbsvorgang. Art. 12 Abs. 1 GG schütze auch die Wettbewerbsfreiheit, die dem Unternehmen insbesondere das Recht gewährleiste, im Wettbewerb mit anderen frei von staatlich bewirkten Wettbewerbsverzerrungen zu konkurrieren. Hierin werde eingegriffen, wenn ein Unternehmen zur Offenbarung seiner Betriebs- und Ge-

65

schäftsgeheimnisse gezwungen werde.

Die Regulierung marktbeherrschender Unternehmen auf den Post- und Telekommunikationsmärkten erfolge im Rahmen mehrpoliger Rechtsverhältnisse. Statt in einem ersten Schritt festzustellen, für welche Rechte die konkurrierenden Unternehmen um Rechtsschutz nachsuchten, und in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese Rechte in ihrer Wertigkeit den grundrechtlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse überwögen, habe das Bundesverwaltungsgericht die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter bereits im Ansatz unzutreffend vorgenommen. Seine Rechtsprechung habe zur Folge, dass möglicherweise die regulierten Unternehmen materiellrechtliche Positionen opfern müssten, die im Verhältnis zu den widerstreitenden materiellrechtlichen Positionen ihrer Wettbewerber als gewichtiger oder schutzwürdiger erschienen. Dass die Beschwerdeführerin tatsächlich derzeit das Unternehmen sei, das die Gewähr für die Aufrechterhaltung einer Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen biete, könne gegen die Offenlegung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Verwaltungsprozess sprechen. Entsprechendes gelte für die Deutsche Post AG.

66

Das Bundesverwaltungsgericht gehe zu Unrecht von einem verminderten Grundrechtsschutz der Beschwerdeführerin aus. Der These des abgesenkten Eigentumschutzes für Rechtsgüter ehemaliger Monopolisten stehe die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz der Arbeiterwohnungsbaugenossenschaften auf dem Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik (BVerfGE 91, 294 <307 ff.>) entgegen. Bei der Abwägung nicht berücksichtigt worden sei weiter, dass Art. 12 Abs. 1 GG Unternehmensgeheimnisse nicht nur in der subjektivrechtlichen Funktion als Abwehrrecht gegen staatlich verfügte Offenbarungspflichten schütze, sondern auch objektivrechtlich als notwendige Funktionsvoraussetzung des Wettbewerbs. Diese objektive Grundrechtsdimension erhöhe entscheidend das Gewicht, mit dem das Verfassungsrechtsgut der Berufsfreiheit in die Abwägung eingestellt werden müsse. Art. 103 Abs. 1 GG spreche andererseits als objektivrechtliches Prinzip für eine Offenlegung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Entscheidend für den Geheimnisschutz werde letztlich sein, dass die regelmäßige Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Verwaltungsprozessen, die die Entscheidungen der Regulierungsbehörde beträfen, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den Post- und Telekommunikationsmärkten nachhaltig in Frage stellen würde. Bei einer Offenlegung käme es zu einer Umverteilung von Vermögenswerten und zu einer ungerechtfertigten Verbesserung der Marktchancen der Wettbewerber. Das öffentliche Interesse an "richtigen" Verwaltungsentscheidungen könne den Geheimnisschutz allenfalls überwiegen, wenn es sich um die gerichtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen handele, die für die weitere Entwicklung des Wettbewerbs von grundsätzlicher Bedeutung seien.

67

Eine "in camera"-Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Verwaltungsprozess entspreche dem Leitmotiv praktischer Konkordanz der betroffenen Grundrechte in besonderer Weise. Dieses Verfahren ermögliche eine optimierende

68

Verwirklichung der konkurrierenden Grundrechtsgewährleistungen der betroffenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie des effektiven Rechtsschutzes.

B.

Die Verfassungsbeschwerden sind überwiegend zulässig.

69

I.

Unzulässig ist die gegen die Beschlüsse des Oberverwaltungsgerichts gerichtete Verfassungsbeschwerde in dem Verfahren 1 BvR 2111/03. Durch diese Beschlüsse ist die Beschwerdeführerin nicht mehr beschwert. Das Bundesverwaltungsgericht hat durch seine insoweit nicht angegriffenen Beschlüsse festgestellt, dass die Beschwerden nach § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO entgegen der Ansicht des Oberverwaltungsgerichts statthaft waren.

70

II.

1. Im Übrigen sind die Verfassungsbeschwerden zulässig. Insbesondere ist die Beschwerdeführerin beschwerdefähig. Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann "jedermann" Verfassungsbeschwerde erheben; hierunter ist derjenige zu verstehen, der Träger von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten, also grundrechtsfähig, ist (vgl. BVerfGE 39, 302 <312> m.w.N.). Soweit eine inländische juristische Person des Privatrechts Verfassungsbeschwerde erhebt, gelten zu ihren Gunsten die Grundrechte, soweit sie ihrem Wesen nach auf die juristische Person anwendbar sind (Art. 19 Abs. 3 GG); dies ist für die von der Beschwerdeführerin als verletzt gerügten Verfassungsrechte zu bejahen.

71

Die Grundrechtsfähigkeit der Beschwerdeführerin entfällt nicht deswegen, weil der Bund an dieser Anteile hält. Ein beherrschender Einfluss des Bundes auf die Unternehmensführung der Beschwerdeführerin, der die Beschwerdefähigkeit in Zweifel ziehen könnte, war schon auf Grund der Regelungen in § 3 des Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost vom 14. September 1994 (BGBl I S. 2325) und in § 32 der Satzung der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost vom 14. September 1994 (BGBl I S. 2331) ausgeschlossen und ist nach der Privatisierung erst recht nicht begründet worden; er wird auch von keinem der Beteiligten geltend gemacht.

72

2. Unzulässig ist allerdings die Rüge der Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot sowie von Art. 19 Abs. 4 GG, soweit die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts angegriffen wird, es sei im Zwischenverfahren an die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit der geheim zu haltenden Unterlagen durch das Verwaltungsgericht in der Hauptsache gebunden. Insofern fehlt es an einer hinreichend substantiierten Begründung gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, § 92 BVerfGG.

73

Anhaltspunkte für einen Verstoß des Bundesverwaltungsgerichts gegen das Will-

74

kürverbot sind der Verfassungsbeschwerde nicht zu entnehmen. Auch ist nicht erkennbar, inwiefern Art. 19 Abs. 4 GG, der keinen Rechtsmittelzug garantiert, verletzt sein kann, wenn ein Gericht bei seiner Entscheidung an die Feststellung eines anderen Gerichts gebunden ist. Im Übrigen wird aus dem Vortrag der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich, inwiefern die Bindung vorliegend entscheidungserheblich sein soll.

C.

Soweit die Verfassungsbeschwerden zulässig sind und ihnen zulässige Rügen zugrunde liegen, sind sie überwiegend begründet. 75

Die Beschwerdeführerin ist durch die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Gleiches gilt für die Entscheidungen des Bundesministeriums und der Regulierungsbehörde, soweit diese die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen anordnen. 76

Unbegründet sind die Rügen der Beschwerdeführerin, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG sowie der Grundsatz eines fairen Verfahrens seien verletzt, weil ihr keine Möglichkeit zur Stellungnahme gegenüber dem Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts eingeräumt worden ist. 77

I.

Die angegriffenen Entscheidungen, die eine Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im gerichtlichen Verfahren verlangen, greifen in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin ein. 78

1. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst die Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin als deutscher juristischer Person des Privatrechts. 79

Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gewährt allen Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. "Beruf" ist jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient (vgl. BVerfGE 7, 377 <397 ff.>; 105, 252 <265>). Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht (vgl. BVerfGE 50, 290 <363>; stRspr). Eine solche Tätigkeit stellen die Dienste der Beschwerdeführerin dar. 80

2. Das Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet auch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. 81

a) Das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG schützt das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am Markt (vgl. BVerfGE 32, 311 <317>; 105, 252 <265 ff.>; 106, 275 <298 f.>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 <1919>). Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichwei-

te des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen (vgl. BVerfGE 105, 252 <265>).

Die Entgeltregelung des Telekommunikationsrechts und damit auch die Regelung über die gerichtliche Kontrolle der Entgeltfestsetzung gehen von einer wettbewerblichen Einbettung der unternehmerischen Tätigkeit derjenigen aus, die Telekommunikationsdienstleistungen erbringen. Die Beschwerdeführerin befindet sich ungeachtet ihrer marktbeherrschenden Stellung in Wettbewerbsbeziehungen zu anderen Unternehmen, darunter auch solchen, die den Zugang zu ihrer Netzinfrastruktur begehren und gewerbliche Telekommunikationsdienstleistungen in Konkurrenz zu ihr anbieten. Diese Wettbewerbsbeziehungen werden durch die gesetzliche Regelung, nach der die Beschwerdeführerin ihren Konkurrenten den Netzzugang gewähren muss, dafür aber ein behördlich überprüftes Entgelt verlangen kann, gestaltet.

83

Werden im Rahmen der Entgeltkontrolle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch den Staat offen gelegt oder verlangt er deren Offenlegung, ist Art. 12 Abs. 1 GG in seinem Schutzbereich berührt. Denn dadurch kann die Ausschließlichkeit der Nutzung des betroffenen Wissens für den eigenen Erwerb im Rahmen beruflicher Betätigung am Telekommunikationsmarkt beeinträchtigt werden. Behindert eine den Wettbewerb beeinflussende staatliche Maßnahme die Beschwerdeführerin in ihrer beruflichen Tätigkeit, so stellt dies eine Beschränkung ihres Freiheitsrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG dar (vgl. BVerfGE 86, 28 <37>).

84

Wird exklusives wettbewerbserhebliches Wissen den Konkurrenten zugänglich, mindert dies die Möglichkeit, die Berufsausübung unter Rückgriff auf dieses Wissen erfolgreich zu gestalten. So können unternehmerische Strategien durchkreuzt werden. Auch kann ein Anreiz zu innovativem unternehmerischen Handeln entfallen, weil die Investitionskosten nicht eingebracht werden können, während gleichzeitig Dritte unter Einsparung solcher Kosten das innovativ erzeugte Wissen zur Grundlage ihres eigenen beruflichen Erfolgs in Konkurrenz mit dem Geheimnisträger nutzen.

85

b) Bei den Tatsachen, die in den im Streit befindlichen Aktenbestandteilen enthalten sind, handelt es sich um durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin.

86

aa) 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 For-

87

schungsprojekte gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können (vgl. Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, § 30 Rn. 13 m.w.N.; K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. 2001, § 56 Rn. 12 m.w.N.).

bb) Die Daten, um deren Offenlegung gestritten wird, enthalten durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin. 88

Nach der im Jahr 1999 der Regulierungsbehörde vorgelegten Kategorisierung der als geheimnisbelastet eingestuften Angaben geht es vorliegend insbesondere um technische Angaben, Werte und Parameter zur Investitionsermittlung, Kalkulationen der Kosten, Prozessbeschreibungen und -kosten, Gemeinkosten, Kalkulationsergebnisse sowie um Unterlagen der Buchhaltung aus dem Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der Beschwerdeführerin. Ferner handelt es sich um Werte zu Umsätzen, Absatzmengen, Kosten und Deckungsbeiträgen sowie um Datenquellen. Die Fachgerichte haben übereinstimmend angenommen, dass die hier in Rede stehenden Unterlagen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten und dass sie dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG unterliegen. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dementsprechend ist auch die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts in ihrem Beschluss vom 5. Februar 2004 über den Antrag auf Erlass einstweiliger Anordnungen (BVerfGK 2, 298 <304>) von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ausgegangen. 89

3. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesministeriums sowie der Regulierungsbehörde greifen in den Schutzbereich der Berufsfreiheit ein, soweit sie eine Pflicht zur Vorlage der Akten oder zur Vorlage ohne Schwärzungen feststellen und damit die Kenntnisnahme der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch Konkurrenten im Gerichtsverfahren ermöglichen. 90

Die im Verfahren 1 BvR 2087/03 angegriffenen Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts enthalten gemäß § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO die Feststellung, dass die Verweigerung der vollständigen Vorlage der Akten nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO rechtswidrig war; die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts, die der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2111/03 zugrunde liegen, stellen gemäß § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO fest, dass die Entscheidungen des Bundesministeriums sowie der Regulierungsbehörde, den Teilgenehmigungsbescheid der Regulierungsbehörde sowie im Einzelnen bezeichnete Aktenteile ungeschwärzt vorzulegen, rechtmäßig waren. Hieraus folgt, dass sämtliche Akten nunmehr nach § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO umfassend und ohne Schwärzungen offen zu legen sind. 91

Hiernach haben die an den Ausgangsverfahren beteiligten Wettbewerber der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts Kenntnis von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdeführerin zu erlangen (vgl. § 100 Abs. 1 VwGO), von denen zumindest einzelne für wettbewerbliche Strategien und Einzelmaßnahmen von Bedeutung sein können. Die gerichtliche Eröffnung der 92

Kenntnisnahme der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch Wettbewerber und damit die Ermöglichung ihrer Verarbeitung im Wettbewerb beeinträchtigt die Ausschließlichkeit der Nutzung des betroffenen Wissens für den eigenen Erwerb im Rahmen beruflicher Betätigung. Darin liegt ein Grundrechtseingriff.

II.

Der Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Dem Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 12 Abs. 1 GG ist in den zulässigerweise angegriffenen Entscheidungen auch unter Berücksichtigung des kollidierenden Interesses an effektivem Rechtsschutz der Wettbewerber nicht das ihm zukommende Gewicht beigemessen worden. 93

1. a) Im Zuge der Entgeltgenehmigung ist eine Konfliktlage in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis zu bewältigen. An ihm sind beteiligt: (1) der Staat in Gestalt der Genehmigungsbehörde, (2) die Wettbewerber als potentiell zur Entgeltzahlung Verpflichtete mit ihrem Interesse an effektivem Rechtsschutz bei der Überprüfung der Entgelthöhe, die ihrerseits auf ihre Berufsausübung zurückwirkt, und (3) die Beschwerdeführerin als Trägerin der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie als Berechtigte zur Entgelterhebung mit einem Interesse an effektivem Rechtsschutz als Beigeladene im Streit um die Entgeltgenehmigung. Fällt die gerichtliche Entscheidung zugunsten der Offenlegung der Geheimnisse aus, liegt darin ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin; wenn die Geheimnisse nicht offenbart werden, wird das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz der Wettbewerber beeinträchtigt. In diesem Fall ist ferner der Beschwerdeführerin die Möglichkeit versagt, die Entgelthöhe unter Rückgriff auf die entsprechenden Unterlagen zu verteidigen. Ihr bleibt nur die Alternative, auf eine entsprechende Verteidigung oder auf den ihr an sich zustehenden Geheimnisschutz zu verzichten. 94

In den hier betroffenen Rechtsverhältnissen können die für bipolare Konfliktlagen entwickelten Regeln zur abwägenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs nicht ohne Anpassung an die Besonderheiten der Mehrpoligkeit, und damit nicht ohne Beachtung der Möglichkeit jeweils unterschiedlicher Beeinträchtigungen und Begünstigungen, angewendet werden. 95

So dürfen die Eignung und die Erforderlichkeit der Beeinträchtigungen nicht nur im Hinblick auf eines der widerstreitenden Rechtsgüter beurteilt werden. Auch wenn in dem vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägten Verwaltungsprozess Behörden im Interesse effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich verpflichtet sind, Urkunden und Akten vorzulegen sowie Auskünfte zu erteilen (§ 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO), darf die damit verbundene Beeinträchtigung der kollidierenden Berufsfreiheit nicht außer Ansatz bleiben. Die gefundene Lösung muss vielmehr zugleich die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berücksichtigen. Die weitere Frage, ob es ein anderes Mittel gibt, das gleich geeignet ist und zu geringeren Beeinträchtigungen führt, ist ebenfalls sowohl aus der Perspektive der Rechtsschutzgarantie als auch der der Berufsfreiheit zu prüfen. 96

Soweit keine Lösung ersichtlich ist, die hinsichtlich Eignung und Erforderlichkeit für jedes der kollidierenden Rechtsgüter zu einem positiven Ergebnis kommt, ist auf der Stufe der Angemessenheit zu prüfen, ob dies verfassungsrechtlich hinnehmbar ist. Diese Klärung muss letztlich zu einer Abwägung führen, die die jeweiligen Vor- und Nachteile bei der Verwirklichung der verschiedenen betroffenen Rechtsgüter in ihrer Gesamtheit einbezieht. Dabei ist zu prüfen, ob Abstriche in der Eignung und Erforderlichkeit hinsichtlich des einen kollidierenden Rechtsguts angesichts der dadurch bewirkten Möglichkeit zum Schutz des anderen Guts in einem angemessenen Verhältnis stehen, insbesondere zumutbar sind, oder ob die Angemessenheit eher erreicht wird, wenn Minderungen der Eignung und Erforderlichkeit hinsichtlich des anderen Rechtsguts in Kauf genommen werden. Gegebenenfalls sind unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten darauf zu überprüfen, welche aus beiden Sichtwinkeln zur größtmöglichen Sicherung des Schutzes der kollidierenden Rechtsgüter führt.

97

Soweit der Gesetzgeber die Konfliktlösung durch Benennung des Maßstabs und Bereitstellung von Lösungswegen vorzeichnet, ist sein bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs anerkannter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum auf die Beurteilung der Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Rechtsgüter sowie auf die Güterabwägung mit Blick auf die Folgen für die verschiedenen rechtlich geschützten Interessen zu beziehen. Überlässt der Gesetzgeber die Entscheidung den Organen der Rechtsanwendung, so sind die von diesen gefundenen Ergebnisse verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob die zugrunde gelegten Annahmen und Abwägungsregeln sowie ihre Abwägung im konkreten Fall den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, das heißt auch, ob sie innerhalb des den Entscheidungsträgern gewährten Einschätzungsspielraums verbleiben und zur Herstellung praktischer Konkordanz im konkreten Streitfall führen.

98

b) Die Ermächtigung zu Zwischenentscheidungen über die Aktenvorlage dient der Verwirklichung des Ziels, nach § 99 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 100 Abs. 1 und § 108 Abs. 2 VwGO effektiven Rechtsschutz durch Aufklärung des Sachverhalts und Gewährung rechtlichen Gehörs in dem gerichtlichen Hauptsacheverfahren zu ermöglichen, aber zugleich gemäß § 99 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 VwGO dem grundrechtlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Die Regelung lässt zu, dass die Zwischenentscheidung zu dem Ergebnis führt, die Berufsfreiheit des Geheimnisträgers vollständig zurücktreten zu lassen, aber eventuell auch zu dem gegenläufigen Ergebnis gelangt, dass die Geheimnisse geschützt werden und damit die entsprechenden Grundlagen für die Berechnung des Entgelts bei der gerichtlichen Überprüfung der Richtigkeit der Entgeltfestsetzung nicht herangezogen werden können.

99

Je nach der einfachrechtlichen - höchstrichterlich noch nicht entschiedenen - Frage der Beweislastverteilung hinsichtlich der Entgeltkontrolle kann dies die Marktbeherrscherin oder ihre Wettbewerber benachteiligen. Trägt die Behörde die Beweislast (so etwa Bosch/Sommer, K&R 2004, S. 67 <74 f.>), sowie das Bundesministerium und

100

die Regulierungsbehörde in den hier angegriffenen Entscheidungen) und sind die in den Unterlagen enthaltenen Geschäftsgeheimnisse geeignet, die Richtigkeit der genehmigten Entgelthöhe zu belegen, steht die Marktbeherrscherin als Beigeladene vor der Alternative, die Geheimnisse offen zu legen (also die Berufsfreiheit unberücksichtigt zu lassen) oder sich die Verteidigung der Entgelthöhe zu erschweren oder unmöglich zu machen, also Abstriche im effektiven Rechtsschutz hinzunehmen. Liegt die Beweislast bei den Wettbewerbern, die die Entgeltgenehmigung angreifen (so wohl Mayen, NVwZ 2003, S. 537 <539, 542>), können sie sich nicht auf die aus dem Verfahren herausgenommenen Grundlagen der Entgeltberechnung beziehen und diese substantiiert in Frage stellen. Dies beeinträchtigt ihre Rechtsschutzmöglichkeit.

Insofern hat der Gesetzgeber keinen Lösungsweg bereitgestellt, der stets eine Verwirklichung der gegenläufigen Interessen in diesem mehrpoligen Rechtsverhältnis sichert. Die Entscheidung ergeht immer nur entweder zu Lasten des effektiven Rechtsschutzes oder zu Lasten des Geheimhaltungsinteresses. Dies genügt den Anforderungen an die Herstellung praktischer Konkordanz nur, wenn die mit der Rechtsanwendung betrauten Organe auf der Grundlage des geltenden Rechts die Möglichkeit haben, zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zu kommen. 101

2. Vorliegend hat der Gesetzgeber die Bewältigung des Rechtsgüterkonflikts der Einzelentscheidung der Fachbehörden und -gerichte übertragen, die letztlich durch Abwägung zu erfolgen hat. Bestimmte Abwägungskriterien hat er dafür nicht vorgegeben. In solchen Fällen leistet die Darstellung der die Abwägung leitenden Gesichtspunkte in der gerichtlichen Entscheidung einen wesentlichen Beitrag zur Konkretisierung des Abwägungsprogramms, zur Rationalisierung des Abwägungsvorgangs und zur Sicherung der Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses. 102

Das Bundesverwaltungsgericht hat vorliegend einen Maßstab, nämlich den der existenzbedrohenden oder nachhaltigen Nachteile, benannt. Dieser wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen jedoch nicht gerecht. Bei der Rechtsanwendung im konkreten Fall hat es im Übrigen auf Angaben zur Abwägung verzichtet. In der Folge lässt sich nicht feststellen, dass die Grundrechtsbeeinträchtigung materiell gerechtfertigt ist. Das Bundesministerium sowie die Regulierungsbehörde haben ihre Entscheidungen zwar auf eine Reihe konkreter Erwägungen gestützt, ihre Abwägung aber letztlich am gleichen Maßstab, an dem der existentiellen und nachhaltigen Nachteile, orientiert. Daher genügen auch die Entscheidungen der Behörden den verfassungsrechtlichen Erfordernissen nicht. 103

a) Das Bundesverwaltungsgericht geht bei seinen Zwischenentscheidungen von den folgenden Erwägungen aus: 104

Nach § 99 Abs. 2 VwGO kommt in Anlehnung an die Regelung in § 72 Abs. 2 GWB - wie nunmehr ausdrücklich nach § 138 Abs. 2 Satz 2 TKG n.F. - eine Abwägungs- 105

entscheidung über die Offenlegung nur dann in Betracht, wenn die betroffenen Unterlagen entscheidungserheblich sind und zur gebotenen vollständigen Sachaufklärung benötigt werden. Darüber entscheidet das Gericht der Hauptsache in einer für das Zwischenverfahren verbindlichen Weise. In dem Zwischenverfahren ist aber nachzuprüfen, ob der entscheidungserhebliche Sachverhalt durch Erhebung anderer zugänglicher und geeigneter Beweismittel gerichtlich aufgeklärt werden kann. Ist das nicht der Fall, wird im Zwischenverfahren darüber entschieden, ob die Behörde die Ermessensentscheidung über die Geheimhaltung bestimmter Unterlagen rechtsfehlerfrei getroffen hat, insbesondere ob die Interessen an der vollständigen Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts die Vorlage der Unterlagen trotz der in ihnen enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gebieten. Dabei ist von dem allgemeinen Grundsatz auszugehen, dass das Gericht der Hauptsache die tatsächlichen Grundlagen der Entgeltgenehmigung selbst ermitteln muss und unabhängig von der angegriffenen Entscheidung der Verwaltung ohne Bindung an deren Feststellungen und Wertungen zu beurteilen hat. Die Festsetzung und damit Überprüfung der Entgelte für den Netzzugang durch die Regulierungsbehörde ist sowohl im Interesse aller Beteiligten als auch im öffentlichen Interesse gerichtlich zu überprüfen, so dass dem Gericht die dafür erforderlichen Unterlagen grundsätzlich verfügbar sein müssen.

Nach der auf diesen Erwägungen beruhenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Vorlage sämtlicher Unterlagen die gesetzlich gewollte Regel, die Verweigerung wegen des Geheimnisschutzes eine begründungsbedürftige Ausnahme. Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner Rechtsprechung zur gerichtlichen Kontrolle der Entgelte für den Zugang zum Netz der Beschwerdeführerin dementsprechend davon aus, dass der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Marktbeherrscherin grundsätzlich zurückzutreten habe (anders aber für die Kontrolle der Genehmigung eines Endkumentariffs BVerwG, ZUM-RD 2005, S. 244 <246>). Der andernfalls drohenden Beschränkung der gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit begegnet das Bundesverwaltungsgericht mit strengen Anforderungen an das Geheimhaltungsinteresse. Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Offenlegungspflicht soll nur dann gelten, wenn nachhaltige oder gar existenzbedrohende Nachteile für das marktmächtige Unternehmen zu besorgen sind.

106

b) Der Gesetzgeber hat den Gerichten nicht die Möglichkeit eröffnet, Geheimnisschutz und effektiven Rechtsschutz anders als durch eine Abwägungsentscheidung einander zuzuordnen, die dazu führt, dass nur einem der betroffenen Rechtsgüter Schutz gewährt werden kann. Die von der Beschwerdeführerin als Alternativen angebotenen Mittel stehen nach geltendem Recht nicht zur Verfügung.

107

aa) Die von der Beschwerdeführerin sowie Teilen der Literatur (vgl. C. Berg, Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung im Kartellverwaltungs- und -beschwerdeverfahren, 1984, S. 148; Kersting, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess, 1995, S. 300; vgl. auch Kerkhoff, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 75 Rn. 8) angeregte Beweisführung durch einen

108

neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen (Wirtschaftsprüfer) schafft keine geeignete Möglichkeit zur Sachverhaltsaufklärung. Die Einschaltung von Sachverständigen enthebt den Richter nicht der Pflicht, sich hinsichtlich des Sachverhalts und der Ergebnisse des Gutachtens eine eigene Überzeugung zu bilden. Daher dürfen gutachterliche Ergebnisse nicht ungeprüft der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden (vgl. BVerwGE 71, 38 <44 ff.>; BGHZ 116, 47 <58>).

Im Übrigen würde das rechtliche Gehör der Verfahrensbeteiligten verkürzt. Eine Einschränkung rechtlichen Gehörs nimmt die Rechtsordnung zwar in einer Reihe von Fällen in Kauf - so etwa im Strafverfahrens- oder Ordnungsrecht, wenn auf Grund besonderer Richtervorbehalte ohne Beteiligung der Betroffenen entschieden wird -, aber doch nur mit der Maßgabe, dass die Tatsachenbeurteilung durch den Richter erfolgt. 109

bb) Ebenso scheidet die von der Beschwerdeführerin in Anlehnung an die Praxis in einbürgerungs- und ausländerrechtlichen Streitigkeiten (vgl. BVerwGE 49, 44 <50>; BVerwG, VBIBW 1993, S. 418; NVwZ-RR 1997, S. 133; vgl. auch OVG NRW, NVwZ-RR 1998, S. 398 <399>) vorgeschlagene Inhaltsauskunft des Ministers aus. Auch dadurch würde dem Gericht ohne hinreichende Rechtfertigung eine eigene Überzeugungsbildung verwehrt. Bei den hier in Rede stehenden Verwaltungsvorgängen handelt es sich im Übrigen um komplexe Sachverhalte mit meist umfangreichen Aktenwerken (vorliegend von rund 4.000 Seiten), über die das Ministerium regelmäßig keine besondere Kenntnis hat. 110

cc) Ob das - von der Beschwerdeführerin als Alternative benannte - Vergleichsmarktverfahren auf angemessene Weise zur Ermittlung der Entgelthöhe beitragen kann, kann vorliegend dahinstehen. Jedenfalls zum Zeitpunkt der hier angegriffenen Entscheidungen existierte nach Auffassung der Regulierungsbehörde kein vergleichbarer Markt für die betroffenen Telekommunikationsdienstleistungen. Gegenwärtig ist das Vergleichsmarktverfahren gesetzlich für besondere Fälle als "zusätzliches" Instrument der Prüfung vorgesehen, ob die beantragten Entgelte sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren (vgl. § 3 Abs. 3 TEntgV, gültig bis 25. Juni 2004, sowie jetzt § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG n.F.). 111

dd) Das von der Beschwerdeführerin angeregte "in camera"-Verfahren in der Hauptsache könnte den Schutz der Berufsgeheimnisse vollständig sichern und würde ebenfalls eine gerichtliche Überprüfung der Entgeltfestsetzung anhand aller Unterlagen ermöglichen. Seine Einführung scheitert nicht an den vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 27. Oktober 1999 aufgestellten Grundsätzen, nach denen ein "in camera"-Verfahren nur verfassungsgemäß ist, wenn es (ausschließlich) zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes führt (BVerfGE 101, 106 <128>). Die damaligen Erwägungen des Gerichts waren allein auf die Bewältigung einer bipolaren Konfliktlage bezogen. Sie müssten gegebenenfalls im Hinblick auf die Besonderheiten der Bewältigung des multipolaren Konflikts modifiziert, also auf eine 112

Situation bezogen werden, in der der verbesserte Grundrechtsschutz - hier der des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses - mit der Verfügbarkeit der betroffenen Vorgänge im gerichtlichen Verfahren verkoppelt wäre, diese aber für einen der Beteiligten nicht zugänglich wären. Effektiver Rechtsschutz durch die Gerichte würde zwar nicht vereitelt, da das Gericht alle Unterlagen verwerten könnte. Wohl aber würde das rechtliche Gehör dahingehend eingeschränkt, dass die Wettbewerber nicht selbst zu den von der Einsichtnahme ausgeschlossenen Teilen der Unterlagen Stellung nehmen könnten. Auch für die Beschwerdeführerin ergäbe sich eine gewisse Begrenzung effektiven Rechtsschutzes insoweit, als sie in der Rolle als Beigeladene nicht auf Daten zurückgreifen könnte, die sie als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis wahren wollte. Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings bereits in seiner ersten Entscheidung zu § 99 VwGO darauf hingewiesen, dass die Rechtsschutzgarantie und die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht in Gegensatz zueinander gerückt werden dürfen, da beide dem gleichen Ziel des effektiven Rechtsschutzes dienen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör kann eingeschränkt werden, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 101, 106 <129>).

Ob ein "in camera"-Verfahren in dem hier betroffenen multipolaren Rechtsgüterkonflikt eine angemessene Kollisionsbewältigung bewirken kann, stand in den vorliegenden Streitigkeiten jedoch nicht zur Prüfung, da der Gesetzgeber keine Ermächtigung dafür geschaffen, sondern das "in camera"-Verfahren auf das Zwischenverfahren begrenzt hat. Wegen der ausdrücklichen Beschränkung auf das Zwischenverfahren musste für das Bundesverwaltungsgericht eine analoge oder verfassungskonforme Auslegung des § 99 VwGO mit dem Ergebnis eines "in camera"-Verfahrens auch in der Hauptsache ausscheiden. Die zwischenzeitlich erfolgte Gesetzesänderung hat diese Beschränkung nicht aufgehoben, auch wenn die Grenzziehung zwischen dem "in camera"-Verfahren im Zwischen- und im Hauptsacheverfahren nunmehr dadurch abgeschwächt worden ist, dass das Gericht der Hauptsache über die Aktenvorlage entscheidet (§ 138 Abs. 2 TKG n.F.). Dieses erhält damit zwar Kenntnis über die geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen, darf diese jedoch nicht ohne Einverständnis der Beteiligten für die Hauptsacheentscheidung verwenden (§ 138 Abs. 4 Satz 2 TKG n.F.).

c) Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass auf der Grundlage der mittelbar angegriffenen Vorschriften der § 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1, § 108 Abs. 2 VwGO praktische Konkordanz zwischen den kollidierenden Rechtsgütern durch Abwägung hergestellt werden kann. Ist beispielsweise das Geheimhaltungsinteresse ohne erhebliches Gewicht, wird es gerechtfertigt sein, es hinter das Interesse an effektivem Rechtsschutz zurücktreten zu lassen. Daher bedarf es stets einer Abwägung, ob Geheimnisschutz auch angesichts des Interesses an effektivem Rechtsschutz, insbesondere an rechtlichem Gehör, zu gewähren ist.

Ob vorliegend eine Bewältigung des Interessenkonflikts durch Abwägung erreicht werden kann, lässt sich durch das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht beurteilen. Denn das Bundes-

verwaltungsgericht hat die ihm aufgetragene Abwägung nicht in einer verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Weise vorgenommen. Der von ihm entwickelte Maßstab der existentiellen oder nachhaltigen Nachteile lässt nicht erkennen, dass und auf welche Weise mit ihm praktische Konkordanz zwischen den kollidierenden Rechtsgütern hergestellt werden kann; dieses Defizit ist auch nicht im Zuge seiner Anwendung auf den vorliegenden Fall behoben worden. Damit aber verfehlt die Beschränkung der Berufsfreiheit die Anforderungen der Angemessenheit.

aa) Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind allerdings die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Notwendigkeit lückenloser Sachverhaltsaufklärung im gerichtlichen Verfahren. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass im Rahmen der behördlichen Ermessensentscheidung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO neben dem privaten Interesse an effektivem Rechtsschutz und dem - je nach Fallkonstellation - öffentlichen oder privaten Interesse an Geheimnisschutz auch das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung in die Abwägung einzustellen ist (vgl. BVerwGE 19, 179 <186 f.>; 117, 8 <9 f.>; BVerwG, NVwZ 1994, S. 72 <74>; OVG NRW, NVwZ-RR 1998, S. 398 <399>; BayVGh, NVwZ 1985, S. 599 <599>; Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 14. Aufl. 2005, § 99 Rn. 17). Dies gilt in gleicher Weise für die gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidung nach § 99 Abs. 2 VwGO (vgl. BayVGh, NVwZ 1990, S. 778 <779>).

116

bb) Auch die grundsätzlichen Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts über die Stellung der Beschwerdeführerin im Wettbewerb und das grundsätzliche Konzept des Telekommunikationsgesetzes begegnen für sich genommen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

117

Das Bundesverwaltungsgericht stellt in allgemeiner Hinsicht darauf ab, dass der Gesetzgeber mit dem Telekommunikationsgesetz das spezifische Ziel verfolgt, Wettbewerb in einer Situation zu ermöglichen, in der es in der Nachfolge des früheren staatlichen Monopols im Bereich der Netzinfrastruktur einen Träger marktbeherrschender Stellung gibt, die Beschwerdeführerin. Der Gesetzgeber wolle trotz dieser Lage Chancengleichheit und funktionsfähigen Wettbewerb herstellen und einen Missbrauch wirtschaftlicher Macht ausschließen. Durch die Entgeltregelung sollten die Wettbewerber Marktzutrittschancen auch zu dem Vorleistungs- und dem Endkundenmarkt erhalten, in dem die Beschwerdeführerin eine marktbeherrschende Stellung hat. Der Marktzugang solle zu Bedingungen erfolgen, die nicht ungünstiger seien als für eigene (nachgelagerte) Dienstleistungsbereiche oder für Tochterunternehmen der Beschwerdeführerin. Die Netzinfrastruktur der Beschwerdeführerin sei unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung öffentlicher Mittel entstanden und weise deshalb einen intensiven sozialen Bezug auf. Die Beschwerdeführerin solle durch die Entgeltkontrolle gehindert werden, den bestehenden Wettbewerbsvorsprung zu erhalten, indem sie Telekommunikationsleistungen zu günstigeren Bedingungen als ihre Konkurrenten erbringen könne. Das verlange effektiven Rechtsschutz für die mit der Beschwerdeführerin konkurrierenden Unternehmen.

118

cc) Aus diesen Überlegungen werden aber Folgerungen für den Maßstab der Abwägung gezogen, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine verhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit nicht gerecht werden. 119

(1) Eine Abwägungsregel, die das Geheimhaltungsinteresse grundsätzlich hinter das Rechtsschutzinteresse zurückstellt, lässt sich nicht allein mit dem Hinweis des Bundesverwaltungsgerichts auf eine besondere Sozialpflichtigkeit des Eigentums der Beschwerdeführerin rechtfertigen, die in der Art der Entstehung dieses Eigentums angelegt sei. Das genügt schon deshalb nicht, weil die Marktverhältnisse laufender Veränderung unterliegen. So beruht die Netzinfrastruktur der Beschwerdeführerin zunehmend auf eigenen, selbst erwirtschafteten Investitionen. Ferner verliert der Vorteil der übernommenen Netzinfrastruktur tendenziell an Gewicht, je mehr die Wettbewerber auf eine eigene Netzinfrastruktur zugreifen können oder durch Inanspruchnahme alternativer Technologien nicht mehr auf die Leistungen der Beschwerdeführerin angewiesen sind. 120

(2) Vor allem muss die Abwägungsregel auf die für die Entgeltgenehmigung vom Gesetzgeber aufgestellten Beurteilungskriterien abgestimmt sein. Prüfungsmaßstab der Entgeltgenehmigung sind allein die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (vgl. § 27 Abs. 1 Satz 1 TKG a.F., § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG n.F.). Die Genehmigung soll sichern, dass die Beschwerdeführerin keine höheren Entgelte erhebt als durch diese Kosten gerechtfertigt ist, und das Gesetz garantiert zugleich, dass sie diese auch erheben darf. 121

Nicht etwa wird durch die Entgeltregulierung der Zweck verfolgt, die Wettbewerbsstellung des marktmächtigen Unternehmens durch Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu schwächen. Ein chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb kann nicht dadurch befördert werden, dass den Wettbewerbern Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der ebenfalls im Wettbewerb stehenden Beschwerdeführerin eröffnet und es ihnen so ermöglicht wird, gezielt Wettbewerbsstrategien gegen die Beschwerdeführerin aufzubauen. Die Entgeltkontrolle ist kein Mittel, um Wettbewerbern auf dem Telekommunikationsmarkt, von denen einige im Übrigen zwischenzeitlich auch über erhebliche Marktmacht in Deutschland und anderen Staaten verfügen, Vorteile im Kampf gegen den bisherigen Marktbeherrscher durch Zugang zu geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen einzuräumen. Sie soll lediglich sichern, dass die Beschwerdeführerin kein Entgelt erhebt, das die anderen Marktteilnehmer unangemessen benachteiligt. 122

Das an den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung orientierte Entgelt darf die Beschwerdeführerin nach dem Telekommunikationsgesetz festlegen, ohne dass dieses Recht durch Nachteile anderer Art "erkauft" werden muss. Nur der Sicherung eines den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Entgelts dient das Genehmigungsverfahren. Nachteile des marktmächtigen Unternehmens durch eine von der Entgelthöhe unabhängige Verbesserung der Wettbewerbssituation der anderen Marktteilnehmer dürfen grundsätzlich auch nicht dadurch bewirkt werden, dass die Verfolgung 123

des legitimen Ziels der Sicherung effektiven Rechtsschutzes für die Wettbewerber zu der Nebenwirkung eines weitgehenden Wegfalls grundrechtlichen Geheimnisschutzes für die Beschwerdeführerin führt. Der grundsätzliche Erhalt von Geheimnisschutz entspricht auch den in § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO niedergelegten Vorkehrungen über die Verweigerung der Einsicht in Vorgänge, die "ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen". Dies gewährleistet zugleich Grundrechtsschutz, hier den der Berufsfreiheit.

Auf die Außerachtlassung dieses Grundsatzes aber läuft die vom Bundesverwaltungsgericht zugrunde gelegte Abwägungsregel hinaus. Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind danach nur geschützt, wenn deren Offenlegung nachhaltige oder gar existenzbedrohende Nachteile für die Beschwerdeführerin besorgen lässt. Da die Nichtvorlage von Akten im Interesse des Geheimnisschutzes nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts eine begründungsbedürftige Ausnahme ist, führt die Bezugnahme auf existentielle oder nachhaltige Nachteile zu strengen Anforderungen an das Vorliegen eines Ausnahmefalls. 124

(3) Das durch diese Abwägungsregel bewirkte grundsätzliche Zurücktreten des Geheimnisschutzes ist nicht Ergebnis einer angemessenen Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zueinander. 125

(a) Nach dem vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Maßstab entfällt Geheimnisschutz zum einen, wenn der Ausnahmefall durch existenzbedrohende Nachteile begründet ist. Es ist schwer vorstellbar, dass die Offenlegung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses aus Anlass der Genehmigung eines Entgelts für den Netzzugang ein marktstarkes oder gar marktbeherrschendes Unternehmen in existentielle Gefahr bringen kann. Davon abgesehen erlaubt diese Grenze keine differenzierende Abwägung. Sie lässt außer Acht, dass die Intensität des Geheimnisschutzes auch von dem Gewicht des Offenlegungsinteresses abhängt. Selbst ein geringfügiges Offenlegungsinteresse, dem ein gewichtiges Geheimhaltungsinteresse gegenüber steht, würde nach dieser Formel die Offenlegung ermöglichen, wenn sie - wie wohl stets anzunehmen sein wird - das marktbeherrschende Unternehmen nicht in existentielle Gefährdung brächte. 126

(b) Da das Bundesverwaltungsgericht aber als zusätzliche Grenze die der "nachhaltigen" Nachteile formuliert, dürfte für die Grenze der existentiellen Nachteile praktisch überhaupt kein Raum sein: Genügen nachhaltige Nachteile, um Geheimnisschutz zu begründen, kann die weitergehende Grenze der existentiellen Nachteile nicht mehr erreicht werden. 127

Das Bundesverwaltungsgericht gibt allerdings nicht an, wonach sich die Nachhaltigkeit der Nachteile bemisst. Zwar ist der Begriff der Nachhaltigkeit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kein Fremdkörper im Telekommunikationsrecht (vgl. § 3 Nr. 5 TKG a.F. und § 2 Abs. 2 Nr. 2, § 3 Nr. 10 und 12, § 18 Abs. 2, § 21 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 3 Satz 2, § 39 Abs. 1 Satz 2, § 40 Abs. 2 Satz 2 und 3, § 61 Abs. 6 Satz 2, § 121 Abs. 2 Satz 1, § 144 Abs. 1 Satz 1 TKG n.F.). Auch in anderen Rechts- 128

bereichen wird "nachhaltig" als Tatbestandsmerkmal gebraucht. Der Gehalt dieses Begriffs ist allerdings schwer zu bestimmen, zumal er in unterschiedlichen Kontexten jeweils Unterschiedliches bedeutet. So spricht etwa § 3 Nr. 12 TKG n.F. von einem "nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt"; dies ist etwas anderes als die Benutzung des Begriffs der Nachhaltigkeit in Umweltschutznormen (vgl. etwa § 1 Nr. 2, § 2 Abs. 1 Nr. 2, 4, 5 und 6, § 3 Abs. 2, § 5 Abs. 4, 5 und 6, § 23 Abs. 2, § 26 Abs. 1 Nr. 1, § 27 Abs. 1 Nr. 3 und 6, § 30 Abs. 1, § 57 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz, § 1 Satz 1 Bundes-Bodenschutzgesetz, § 1 Abs. 1 Erneuerbare-Energien-Gesetz, § 1 Abs. 2 Satz 1 Raumordnungsgesetz) oder zur Kennzeichnung der Erheblichkeit einer Grundrechtsbeeinträchtigung (vgl. etwa BVerfGE 100, 214 <222>; 100, 313 <392>).

Das Bundesverwaltungsgericht führt nicht näher aus, wie es den Begriff der Nachhaltigkeit versteht. Es spricht lediglich von "nachhaltigen Nachteilen" sowie von "nachhaltigen Nachteilen für die Beigeladene" (hier also: die Beschwerdeführerin). Sollte mit dem Begriff der Nachhaltigkeit etwa auf die Schwere und Dauerhaftigkeit der Nachteile für die Beschwerdeführerin als Unternehmen abgestellt werden, dann dürfte der Ausnahmefall bei einer stets nur auf eine bestimmte Telekommunikationsleistung - hier den Netzzugang - bezogenen Entgeltentscheidung praktisch kaum eintreten können. Dass demgegenüber nur auf bestimmte Nachteile abzustellen ist, etwa auf solche, die in dem Marktsegment eintreten können, auf das sich die geschützten Geheimnisse beziehen, ist den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu entnehmen, würde allerdings auch zu erheblichen praktischen Problemen der Nachweisbarkeit führen. Im Übrigen leidet auch der Maßstab der nachhaltigen Benachteiligung daran, dass er eine differenzierende Abwägung unter Berücksichtigung der möglichen, eventuell nur geringfügigen, Nachteile an effektivem Rechtsschutz für die Wettbewerber nicht vorsieht.

129

dd) Diese Defizite sind auch nicht aus Anlass der Anwendung von § 99 Abs. 2 VwGO in den vorliegend zu beurteilenden Streitigkeiten ausgeräumt worden. Insbesondere enthalten die angegriffenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts keine nachvollziehbaren Ausführungen zur Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter. In den Entscheidungen ist insbesondere nicht die Möglichkeit genutzt worden, die Richtigkeit des Ergebnisses durch Konkretisierung des Abwägungsprogramms und Rechtfertigung des Abwägungsvorgangs zu sichern.

130

(1) Das Gericht zieht sich auf die Aussage zurück, es habe sich durch Akteneinsicht "in camera" davon überzeugt, dass ein nachhaltiger Nachteil für die Beschwerdeführerin nicht zu erwarten ist. Hinsichtlich der Begründung der Pflicht zur Offenlegung der Daten beschränkt es sich auf deren Umschreibung, ohne aber eine ausdrückliche Abwägung unter Rückgriff auf subsumtionsfähige Kriterien, etwa das benannte Kriterium der Nachhaltigkeit, vorzunehmen oder nachvollziehbar zu machen. Im Hinblick auf die den gesamten Unternehmensbereich der Beschwerdeführerin betreffenden Daten verneint das Gericht die Möglichkeit eines Nachteils schon allein deshalb, weil der Detaillierungsgrad zu gering sei, um wettbewerbsrelevante Rückschlüsse zu er-

131

möglichen. Obwohl es nicht in Zweifel zieht, dass auch insoweit Geheimnisse betroffen sind, wird nicht belegt, dass und weshalb aus ihrer Kenntnis von den Wettbewerbern keinerlei Wettbewerbsvorteile gezogen werden können. Erst recht fehlt es an einer Abwägung.

Der Verzicht auf eine Konkretisierung und nachvollziehbare Anwendung der der Abwägung zugrunde gelegten Kriterien lässt sich nicht dadurch rechtfertigen, dass hier "in camera" zu entscheiden war. Auch in diesem Verfahren gilt § 122 VwGO und damit die Pflicht, die entscheidungstragenden Erwägungen nachvollziehbar darzulegen. Auch § 99 Abs. 2 Satz 10 VwGO geht ausdrücklich davon aus, dass die Entscheidung begründet wird. 132

Bei den hier zu prüfenden Entscheidungen hat es sich um solche des Bundesverwaltungsgerichts über einen Rechtsbehelf gehandelt (vgl. hierzu § 122 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Eine Begründung war gemäß § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO nicht etwa deshalb entbehrlich, weil das Rechtsmittel aus Gründen der angefochtenen Entscheidung zurückgewiesen wurde; so lag es gerade nicht. Eine Begründung war schließlich auch nicht auf Grund der Vorschrift des § 99 Abs. 2 Satz 10 Halbsatz 2 VwGO ausgeschlossen, nach der die Entscheidungsgründe Art und Inhalt der geheim gehaltenen Urkunden, Akten und Auskünfte nicht erkennen lassen dürfen. 133

Die Art der gebotenen Begründung richtet sich nach den Eigenheiten des jeweiligen Beschlusses, hier also seinem Charakter als Abwägung zwischen kollidierenden Interessen. Dabei scheidet zwar aus, dass die Entscheidungsgründe nach Durchführung eines "in camera"-Verfahrens die Daten offen legen, die nach Abwägung nicht in das Hauptsacheverfahren eingebracht werden dürfen. Auch würde es den Geheimnisschutz verletzen, wenn die Geheimnisse aus der Begründung des Gerichts rekonstruiert werden könnten. Regelmäßig aber ist es möglich, die Entscheidung des Gerichts - unter Beachtung des § 99 Abs. 2 Satz 10 VwGO - mit Gründen zu versehen, ohne die konkreten Geheimnisse wiederzugeben, sie aber nach Typ und Art der betroffenen Daten insoweit zu behandeln, dass jedenfalls das Abwägungsprogramm und die Plausibilität des Abwägungsergebnisses erkennbar werden. Wenn das Gericht jedoch - wie hier - zu dem Ergebnis kommt, dass die Daten gar nicht geheim gehalten werden müssen, etwa weil es sich überhaupt nicht um Geschäftsgeheimnisse handelt, weil ihre Offenlegung keine Nachteile bewirkt oder weil der Geheimnisschutz in der Abwägung zurückzutreten hat, dann werden die entsprechenden Daten ohnehin in das Hauptsacheverfahren eingeführt, so dass sie den Verfahrensbeteiligten bekannt werden. Bei einem solchen Ergebnis spricht, soweit kein weiteres Rechtsmittel gegeben ist, erst recht nichts dagegen, dass das Gericht im "in camera"-Verfahren auch näher begründet, warum die Abwägung zur Verweigerung des Geheimnisschutzes geführt hat. 134

(2) Da das Gericht die seine Abwägung bestimmenden Gesichtspunkte nicht erläutert, ist diese im vorliegenden Fall nicht nachvollziehbar. Deshalb kann nicht festgestellt werden, dass sie zu einer angemessenen Zuordnung der Interessen am 135

Rechtsschutz einerseits und am Geheimnisschutz andererseits führt. Ist aber schon der Maßstab der Angemessenheit nicht beachtet worden, kann die Beschränkung der Berufsfreiheit nicht verhältnismäßig sein. Der Eingriff ist daher nicht gerechtfertigt.

d) Die Entscheidungen des Bundesministeriums und der Regulierungsbehörde werden den verfassungsrechtlichen Anforderungen ebenfalls nicht gerecht, soweit sie die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen anordnen. Diese Entscheidungen sind zwar auf eine Reihe konkreter Erwägungen gestützt, etwa zum Detaillierungsgrad, der keine relevanten Rückschlüsse auf Geheimnisse erlaube, oder zum Alter bestimmter in den Akten enthaltener Daten, die zwischenzeitlich für die Wettbewerber der Beschwerdeführerin nicht mehr von Wert seien. Soweit aber Abwägungen erforderlich wurden, haben die Behörden die Offenlegung von Aktenbestandteilen letztlich mit Rücksicht darauf angeordnet, dass keine nachhaltigen oder gar existentiellen Nachteile für die Beschwerdeführerin zu erwarten seien. Insofern leiden diese Entscheidungen an dem gleichen Mangel wie die des Bundesverwaltungsgerichts. 136

III.

Es kann dahinstehen, ob die in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzte Beschwerdeführerin auch in ihren Rechten aus Art. 14 Abs. 1 GG betroffen ist. Ein Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Art. 14 Abs. 1 GG geht jedenfalls nicht weiter als der durch Art. 12 Abs. 1 GG. 137

IV.

Zumindest unbegründet ist die Rüge der Beschwerdeführerin, auf Grund der Art und Weise der Durchführung des Zwischenverfahrens sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt und gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen worden, weil sie nicht wie das Bundesministerium und die Regulierungsbehörde die Möglichkeit gehabt habe, eine Stellungnahme gegenüber dem Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts abzugeben. 138

Die Beschwerdeführerin verkennt die Besonderheit der Mitwirkung der obersten Aufsichtsbehörde nach § 99 Abs. 2 Satz 6 VwGO. Es geht nicht darum, der Behörde besondere Vortrags- oder Verteidigungsmittel einzuräumen, sondern allein um eine Verständnishilfe für das Gericht. Es dient der Verfahrensbeschleunigung, wenn die Bediensteten der obersten Aufsichtsbehörde verpflichtet werden, die Gründe ihrer Weigerung, die Akten offen zu legen, zu erläutern, insbesondere wenn es sich um komplexe Vorgänge mit Bezug auf besondere Marktverhältnisse handelt, mit denen die erkennenden Richter nicht zwingend vertraut sind. 139

Dementsprechend meint nach ganz überwiegend vertretener Auffassung Beiladung im Sinne des § 99 Abs. 2 Satz 6 VwGO nicht im technischen Sinne die Beiladung nach § 65 VwGO. Vielmehr ist die oberste Aufsichtsbehörde – ähnlich wie ein Zeuge 140

im Zwischenstreit über das Zeugnisverweigerungsrecht (vgl. § 387 ZPO) – zu beteiligen (vgl. BVerwGE 117, 42 <43>; Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 14. Aufl. 2003, § 99 Rn. 20; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, Kommentar zur VwGO, 14. Aufl. 2004, § 99 Rn. 24). Zwar dürfen die Beteiligten des Ausgangsverfahrens sich gemäß Art. 103 Abs. 1 GG auch im Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO äußern. Das "in camera"-Verfahren würde aber konterkariert, wenn die Beteiligten im Ausgangsverfahren zu einer Stellungnahme aufgefordert würden, da dies eine Kenntnis vom Akteninhalt voraussetzt. Mit dem Grundsatz der Waffengleichheit wäre es wiederum nicht zu vereinbaren, wenn nur ein Beteiligter – hier die Beschwerdeführerin – angehört würde.

D.

Die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts werden aufgehoben und die Sache wird an dieses Gericht zurückverwiesen. 141

Die Entscheidung über die Auslagenerstattung beruht auf § 34 a Abs. 2 BVerfGG. 142

Die Entscheidung ist mit 6 : 2 Stimmen ergangen. 143

Papier	Haas	Hömig
Steiner	Hohmann-Dennhardt	Hoffmann-Riem
Bryde		Gaier

Abweichende Meinung
des Richters Gaier
zum Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006

- 1 BvR 2087/03 -

- 1 BvR 2111/03 -

Dem Beschluss stimme ich hinsichtlich der Ausführungen unter C. II. 2. c) in wesentlichen Punkten nicht zu. Nicht allein die angegriffenen Entscheidungen verstoßen gegen die Verfassung, vielmehr ist - jedenfalls hinsichtlich der Begrenzung auf ein "in camera" geführtes Zwischenverfahren in multipolaren Konstellationen - auch die zugrunde liegende Vorschrift des § 99 Abs. 2 VwGO mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren. Die Auffassung der Senatsmehrheit beseitigt die - auch von ihr erkannten - Defizite weder beim Geheimnisschutz noch bei der Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes. 144

1. Ich folge der Mehrheitsmeinung hinsichtlich der Feststellungen, dass im vorliegenden Fall praktische Konkordanz zwischen Geheimnisschutz und effektivem Rechtsschutz herzustellen ist, und die angegriffenen Entscheidungen das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse der Beschwerdeführerin an der Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht hinreichend berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht stellt in den Vordergrund seiner Erwägungen, dass der Ausschluss der Verwertbarkeit geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen zu einer dem Rechtsuchenden nachteiligen Entscheidung führen werde. Dass dieser Ansatz nur in Ausnahmefällen eine Berücksichtigung des Grundrechts der Beschwerdeführerin aus Art. 12 Abs. 1 GG erlaubt, zeigt die vom Bundesverwaltungsgericht verwendete Formel, der Geheimnisschutz könne nur Vorrang beanspruchen, wenn nachhaltige oder existenzbedrohende Nachteile zu besorgen seien. Auf diese Weise wird sich im Regelfall die Effektivität des Rechtsschutzes durchsetzen, ohne dass berechtigte Belange des Geheimnisschutzes, die nicht erst ab der Schwelle der "Nachhaltigkeit" Geltung beanspruchen, Berücksichtigung finden können. 145

2. Die Mehrheitsmeinung geht allerdings nicht konsequent den Ursachen für das Abwägungsdefizit in den angegriffenen Entscheidungen nach. Vielmehr bleibt die Frage offen, ob es auf der Grundlage des geltenden Rechts überhaupt möglich ist, den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen. So richtig es ist, dass der Gesetzgeber die Herstellung praktischer Konkordanz den Fachgerichten überlassen darf, so richtig ist es auch, dass er hierfür den gesetzesgebundenen Gerichten (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht den Weg verstellen darf. Es ist daher notwendig, die strukturelle Unzulänglichkeit der Regelung in § 99 Abs. 2 VwGO in den Blick zu nehmen. Eine hieran ausgerichtete Prüfung der Norm führt zu dem Ergebnis, dass auf der Grundlage des geltenden Verfahrensrechts die von der Verfassung gebotene Zuordnung der betroffenen Rechtsgüter - effektiver Rechtsschutz einerseits und Geheimhaltungsinteresse andererseits - ausgeschlossen ist. Kann hiernach ein Fachsenat auf der Grundlage des § 99 Abs. 2 VwGO in keinem Fall eines multipolaren Rechts- 146

verhältnisses zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis gelangen, so muss die - von der Beschwerdeführerin mittelbar angegriffene - Norm insoweit für verfassungswidrig erklärt werden (§ 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG); bereits anhängige Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO sind bis zur gesetzlichen Neuregelung auszusetzen.

a) Das Bundesverwaltungsgericht geht, was verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist (vgl. unten 5. a), davon aus, dass nach dieser Vorschrift ein "in camera"-Verfahren in der Hauptsache nicht möglich ist. Geregelt ist hiernach in § 99 Abs. 2 VwGO ein bloßes Zwischenverfahren, dessen Gegenstand allein die Überprüfung der Ermessensentscheidung der obersten Aufsichtsbehörde ist, die Akten oder Urkunden aus Gründen

147

überwiegenden Geheimnisschutzes nicht herauszugeben oder Auskünfte nicht zu erteilen. Diese Konzeption des "in camera"-Verfahrens hat bei Feststellung der Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Aktenvorlage zur Folge, dass der Inhalt der betreffenden Unterlagen im Hauptsacheverfahren nicht verwertet werden darf. Demnach muss in Rechtsstreiten, bei denen der Inhalt der geheim gehaltenen Akten für eine entscheidungserhebliche Vorfrage von Relevanz ist, letztlich nach Beweislastregeln entschieden werden, obgleich Beweismittel und weiterer Tatsachenstoff vorhanden sind.

b) Diese im Gesetz angelegte Alternativität zwischen dem Ausschluss von Tatsachenstoff bei Geheimhaltung und dessen Berücksichtigung nur bei fehlendem Geheimhaltungsbedarf hindert zumindest in multipolaren Konstellationen und außerhalb reiner Auskunftsprozesse (vgl. dazu Mayen, NVwZ 2003, S. 537 f.) die notwendige (vgl. etwa BVerfGE 89, 214 <232>) Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den kollidierenden Grundrechtspositionen. Eine Entscheidung ergeht immer nur entweder zu Lasten des effektiven Rechtsschutzes oder zu Lasten des Geheimhaltungsinteresses. Diese verfehlte Alternativität ermöglicht es den Fachgerichten nicht, im Rahmen ihrer Rechtsanwendung sowohl den Rechtsschutzansprüchen als auch den Geheimhaltungsbelangen Wirksamkeit zu verleihen. Es ist daher geradezu zwangsläufig, dass die Fachgerichte - wie das Bundesverwaltungsgericht in den angegriffenen Entscheidungen - die Beschneidung ihrer Prüfungscompetenz in tatsächlicher Hinsicht durch zu strenge Anforderungen an das Geheimhaltungsinteresse zu vermeiden suchen.

148

3. Die Hinweise der Mehrheitsmeinung ermöglichen vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung keine Zuordnung, die beiden betroffenen Rechtsgütern Wirksamkeit verleiht. Es wird zwar die Gewichtung zugunsten des Geheimnisschutzes verschoben, dies geschieht allerdings ohne jede Einschränkung auf Kosten des effektiven Rechtsschutzes: Wird künftig die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Aktenvorlage eher bejaht werden, so wird im selben Umfang die Zahl der Verwaltungsstreitverfahren steigen, in denen - mangels Aktenkenntnis - eine vollständige Sachverhaltsaufklärung nicht möglich ist und daher auf der Grundlage der materiellen Beweislast eine Entscheidung ergehen muss.

149

a) Dies wird regelmäßig den Rechtsschutz der Bürger beeinträchtigen, die gegenüber einer Behörde einen Leistungsanspruch geltend machen oder den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes erstreben. Sie tragen die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen und können mit ihren Klagen keinen Erfolg haben, wenn sich der erforderliche Nachweis nur aus den geheim gehaltenen Akten oder Unterlagen ergeben kann. 150

b) In der multipolaren Konstellation des vorliegenden Falles scheint durch die Rechtsprechung der Fachgerichte noch nicht abschließend geklärt, welche Partei die Beweislast trifft. 151

aa) Wäre dies die Klägerin, die im Wege der Drittanfechtungsklage eine Überprüfung der Entgeltfestsetzung erstrebt, so müsste sie mit ihrem Begehren scheitern. Wird berücksichtigt, dass die Bedeutung der Entgeltkontrolle im Interesse der Herstellung und Erhaltung von Wettbewerb künftig noch steigen wird und über den Telekommunikationsbereich hinaus auch andere Netzwirtschaftsbereiche - wie das Energiewirtschafts- und Eisenbahnrecht (vgl. § 23 a des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung - Energiewirtschaftsgesetz <EnWG 2005> vom 7. Juli 2005 <BGBl I S. 1970>; § 14 e des Allgemeinen Eisenbahngesetzes <AEG> in der Fassung vom 3. August 2005 <BGBl I S. 2270>) - erfasst, so wären auch Rückschritte bei dem Gemeinwohlziel der Verhinderung monopolartiger Wirtschaftsstrukturen zu befürchten. Nur in den von der Regulierungsbehörde (oder jetzt der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen und den Landesregulierungsbehörden) geführten Akten des Entgeltgenehmigungsverfahrens finden sich typischerweise die Informationen, die für eine Überprüfung des genehmigten Entgelts am vorrangigen Maßstab effizienter Leistungsbereitstellung (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG n.F.; § 21 Abs. 2 EnWG 2005) maßgebend sind. 152

bb) Wird die Beweislast dagegen der Behörde zugewiesen, so muss der Beteiligte, der den Schutz seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse für sich beanspruchen will, hier also die Beschwerdeführerin, Defizite bei der Justizgewährung hinnehmen. Hier kollidieren ebenfalls - nun allerdings in der Person ein- und desselben Grundrechtsträgers - effektiver Rechtsschutz und Geheimhaltungsinteresse; denn eine gerichtliche Entscheidung, die auf der Grundlage aller entscheidungserheblicher Tatsachen ergeht, erreicht die Beschwerdeführerin nur um den Preis der Offenbarung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Wiederum wird ein Problem praktischer Konkordanz nicht gelöst, vielmehr ist eine Entscheidung stets zu Gunsten der einen und gleichzeitig zu Lasten der anderen Rechtsposition zu treffen. 153

4. Der Senat hätte daher den vorliegenden Fall nutzen müssen, um seine Rechtsprechung zum "in camera"-Verfahren (vgl. BVerfGE 101, 106) insbesondere mit Blick auf multipolare Konstellationen fortzuentwickeln. 154

a) Ziel muss es sein, eine wirkungsoptimierte Zuordnung von Justizgewährung und Geheimnisschutz zu erreichen. 155

aa) Insoweit ist der Ansatz, die Verweigerung der Aktenvorlage nicht - wie mit der bis 31. Dezember 2001 geltenden Fassung des § 99 VwGO - der nur eingeschränkt überprüfbaren Entscheidung der obersten Aufsichtsbehörde zu überlassen, sondern in vollem Umfang einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen, ein erster Schritt. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Verweigerung der Vorlage - oder besser: der Offenlegung - der Akten nur auf solche Fälle beschränkt bleibt, in denen dies tatsächlich aus Gründen des Geheimnisschutzes erforderlich ist. Die hieran - bei bejahter Rechtmäßigkeit der Weigerung - anschließende Konsequenz der Nichtberücksichtigung des Akteninhalts als Prozessstoff führt jedoch zur völligen Verdrängung des effektiven Rechtsschutzes als kollidierender Grundrechtsposition. Für diese - bereits eingangs geschilderte - Alternativität besteht keine Notwendigkeit; sie wird daher dem Verfassungsgebot zur Herstellung praktischer Konkordanz nicht gerecht. 156

bb) Die Alternativität kann erst dann aufgelöst und eine wirkungsoptimierte Zuordnung geschaffen werden, wenn das "in camera"-Verfahren nicht auf den Zwischenstreit über die Aktenvorlage beschränkt bleibt, sondern auf den Rechtsstreit in der Hauptsache selbst erstreckt wird. Bei § 138 TKG n.F., der inzwischen für das Telekommunikationsrecht eine gegenüber § 99 VwGO speziellere Regelung trifft, kann dies durch Verzicht auf das in Absatz 4 Satz 2 vorgeschriebene Einverständnis der Beteiligten geschehen. Wird bei einer solchen Verfahrensgestaltung nach Verweigerung der Offenlegung der Akten in einer ersten Stufe gerichtlich festgestellt, dass diese Maßnahme aus Gründen des Geheimnisschutzes erforderlich ist, so scheiden die vom Gericht aus den Akten entnommenen und im weiteren Prozessverlauf noch zu entnehmenden Erkenntnisse gleichwohl nicht als Entscheidungsgrundlage aus. Sie werden vielmehr Prozessstoff, so dass das Gericht seine Entscheidung in der Hauptsache nach einer umfassenden Prüfung des Sachverhalts treffen kann. Rechtsschutzdefizite müssen die Beteiligten demnach nicht hinnehmen. 157

cc) Zur Wahrung des Geheimnisschutzes ist allerdings auch dieser Teil des Haupt-sacheverfahrens - soweit er die geheim zu haltenden Unterlagen zum Gegenstand hat - "in camera" zu führen. Ein Akteneinsichtsrecht (§ 100 VwGO) ist - wie derzeit bereits für das Zwischenverfahren (§ 99 Abs. 2 Satz 9 VwGO, § 138 Abs. 3 Satz 2 TKG n.F.) - auszuschließen. Darüber hinaus dürfen entsprechend § 99 Abs. 2 Satz 10 VwGO, § 138 Abs. 3 Satz 3 TKG n.F. die geheim gehaltenen Vorgänge auch aus den Urteilsgründen nicht zu erkennen sein. 158

b) Bei dieser Lösung sind mithin aus Gründen des Geheimnisschutzes Einschränkungen des Rechts auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht zu vermeiden. Dies begegnet indes keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seiner ersten Entscheidung zu § 99 VwGO darauf hingewiesen, dass effektiver Rechtsschutz und Gewährung rechtlichen Gehörs nicht in Gegensatz zueinander gerückt werden dürfen, und das Gehörsrecht eingeschränkt werden kann, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 101, 106 <129>). Es hat ferner klargestellt, 159

dass eine solche Einschränkung des rechtlichen Gehörs möglich ist, wenn der begrenzte Verzicht auf Gehörgewährung zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes des betroffenen Rechtsuchenden führt (vgl. BVerfGE 101, 106 <130>). Der verbesserte Rechtsschutz durch ein "in camera"-Verfahren in der Hauptsache ist aber offensichtlich, wenn ihm das de lege lata gegebene Rechtsschutzdefizit infolge der Nichtberücksichtigung des geheim gehaltenen Akteninhalts gegenüber gestellt wird. Es erinnert an das Bild des Kindes, das mit dem Bade ausgeschüttet wird, wenn mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG Bedenken gegen ein "in camera"-Verfahren in der Hauptsache vorgebracht werden (so etwa Ohlenburg, NVwZ 2005, S. 15 <19>): Das Problem der Gehörgewährung wird kurzerhand durch den völligen Ausschluss des Prozessstoffs ausgeräumt, zu dem sich der Betroffene hätte äußern können.

Auch dem nicht beweisbelasteten Beteiligten entstehen durch das "in camera"-Verfahren in der Hauptsache keine Nachteile, die als verfassungswidrige Einschränkung des ihm geschuldeten Rechtsschutzes gewertet werden könnten. Effektiver Rechtsschutz bedeutet die umfassende Prüfung des Rechtsschutzbegehrens nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht (vgl. BVerfGE 101, 106 <123>). Gegenüber einer Beweislastentscheidung ist mithin die vollständige Sachverhaltsaufklärung vorrangig. Solange sie den Umständen nach möglich ist, ist die Chance einer Partei, im Fall einer Beweislastentscheidung im Prozess zu obsiegen, nicht Teil der Justizgewährung.

160

c) Selbst wenn es sich nicht ausschließen lässt, dass Urteilsgründe, die mit Rücksicht auf die erforderliche Geheimhaltung hinsichtlich zentraler Feststellungen einer detaillierten Begründung entbehren, eine Verteidigung der Rechte des Unterlegenen im Rechtsmittelverfahren erschweren (zur Bedeutung der Begründung in dieser Hinsicht vgl. BVerfGE 50, 287 <289 f.>), führt auch dies nicht zu einem entscheidenden Argument gegen ein "in camera"-Verfahren in der Hauptsache. Denn der Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes verbietet es den Gerichten, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (vgl. BVerfGE 41, 23 <25 f.>; 69, 381 <385>). Die Fachgerichte werden daher bei Anwendung und Auslegung der Zulassungsgründe zu beachten haben, dass sie wegen der erschwerten Überprüfungsöglichkeiten des Rechtsmittelklägers die Anforderungen namentlich hinsichtlich der Darlegung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1, § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO) oder hinsichtlich einer besonderen tatsächlichen Schwierigkeit der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 2, § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO) nicht überspannen (vgl. Beutling, DVBl 2001, S. 1252 <1257>).

161

Im Übrigen stellt sich das Problem erschwerter Rechtsmittelverfahren auch bereits nach derzeit geltendem Recht. Soweit - wie im Regelfall (§ 99 Abs. 2 Satz 1 und 2 VwGO) - das Oberverwaltungsgericht über die Rechtmäßigkeit der verweigerten Aktenvorlage zu befinden hat, ist es nach § 99 Abs. 2 Satz 10 VwGO gehalten, in der Begründung seiner Entscheidung jeden Hinweis auf Art und Inhalt der geheim gehaltenen Akten vorzutragen.

162

tenen Akten zu unterlassen. Der Beteiligte, der die Aktenvorlage erstrebt, sieht sich demnach ebenfalls mit der Schwierigkeit konfrontiert, einen für ihn nachteiligen Beschluss trotz dieser eingeschränkten Begründung im Hinblick auf die Einlegung der Beschwerde (§ 99 Abs. 2 Satz 12 VwGO) auf seine Richtigkeit überprüfen zu müssen. Diese Erschwernis bleibt keineswegs auf das Zwischenverfahren begrenzt und ist daher nicht etwa von geringem Gewicht. Der Ausgang des Zwischenverfahrens ist vielmehr für den Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache von maßgebender Bedeutung, weil er darüber bestimmt, ob die Entscheidung auf der Grundlage des gesamten relevanten Tatsachenstoffs oder lediglich nach Beweislastregeln ergeht.

5. Die Meinung der Senatsmehrheit hat zudem zur Konsequenz, dass den Fachgerichten die Bewältigung eines umfangreichen Abwägungsprogramms aufzuerlegen ist. Verschärft wird die damit geschaffene Arbeitsbelastung der Fachgerichte noch dadurch, dass zur Konkretisierung des Abwägungsprogramms, zur Rationalisierung des Abwägungsvorgangs und zur Sicherung der Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses ein erweiterter Begründungszwang geschaffen wird. All dies trägt jedoch nicht zu einer der Verfassung entsprechenden Konfliktlösung bei.

163

a) Sowohl das Abwägungsprogramm als auch die Begründungspflicht sind unnötig. Beide können nicht dazu führen, das erstrebte und verfassungsrechtlich gebotene Ziel zu erreichen, weil die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimhaltungsinteresse so lange ausgeschlossen bleibt, als das "in camera"-Verfahren in der Hauptsache nicht eröffnet ist. Angesichts des Gesetzeswortlauts und des klar erkennbaren Willens des Gesetzgebers kann jedoch dem geltenden § 99 Abs. 2 VwGO eine solche Verfahrensgestaltung selbst durch verfassungskonforme Auslegung nicht entnommen werden (vgl. BVerfGE 101, 312 <329>).

164

b) Allerdings wird auch das "in camera"-Verfahren in der Hauptsache eine Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen erfordern. Der Entscheidung, den Rechtsstreit hinsichtlich einzelner entscheidungserheblicher Punkte "in camera" fortzuführen, muss daher eine entsprechende Prüfung des Fachgerichts vorausgehen. Ihr liegt jedoch im Gegensatz zur geltenden Rechtslage kein Konflikt zwischen Geheimnisschutz und der Gewährung effektiven Rechtsschutzes zugrunde, vielmehr stehen sich das Geheimhaltungsinteresse und der Anspruch auf rechtliches Gehör gegenüber (vgl. oben 4. b). Dies stellt an das Abwägungsprogramm weniger strenge Anforderungen als die Auffassung der Senatsmehrheit; denn der Gesetzgeber ist angesichts seiner Ausgestaltungsbefugnis für das rechtliche Gehör nicht gehindert, Äußerungsmöglichkeiten einzuschränken, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 81, 123 <129>; 101, 106 <129>). Lässt der Gesetzgeber daher ein "in camera"-Verfahren in der Hauptsache zu, so reicht es aus, wenn er dessen Anordnung im Einzelfall davon abhängig macht, dass der Ausschluss des rechtlichen Gehörs mit Blick auf das im konkreten Fall gegebene Interesse an der Geheimhaltung der betreffenden Akten verhältnismäßig ist. Demnach wird zunächst zu prüfen sein, ob die Annahme eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis-

165

ses gerechtfertigt ist, ob den Akten entscheidungserhebliche Tatsachen oder Beweismittel zu entnehmen sind und keine anderen geeigneten und zulässigen Möglichkeiten der Sachaufklärung - wie gegebenenfalls das Vergleichsverfahren - bestehen (vgl. § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB). Sind diese Voraussetzungen gegeben, so schließt sich die Prüfung an, ob angesichts des Geheimhaltungsinteresses das Zurücktreten des Anspruchs auf rechtliches Gehör angemessen erscheint.

6. Die Bedeutung des "in camera"-Verfahrens für einen wirkungsoptimierten Ausgleich zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimnisschutz bleibt nicht auf den Anwendungsbereich des § 99 Abs. 2 VwGO beschränkt. So hätte eine entsprechende Senatsentscheidung dem Gesetzgeber auch Anlass für eine Überprüfung der Regelung des § 26 Abs. 2 BVerfGG geben können. Insbesondere aber erlangt die Möglichkeit eines "in camera"-Verfahrens in der Hauptsache Bedeutung für die Regelung der Akteneinsicht im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung von kartell- und energiewirtschaftsrechtlichen Verfahren (§ 72 Abs. 2 und Abs. 3 GWB, § 84 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG 2005) sowie für die behördliche Vorlage- und Auskunftspflicht nach § 138 TKG n.F. Eine Entscheidung des Senats zu § 99 Abs. 2 VwGO hätte daher auch zu einer verbesserten Justizgewährung und gleichzeitig verbessertem Geheimnisschutz im Kartell- und Telekommunikationsrecht führen können. Die Auffassung der Senatsmehrheit verschiebt stattdessen die Gewichtung zugunsten des Geheimhaltungsinteresses, was - je nach Verteilung der Beweislast - namentlich für die Verbraucher spürbare Nachteile bei der Effizienz der Wettbewerbsregulierung im Bereich der Telekommunikations- und Energiewirtschaft oder aber wirtschaftlichen Schaden für das der Regulierung unterworfenen Unternehmen, das seine Preisgestaltung nicht angemessen verteidigen kann, befürchten lässt.

166

Gaier

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 -
1 BvR 2087/03**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/
03 - Rn. (1 - 166), http://www.bverfg.de/e/rs20060314_1bvr208703.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2006:rs20060314.1bvr208703