



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 20 F 2.06 (20 F 9.03)  
OVG 13a D 94/02  
BVerfG 1 BvR 2087/03

In der Verwaltungsstreitsache

hat der Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts  
für Entscheidungen nach § 99 Abs. 2 VwGO  
am 22. März 2007  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Prof. Dawin und Dr. Kugele

beschlossen:

Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 2. Oktober 2002 wird aufgehoben, soweit der Antrag der Klägerinnen zurückgewiesen worden ist.

Es wird festgestellt, dass auch die Verweigerung der Offenlegung der übrigen in Ziffer 1 des Bescheides der Beklagten vom 11. Juni 2002 aufgeführten und die Verweigerung einer Offenlegung ohne Schwärzungen der in Ziffer 3 des Bescheides vom 11. Juni 2002 genannten Seiten der Verwaltungsvorgänge des Beschlusskammerverfahrens Az.: 4e-98-024/E 21.09.98 rechtswidrig ist.

Die Kosten dieses Zwischenverfahrens tragen die Beklagte und die Beigeladene je zur Hälfte.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Zwischenverfahren auf 4 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Gegenstand dieses Zwischenverfahrens ist ein Bescheid der Beklagten vom 11. Juni 2002. Mit diesem hatte die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post angeordnet, dass in dem Rechtsstreit VG Köln - Az.: 1 K 1749/99 -, in dem die Klägerinnen gegen die Festsetzung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung geklagt hatten, zahlreiche Seiten aus den Verwaltungsvorgängen nicht und weitere Seiten nur teilweise geschwärzt offengelegt werden dürfen. Dem Antrag der Klägerinnen auf Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht nur teilweise stattgegeben. Auf die Beschwerde der Klägerinnen hat das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 15. August 2003 die vorinstanzliche Entscheidung aufgehoben, soweit der Antrag der Klägerinnen zurückgewiesen worden ist, und festgestellt, dass auch die Verweigerung der Offenlegung sowie der Offenlegung ohne vorherige Schwärzungen der übrigen im Bescheid vom 11. Juni 2002 aufgeführten Bestandteile der Verwaltungsakten rechtswidrig ist. Auf die Verfassungsbeschwerde der Beigeladenen hat das Bundesverfas-

sungsgericht festgestellt, dass der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts sowie die Entscheidung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 11. Juni 2002, soweit sie die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen anordnet, die Beigeladene in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzen. Das Bundesverfassungsgericht hat den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben und die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt: Die Daten, deren Offenlegung das Bundesverwaltungsgericht gefordert habe, seien durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen. Es bestehe ein Konflikt zwischen dem Staat in Gestalt der Regulierungsbehörde, den Klägerinnen als potentiell zur Entgeltzahlung Verpflichtete mit ihrem Interesse an effektivem Rechtsschutz bei der Überprüfung der Entgelthöhe, die ihrerseits auf ihre Berufsausübung zurückwirke, sowie der Beigeladenen als Trägerin der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und als Berechtigte zur Entgelterhebung, die ebenfalls ein Interesse an effektivem Rechtsschutz im Rechtsstreit um die Entgeltgenehmigung habe. In diesem Interessenwiderstreit müssten die kollidierenden Rechtsgüter und rechtlich geschützten Interessen mit dem Gewicht, das sie in der konkreten Situation hätten, gegeneinander abgewogen werden. Nicht zulässig sei es, einem Gesichtspunkt, etwa dem des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG, in der Weise von vornherein ein größeres Gewicht zuzusprechen, dass die Vorlage sämtlicher Unterlagen als die gesetzlich gewollte Regel und die Verweigerung wegen Geheimnisschutzes als begründungsbedürftige Ausnahme angesehen werde. So aber sei der Fachsenat verfahren. Weil der Gesetzgeber das „in camera“-Verfahren ausdrücklich auf das Zwischenverfahren beschränkt habe, sei eine analoge oder eine verfassungskonforme Auslegung des § 99 VwGO mit dem Ergebnis eines „in camera“-Verfahrens auch in der Hauptsache nicht möglich.

## II

- 2 Die zulässige Beschwerde ist begründet. Das Oberverwaltungsgericht hätte feststellen müssen, dass auch die Verweigerung der Offenlegung und der Of-

fenlegung ohne vorherige Schwärzungen der übrigen im Bescheid der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, heute: Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, vom 11. Juni 2002 aufgeführten Bestandteile der Verwaltungsvorgänge des Beschlusskammerverfahrens Az.: 4e-98-024/E 21.09.98 rechtswidrig ist. Dies folgt aus der gebotenen gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung der Vorschrift des § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Diese Vorschrift ist gemäß § 150 Abs. 14 des Telekommunikationsgesetzes i.d.F. vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) auf den vorliegenden, am 2. August 2002 und damit vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 26. Juni 2004 (vgl. § 152 Abs. 1 Satz 1 TKG) anhängig gewordenen Antrag im Zwischenverfahren anzuwenden.

- 3 Nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann die oberste Aufsichtsbehörde der am Rechtsstreit auf der Beklagtenseite beteiligten Behörde die Vorlage von Urkunden oder Behördenakten im Prozess u.a. dann verweigern, wenn diese Urkunden oder Akten ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen. Ihrem Wesen nach geheim zu halten sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Das sind alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Kreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat (BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03 - BVerfGE 115, 205 <230>). Ob die Angaben, welche die technischen und die kaufmännischen Aspekte der Geschäftstätigkeit der Beigeladenen betreffen, und die sich auf die Verhältnisse im Jahre 1998 und früher beziehen, Rückschlüsse auf das gegenwärtige technische und kaufmännische Wissen der Beigeladenen, auf ihre gegenwärtigen geschäftlichen Pläne und Absichten erlauben und deshalb einem Wettbewerber nicht bekannt werden dürfen, kann unentschieden bleiben. Handelt es sich bei den acht und mehr Jahre alten Angaben nicht um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, ist für eine Weigerung, die Behördenakten im Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht Köln vorzulegen, schon deshalb kein Raum. Aber auch wenn die zurückgehaltenen oder teilweise geschwärzten Akten Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten sollten, ist die Verweigerung der Aktenvorlage rechtswidrig. Denn § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist in Fällen, in denen es um die Vorlage von Akten der Regulie-

rungsbehörde in einem Rechtsstreit gegen Entscheidungen dieser Behörde geht, von dem Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -dienste betroffen sind, dahin auszulegen, dass die zuständige oberste Aufsichtsbehörde kein Ermessen hinsichtlich der Aktenvorlage besitzt; die Akten vielmehr vorgelegt werden müssen.

- 4 Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 - (a.a.O. S. 232 ff.) im Einzelnen dargestellt, inwiefern die Verfassungsrechtsgüter aus Art. 20 Abs. 3 GG sowie die verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Beigeladenen einerseits und der Klägerinnen andererseits in dem dreipoligen Rechtsverhältnis, das mit der Erhebung der Klage gegen die Genehmigung des Entgelts durch die Regulierungsbehörde zustande gekommen ist, eine Konfliktlage haben entstehen lassen. Das Bundesverfassungsgericht hat ferner die Gesichtspunkte genannt, deren Gewicht im konkreten Fall die Abwägungsentscheidung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO bestimmt, nämlich das verfassungsrechtlich geschützte Interesse an effektivem Rechtsschutz und das gleichfalls verfassungsrechtlich geschützte Geheimhaltungsinteresse des regulierten Unternehmens. Fällt die erforderliche Abwägung zugunsten des Geheimhaltungsinteresses aus, so verstößt der mit der Vorlage der Akten an das Gericht verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit des Unternehmens gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit der Folge, dass die Vorlage zu unterbleiben hat. Das bedeutet, dass das Gericht nach nationalem deutschem Recht über die Rechtmäßigkeit des festgesetzten Zugangsentgelts ohne vollständige Kenntnis des Inhalts der einschlägigen Verwaltungsakten der Regulierungsbehörde entscheiden muss.
- 5 Nach dem - vom Bundesverfassungsgericht nicht geprüften - Europäischen Gemeinschaftsrecht ist eine unter derartigen Umständen zustande gekommene Entscheidung des Gerichts der Hauptsache jedoch nicht zulässig.
- 6 Bestimmungen zum Verfahren der Überprüfung der Entscheidungen, welche die Regulierungsbehörde gegenüber einem Anbieter oder Nutzer eines elektronischen Kommunikationsnetzes oder -dienstes gefasst hat, hatte für die Zeit bis zum 24. Juli 2003 Art. 5a Abs. 3 der Richtlinie des Rates vom 28. Juni 1990 zur

Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (90/387/EWG) getroffen. Ab dem 25. Juli 2003 ist maßgebend Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für effektive Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie). Art. 5a Abs. 3 ONP-Richtlinie und Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Rahmenrichtlinie legen übereinstimmend fest, dass es in den Mitgliedstaaten „geeignete“ bzw. „wirksame“ Verfahren geben muss, nach denen ein von einer Entscheidung der Regulierungsbehörde Betroffener einen Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung einlegen kann. In Art. 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 Rahmenrichtlinie ist zum Erfordernis der „Wirksamkeit“ des Rechtsbehelfsverfahrens bestimmt, dass die über den Rechtsbehelf entscheidende Stelle über den von der Aufgabe geforderten angemessenen Sachverstand verfügen und das Rechtsbehelfsverfahren insgesamt so ausgestaltet sein muss, dass den Umständen des Falles angemessen Rechnung getragen wird und wirksame Einspruchsmöglichkeiten gegeben sind. Damit stellen Art. 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 Rahmenrichtlinie lediglich eine Konkretisierung und Klarstellung des in Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift statuierten Erfordernisses der „Wirksamkeit“ des Rechtsbehelfsverfahrens dar. Im Sinne dieser Klarstellung ist auch der Begriff der „Geeignetheit“ des Rechtsbehelfsverfahrens in Art. 5a Abs. 3 ONP-Richtlinie zu verstehen. Auch diesem Erfordernis ist, ohne dass dies in der ONP-Richtlinie ausdrücklich ausgesprochen sein muss, nur genügt, wenn die entscheidende Stelle über den angemessenen Sachverstand verfügt und das Rechtsbehelfsverfahren insgesamt so ausgestaltet ist, dass den Umständen des Falles angemessen Rechnung getragen wird. Deshalb hat das, was der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 13. Juli 2006 - Rs C-438/04 - Mobistar (CR 2006, 669 mit Anmerkung Schütze a.a.O. S. 665) zur Auslegung des Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie ausgeführt hat, der Sache nach auch Gültigkeit für Art. 5a Abs. 3 ONP-Richtlinie.

- 7 Nach diesem Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist Art. 4 Rahmenrichtlinie dahin auszulegen, dass die Stelle, die zur Entscheidung über Rechtsbehelfe gegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde berufen ist, über sämtliche für die Prüfung der Begründetheit eines Rechtsbehelfs nötigen

Informationen verfügen muss, einschließlich etwaiger vertraulicher Informationen, die die Regulierungsbehörde beim Erlass der Entscheidung, die Gegenstand des Rechtsbehelfs ist, berücksichtigt hat. Diese Stelle hat jedoch die vertrauliche Behandlung der betreffenden Angaben zu gewährleisten und dabei die Erfordernisse eines effektiven Rechtsschutzes zu beachten und die Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten sicherzustellen. Mit diesem Inhalt sind Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie, die bei der Stellung des Antrags der Klägerinnen nach § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO bereits galt, im Zwischenverfahren sowie Art. 5a Abs. 3 ONP-Richtlinie und Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie im Verfahren der Hauptsache zu beachten.

- 8 Ob dieser Regelung, die trotz Ablaufs der Umsetzungsfristen bisher nicht in deutsches Recht umgesetzt worden ist, unmittelbare Wirkung zukommt, kann offenbleiben. Jedenfalls begründete und begründet sie aufgrund ihrer bloßen Existenz als gültiges sekundäres Gemeinschaftsrecht die Verpflichtung der deutschen Gerichte, in Prozessen der in der Richtlinie genannten und auch hier vorliegenden Art das deutsche Recht in Übereinstimmung mit ihr auszulegen.
- 9 Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt das Gebot europarechtskonformer Auslegung bei versäumter oder unzureichender Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht aus der Verpflichtung der Mitglieder aus Art. 249 Abs. 3 EG, die in einer Richtlinie aufgestellten Ziele zu erreichen, und der sich aus Art. 10 EG ergebenden Obliegenheit, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen zu ergreifen. Das Gebot der europarechtskonformen Auslegung trifft alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch die Gerichte (EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 - Rs. C-379/01 bis 403/01 - Slg. 2004, I-8878 Rn. 110 m.w.N.). Das nationale Gericht muss das innerstaatliche Recht soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 249 Abs. 3 EG nachzukommen (EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 a.a.O. Rn. 113). Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts verlangt, dass das nationale Gericht nicht nur die zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen Bestimmungen, sondern das gesamte nationale Recht so



auslegt, dass seine Anwendung nicht zu einem der Richtlinie widersprechenden Ergebnis führt (EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 a.a.O. Rn. 115). Die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung setzt nicht voraus, dass die Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt und ihr unmittelbare Wirkung eigen ist (vgl. Beschluss vom 30. April 2003 - BVerwG 6 C 6.02 - BVerwGE 118, 128 <140> m.w.N.).

- 10 Weil gemäß Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie und Art. 5a Abs. 3 ONP-Richtlinie nach der maßgebenden Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof das Gericht, das über Klagen gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde befindet, über sämtliche für die Prüfung der Begründetheit dieses Rechtsbehelfs nötigen Informationen einschließlich etwaiger vertraulicher Informationen, welche die Regulierungsbehörde bei Erlass der angefochtenen Entscheidung berücksichtigt hat, verfügen muss, ist die durch § 99 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 VwGO eröffnete Möglichkeit, dass die zuständige Behörde die Vorlage der vom Gericht zur Sachverhaltsaufklärung benötigten Akten wegen eines darin enthaltenen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses verweigert, durch Gemeinschaftsrecht verschlossen. Dies bedeutet, dass § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO, wenn seine Anwendung in Rechtsstreitigkeiten wegen einer Entscheidung der Regulierungsbehörde in den Angelegenheiten eines Nutzers oder Anbieters elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste in Frage steht, dahin auszulegen ist, dass der Behörde kein Ermessen zusteht, ob sie die Akten vorlegt oder zurückhält, sondern dass sie ihr Ermessen wegen der ermessensverengenden Wirkung des höherrangigen Gemeinschaftsrechts zwingend im Sinne der Aktenvorlage ausüben muss. Mit diesem gemeinschaftsrechtskonformen Inhalt gilt § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO für das Verfahren zur Hauptsache und das Zwischenverfahren. Die Vorenthaltung von Aktenbestandteilen und die Vorlage geschwärzter Seiten der behördlichen Akten sind deshalb nach Prozessrecht unzulässig und damit im Sinne des Antrags der Klägerinnen im Zwischenverfahren rechtswidrig.
- 11 Der vorstehend dargelegten gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung (und Anwendung) des § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO steht die Bindungswirkung (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom

14. März 2006 nicht entgegen, weil diese Wirkung auf die nationale Grundrechtsprüfung beschränkt ist. Enthält das sekundäre Gemeinschaftsrecht - wie hier - zwingende Vorgaben für das nationale Verwaltungshandeln, so ist es nicht an dem vom Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 14. März 2006 allein angelegten Maßstab der deutschen Grundrechte zu überprüfen, es sei denn, dass die Europäischen Gemeinschaften und insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Grundrechtsschutz gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell vermissen lassen, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - BVerfGE 73, 339 <378 ff.>; Urteil vom 12. Oktober 1993 - 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 - BVerfGE 89, 155 <174 f.>; Beschluss vom 7. Juni 2000 - 2 BvL 1/97 - BVerfGE 102, 147 <164>). Für ein solches Schutzdefizit fehlt es derzeit an jedem Anhaltspunkt. Allerdings ist das sekundäre Gemeinschaftsrecht - gewissermaßen anstelle der Prüfung am Maßstab der deutschen Grundrechte - am höherrangigen Gemeinschaftsrecht einschließlich der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Grundrechte zu messen, zu denen auch die Berufsfreiheit gehört (vgl. Urteil vom 30. Juni 2005 - BVerwG 7 C 26.04 - BVerwGE 124, 47 <56 f., 62>). Dem gemeinschaftsrechtlichen Grundrecht der Berufsfreiheit und dem damit gewährleisteten Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen trägt der Europäische Gerichtshof in seiner mehrfach zitierten Entscheidung vom 13. Juli 2006 (a.a.O.) in der Weise Rechnung, dass er das Gericht der Hauptsache, dem aufgrund von Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie Akten mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorzulegen sind, als verpflichtet ansieht, die Vertraulichkeit der betreffenden Angaben im gesamten weiteren Rechtsstreit zu wahren; zugleich hält er dieses Gericht auch für verpflichtet, die Erfordernisse eines effektiven Rechtsschutzes zu beachten und die Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten zu wahren (vgl. zur Rechtsschutzgarantie näher: EuGH, Urteil vom 19. September 2006 - Rs. C-506/04 - NJW 2006, 3697 Rn. 45). Mit diesen Maßgaben entspricht die Pflicht der Behörde zur Aktenvorlage den Anforderungen des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes. Ebenso geht das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 14. März 2006 (a.a.O. S. 239 f.) davon aus, dass ein „in camera“-Verfahren in der Hauptsache, wie es der Europäische

Gerichtshof aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen für erforderlich hält, nicht gegen die in Betracht kommenden nationalen Grundrechte verstößt, weil es einerseits einen ausreichenden Geheimnisschutz gewährleistet, ohne andererseits den Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf effektiven Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör zu verletzen.

- 12 Mit der Entscheidung des Senats im vorliegenden Zwischenstreit steht fest, dass die zuständige Behörde die Vorlage der umstrittenen Akten ungeachtet dessen zu Unrecht verweigert, ob diese - auch heute noch - Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten. Sie sind vielmehr dem Verwaltungsgericht auf dessen Verlangen vorzulegen, damit es sie bei seiner Entscheidung in der Hauptsache verwerten kann. Andererseits ist das Verwaltungsgericht kraft Gemeinschaftsrechts verpflichtet, in dem nötigen Umfang die Vertraulichkeit der Angaben in den Akten zu wahren und dabei auch den sonstigen vom Europäischen Gerichtshof beschriebenen grundrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden. Die Möglichkeit hierzu bietet ihm das Verfahren nach § 138 TKG, der seit dem Inkrafttreten des novellierten Telekommunikationsgesetzes am 26. Juni 2004 den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in telekommunikationsrechtlichen Streitigkeiten anstelle von § 99 VwGO spezialgesetzlich regelt. § 150 Abs. 14 TKG, wonach auf Anträge nach § 99 Abs. 2 VwGO das bisherige Recht anzuwenden ist, steht jedenfalls bei der gebotenen gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung der Anwendung von § 138 TKG nach dem Abschluss des vorliegenden Zwischenverfahrens nicht entgegen. Diese Vorschrift ist - wiederum auf der Grundlage einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung - dahin zu verstehen, dass sie ein „in camera“-Verfahren gestattet und vorsieht, das sich über den Zwischenstreit wegen der Aktenvorlage hinaus auf den Rechtsstreit in der Hauptsache selbst erstreckt.
- 13 Gemäß § 138 Abs. 2 Satz 1 TKG entscheidet über die Vorlage von Unterlagen auf Antrag eines Beteiligten das Gericht der Hauptsache. Die Regulierungsbehörde hat die Unterlagen auf Aufforderung des Gerichts vorzulegen (§ 138 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 TKG), wobei § 100 VwGO, der den Verfahrensbeteiligten das Recht zur Einsicht in die vom Gericht beigezogenen Akten gewährt, keine Anwendung findet (§ 138 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TKG). Die Mitglieder des

Gerichts sind zur Geheimhaltung verpflichtet (§ 138 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 TKG); ferner dürfen die Entscheidungsgründe Art und Inhalt der geheim gehaltenen Unterlagen nicht erkennen lassen (§ 138 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 TKG). Diese Vorschriften sind nach ihrem Wortlaut nicht zwingend so zu verstehen, dass die gebotene Geheimhaltung nur das Zwischenverfahren betrifft, sondern lassen auch ein weitergehendes, den Rechtsstreit in der Hauptsache einbeziehendes Verständnis zu. Namentlich ist das Wort „Entscheidungsgründe“ in § 138 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 TKG für eine Auslegung dahin offen, dass darunter nicht nur die Gründe für die Entscheidung im Zwischenstreit, sondern auch diejenigen für die Entscheidung in der Hauptsache verstanden werden.

- 14 Allerdings lässt § 99 VwGO, der für telekommunikationsrechtliche Streitigkeiten durch § 138 TKG ersetzt wurde, nach der Rechtsprechung des Fachsenats (vgl. Beschluss vom 15. August 2003 - BVerwG 20 F 3.03 - BVerwGE 118, 352 <356>) und des Bundesverfassungsgerichts (vgl. Beschluss vom 14. März 2006 a.a.O. S. 240) keine Auslegung im Sinne eines „in camera“-Verfahrens auch in der Hauptsache zu. Das hat der Fachsenat (a.a.O.) aus dem Umstand abgeleitet, dass § 99 Abs. 2 VwGO die gerichtlichen Befugnisse zur Überprüfung der behördlichen Entscheidung über die Aktenvorlage auf die Fachsenate beschränkt hat, die im Zwischenverfahren abschließend darüber entscheiden, ob Akten, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten, im Hauptsacheverfahren vorgelegt und verwertet werden dürfen. Zwar hat der Gesetzgeber bei der Formulierung des neuen § 138 TKG die Grenzziehung zwischen dem „in camera“-Verfahren im Zwischen- und im Hauptsacheverfahren dadurch abgeschwächt, dass er im Gegensatz zu § 99 Abs. 2 VwGO nunmehr dem Gericht der Hauptsache die Entscheidung über die Aktenvorlage zugewiesen hat (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 a.a.O. S. 240). Doch blieb er ersichtlich dem in § 99 Abs. 2 VwGO realisierten Verfahrensmodell des „in camera“-Verfahrens (nur) im Zwischenverfahren verhaftet. Das ergibt sich insbesondere aus dem in § 138 Abs. 2 Satz 2 TKG für die Entscheidung über die Aktenvorlage formulierten Abwägungsprogramm und darüber hinaus auch aus dem in § 138 Abs. 4 TKG - freilich nur für den Fall der Nichtvorlage der Akten - normierten Verbot der Verwertung des Akteninhalts bei der Entscheidung zur Hauptsache. Diese Regelungen lassen erkennen, dass der Gesetzgeber bei der Formu-

lierung des § 138 TKG nicht grundlegend anders als in § 99 Abs. 2 VwGO von einer abschließenden, im Wesentlichen mittels einer umfassenden gerichtlichen Interessenabwägung zu erzielenden Klärung der Geheimhaltungsbedürftigkeit des Akteninhalts im Zwischenverfahren sowie von der Vorstellung ausging, dass das weitere Verfahren im Falle der Verneinung der Geheimhaltungsbedürftigkeit durch die allgemeinen Vorschriften, insbesondere durch § 100 VwGO, bestimmt wird.

- 15 Gleichwohl ist § 138 TKG in dem dargelegten Sinne gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Denn die Möglichkeit einer solchen Auslegung endet erst dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (vgl. zur verfassungskonformen Auslegung BVerfG, Urteil vom 14. Dezember 1999 - 1 BvR 1327/98 - BVerfGE 101, 312 <329>). Diese Grenzen werden durch die in Rede stehende gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nicht überschritten. Denn der Wortlaut des § 138 TKG lässt sie, wie dargelegt, zu. Ebenso wenig wird der Zweck der Vorschrift verfehlt. Der Gesetzgeber wollte mit § 138 TKG, wie aus dessen Entstehungsgeschichte hervorgeht (vgl. BTDrucks 15/2316 S. 102 f.) den Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen in einer den Besonderheiten der telekommunikationsrechtlichen Streitigkeiten angepassten Weise regeln, weil der Geheimnisschutz nach seiner Einschätzung in solchen Verfahren einen zentralen Streitpunkt bildet. Dieser Gesetzeszweck wird nicht weniger wirksam mit der Erstreckung des „in camera“-Verfahrens auf den Rechtsstreit in der Hauptsache erreicht, ohne dass hiermit eine nicht zu rechtfertigende oder nicht zu vermeidende Vernachlässigung anderer Belange als der Geheimhaltungsinteressen verbunden wäre. Schließlich hindert auch der Umstand, dass sich durch die Möglichkeit der Geheimhaltung von Informationen (auch) im Hauptsacheverfahren der Anwendungsbereich der behördlichen Pflicht zur Aktenvorlage nicht unerheblich verbreitert, die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 138 TKG nicht, weil die die Vorlagepflicht regelnde Vorschrift des § 99 Abs. 1 VwGO im Rahmen des § 138 TKG grundsätzlich weitergilt (§ 138 Abs. 1 TKG) und, wie weiter oben dargelegt, ebenfalls gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden kann.

- 16 Nach alledem wird das Verwaltungsgericht nach der Beendigung des vorliegenden Zwischenverfahrens auf Antrag der Beigeladenen in dem neu geordneten Verfahren gemäß § 138 TKG, das die Möglichkeit der Geheimhaltung von Angaben im Rechtsstreit über die Hauptsache einschließt, über den der Beigeladenen in diesem Rechtsstreit zustehenden Geheimnisschutz zu entscheiden haben. Dabei wird es, wenn es weiterhin den vollständigen Akteninhalt als entscheidungserheblich und daher - mangels anderer Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung - sämtliche Aktenbestandteile als vorlagebedürftig ansieht, zunächst zu prüfen haben, ob und inwieweit die Akten auch in Anbetracht der seit ihrer Entstehung verstrichenen Zeit Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten. Soweit sich der Akteninhalt hiernach nicht (mehr) als geheimhaltungsbedürftig erweist, wird es die uneingeschränkte, d.h. mit dem Akteneinsichtsrecht nach § 100 VwGO verbundene Vorlage der Akten anordnen müssen. Bei Geheimhaltungsbedürftigkeit des Akteninhalts wird das Verwaltungsgericht das Geheimhaltungsinteresse der Beigeladenen mit dem Anspruch insbesondere der Klägerinnen auf rechtliches Gehör abzuwägen haben und je nach dem Ergebnis dieser Abwägung die Vorlage der Akten unter gleichzeitigem Ausschluss des Akteneinsichtsrechts gemäß § 100 VwGO oder aber die uneingeschränkte Aktenvorlage anordnen.
- 17 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3, § 155 VwGO. Das selbstständige Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO hat einen eigenen Streitgegenstand und erfordert eine Kostenentscheidung. Die Streitwertfestsetzung für dieses Zwischenverfahren beruht auf § 13 Abs. 1 Satz 2 GKG (a.F.) i.V.m. § 72 Nr. 1 GKG.

Dr. Bardenhewer

Prof. Dawin

Dr. Kugele