



UNIVERSITÄTSLEHRGANG
FÜR INFORMATIONSRECHT UND RECHTSINFORMATION
AN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT WIEN

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im Verfahren vor den Telekom- Regulierungsbehörden

MASTER THESIS

zur Erlangung des akademischen Grades

MASTER OF LAWS (LL.M.)

INFORMATIONENRECHT UND RECHTSINFORMATION

an der Universität Wien

(Universitätslehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation)

vorgelegt von

Mag. David Zykan

begutachtet von

HR Dr. Hans Peter Lehofer

im September 2004

Hinweise

Dieses Layout basiert auf der Tiposkriptvorlage der Österreichischen Rechtswissenschaftlichen Studien (ÖRSt). Die Verwendung, Bearbeitung und allfällige Veröffentlichung der Bearbeitung erfolgt mit freundlicher Bewilligung des Manz-Verlages. Ansonsten wird auf das UrhG verwiesen.

Paragrafenangaben, denen keine Gesetzesbezeichnung beigelegt ist, beziehen sich auf das im jeweiligen Kapitel in der Hauptsache behandelte Gesetz.

Vorliegende Arbeit orientiert sich im Wesentlichen an den AZR (*Friedl* (Hrsg), Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtsprache und europarechtlicher Rechtsquellen⁵ (2000)). Zeitschriftenartikel werden mit der Anfangsseitenzahl zitiert, um eine leichtere Auffindbarkeit in elektronischen Rechtsdatenbanken zu ermöglichen.

Die URLs wurden zuletzt am 1.9.2004 überprüft.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
A. Untersuchungsgegenstand	1
B. Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses	2
1. Definition	2
2. Rechtsquellen	4
II. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im deutschen Verwaltungsrecht	5
A. Exkurs: Grundzüge des deutschen Verwaltungsverfahrens- rechts	5
1. Verwaltungsverfahren	5
2. Verwaltungsgerichtsbarkeit	5
B. VwVfG	7
1. Akteneinsicht	7
2. Geheimnisschutz	8
C. VwGO	9
1. Akteneinsicht	9
2. Vorlagepflicht der belangten Behörde	9
D. GWB	11
E. TKG	12
1. Rechtslage bis 25.6.2004	12
2. Das neue TKG	15
III. Österreich	17
A. AVG	17
1. Verfahrensprinzipien	17
2. Akteneinsicht	19
3. Urkundenvorlage- und Zeugnisverweigerungsrechte zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen	21
B. VwGG	21
C. DSGVO	22
1. Wirtschaftsdaten als personenbezogene Daten	22
2. Datenschutzrechtliche Fragen im Erkenntnis VfGH 28.11.2001, 2271/00	22
D. Exkurs: ZPO	24
1. Die Dispositionsmaxime und das Kooperationsmodell	24

2. Die Beweislast.....	25
3. Akteneinsicht.....	26
4. Urkundenvorlage- und Zeugnisverweigerungsrechte zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen	26
5. Fazit.....	27
IV. Wie kommen entscheidungserhebliche Daten ins Verfahren?	28
A. Welche relevanten Daten fallen unter den Begriff des Wirtschaftsgeheimnisses?.....	28
1. TKG.....	28
2. § 3a NVG, ZPO.....	28
B. Der Umgang mit Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in der Regulierungspraxis.....	29
1. Die Regulierungspraxis vor der Entscheidung VwGH 25.2.2004, 2002/03/0273.....	29
2. Die Folgen der Entscheidung VwGH 25.2.2004, 2002/03/0273	29
3. Neueste Regulierungspraxis.....	30
C. Die Bedeutung des neuen § 125 TKG 2003.....	31
1. Allgemeines.....	31
2. § 125 TKG 2003 als lex specialis zu § 45 Abs 3 AVG (Parteiengehör)?	32
3. § 125 TKG 2003 als lex specialis zu § 17 AVG (Akteneinsicht)? ..	34
4. § 125 TKG 2003 im Verhältnis zu den Informationspflichten des § 90 TKG 2003.....	35
5. Feststellungsverfahren gemäß § 125 Abs 1 TKG 2003?.....	36
D. Die Zulässigkeit mittelbarer Beweismittel.....	36
1. Grundsätzliche Zulässigkeit mittelbarer Beweismittel	36
2. Der Sachverständige als Beweismittler?.....	37
3. Aggregierte Daten	38
E. Non liquet im Zusammenschaltungsverfahren	39
1. Problemstellung.....	39
2. Entscheidungspflicht vs. Mitwirkungspflicht	39
3. Fazit.....	44
F. Zusammenfassung.....	45
1. Klare Stellungnahmen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts....	45
2. Noch keine eindeutigen Stellungnahmen des VwGH.....	46
3. Offene Fragen.....	47
Abkürzungsverzeichnis.....	i
Literaturverzeichnis.....	v

I. Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

In den Marktanalyse- und Zusammenschaltungsverfahren nach dem TKG benötigt die Regulierungsbehörde Daten der Betreiber (Kostenstruktur, Verkehrsvolumina, usw.) als Basis für ihre Entscheidung über das Bestehen einer überragenden Marktstellung eines Betreibers bzw. über angemessene Zusammenschaltungsbedingungen. Die Betreiber sind naturgemäß bestrebt, ihre Unterlagen der Konkurrenz nicht offen zu legen und berufen sich regelmäßig darauf, dass es sich bei diesen Unterlagen um Geschäftsgeheimnisse handle und diese den Konkurrenten nicht zugänglich gemacht werden dürften.

Bisher trug die Regulierungsbehörde dieser Berufung auf den Geheimnisschutz Rechnung, indem sie etwa Gutachten auf Basis der von den Betreibern vorgelegten Daten beauftragte, diese Gutachten dem Gegner aber nicht¹ oder nur um Geschäftsgeheimnisse bereinigt² zustellte.³

In jüngster Zeit hob der VwGH mehrere Zusammenschaltungsbescheide der Telekom-Control-Kommission (TKK) wegen wesentlicher Verfahrensmängel infolge der Verletzung des rechtlichen Gehörs (§ 43 Abs 2 AVG) auf und nahm dabei zur Problematik der Behandlung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Verwaltungsverfahren Stellung.⁴

Vorliegende Arbeit soll die leitenden Gesichtspunkte dieser Entscheidungen beleuchten und weitere offene Fragen der Behandlung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Verfahren vor den Telekom-Regulierungsbehörden behandeln: Zunächst wird der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses definiert (**I.B**). In **II**. wird die Behandlung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im deutschen Verwaltungsrecht dargestellt, in **III**. die österreichische Rechtslage unter besonderer Berücksichtigung des AVG. Zuletzt (**IV**.) soll die Frage behandelt werden, wie die Regulierungsbehörde unter Abwägung der teils gegenläufigen Interessen der Betreiber an der Wahrung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, der Endkunden an angemessenen Tarifen und nicht zuletzt der Öffentlichkeit an Transparenz und Überprüfbarkeit der Verwaltungsakte Entscheidungsgrundlagen erlangen kann.

¹ zB im Verfahren Z 2/00.

² zB im Verfahren Z 11/02.

³ vgl *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick (2004), 30f.

⁴ VwGH 11.12.2002, 2000/03/190, VwGH 25.2.2004, 2002/03/0273, VwGH 17.6.2004, 2003/03/0157.

B. Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses

1. Definition

In der österreichischen Rechtsordnung findet sich keine Legaldefinition des Begriffes „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis“.⁵ In Lehre und Rechtsprechung werden unter Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen **„unternehmensbezogene Tatsachen kommerzieller oder technischer Art** verstanden, die bloß einer *bestimmten* und **begrenzten Zahl von Personen bekannt** und **anderen nicht** oder **nur schwer zugänglich** sind, und die weiters nach dem Willen des Berechtigten **nicht über den Kreis der Eingeweihten hinaus dringen sollen**, wobei schließlich der Betriebs- oder Geschäftsinhaber an der **Nichtoffenbarung** dieser Tatsachen ein **wirtschaftliches Interesse** haben muss.“⁶

Neuerdings findet sich in den EB zu § 125 TKG 2003⁷ folgende Definition: *„Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, die nur einem eng begrenzten, im Wesentlichen geschlossenen Personenkreis bekannt und für andere nicht oder nur schwer zugänglich sind. Der Berechtigte muss an der Geheimhaltung jedenfalls ein schutzwürdiges wirtschaftliches und objektiv berechtigtes Interesse haben.“*

Der Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnis umfasst vier Tatbestandselemente, die im Folgenden eingehend dargestellt werden:

a) Unternehmensbezogene Tatsachen

Bei Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses handelt es sich unternehmensbezogene Tatsachen kommerzieller oder technischer Art. Einerseits muss es sich um **Tatsachen** handeln, weshalb unwahre Mitteilungen keine Wirtschaftsgeheimnisse darstellen, andererseits sind reine Privat- oder Wissenschaftsgeheimnisse mangels **Unternehmensbezogenheit** nicht erfasst.⁸

Unter **Betriebsgeheimnissen** versteht man Tatsachen technischer, unter **Geschäftsgeheimnissen** Tatsachen kommerzieller Natur. Diese Unterscheidung ist allerdings praktisch bedeutungslos, da sowohl Geschäfts- als auch Betriebsgeheimnisse rechtlich völlig gleich behandelt werden. Generell kann man auch von **Wirtschaftsgeheimnissen** sprechen.⁹

⁵ vgl. *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (2002), 6.

⁶ *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 6; vgl. zum deutschen Meinungsstand *Bosch/Sommer*, Akteneinsichtsrechte vor Gericht zum Zweiten, K&R 2004, 67 mwN.

⁷ Erl zu RV 128 BlgNR XXII. GP, 23.

⁸ vgl. *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 6f.

⁹ vgl. *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 7.

b) Mangelnde Offenkundigkeit

Eine Information kann nur dann geheim sein, wenn sie **nicht allgemein bekannt** ist und auch **tatsächlich geheim gehalten** wird.¹⁰ In der Judikatur¹¹ findet sich die Formel „*Tatsachen, die nur einem eng begrenzten, im wesentlichen geschlossenen Personenkreis bekannt sein dürfen.*“

Die Lehre¹² hält eine größere Anzahl von Mitwissern für zulässig, wenn es sich um eine Überschaubare, im Wesentlichen geschlossene Gruppe handelt. Eine Tatsache wird etwa dann nicht offenkundig, wenn sie jenen Personen bekannt sind, denen die Kenntnis nach dem normalen Verlauf des Geschäftsbetriebes nicht vorenthalten werden kann.¹³

Auch die **Zugänglichkeit** der Information ist hier ein entscheidender Faktor: Auch wenn eine Tatsache nur wenigen Personen bekannt ist, entfällt die Annahme eines Geheimnisses, wenn die Information den Interessierten leicht zugänglich ist¹⁴, etwa durch gängige Fachliteratur.¹⁵

Nicht notwendig ist es, dass es sich bei dem Geheimnis um eine Neuheit im Sinne des § 3 PatG handelt.¹⁶ Wird ein Patent angemeldet, so geht der Geheimnischarakter verloren, da die Anmeldung eine genaue Beschreibung enthalten muss und die Anmeldung gemäß § 101 PatG bekannt zu machen und Einsicht in alle Unterlagen zu gewähren ist.¹⁷

c) Geheimhaltungswille

Das dritte Element des Begriffes des Wirtschaftsgeheimnisses ist das **subjektive Element des Willens des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses zur Geheimhaltung**.¹⁸ Der Geheimhaltungswille muss nicht ausdrücklich zum Ausdruck kommen, es reicht, dass dieser Wille objektiv aus den Umständen **erkennbar** ist.¹⁹

d) Geheimhaltungsinteresse

Das Geheimhaltungsinteresse begrenzt den Begriff des Wirtschaftsgeheimnisses. So kann ein Unternehmer nicht eine beliebige nicht offenkundige Tatsache zum Geheimnis erklären, sondern nur insoweit, als auch ein **objekti-**

¹⁰ *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 7.

¹¹ Etwa OGH 18.11.1960, 7 Os 17/60 = SSt 9/57; OGH 12.10.1971, 9 Os 50/71 = ÖBl 1972, 72.

¹² *Seiler*, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre (1960), 19f; *Burgstaller in Ruppe*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben(1980),13.

¹³ vgl OGH 18.11.1960, 7 Os 17/60 = SSt 9/57; *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 7.

¹⁴ *Burgstaller in Ruppe*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben(1980),13.

¹⁵ vgl *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 8.

¹⁶ *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 8.

¹⁷ vgl *Burgstaller in Ruppe*, Geheimnisschutz, 14.

¹⁸ *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 8.

¹⁹ *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 8; vgl auch *Burgstaller in Ruppe*, Geheimnisschutz, 14f, der das Vorhandensein eines *vermuteten* Geheimhaltungswillens für ausreichend erachtet.

ves, von der Rechtsordnung anerkanntes Geheimhaltungsinteresse besteht.²⁰

Dies setzt voraus, dass das Geheimnis für den Unternehmer einen **wirtschaftlichen Wert** verkörpert, der darin liegt, dass es für die **Wettbewerbsfähigkeit des Betriebes** von Bedeutung ist.²¹ Eine Wettbewerbsrelevanz eines Wirtschaftsgeheimnisses kann nur dann vorliegen, wenn dessen Kenntnis durch Außenstehende **tatsächliche Nachteile** für den Geheimnisträger mit sich bringt und nicht bereits dann, wenn lediglich eine entsprechende Möglichkeit gegeben ist.²²

2. Rechtsquellen

a) Allgemein

Im **Strafrecht** dienen die Bestimmungen der §§ 122 bis 124 StGB, die §§ 11 und 12 UWG sowie diverse Bestimmungen in strafrechtlichen Nebengesetzen dem Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Darüber hinaus wird ihr Schutz mittelbar durch weitere strafrechtliche Bestimmungen (etwa Verletzung des Brief- und Fernmeldegeheimnisses gemäß §§ 118f StGB, Verletzung von Rechten der Benutzer (Telekommunikationsgeheimnis) gemäß § 93 iVm § 108 TKG 2003, Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäß § 310 StGB) gewährleistet.²³

Der **zivilrechtliche** Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen beruht einerseits auf §§ 11, 12 iVm § 13 UWG, andererseits wird aus § 16 ABGB ein Persönlichkeitsrecht auf Wahrung der Geheimsphäre abgeleitet.²⁴

b) Verwaltungs(verfahrens)recht

Das **AVG**, welches gemäß § 121 TKG 2003 auch von der TTK anzuwenden ist, nimmt in seinen Vorschriften über mündliche Verhandlungen und Öffentlichkeit (§ 40, 67e) sowie über Zeugnisverweigerungsrechte (§ 49) auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Bezug. Inwieweit sich die Rechte auf Parteingehör (§ 43 Abs 2) und Akteneinsicht (§ 17) auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auswirken, wird unter III.A behandelt.

Darüber hinaus finden sich in diversen Verwaltungsgesetzen Spezialregelungen zum Geheimnisschutz (etwa § 125 TKG 2003²⁵, § 4 UIG, § 131 BVergG).

²⁰ vgl *Burgstaller in Ruppe*, Geheimnisschutz, 15f.

²¹ *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 11.

²² *Bosch/Sommer*, K&R 2004, 67 (70).

²³ vgl *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 2.

²⁴ vgl *Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 2f.

²⁵ siehe unten IV.C

II. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im deutschen Verwaltungsrecht

A. Exkurs: Grundzüge des deutschen Verwaltungsrechts

1. Verwaltungsverfahren

Das deutsche Verwaltungsverfahren ist im Verwaltungsverfahrensgesetz (**VwVfG**) des Bundes und in den Landes-Verwaltungsverfahrensgesetzen, welche aber teilweise nur auf das VwVfG verweisen, geregelt. Das VwVfG gilt für die **bundeseigene** sowie für die **Bundesauftragsverwaltung** (§ 1 Abs 1 VwVfG), die Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze für die Ausführung der Bundesgesetze als eigene **Angelegenheiten der Länder**.²⁶ Die Verwaltungsverfahrensgesetze gelten, soweit sie nicht von spezialgesetzlichen Verfahrensvorschriften verdrängt werden (vgl. § 1 Abs 1 VwVfG). Daneben gelten gemäß § 2 Abs 2 VwVfG generell Sonderverfahrensrechte, insbesondere für das Sozialrecht (Buch I und X des SGB) und das Steuerrecht (AO).²⁷

Es werden drei Verfahrensarten unterschieden: das **allgemeine** oder **nicht-förmliche**, die **besonderen förmlichen** sowie das **Planfeststellungsverfahren**. Soweit für die vorliegende Arbeit relevant, unterscheiden sich die Verfahrensarten durch die Intensität der Beteiligtenrechte.²⁸

2. Verwaltungsgerichtsbarkeit

a) Aufbau

Was die nachprüfende Kontrolle der Verwaltung betrifft, kennzeichnet sich das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht vor allem durch das System der **mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit**. Die Kontrolle des Verwaltungshandelns wird durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgrund eines **Rechtsschutzbegehrens** ausgeübt²⁹ und unterscheidet sich von der **verwaltungsinernen Kontrolle** (etwa im Widerspruchsverfahren gemäß § 68 Abs 1 Z 1 VwGO).³⁰ Die Verwaltungsgerichte sind **unabhängig** und von den Verwaltungsbehörden getrennt (§ 1 VwGO), dies als Ausfluss der Gewaltenteilung gemäß Art 20 Abs 2 Z 2 GG.³¹

²⁶ Koch/Rubel/Meselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2003), § 4 Rz 2.

²⁷ Koch/Rubel/Meselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht³, § 4 Rz 7.

²⁸ näheres Koch/Rubel/Meselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht³, § 4 Rz 12ff.

²⁹ vgl §§ 40 Abs 1, 42 VwGO

³⁰ vgl Erbel/Albracht, Verwaltungsprozessrecht (2001), 10.

³¹ vgl Erbel/Albracht, Verwaltungsprozessrecht, 8.

Die Allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in der Verwaltungsgerichtsordnung (**VwGO**) geregelt. Sie wird gemäß § 2 VwGO von den Verwaltungsgerichten (**VG**), den Oberverwaltungsgerichten (**OVG**) und dem Bundesverwaltungsgericht (**BVerwG**) ausgeübt.

b) Prinzipien des Verwaltungsprozesses

Die Grundsätze des deutschen Verwaltungsprozesses sind der **Verfügungsgrundsatz**, der **Untersuchungsgrundsatz**, Grundsatz des **Amtsbetriebes**, der **Konzentrationsgrundsatz**, das Prinzip der **Mündlichkeit**, das Prinzip der **Unmittelbarkeit**, das Prinzip der **Öffentlichkeit** und der Grundsatz des **rechtlichen Gehörs**.³²

aa) Verfügungsgrundsatz

Gemäß der **Dispositionmaxime** bestimmen die Prozessparteien über Einleitung, Streitgegenstand und Beendigung des Verfahrens.³³

bb) Untersuchungsgrundsatz

In § 86 Abs 1 VwGO ist die **Inquisitionsmaxime** festgeschrieben: Das Gericht hat den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und ist an Beweisanträge der Parteien nicht gebunden. Im Gegensatz zum Zivilprozess gibt es im Verwaltungsprozess **weder eine Darlegungs- (Behauptungs-)**³⁴ **noch eine subjektive Beweislast (Beweisführungslast)**³⁵ **der Beteiligten**.³⁶

Anders als in Österreich, wo die hM, soweit keine ausdrückliche gesetzliche Regelung³⁷ besteht, eine Beweislast der Parteien im Verwaltungsverfahren generell ablehnt³⁸, ist die Anwendung der Regeln der **objektiven Beweislast (Feststellungslast)** zu Lasten der Parteien im deutschen Verwaltungsprozess anerkannt.³⁹ Diese dienen dazu zu entscheiden, zum Nachteil welcher Partei es gereicht, wenn eine Tatsache nicht festgestellt werden kann, also **non liquet** (Beweislosigkeit) vorliegt.⁴⁰ Jede Partei hat, soweit keine gesetzlichen Beweislastregeln anzuwenden sind, die Beweislast für das **Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm** zu tragen.⁴¹

³² *Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht, 18.

³³ vgl. *Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht, 18.

³⁴ siehe unten III.D.2.a)

³⁵ siehe unten III.D.2.b)

³⁶ BVerwGE 104, 55, 58; *Geiger* in *Eyermann*, VwGO¹¹ (2000) § 86 Rz 2a; *Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht, 20.

³⁷ wie zB § 5 Abs 2 VStG.

³⁸ vgl. *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*² (2002), 174; siehe dazu im Detail unten IV.E.3.b).

³⁹ *Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht, 20.

⁴⁰ vgl. *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003), Rz 584; unten III.D.2.c); vgl. *Geiger* in *Eyermann*, VwGO¹¹ § 86 Rz 2a.

⁴¹ vgl. *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrechts⁶, Rz 585; *Geiger* in *Eyermann*, VwGO¹¹ § 86 Rz 2a; BVerwG in NJW 1994, 468.

Freilich gilt dies im Verwaltungsprozess nur modifiziert.⁴² Es muss nach **Verantwortungssphären**⁴³ und nach **Klagetyp** unterschieden werden: So trägt bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage die Behörde die Feststellungslast, wenn die Voraussetzungen für den durch Verwaltungsakt oder dessen Versagung bewirkten Eingriff ungewiss bleiben. Bei Leistungsklagen trägt sie der Kläger.⁴⁴ Zur Frage, wer im Einzelfall die materielle Beweislast trägt, haben sich gewisse Fallgruppen gebildet. Insgesamt ist die Rechtsprechung aber sehr **kasuistisch**.⁴⁵

cc) Rechtliches Gehör

Das **rechtliche Gehör** ist in Art 103 Abs 1 GG grundgelegt und wird durch §§ 104 Abs 1 und 108 Abs 2 VwGO konkretisiert. Seine Verletzung stellt einen **absoluten Revisionsgrund** (§ 138 Nr 3 VwGO) dar, auch eine **Verfassungsbeschwerde** (Art 93 Abs 1 Nr 4a GG) ist möglich.⁴⁶

c) Beteiligtenbegriff

Gemäß § 63 VwGO sind die Beteiligten im Verwaltungsverfahren die **Hauptbeteiligten** (Kläger und Beklagter) und eventuell **Nebenbeteiligte**, nämlich **Beigeladene** (§ 65 VwGO) oder ein Vertreter des öffentlichen Interesses.

Die **Beiladung** erfolgt durch das Gericht, es kann von Amts wegen oder auf Antrag anderer, deren **rechtliche Interessen** durch die Entscheidung berührt werden, beiladen (§ 65 Abs 1 VwGO). Man unterscheidet die **einfache** und die **notwendige** Beiladung (§ 65 Abs 2 VwGO). Letztere liegt vor, wenn an einem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur **einheitlich** ergehen kann. Als Folge **muss** dieser Dritte beigeladen werden.⁴⁷

B. VwVfG

1. Akteneinsicht

Die Behörde hat den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren **Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich** ist⁴⁸. Die Behörde ist zur Gestattung der Akteneinsicht **nicht verpflichtet**, soweit durch sie die **ordnungsgemäße Erfüllung** der Aufgaben der Behörde beeinträchtigt, das Bekannt werden des Inhalts der Akten dem **Wohl** des Bundes oder eines Landes

⁴² *Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht, 20.

⁴³ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht⁵ (2003) § 37 Rz 17.

⁴⁴ *Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht, 20.

⁴⁵ Beispiele bei *Geiger in Eyermann*, VwGO¹¹ (2000) § 86 Rz 2b.

⁴⁶ vgl. *Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht, 18.

⁴⁷ vgl. *Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht, 150.

⁴⁸ BVerfGE, 67, 300.

Nachteile bereiten würde oder soweit die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach, namentlich wegen der **berechtigten Interessen** der Beteiligten oder dritter Personen, **geheim gehalten werden müssen** (§ 29 VwVfG). In allen weiteren Fällen, insbesondere außerhalb eines laufenden Verwaltungsverfahrens oder für unbeteiligte Dritte⁴⁹, steht die Gewährung von Akteneinsicht nach herrschender Meinung im **Ermessen** der Behörde.⁵⁰ Dies stellt eine vergleichsweise **restriktive** Regelung der Akteneinsicht dar.⁵¹

Darüber hinaus bestehen spezialgesetzliche Akteneinsichtsrechte.⁵²

2. Geheimnisschutz

a) Geheimhaltungsanspruch

Die Beteiligten haben Anspruch darauf, dass ihre Geheimnisse, insbesondere die zum **persönlichen Lebensbereich** gehörenden Geheimnisse sowie die **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**, von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden (§ 30 VwVfG). Nach allgemeiner Ansicht gewährt § 30 VwVfG einen Geheimhaltungsanspruch mit Offenbarungsvorbehalt, wobei dem Geheimhaltungsinteresse zunächst Priorität⁵³ zukommt.⁵⁴ Die Norm begründet einen **unmittelbaren Anspruch** des Beteiligten gegen die Behörde, dass seine Geheimnisse **nicht unbefugt weiterverbreitet** werden.⁵⁵ Im Unterschied dazu gewährt die **Verschwiegenheitspflicht** der öffentlich Bediensteten, die bis zur Erlassung des § 30 VwVfG als einzige Grundlage des Geheimnisschutzes für die Beteiligten diente, nur das Recht auf **fehlerfreie Ermessensentscheidung** bei der **Abwägung** des Geheimhaltungsinteresses mit dem Offenbarungsinteresse der Behörde.⁵⁶

b) Offenbarungsbefugnis

Die Offenbarung eines Geheimnisses des Beteiligten durch die Behörde ist rechtswidrig, es sei denn, es liegt ein **Rechtfertigungsgrund** vor. Die Offenbarung stellt somit die Ausnahmesituation dar.⁵⁷ Eine Offenbarungsbefugnis liegt etwa bei **Zustimmung** des Berechtigten, bei Bestehen einer **ausdrücklichen gesetzlichen Befugnisnorm**, die den Art 1, 2 und 14 GG Rechnung trägt oder dann vor, wenn **Interessen eines Dritten oder der Allge-**

⁴⁹ Clausen in Knack, VwVfG⁸ (2004), § 29 Rz 2.

⁵⁰ Trantas, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht (1998), 261 mwN; BVerwG E 5,95; OVG Münster, NJW 1989,544 uva.

⁵¹ vgl Koch/Rubel/Meselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht³, § 4 Rz 34.

⁵² zB § 3 Stasi-Unterlagen-Gesetz; vgl auch Clausen in Knack, VwVfG⁸, § 29 Rz 30 mwN und Rz 31ff zum Umweltinformationsgesetz (UIG).

⁵³ arg § 5 Abs 2 Z 2 VwVfG; vgl Knemayer, Geheimhaltungsanspruch und Offenbarungsbefugnis im Verwaltungsverfahren, NJW 1984, 2241 (2243) mwN.

⁵⁴ Holznagel, Geheimnisschutz versus effektiver Rechtsschutz, MMR Beil 12/2002, 34; vgl Kopp/Ramsauer, VwVfG⁸ (2003), § 30 Rz 12 mwN.

⁵⁵ vgl Knemayer, NJW 1984, 2241 (2242).

⁵⁶ vgl Knemayer, NJW 1984, 2241 (2242f).

⁵⁷ vgl Knemayer, NJW 1984, 2241 (2243).

meinheit gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse **überwiegen**.⁵⁸ Das Geheimhaltungsinteresse muss objektivierbar sein.⁵⁹ Im Zusammenhang mit dieser Güterabwägung kommt der **allgemeinen Begründungspflicht** des § 39 VwGO besondere Bedeutung zu: Allein der Hinweis auf das Erfordernis der Preisgabe der Geheimhaltung zur Erfüllung einer Amtsaufgabe reicht nicht aus.⁶⁰

C. VwGO

1. Akteneinsicht

Die Beteiligten können die **Gerichtsakten** und die dem Gericht **vorgelegten Akten einsehen** (§ 100 Abs 1 VwGO). Dies dient der **Waffengleichheit** zwischen den Parteien und soll die Mitwirkung aller Beteiligten an der Wahrheitsfindung gewährleisten.⁶¹

2. Vorlagepflicht der belangten Behörde

a) Vorlageentscheidung der obersten Verwaltungsbehörde

Grundsätzlich sind die Behörden gemäß § 99 Abs 1 VwGO **zur Vorlage** von Urkunden und Akten sowie zur Erteilung von Auskünften **auf Verlangen des Gerichts verpflichtet**. Dies ist Folge des **Untersuchungsgrundsatzes**⁶², der dem Gericht die Verantwortung zur Sachverhaltsermittlung aufbürdet. Eine **Verweigerung** ist nur zulässig, wenn das Bekanntwerden des Inhalts dieser Urkunden oder Akten und dieser 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.⁶³

Ihrem Wesen nach geheimhaltungsbedürftig sind typischerweise Vorgänge, die die Persönlichkeits- bzw. Intimsphäre von Dritten betreffen oder schutzwürdige **Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse**.⁶⁴

Die Entscheidung über die Vorlage trifft die zuständige **oberste Aufsichtsbehörde** (§ 99 Abs 1 Satz 2 VwGO). Es handelt sich um eine **Ermessensentscheidung**, die von zwei Voraussetzungen abhängt: Es muss sich um **geheimhaltungsbedürftige Unterlagen** handeln und die Abwägung muss ergeben, dass **keine überwiegenden Interessen die Offenlegung der Geheimnisse gebieten**.⁶⁵

⁵⁸ vgl *Knemayer*, NJW 1984, 2241 (2244f).

⁵⁹ vgl *Trantas*, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, 482

⁶⁰ *Knemayer*, NJW 1984, 2241 (2245)

⁶¹ vgl *Holznagel*, MMR Beil 12/2002, 34 (35).

⁶² siehe oben II.A.2.b)bb).

⁶³ *Bosch/Sommer*, Akteneinsichtsrechte vor Gericht, K&R 2002, 456 (458).

⁶⁴ *Holznagel*, MMR Beil 12/2002, 34 (35).

⁶⁵ *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (458).

Die Entscheidung ist **vor** Übersendung der Akten an das Gericht zu treffen, dieses hat kein eigenständiges Prüfungsrecht. Dies deshalb, damit das Gericht seine Entscheidung **unbeeinflusst** von den geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen fällen kann.⁶⁶

b) Entwicklung des Rechtsschutzes gegen die Vorlageentscheidung

Gemäß § 99 Abs 2 Satz 1 VwGO aF entschied das **Gericht der Hauptsache** durch Beschluss auf Antrag eines Beteiligten, ob **glaubhaft** gemacht war, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verweigerung der Vorlage von Urkunden oder Akten und die Erteilung von Auskünften vorlagen. Am 27.10.1999 erklärte das BVerfG die Bestimmung des § 99 Abs 1 Satz 2 iVm § 99 Abs 2 Satz 1 VwGO aF für mit Art 19 Abs 4 GG⁶⁷ (Rechtsschutzgarantie) unvereinbar.⁶⁸

Zwei Gründe waren für das BVerfG ausschlaggebend:⁶⁹ Nicht verfassungskonform sei einerseits die Begrenzung der Überprüfbarkeit der Behördenentscheidung auf die **Glaubwürdigkeit** der Geheimhaltungsgründe. Zur Gewährleistung einer **tatsächlich wirksamen gerichtlichen Kontrolle** sei es notwendig, dass dem Richter zur Überprüfung der Entscheidung im Zwischenverfahren **vollständige Akteneinsicht** ermöglicht werde. Das Gericht müsse die tatsächlichen Grundlagen selbst ermitteln und seine rechtliche Auffassung unabhängig von der Verwaltung, deren Entscheidung angegriffen ist, gewinnen und begründen.⁷⁰

Andererseits wies das BVerfG darauf hin, dass in Verfahren, in denen der **Verfahrensgegenstand** gerade die (selbstständige) Auskunftserteilung ist, die tatsächlichen Grundlagen der Auskunftsablehnung entscheidende Bedeutung für deren rechtliche Beurteilung gewinnen. Andere Beweismittel als die Verwaltungsvorgänge, in denen die für das Verwaltungsverfahren und sein Ergebnis relevanten Sachverhalte dokumentiert sind, dürften bei Klagen auf Erteilung von Auskünften aus Akten kaum jemals in Betracht kommen.⁷¹ Nur wenn das Gericht die Akten kenne, könne es beurteilen, ob die Behörde zu Recht die Akteneinsicht verweigert habe.⁷²

c) Das „in camera“-Verfahren

Als Übergangslösung ordnete das BVerfG ein so genanntes „in camera“-Verfahren an, ein **Zwischenverfahren** vor dem Senatsvorsitzenden als Einzelrichter, bei dem über die Rechtmäßigkeit der Vorlageverweigerung zu ent-

⁶⁶ vgl. *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (458).

⁶⁷ „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“

⁶⁸ BVerfG, 1 BvR 385/90 vom 27.10.1999.

⁶⁹ vgl. *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (456f).

⁷⁰ BVerfG, 1 BvR 385/90 vom 27.10.1999, Rz 68.

⁷¹ BVerfG, 1 BvR 385/90 vom 27.10.1999, Rz 78f.

⁷² vgl. *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (457).

scheiden war. Für die Akten des Zwischenverfahrens gab es kein Einsichtsrecht.⁷³

In der Folge behob der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Bereinigung des Rechtmittelrechts im Verwaltungsprozess (RmBereinVpG)⁷⁴ das Rechtsschutzdefizit und führte ein modifiziertes „in camera“-Verfahren ein. Dieses gilt aber nicht nur, wie vom BVerfG gefordert, für selbständige Auskunftsklagen, sondern auch für **unselbständige Akteneinsichtsansprüche**, wie sie besonders im Telekommunikationsrecht vorkommen.⁷⁵

Zuständig für das Zwischenverfahren ist das OVG (§ 99 Abs 2 Satz 1), in den Fällen des § 99 Abs 2 Satz 2⁷⁶ das BVerwG. Bei den zuständigen Gerichten sind gemäß § 189 VwGO **besondere Fachsenate** für diese Verfahren einzurichten. Das Hauptsachegericht ist somit nicht mehr am Zwischenverfahren beteiligt.⁷⁷

Eingeleitet wird das Zwischenverfahren durch **Antrag** eines Beteiligten beim Gericht der Hauptsache auf Überprüfung der behördlichen Geheimhaltungsentscheidung. Die oberste Aufsichtsbehörde hat die verweigerten Akten auf Aufforderung des Fachsenats **vorzulegen**.⁷⁸ Für die vorgelegten Akten gilt im Zwischenverfahren die Akteneinsicht gemäß § 100 VwGO 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.

D. GWB

Einen anderen Weg für den Umgang mit der Verweigerung der Vorlage durch die Verwaltungsbehörde im Verwaltungsprozess wählte der Gesetzgeber in § 72 Abs 2 Satz 4 GWB: **Das Beschwerdegericht selbst** kann die Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, verlangt wird, nach **Anhörung** des von der Offenlegung Betroffenen durch Beschluss anordnen, soweit es für die Entscheidung **auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen** und nach **Abwägung** aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Sache für die Sicherung des Wettbewerbs das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung **überwiegt**. Der Beschluss ist zu begründen.⁷⁹

⁷³ vgl BVerfG, 1 BvR 385/90 vom 27.10.1999, Rz 101.

⁷⁴ vom 28.12.2001, BGBl I 3987.

⁷⁵ vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (459).

⁷⁶ „*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.*“

⁷⁷ vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (459).

⁷⁸ vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (459).

⁷⁹ vgl dazu im Detail *Schmidt, K.*, Drittschutz, Akteneinsicht und Geheimnisschutz im Kartellverfahren (1992), 75ff.

E. TKG

Am 26.6.2004 trat in Deutschland ein neues TKG⁸⁰ in Kraft. Naturgemäß gibt es zu diesem noch keine Rechtsprechung. Darum soll in dieser Arbeit zunächst die alte Rechtslage samt Judikatur dargestellt und sodann auf die Änderungen durch das neue TKG eingegangen werden.

1. Rechtslage bis 25.6.2004⁸¹

a) Das Verfahren vor der RegTP

Für die Wahrnehmung der sich aus dem TKG ergebenden Aufgaben ist die **Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)** als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit mit Sitz in Bonn eingerichtet (§ 66 TKG).

Sie entscheidet in der Regel in **5 Beschlusskammern** aus jeweils drei Behördenmitgliedern (§ 73 Abs 1 TKG), wobei die Zuständigkeiten der Beschlusskammer 1 („Präsidentenkammer“), durch das Gesetz (§ 75 Abs 3 iVm §§ 11 und 19 TKG), die der anderen Beschlusskammern durch die Geschäftsordnung bestimmt sind.⁸² Das Verfahren ist im Vergleich zu sonstigen Verwaltungsverfahren **förmlicher und justizähnlich** ausgestaltet.⁸³ Die Beschlusskammer entscheidet auf Grund **öffentlicher mündlicher Verhandlung**; die Öffentlichkeit kann **ausgeschlossen** werden, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit, oder die **Gefährdung eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses** besorgen lässt (§ 75 Abs 3 TKG).

Gemäß § 75a Abs 1 TKG hat jeder Beteiligte unverzüglich nach der Vorlage von Unterlagen 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**.

Im Zusammenhang mit den hier interessierenden Entscheidungen sei auf einen gravierenden verfahrensrechtlichen Unterschied zu Österreich hingewiesen: Wie in Österreich besteht zwar gemäß § 37 TKG eine Pflicht zur

⁸⁰ Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22. Juni 2004 (dBGBl I Nr 29, S1190).

⁸¹ Zitate des TKG in diesem Abschnitt beziehen sich auf das Telekommunikationsgesetz vom 26.7.1996 (dBGBl I 1996, 1120).

⁸² vgl Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, EU, Deutschland, Österreich, Schweiz² (2002), Rz 833f.

⁸³ vgl Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, Rz 857.

Gewährung von Netzzugang und eine fehlende Einigung über die Zusammenschaltungsbedingungen kann **durch Entscheidung der Behörde substituiert** werden. Bezüglich der Entgelte für die Gewährung von Netzzugang verweist § 39 TKG jedoch auf die Regelungen des dritten Teils des TKG (Entgeltregulierung). Dieses Verfahren zur Entgeltgenehmigung ist als **einseitiges Verfahren** ausgestaltet.

b) Besonderheiten im Verwaltungsprozess

Auch Entscheidungen der RegTP unterliegen der Überprüfung im **Verwaltungsrechtsweg** gemäß § 40 Abs 1 VwGO. Bezüglich der Entscheidung über die Vorlage von Unterlagen gemäß § 99 VwGO jedoch ist nicht das BMWA als oberste Aufsichtsbehörde, sondern die **RegTP** selbst zuständig (§ 75a Abs 2 TKG).

c) Die aktuelle Judikatur des BVerwG zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Im August 2003 klärte das BVerwG in vier Entscheidungen⁸⁴ offene Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Vorlagepflicht geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen der RegTP gegenüber den Verwaltungsgerichten. In mehreren Verfahren über die Genehmigung von Entgelten für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung⁸⁵ wurden sowohl Teile der Unterlagen der DTAG als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse deklariert und den Mitbewerbern nicht vorgelegt, als auch Teile des Bescheides geschwärzt. Im folgenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren legte die damals noch zuständige oberste Aufsichtsbehörde, das Bundeswirtschaftsministerium, die geschwärzten Teile des Bescheide offen. Gegen diese Offenlegung und auch gegen die Nichtvorlage der Akten stellten die DTAG und ihre Mitbewerber als die jeweils Beschwerdeführer einen Antrag gemäß § 99 Abs 2 VwGO. Schlussendlich ordnete das BVerwG eine **vollständige Offenlegung** der Akten an.⁸⁶ Die DTAG legte gegen die Beschlüsse **Verfassungsbeschwerde**⁸⁷ ein. Bezüglich der Entscheidung über die Entschwärzung des Bescheides der RegTP gab das Bundesverfassungsgericht am 5.2.2004 dem Antrag auf **einstweilige Aussetzung** der Vollziehung der Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts vom August 2003 - BVerwG 20 F 7.03 - und - BVerwG 20 F 9.03 – teilweise⁸⁸ statt.⁸⁹

⁸⁴ BVerwG vom 15.8.2003 20 F 7/03, 20 F 8/03, 20 F 9/03, BVerwG vom 16.8.2003 20 F 1/03.

⁸⁵ RegTP vom 8. und 10.2.1999 – BK 4e-98/E21.9.98.

⁸⁶ vgl. *Bosch/Sommer*, K&R 2004, 67 (67f).

⁸⁷ zu 1 BvR 2087/03 sowie 1 BvR 2111/03.

⁸⁸ an veralteten Daten besteht kein Geheimhaltungsinteresse - BVerfG in MMR 2004, 466 (467).

⁸⁹ BVerfG vom 5.2.2004, 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 = MMR 2004, 466.

aa) Überprüfung der Offenlegungsentscheidung

Zunächst⁹⁰ prüfte das BVerwG, ob, entgegen dem Wortlaut des § 99 Abs 1 Satz 1, nicht nur die Vorlageverweigerung, sondern **auch die Vorlage**, im konkreten Fall die Entschwärzung, in camera überprüft werden kann. Es kam zu dem Schluss, dass der Wortlaut der Regelung unglücklich gewählt sei, dass in verfassungskonformer Interpretation (im Hinblick auf Art 19 Abs 4 GG) eine erweiternde Auslegung geboten und somit auch die Entscheidung **für** die Vorlage im Zwischenverfahren zu überprüfen sei.⁹¹

bb) Entscheidungserheblichkeit

Mehrfach hatte die zuständige Behörde die Nichtvorlage der Akten damit begründet, dass sie **nicht entscheidungserheblich** seien.⁹² Das BVerwG sprach aus, dass diese Beurteilung jedoch allein dem Gericht der Hauptsache aufgrund seiner Pflicht zur umfassenden Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen (§ 86 Abs 1 VwGO) zukomme.⁹³

Die verfahrensrechtliche Frage, ob der entscheidungserhebliche Sachverhalt durch Erhebung **anderer** zugänglicher und geeigneter **Beweismittel** aufgeklärt werden kann, habe der **Fachsenat** im Verfahren nach § 99 Abs 2 VwGO nachzuprüfen.⁹⁴

In diesem Zusammenhang lehnte das BVerwG auch die Beweisaufnahme durch einen Sachverständigen (Wirtschaftsprüfer) als **Beweismittler** ab. Ein wirksamer Geheimnisschutz ließe sich in dieser Konstellation nur erzielen, wenn die Beweisgrundlagen weder den anderen Beteiligten noch dem Gericht – sonst könnten die anderen Parteien ja im Wege der Aktenseinsicht gemäß § 100 VwGO von ihnen Kenntnis erlangen – bekannt wären. Dies verstoße nicht nur gegen das **rechtliche Gehör** (Art 103 Abs 1 GG, § 108 Abs 2 VwGO), sondern das Gericht verletze auch seine Pflicht, ein von ihm eingeholtes Sachverständigengutachten **sorgfältig und kritisch zu würdigen**.⁹⁵

cc) Kein „in camera“-Verfahren in der Hauptsache

Das OVG Münster⁹⁶ war der Auffassung, dass auch ein „in camera“-Verfahren **in der Hauptsache** möglich sei. Dieser Ansicht erteilte das BVerwG eine Absage, da dies mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sei.⁹⁷ Das „in camera“-Verfahren soll nicht die Möglichkeit von **Geheimverfahren** schaffen, sondern dadurch, dass ein **dritter Spruchkörper** über die Geheimhaltungsbedürftigkeit entscheidet, die **Waffengleichheit** im Hauptverfahren

⁹⁰ BVerwG 14.8.2003 20 F 1/03 = K&R 2004, 99.

⁹¹ vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2004, 67 (68f) mwN.

⁹² vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2004, 67 (70).

⁹³ BVerwG 15.8.2003 20 F 7/03 = K&R 2004, 95 (96) = MMR 2003, 729 (*Steinwärdler*); im Wesentlichen inhaltsgleich mit 20 F 9/03.

⁹⁴ vgl BVerwG in K&R 2004, 95 (96).

⁹⁵ vgl BVerwG in K&R 2004, 95 (96f).

⁹⁶ NVwZ 2001, 820.

⁹⁷ vgl BVerwG in K&R 2004, 95 (97).

gewährleisten. Ein solches Geheimverfahren würde die Erhebung von Rechtsmitteln erschweren und ist **verfassungsrechtlich unzulässig**.⁹⁸

dd) Interessenabwägung

Das BVerwG sprach aus, dass der durch Art 12 Abs 1 und 14 GG geschützte Anspruch der Beigeladenen auf Schutz ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse gegenüber dem Gebot des effektiven Rechtsschutz gemäß Art 19 Abs 4 GG **zurücktreten** müsse. Es hob hervor, dass die Netzinfrastruktur der DTAG unter dem Schutz eines staatlichen Monopols aufgebaut worden war und deshalb einen besonderen **sozialen Bezug** aufweise.⁹⁹

Der Rechtsschutz sei durch die Geheimhaltung und damit durch die mangelnde Verwertbarkeit entscheidungserheblicher Tatsachen deshalb gefährdet, da sich dies nach den **Beweislastgrundsätzen** immer **zum Nachteil des Rechtsschutzsuchenden** auswirken würde. Der BVerwG beschränkte sich hier allerdings auf **hypothetische** Ausführungen, da die Frage der materiellen Beweislast vom **Gericht der Hauptsache** zu entscheiden sei.¹⁰⁰

Trägt die Partei, die entscheidungserhebliche Unterlagen nicht kennt – in vorliegendem Fall der Wettbewerber der DTAG –, die Beweislast, führt dies zu einem mit Art 19 Abs 4 GG unvereinbaren Rechtsschutzdefizit.¹⁰¹ Diese kann die Entscheidung allenfalls auf Grundlage von Vermutungen anfechten und läuft Gefahr, sich gegen überhöhte Entgelte nicht wehren zu können.¹⁰²

Im umgekehrten Falle – **beweisbelastet ist die RegTP** – würde diese ihrer in § 2 Abs 2 Nr 2 TKG festgeschriebenen Aufgabe der **Sicherstellung** eines chancengleichen und funktionsfähigen **Wettbewerbs** auf den Telekommunikationsmärkten nicht mehr nach kommen, da jede Klage gegen die Entgeltfestsetzung zum Erfolg führen würde, da die Regulierungsbehörde ihrer **Beweispflicht nicht nachgekommen** ist.¹⁰³

2. Das neue TKG¹⁰⁴

Mit dem neuen TKG setzt Deutschland mit einiger Verspätung¹⁰⁵ das neue Telekommunikations-Richtlinienpaket um. Neben der Einführung des Marktregulierungsverfahrens¹⁰⁶ wurde vor allem die **Beschleunigung** des

⁹⁸ vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2004, 67 (72, besonders Fn 36) mwN.

⁹⁹ vgl BVerwG in K&R 2004, 95 (97).

¹⁰⁰ vgl BVerwG in K&R 2004, 95 (97).

¹⁰¹ vgl BVerwG in K&R 2004, 95 (97f).

¹⁰² vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2004, 67 (73).

¹⁰³ vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2004, 67 (73).

¹⁰⁴ Soweit nichts anderes angegeben, beziehen sich Zitate des TKG in diesem Abschnitt auf das Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22. Juni 2004 (dBGBl I Nr 29, S1190).

¹⁰⁵ die Umsetzungsfrist endete am 30.6.2003.

¹⁰⁶ vgl *Ellinghaus*, Regulierungsverfahren, gerichtlicher Rechtsschutz und richterliche Kontrolldichte im neuen TKG, MMR 2004, 293.

gerichtlichen Rechtsschutzes – 90% aller Regulierungsentscheidungen werden angefochten, was zu erheblichen Verzögerungen führt¹⁰⁷ - vorangetrieben.

§ 132 TKG sieht eine **Verkürzung des Verwaltungsrechtsweges** vor: Die Berufung an das OVG Münster gegen Entscheidungen des VG Köln fällt weg, der Rechtszug führt direkt vom VG zum BVerwG. Im Provisorialverfahren entscheidet das VG Köln gar abschließend.¹⁰⁸

Bezüglich der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse kam es zu einer signifikanten Veränderung. Während die Vorschriften der §§ 75a Abs 1 und 2 TKG aF in den neuen §§ 136 bzw. 138 Abs 1 TKG weiter bestehen, wurde mit **§ 138 Abs 2 TKG** eine **an § 72 Abs 2 GWB angelehnte Regelung**¹⁰⁹ eingeführt: 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 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**.

Gemäß § 138 Abs 3 TKG muss der Antrag nach § 138 Abs 2 TKG innerhalb eines Monats gestellt werden, was **Verzögerungen** hintan halten soll.¹¹⁰

¹⁰⁷ vgl. *Holznel*, Rechtsschutz und TK-Regulierung im Referentenentwurf zum TKG – Neue Ansätze für eine Verfahrensbeschleunigung, MMR 2003, 513.

¹⁰⁸ vgl. *Ellinghaus*, MMR 2004, 293 (295).

¹⁰⁹ vgl. *Holznel*, MMR 2003, 513 (516).

¹¹⁰ vgl. *Holznel*, MMR 2003, 513 (516).

III. Österreich

A. AVG

1. Verfahrensprinzipien

Grundsätzlich hat der Erlassung eines Bescheides ein **Ermittlungsverfahren** voranzugehen (§ 56 AVG). Zweck des Ermittlungsverfahrens ist gemäß § 37 AVG, den für die Erledigung einer Verwaltungssache **maßgebenden Sachverhalt festzustellen** und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen (**rechtliches Gehör**) zu geben. Dabei sind die **Offizialmaxime** und der **Grundsatz der arbiträren Ordnung** (§ 39 Abs 2 AVG), das Prinzip der **Verfahrenskonzentration** (§ 39 Abs 2a AVG)¹¹¹ sowie der Grundsatz der **Verfahrensökonomie zu beachten**.¹¹²

a) Offizialmaxime

Die **Einleitung** eines Verwaltungsverfahrens erfolgt subsidiär – sofern vom Gesetz kein Parteiantrag vorgesehen ist – **von Amts wegen**.¹¹³

Die **Durchführung** des Ermittlungsverfahrens, insbesondere die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts, obliegt der Behörde von Amts wegen¹¹⁴, selbst wenn das Verfahren auf Antrag eingeleitet wurde¹¹⁵. Diese Pflicht darf die Behörde nicht auf die Parteien **überwälzen**.¹¹⁶ Parteien können zwar Beweisangebote stellen, jedoch ist die Behörde daran **nicht gebunden**. Nach hM¹¹⁷ **trägt** mangels ausdrücklicher gesetzlicher Beweislastregel¹¹⁸ **alleine die Behörde die Beweislast**.

In der Offizialmaxime ist der **Grundsatz der materiellen Wahrheit** umfasst: die Behörde hat den **objektiven Sachverhalt** festzustellen, Geständnis-

¹¹¹ seit der Verwaltungsverfahrensnovelle 2001, BGBl. I Nr. 137/2001.

¹¹² vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht², 138ff.

¹¹³ vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht⁸, Rz 261.

¹¹⁴ vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht⁸, Rz 273; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I², § 39 FN 2; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht², 174.

¹¹⁵ *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht⁸, Rz 273, VwGH 29.7.1998, 97/01/0764.

¹¹⁶ VwGH 31. März 1949, 0899/48 = VwSlg 772 A/1949.

¹¹⁷ stRsp; grundlegend VwGH 31. März 1949, 0899/48 = VwSlg 772 A/1949; OGH 12.9.1990, 1 Ob 8/90; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I², § 39 FN 2.

¹¹⁸ vgl. VwSlg 6836 A/1964.

se¹¹⁹ und Außerstreitstellungen¹²⁰ allein reichen nicht aus, dass die Behörde einen Umstand als erwiesen betrachten darf.¹²¹

b) Rechtliches Gehör

Den Parteien ist gemäß § 37 AVG **Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen** zu geben. Dies ist die grundlegende Ausgestaltung des Rechts auf **rechtliches Gehör**, welche in § 43 Abs 2 und 3 (mündliche Verhandlung), § 45 Abs 3 (Beweisaufnahme), § 65 (Berufungsverfahren) und § 67d AVG (mündliche Verhandlung vor dem UVS) präzisiert wird.¹²² Das Recht auf Parteiengehör ist zwar **kein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht**¹²³, dennoch zählt es zu den **fundamentalen Grundsätzen** der Rechtsstaatlichkeit der Hoheitsverwaltung und ist von Amts wegen zu beachten.¹²⁴

Gemäß § 45 Abs 3 AVG ist den Parteien Gelegenheit zu geben, **vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen**. Den Parteien ist das Ergebnis der Beweisaufnahme in **förmlicher Weise**¹²⁵ zur Kenntnis zu bringen und **unter Setzung einer angemessenen Frist**¹²⁶ Gelegenheit zu geben, zu diesen Ergebnissen Stellung zu nehmen.¹²⁷

Gegenstand des Parteiengehörs sind nach stRsp **sämtliche Ergebnisse** der Beweisaufnahme.¹²⁸ Dem Parteiengehör unterliegt etwa nicht nur eine von der Behörde getroffene **Auswahl** jener Ergebnisse des Beweisverfahrens, welche die Behörde zur Untermauerung der von ihr getroffenen Tatsachenfeststellungen für erforderlich hält, sondern der gesamte Inhalt der Ergebnisse der Beweisaufnahme.¹²⁹ Nicht nur die Ergebnisse der Beweisaufnahme, auch die **Beweisquelle** ist bekannt zu geben.¹³⁰ Der Begriff der Beweisaufnahme umfasst auch die aus dem **Sachverständigenbefund** gezogenen Schlüsse, welche daher dem Parteiengehör ebenfalls unterliegen.¹³¹

Im Zusammenhang mit dem Geheimnisschutz ist hervorzuheben, dass es **in einem rechtsstaatlichen Verfahren keine geheimen Beweismittel** gibt¹³²

¹¹⁹ VwGH 21.1.1994, 94/11/0238.

¹²⁰ VwGH 20.12.1994, 92/04/0276.

¹²¹ *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I², § 39 FN 2.

¹²² vgl *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I², § 39 FN 4.

¹²³ VfSlg 2536/1953.

¹²⁴ VwGH 26.1.1967, 47/66.

¹²⁵ VwGH 18.9.2002, 2002/07/0058.

¹²⁶ VwGH 18.10.2001, 2000/07/0003.

¹²⁷ *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht², 177, *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ (2003), 480.

¹²⁸ VwSlg 4557 A/1958; VwGH 6.9.1993, 93/09/0124; 29.8.2000, 2000/05/0066 ua.

¹²⁹ VwGH 2.7.1990, 90/19/0248.

¹³⁰ VwGH 10.11.1933, A 869/33; 18.10.2000, 98/08/0304.

¹³¹ VwSlg 1853/68.

¹³² stRsp; VwGH 15.9.1966, 0955/66 = VwSlg 6990 A; 16.1.1984, 83/10/0238, VwSlg 11285 A/1984 ua, zuletzt VwGH 25.2.2004, 2002/03/0273; 17.6.2004, 2003/03/0157; siehe unten IV.B.2 und IV.C.2.

Geheime Beweismittel behindern insbesondere die nachprüfende Kontrolle durch den VwGH.¹³³

2. Akteneinsicht

a) Berechtigte

Das Recht auf Akteneinsicht ist in § 17 AVG geregelt. Es steht in engem Zusammenhang mit dem **Recht auf Parteigehör** und soll sicherstellen, dass die Parteien **von allen Vorgängen im Verfahren volle Kenntnis** erlangen können.¹³⁴ Das Recht auf Akteneinsicht ist mit **Antrag** geltend zu machen¹³⁵ und ist ein **subjektives Parteienrecht**¹³⁶, welches auch der übergangenen Partei zukommt.¹³⁷ Anders als in Deutschland¹³⁸ besteht der Anspruch auch **nach** Beendigung des Verwaltungsverfahrens, was zur Stellung eines Antrags auf Wiederaufnahme oder Erhebung einer Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sinnvoll sein kann.¹³⁹

Dritten, insbesondere auch sonstigen Beteiligten¹⁴⁰, räumt das AVG **kein subjektives Akteneinsichtsrecht** ein, jedoch **kann** die Behörde in den Grenzen des Art 20 Abs 3 B-VG (Amtsgeheimnis) jedem Interessenten Akteneinsicht gewähren.¹⁴¹

Daneben sieht Art 20 Abs 4 B-VG eine **Auskunftspflicht gegenüber jedermann**, soweit nicht die eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht entgegensteht, vor, welche im Auskunftspflichtgesetz¹⁴² des Bundes und im Bundesgrundsatzgesetz über die Auskunftspflicht der Verwaltung der Länder und Gemeinden¹⁴³ konkretisiert ist.

b) Einschränkungen

Von der Akteneinsicht sind Aktenbestandteile **ausgenommen**, insoweit deren Einsichtnahme eine **Schädigung berechtigter Interessen** einer Partei oder dritter Personen oder eine **Gefährdung der Aufgaben der Behörde** herbeiführen oder den **Zweck des Verfahrens beeinträchtigen** würde (§ 17 Abs 3 AVG). Die Begriffe des „berechtigten Interesses“ und der „Schädigung“ bleiben indes unklar: Der Gesetzgeber hat etwa nicht klargestellt, ob

¹³³ vgl VwGH 18.11.1993, 93/09/0356, 17.6.2004, 2003/03/0157.

¹³⁴ vgl Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*², 117.

¹³⁵ *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 173.

¹³⁶ VwGH 22.10.1968, 428/68; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸ (2003), Rz 173.

¹³⁷ VwGH 7.6.1971, 2055/70.

¹³⁸ siehe oben II.B.1.

¹³⁹ vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 177.

¹⁴⁰ VwSlgNF 8444 A.

¹⁴¹ *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 177.

¹⁴² BGBl 1987/287.

¹⁴³ BGBl 1987/286.

nur ein **rechtliches** oder schon ein **wirtschaftliches Interesse** beachtlich sein soll.¹⁴⁴

Die Behörde hat eine **Interessenabwägung** vorzunehmen¹⁴⁵, wobei den **öffentlichen Interessen**, die der Akteneinsicht entgegenstehen, **Vorrang** vor dem Interesse der Partei an der Akteneinsicht zu geben ist.¹⁴⁶

Soweit sich aus § 17 Abs 3 AVG keine Ausnahme ergibt, ist die Akteneinsicht den Parteien **jedenfalls** zu gewähren.¹⁴⁷

Gemäß § 17 Abs 2 AVG ist allen Parteien **in gleichem Umfang** Akteneinsicht zu gewähren. Eine solche Pflicht würde sich auch schon aus dem **allgemeinen Gleichheitsgrundsatz** ergeben.¹⁴⁸ Ein Aktenstück, das einer Partei gegenüber von der Akteneinsicht auszunehmen ist, ist **auch gegenüber allen anderen Parteien** von der Einsichtnahme auszunehmen, selbst wenn der anderen Partei gegenüber kein Verweigerungsgrund besteht.¹⁴⁹ Bedeutsam wird § 17 Abs 2 AVG aber im umgekehrten Fall, wenn einer Partei **zu Unrecht** Akteneinsicht gewährt wurde. Diesfalls ergibt sich für die Behörde eine **Pflichtenkollision**: Gewährt sie auch den anderen Parteien Einsicht, verletzt sie § 17 Abs 3 AVG, verweigert sie ihnen die Akteneinsicht, verletzt sie § 17 Abs 2 AVG. Da **§ 17 Abs 2 AVG** ja sonst überflüssig wäre, ist von einem **Vorrang** dieser Vorschrift auszugehen und auch den anderen Parteien Akteneinsicht zu gewähren.¹⁵⁰

c) Rechtsschutz

§ 17 Abs 4 AVG statuiert, dass gegen die Verweigerung der Akteneinsicht **kein Rechtsmittel** zulässig ist. Nach **hM**¹⁵¹ stellt die Verweigerung der Akteneinsicht gegenüber einer Partei im laufenden Verfahren eine **Verfahrensordnung** dar, die gemäß § 63 Abs 2 AVG in der Berufung gegen den in der Sache ergehenden Bescheid angefochten werden kann. Wird die Akteneinsicht jemandem anderen als einer Partei oder nach Abschluss des Verfahrens abgelehnt, handelt es sich dabei um einen selbstständig anfechtbaren **verfahrensrechtlichen Bescheid**.¹⁵²

¹⁴⁴ vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 179 mwN.

¹⁴⁵ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*², 118f; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 179.

¹⁴⁶ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*², 119; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 179; *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I*² (1998), § 17 FN 7.

¹⁴⁷ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*², 119.

¹⁴⁸ vgl *Novak*, *Rechtsfragen der Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren*, *ÖJZ* 1973, 253 (255).

¹⁴⁹ vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 181.

¹⁵⁰ in diesem Sinne *Novak*, *Rechtsfragen der Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren*, *ÖJZ* 1973, 253 (255f); vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 181.

¹⁵¹ *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 176; *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I*², § 17 FN 9; *VwGH* 18.9.2000, 2000/17/0052.

¹⁵² vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸, Rz 176.

3. Urkundenvorlage- und Zeugnisverweigerungsrechte zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

a) Verweigerung der Urkundenvorlage

Ein Recht zur Verweigerung der Vorlage von Urkunden wegen des Vorliegens eines Geschäftsgeheimnisses wie § 305 Z 4 ZPO¹⁵³ **kennt das AVG nicht.**

b) Zeugnisverweigerungsrecht

Gemäß § 49 Abs 1 Z 2 AVG **darf die Aussage von einem Zeugen verweigert werden** über Fragen, die er **nicht beantworten könnte, ohne** eine ihm obliegende staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der er nicht gültig entbunden wurde, zu verletzen oder ein Kunst-, **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis zu offenbaren.**

c) Parteienvernehmung

Gemäß § 51 AVG sind die §§ 48 und 49 (Zeugensbeweis) **auch auf die Vernehmung von (Parteien und sonstigen) Beteiligten** zum Zweck der Beweisführung **anzuwenden.** § 50 AVG (Belehrung über die Wahrheitspflicht und die Folgen einer Falschaussage) ist auf Beteiligte nicht anzuwenden, eine **Falschaussage** ist gemäß § 289 StGB **nicht strafbar.**¹⁵⁴

B. VwGG

Im Verfahren vor dem **Verwaltungsgerichtshof (VwGH)** kommt gemäß § 62 Abs 1 VwGG das **AVG** zur Anwendung, sofern das VwGG keine Sonderregelung trifft.

Eine solche Sonderregelung sieht das VwGG für die **Akteneinsicht** vor: Gemäß § 25 Abs 1 VwGG können die Parteien beim Verwaltungsgerichtshof grundsätzlich **alle** ihre Rechtssache betreffenden **Akten einsehen.**¹⁵⁵ Dies gilt sowohl für die **Akten des Gerichtshofes** als auch für die von ihm **eingeholten Akten.** Ausgenommen sind Entwürfe zu Erkenntnissen und Beschlüssen des Verwaltungsgerichtshofes und Niederschriften über seine Beratungen und Abstimmungen.

Jedoch können die Behörden gemäß § 25 Abs 2 VwGG bei der Vorlage von Akten an den Verwaltungsgerichtshof verlangen, dass bestimmte Akten oder Aktenteile **im öffentlichen Interesse** von der Einsicht **ausgeschlossen** werden. **Im Streitfall entscheidet** nach Anhörung der Behörde auf Antrag des Berichterstatters der **Senat.**¹⁵⁶ Doch darf **ohne Zustimmung der belangten**

¹⁵³ siehe unten III.D.4.a).

¹⁵⁴ VwGH 19.3.1970, 1556/68.

¹⁵⁵ vgl. *Müller in Machacek (Hrsg)*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁵ (2004), 209.

¹⁵⁶ *Müller in Machacek (Hrsg)*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁵, 209.

Behörde die Einsicht in jene Akten oder Aktenteile **nicht gewährt** werden, die die Behörde im Verwaltungsverfahren **der Parteieneinsicht zu entziehen nach geltender Vorschrift berechtigt war**. Die belangte Behörde hat die in Betracht kommenden Stellen im Vorlagebericht zu bezeichnen (§ 25 Abs 2 VwGG letzter Satz).

C. DSGVO

1. Wirtschaftsdaten als personenbezogene Daten

Gemäß der Verfassungsbestimmung des § 1 DSGVO hat **jedermann** Anspruch auf **Geheimhaltung** der ihn betreffenden **personenbezogenen Daten**, soweit ein **schutzwürdiges Interesse** daran besteht. Schon zu § 1 Abs 2 DSGVO 1978 ging die hM¹⁵⁷ davon aus, dass auch **Wirtschaftsdaten** unter den Begriff personenbezogene Daten fallen und somit Schutzobjekt des **Grundrechts auf Datenschutz** sein können.¹⁵⁸

Der Anspruch auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten **verbietet** nicht nur die Weitergabe erhobener Daten, sondern auch, dass der Betroffene **zur Offenlegung verpflichtet** wird (**Ermittlungsschutz**)¹⁵⁹.

2. Datenschutzrechtliche Fragen im Erkenntnis VfGH 28.11.2001, 2271/00¹⁶⁰

a) Sachverhalt

Die TKC-GmbH, die Vorläuferin der RTR-GmbH¹⁶¹, forderte mit einem auf § 83 Abs 2 TKG 1997 gestützten Schreiben alle Konzessionsinhaber auf, diverse Daten, etwa betriebswirtschaftliche Daten (Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Mitarbeiter), Daten über Umsätze, Dienstqualität, Verkehrswerte, Infrastruktur und Nachfrage zu übermitteln.¹⁶² Nachdem ein Unternehmen nicht auf das Schreiben reagierte, trug die TKC-GmbH diesem mit Bescheid gemäß § 83 Abs 3 TKG 1997 auf, diese Daten zu übermitteln.

Zur Begründung führte die Behörde aus, dass sie Daten zum Teil dazu benötige, das jeweilige Unternehmen zu beurteilen, zum Teil, um branchenweite statistische Kenngrößen zu ermitteln, an denen andere Unternehmen gemessen werden können, wie etwa über den ganzen Markt berechnete Durchschnittswerte. Da der Telekommunikationsmarkt durch eine besondere Dyna-

¹⁵⁷ *Duschaneck, Geheimnisschutz und Datenschutz in Ruppe (Hrsg.), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben* (1980), 298; VfGH 30.11.1989, VfSlg 12.228/1989; 16.10.1991, 12.880/1991.

¹⁵⁸ vgl. *Feiel, Wirtschaftsaufsichtsrecht: Zu den Auskunftspflichten nach § 83 TKG*, wbl 2002, 343.

¹⁵⁹ *Dohr/Pollirer/Weiss, DSGVO²* (2002), § 1 Anm 2; VfGH 30.11.1989, VfSlg 12.228/1989; 16.10.1991, VfSlg 12.880/1991.

¹⁶⁰ VfSlg 16.369/2001.

¹⁶¹ vgl. § 5 Abs 2 KOG.

¹⁶² vgl. *Feiel, wbl 2002, 343*.

mik gekennzeichnet sei, müssen die Daten in regelmäßigen Abständen erhoben werden.

Gegen diesen Bescheid richtete sich die Beschwerde. Der Beschwerdeführer machte vor allem geltend, dass er ein erhebliches schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung dieser Daten habe, da sie zu den „strengsten Geschäfts und Betriebsgeheimnissen“ gehörten.¹⁶³

b) Die Auskunftspflicht gemäß § 83 Abs 2 TKG 1997

Gemäß § 83 Abs 2 TKG 1997 sind Betreiber von Telekommunikationsdiensten sind **verpflichtet**, der Regulierungsbehörde auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die **für den Vollzug dieses Gesetzes** und der relevanten internationalen Vorschriften **notwendig** sind. Gemäß § 83 Abs 3 TKG 1997 kann die Regulierungsbehörde entsprechende **Anordnungen** treffen, welche von den Betreibern zu befolgen sind.

c) Die Interessenabwägung des VfGH

Zunächst **bestätigte** der VfGH seine bisherige Judikatur zum Thema Wirtschaftsdaten als personenbezogene Daten.¹⁶⁴ Er führte weiters aus, dass Beschränkungen des Grundrechts auf Geheimhaltung personenbezogener Daten gemäß § 1 Abs 2 DSG nur zur Wahrung **überwiegender berechtigter Interessen** eines anderen zulässig seien, Eingriffe einer staatlichen Behörde darüber hinaus nur aufgrund von Gesetzen, die aus den **in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Gründen**¹⁶⁵ **notwendig** seien.¹⁶⁶ Gemäß § 1 Abs 2 DSG letzter Satz ist auch für den Fall an sich gesetzlich zugelassener Beschränkungen der konkrete Eingriff in das Grundrecht unzulässig, wenn er nicht in der jeweils **gelindesten**, zum Ziel führenden Art vorgenommen wird.¹⁶⁷

Der VfGH sprach aus, dass die mit dem angefochtenen Bescheid angeordnete, weit reichende Abfrage von Wirtschaftsdaten, **losgelöst von konkreten wirtschaftsaufsichtsrechtlichen Verfahren** der Regulierungsbehörde einen Eingriff in deren Grundrecht auf Datenschutz bilde, der sich **auf keine hinreichende gesetzliche Grundlage** stützen könne: Der § 83 Abs 2 TKG 1997 sei für den von der belangten Behörde angestrebten „Aufbau eines einheitlichen Datenbestandes unabhängig von den einzelnen Verwaltungsverfahren“ angesichts der Weite seiner Ermächtigung, Auskünfte zu verlangen, **kein nach § 1 Abs 2 DSG iVm Art 8 Abs 2 EMRK notwendiges, Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz legitimierendes Gesetz**; die

¹⁶³ vgl Feiel, wbl 2002, 343.

¹⁶⁴ siehe oben III.C.1.

¹⁶⁵ „Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.“

¹⁶⁶ VfGH 28.11.2001, 2271/00, II.2.1.

¹⁶⁷ VfGH 28.11.2001, 2271/00, II.2.2.

Bestimmung bezeichne für sich genommen nicht ausreichend präzise, also **nicht für jedermann vorhersehbar**¹⁶⁸, unter welchen Voraussetzungen Auskünfte über geschützte Daten für die Wahrnehmung konkreter Verwaltungsaufgaben erforderlich seien. Die Unzulässigkeit einer zwangsweisen Erhebung von "(geschützten) Daten auf Vorrat" bewiesen auch die – einfachgesetzlichen – Ausführungsvorschriften der §§ 6 und 27 DSGVO.¹⁶⁹

Nicht konkret Stellung nahm der VfGH, inwiefern bestehende **konkrete gesetzliche Ermächtigungen** zur Wahrung von Regulierungsaufgaben, wie etwa § 111 TKG 1997, eine genügende rechtliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff darstellen könnten, hielt dies aber ausdrücklich für **möglich**.¹⁷⁰

D. Exkurs: ZPO

1. Die Dispositionsmaxime und das Kooperationsmodell

Die Parteien im Zivilprozess streiten über **privatrechtliche Ansprüche**, über die sie in der Regel **privatautonom** disponieren können. Dementsprechend können die Parteien auch **über den Streitgegenstand frei verfügen (Dispositionsmaxime)**.¹⁷¹ Die Parteien bestimmen den **Beginn** und den **Gegenstand** des Verfahrens und können auch seine **Beendigung** herbeiführen.¹⁷²

Der österreichische Zivilprozess geht weder von einem reinen **Untersuchungsgrundsatz** (Offizialmaxime), bei dem es allein dem Gericht obliegt, die entscheidungserheblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln, noch vom reinen **Verhandlungsgrundsatz** (Beibringungsgrundsatz) aus, der es allein den Parteien auferlegt, den Prozessstoff zu sammeln, sondern wählt eine vermittelnde Lösung, die **Kooperationsmodell** oder **abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz**¹⁷³ genannt wird: Der Richter kann im Rahmen seiner materiellen Prozessleitungsbefugnisse zwar **Beweise von Amts wegen aufnehmen**, jedoch nur dann, wenn es ein entsprechendes **Parteivorbringen** gibt.¹⁷⁴

Soweit **öffentliche oder überindividuelle Interessen** betroffen sind, wie etwa im Ehenichtigkeitsverfahren oder im Abstammungsverfahren, gilt auch im Zivilprozess der **reine Untersuchungsgrundsatz**.¹⁷⁵

¹⁶⁸ vgl. EGMR 16.2.2000, 27798/95 = ÖJZ 2001/1 – Fall Amann.

¹⁶⁹ VfGH 28.11.2001, 2271/00, II.2.3.

¹⁷⁰ VfGH 28.11.2001, 2271/00, II.2.3.

¹⁷¹ vgl. *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶, Rz 276.

¹⁷² Fucik in *Rechberger (Hrsg)*, ZPO², Vor § 171 ZPO Rz 2.

¹⁷³ vgl. Fucik in *Rechberger (Hrsg)*, ZPO², Vor § 171 ZPO Rz 3.

¹⁷⁴ vgl. Fucik in *Rechberger (Hrsg)*, ZPO², § 178 ZPO Rz 2; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶, Rz 269.

¹⁷⁵ *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶, Rz 271.

2. Die Beweislast

a) Die Behauptungslast

Die für die Anwendung einer Rechtsnorm erforderlichen Tatsachen müssen durch Parteienbehauptung oder von Amts wegen in das Verfahren eingeführt werden (**objektive Behauptungslast**). Im Zivilverfahren, wo in der Regel kein Untersuchungsgrundsatz gilt, trifft die Verpflichtung zur Behauptung anspruchsbegründender Tatsachen den Kläger, die zur Behauptung anspruchshindernder, -vernichtender oder -hemmender den Beklagten (**subjektive Behauptungslast**). Liegt eine **Behauptungslücke** vor, also wird das Vorliegen eines notwendigen Tatbestandselements nicht behauptet, geht dies **zu Lasten** jener Partei, die die Rechtsfolge der Rechtsnorm für sich in Anspruch nimmt. In diesem Fall ist die Klage **als unbegründet abzuweisen**.¹⁷⁶

b) Die subjektive Beweislast

Die subjektive Beweislast oder **Beweisführungslast** ist die die Partei treffende **Obliegenheit**, bei sonstigem Prozessverlust **durch eigene Tätigkeit den Beweis einer streitigen Tatsache zu führen**.¹⁷⁷ Durch die **starke Stellung des Richters** im österreichischen Zivilprozess ist die subjektive Beweislast in der Praxis allerdings von eher untergeordneter Bedeutung, da das Gericht Beweise auch **von Amts wegen** aufnehmen kann bzw. auch muss (§§ 182ff ZPO)¹⁷⁸. Die **Nichtbeachtung** der subjektiven Beweislast resultiert also nur dann im Prozessverlust, wenn der Richter aufgrund des Parteivorbringens von Amts wegen keine weiteren Beweise aufnehmen kann.¹⁷⁹

In Verfahren, in denen der **reine Untersuchungsgrundsatz** zur Anwendung kommt, gibt es **keine subjektive Beweislast**.¹⁸⁰

c) Die objektive Beweislast

Die objektive Beweislast (**Feststellungslast**) legt die Folgen der **Unaufklärbarkeit einer tatsächlichen Behauptung** fest. Die Regeln der objektiven Beweislast kommen dann zum Tragen, wenn die freie Beweiswürdigung weder zum Ergebnis führt, dass die strittige Tatsache vorliegt, noch dass diese nicht vorliegt (**non liquet**), obwohl alle zulässigen Beweismittel ausgeschöpft sind. Das Gericht trifft als Ausfluss des **Justizgewährungsanspruches** des

¹⁷⁶ vgl. *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶, Rz 583.

¹⁷⁷ *Bienert-Nießl*, Materielle rechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess (2003), 292.

¹⁷⁸ vgl. *Bienert-Nießl*, Materielle rechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess, 292.

¹⁷⁹ vgl. *Bienert-Nießl*, Materielle rechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess, 292f.

¹⁸⁰ vgl. *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶, Rz 584.

Art 6 MRK eine **Entscheidungspflicht**¹⁸¹: „*Beweislosigkeit darf nicht zur Entscheidungslosigkeit führen*“¹⁸².

In dieser Situation dienen die Regeln der objektiven Beweislast als Form der **gesetzlichen Risikoverteilung**: der Gesetzgeber verteilt im Rahmen der **materiellen Norm** auch das Risiko der **tatsächlichen Unaufklärbarkeit, unabhängig von einem Bemühen oder Verschulden der Parteien**.¹⁸³ Aus einer Gesamtanalogie wird die Beweislastgrundregel, der **Grundsatz der subjektiven Günstigkeit der Norm** hergeleitet: Bei Zweifeln über das Vorliegen einer bestimmten Tatsache trägt jene Partei die Beweislast, für welche die Rechtsfolge des Tatbestands, zu dessen Ausfüllung die Tatsache dient, **günstig** ist. Für **anspruchsbegründende** Tatsachen ist das der **Anspruchswerber**, für **anspruchshemmende, -hindernde oder -vernichtende** Tatsachen der **Anspruchsgegner**.¹⁸⁴

3. Akteneinsicht

Gemäß § 219 ZPO können die Parteien in **sämtliche** ihre Rechtssache betreffenden **Akten**, mit Ausnahme der Entwürfe zu Urteilen und Beschlüssen, der Protokolle über Beratungen und Abstimmungen des Gerichtes, **Einsicht nehmen. Dritten** kommt entweder mit **Zustimmung** aller Parteien oder wenn sie ein **rechtliches Interesse** glaubhaft machen können ein Akteineinsichtsrecht zu.¹⁸⁵ Dieses muss in Hinblick auf § 1 Abs 2 DSG auch **berechtigt** sein.¹⁸⁶

4. Urkundenvorlage- und Zeugnisverweigerungsrechte zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

a) Verweigerung der Urkundenvorlage

Gemäß § 305 Z 4 ZPO kann die **Vorlage von Urkunden**¹⁸⁷ **verweigert** werden, wenn die Partei durch die Vorlage der Urkunde eine staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der sie nicht gültig entbunden wurde, oder ein Kunst- oder **Geschäftsgeheimnis** verletzen würde.

¹⁸¹ vgl *Bienert-Nießl*, *Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess*, 285.

¹⁸² *Rechberger/Simotta*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*⁶, Rz 584.

¹⁸³ vgl *Bienert-Nießl*, *Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess*, 286.

¹⁸⁴ vgl *Bienert-Nießl*, *Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess*, 286; *Rechberger/Simotta*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*⁶, Rz 585.

¹⁸⁵ *Gitschthaler* in *Rechberger (Hrsg)*, *ZPO*², § 219 ZPO Rz 1.

¹⁸⁶ *Gitschthaler* in *Rechberger (Hrsg)*, *ZPO*², § 219 ZPO Rz 2.

¹⁸⁷ die nicht unter § 304 ZPO fallen, wie etwa bei Bezugnahme auf die Urkunde zum Zweck der Beweisführung, vgl Schumacher, *Unternehmensgeheimnisse im Zivilprozess*, ÖBl 1988, 89.

b) Zeugnisverweigerungsrecht

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 ZPO darf ein Zeuge die **Aussage** über Fragen **verweigern**, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder **Geschäftsgeheimnis** zu offenbaren. Geschützt sind eigene Geschäftsgeheimnisse des Zeugen, Geheimnisse Dritter aber auch Geheimnisse der Parteien.¹⁸⁸

c) Parteienvernehmung

Gemäß § 380 Abs 1 ZPO finden die Bestimmungen über den Beweis durch Zeugen **auch auf die Vernehmung der Parteien Anwendung**, soweit im Gesetz nichts Abweichendes bestimmt ist. Dies gilt insbesondere auch für den Zeugnisverweigerungsgrund des § 321 Abs 1 Z 5 ZPO. Die Parteien trifft allerdings gemäß § 380 Abs 2 ZPO allgemein **keine Pflicht zur Aussage**. Eine Weigerung ist vom Gericht vielmehr im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 381 iVm § 272 ZPO) zu werten.¹⁸⁹

Profitieren kann von diesem Verweigerungsrecht regelmäßig nur die nicht behauptungs- und beweisbelastete Partei, denn die im Geheimnisbereich behauptungs- und beweisbelastete Partei hat ja den eigenen Prozessstandpunkt hinreichend **zu behaupten und zu beweisen**.¹⁹⁰ Dabei **steht es ihr zwar grundsätzlich frei**, ob sie ihre Geheimnisse offen legt oder nicht, hält sie die entscheidungserheblichen Fakten geheim, trägt sie aber das **Risiko einer abweisenden Entscheidung**.¹⁹¹

5. Fazit

Den Parteien im Zivilprozess steht zum Schutz ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ein gewisser Spielraum zur Verfügung. Solange eine Partei nicht beweisbelastet ist, kann sie sich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 580 Abs 1 iVm § 321 Abs 1 Z 5 ZPO zurückziehen. Gewarnt sei jedoch davor, dass die Rechtsprechung im Bereich des Wettbewerbsrechts von einer Beweislastumkehr im Einzelfall ausgeht.¹⁹²

Die beweisbelastete Partei hingegen muss abwägen, ob sie das Geschäftsgeheimnis offen legt oder das Risiko eingeht, den Prozess zu verlieren.

¹⁸⁸ vgl. *Schumacher*, Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987, 673.

¹⁸⁹ vgl. *Schöberl*, Beweis des Gegenteils und Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse – dargestellt am Beispiel des § 155 PatG, ÖJZ (in Druck).

¹⁹⁰ vgl. *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (91).

¹⁹¹ vgl. *Schöberl*, Beweis des Gegenteils und Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, ÖJZ (in Druck).

¹⁹² Details bei *Bienert-Nießl*, Materielle Auskunftsspflichten im Zivilprozess, 296ff; kritisch *Schumacher*, ÖBl 1988, 89 (91).

IV. Wie kommen entscheidungserhebliche Daten ins Verfahren?

A. Welche relevanten Daten fallen unter den Begriff des Wirtschaftsgeheimnisses?

1. TKG

Zur Frage, welche Daten nun unter den Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnis fallen, lässt sich **aus den Entscheidungen der Regulierungsbehörde wenig gewinnen**. Ihre Stellungnahmen erschöpfen sich meist darin, festzuhalten, den Parteien des gegenständlichen Verfahrens seien Unterlagen „unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der beteiligten Betreiber zugänglich gemacht“¹⁹³ worden. Allgemein stellte sie klar, dass solche Daten dem Geheimnisschutz unterliegen können, die „*Rückschluss auf die detaillierte Kostensituation, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder unternehmensinterne Vorgänge erlauben würden*“.¹⁹⁴

Jedenfalls nicht dem Geheimnisschutz unterliegen Informationen über die benötigten **Kapazitäten** und die erwartete Verkehrsauslastung zur Hauptverkehrsstunde pro Netzübergabepunkt an den **Netzübergabepunkten** der jeweiligen Zusammenschaltungspartner. Diese Informationen sind notwendig, um den Zusammenschaltungspartnern **kurzfristige Kapazitätsplanungen** zu erlauben.¹⁹⁵

Klarerweise werden auch solche Daten nicht geschützt, die aufgrund anderer, etwa kapitalmarktrechtlicher Vorschriften **veröffentlichungspflichtig** sind.¹⁹⁶

Sicherlich auch für Österreich gültig ist die jüngste Feststellung des deutschen BVerfG¹⁹⁷, wonach **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse mit abnehmender Aktualität weniger schützenswert** sein können.

2. § 3a NVG, ZPO

Weitere Anhaltspunkte lassen sich aus der Diskussion zum mittlerweile aufgehobenen¹⁹⁸ § 3a NVG gewinnen: Diese Norm verbot den Verkauf von

¹⁹³ TTK 5.11.2001, Z 14/01-103, 50.

¹⁹⁴ TTK 22.6.2001, Z 6/01-45, 23; Hervorhebungen durch den Autor; bezüglich Kostendaten ablehnend *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick, 31.

¹⁹⁵ TTK 27.03.2000, Z 30/99-92, 99.

¹⁹⁶ vgl. *Lehofer*, Spezifische Probleme unabhängiger Regulierungsbehörden in *Österreichische Juristenkommission (Hrsg)*, Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002), 208.

¹⁹⁷ BVerfG vom 5.2.2004, 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 = MMR 2004, 466.

¹⁹⁸ VfGH Erk v 15. 6. 1990, G56/89 = VfSlg 12.379/1990.

Waren unter dem **Einstandspreis**. Hierbei sprach der OGH¹⁹⁹ aus, dass **Kostendaten** (in concreto: Geschäftsabschlüsse und Geschäftsbedingungen) dem Geheimnisschutz unterliegen. Nach der Lehre²⁰⁰ gehören in diesem Zusammenhang zu den Geschäftsgeheimnissen Auskünfte über **Geschäftsabschlüsse und Geschäftsbedingungen**, soweit es sich dabei tatsächlich um Geheimnisse gehandelt hat, weiters auch über **Preisabreden**, über die Höhe der Verwendung von **Eigen- und Fremdgeldern**, sowie über die **Höhe der ausgezahlten Gehälter**.

B. Der Umgang mit Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in der Regulierungspraxis

1. Die Regulierungspraxis vor der Entscheidung VwGH 25.2.2004, 2002/03/0273

Um Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Netzbetreiber zu wahren, **vermied** es die Regulierungsbehörde so weit als möglich, die vorgelegten Daten **der jeweils anderen Partei offen zu legen**.²⁰¹ Sie ließ die Daten von Gutachtern auswerten, stellte diese **Gutachten** der gegnerischen Partei aber **nicht**²⁰² oder nur **um Geschäftsgeheimnisse bereinigt**²⁰³ – es gab zwei Versionen des Gutachtens, eine vollständige und eine ohne die Inputdaten – zu.

Damit waren die **Entscheidungsgrundlagen** der Behörde für die betroffene Partei **nicht nachvollziehbar**.²⁰⁴

2. Die Folgen der Entscheidung VwGH 25.2.2004, 2002/03/0273

In seiner Entscheidung vom 25.2.2004²⁰⁵ sprach der VwGH aus, dass ein **wesentlicher Verfahrensmangel** darin gelegen sei, dass der Beschwerdeführerin die dem Berechnungsmodell der Behörde zugrunde gelegten **Inputdaten nicht offen gelegt worden seien**. Die belangte Behörde habe den Verfahrensparteien unterschiedliche Versionen des von den Amtssachverständigen vorgelegten Gutachtens zugestellt; in dem der Beschwerdeführerin übermittelten Gutachten seien die Inputdaten, die der Berechnung zugrunde gelegt worden seien, nicht enthalten gewesen.

Dabei sei es **unerheblich**, ob diese Daten **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** darstellen. **In einem rechtsstaatlichen Verfahren dürfe es keine geheimen Beweismittel geben**; wenn sich die belangte Behörde in ihren Fest-

¹⁹⁹ OGH 14. 10. 1969, 4 Ob 346/69 = JBl 1970, 266 = ÖBl 1970, 77; KOG 20.9.1989, Okt 2/89 = WBl 1989,370 = ÖBl 1989,183 = RdW 1989,391.

²⁰⁰ *Fasching*, Zivilprozessordnung III (1966), 427, *Barfuß*, Verkauf unter dem Einstandspreis - Darf der Lieferant die Zeugenaussage unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis verweigern?, WBl 1989, 139.

²⁰¹ vgl *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick, 30.

²⁰² im Verfahren Z 2/00: vgl VwGH 11.12.2002, 2000/03/0190, 3.1.

²⁰³ im Verfahren Z 11/02: vgl VwGH 25.2.2004, 3003/03/0273, 2.7.

²⁰⁴ vgl *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick, 30.

²⁰⁵ 2002/03/0273, 2.7.

stellungen auf ein **Beweismittel** stütze, habe sie den Verfahrensparteien zuvor hiezu Gelegenheit zur **Stellungnahme** zu geben.

Da dies nicht geschehen sei, sei die Beschwerdeführerin damit in ihrem Recht auf **Parteiengehör** gemäß § 45 Abs 3 AVG verletzt.

Der VwGH bestätigte damit seine ständige Rechtsprechung²⁰⁶ zum **Verbot geheimer Beweismittel**.

3. Neueste Regulierungspraxis

a) Geheimhaltung, wenn Daten der Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden

Die **Regulierungsbehörde** reagierte umgehend, indem sie, wie sie in auf die Entscheidung des VwGH folgenden Bescheidentwürfen²⁰⁷, die gemäß § 128 TKG 2003 einem Konsultationsverfahren unterzogen wurden, – allerdings ohne nähere Begründung – klarstellt, dass sie Aktenteile **nur mehr dann** wegen des Vorliegens von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen **geheim hält, wenn sie Daten betreffen, die sie ihrer Entscheidung nicht zu Grunde legt**. Trotz im Konsultationsverfahren geäußerter Bedenken²⁰⁸ behielt sie ihren Standpunkt auch im endgültigen Bescheid²⁰⁹ bei.

b) Würdigung

Wie die Telekabel Wien GmbH in einer Stellungnahme²¹⁰ zu Recht rügt, birgt auch eine solche Pauschalaussage weiterhin die **Gefahr der formalen Fehlerhaftigkeit** der Entscheidung der Regulierungsbehörde.

Im Lichte der Rechtsprechung des VwGH zum Umfang des rechtlichen Gehörs ist vielmehr zu **differenzieren: Dem Parteiengehör unterliegt nämlich nicht nur eine von der Behörde getroffene Auswahl** jener Ergebnisse des Beweisverfahrens, welche die Behörde **zur Untermauerung der von ihr getroffenen Tatsachenfeststellung für erforderlich hält**, sondern der **gesamte Inhalt der Ergebnisse der Beweisaufnahme**.²¹¹

Nicht dem Parteiengehör unterliegen vorgelegte Beweismittel mE nur dann, wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, dass das **Beweisthema**,

²⁰⁶ siehe FN 132.

²⁰⁷ etwa Bescheidentwurf der TTK vom 25.5.2004, Z 16/03-104, 91, [http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/516CB5543768A1A0C1256EC2002C9705/\\$file/Z%2016%2003%20Entwurf%20einer%20Vollziehungshandlung%20gemäß%20§%20128%20TKG%202003.pdf](http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/516CB5543768A1A0C1256EC2002C9705/$file/Z%2016%2003%20Entwurf%20einer%20Vollziehungshandlung%20gemäß%20§%20128%20TKG%202003.pdf).

²⁰⁸ Mobile Number Portability – Konsultation nach § 128 TKG 2003 – Stellungnahme der Telekabel Wien Ges.m.b.H., 13f, [http://rtr.at/web.nsf/lookuid/04DA64087E3B38B0C1256EC30026DF4B/\\$file/Telekabel.pdf](http://rtr.at/web.nsf/lookuid/04DA64087E3B38B0C1256EC30026DF4B/$file/Telekabel.pdf).

²⁰⁹ TTK vom 30.7.2004, Z 16/03-155.

²¹⁰ Mobile Number Portability – Konsultation nach § 128 TKG 2003 – Stellungnahme der Telekabel Wien Ges.m.b.H., 13f..

²¹¹ VwGH 27.6.1983, 83/10/0126; 2.7.1990, 90/19/0248 ua.

zu dem dieses Beweismittel aufgenommen wurde, nunmehr **nicht mehr entscheidungsrelevant** ist.

Soweit eine Behörde behauptet, ein **Beweismittel zu einem bestimmten (relevanten) Beweisthema sei unerheblich, also objektiv nicht geeignet, über den bezeichneten Gegenstand der Beweisaufnahme einen Beweis zu liefern**²¹², müsste dies zumindest (ausführlich) **begründet** werden²¹³, was unter Umständen wiederum zur (teilweisen) Offenlegung der Geschäftsgeheimnisse führen könnte. Andernfalls würde der Normzweck des § 45 Abs 3 AVG, die **Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit** der Entscheidung der Behörde vereitelt werden. Insbesondere könnte der Gegner des Geheimnisträgers nicht überprüfen, inwieweit die Behörde dennoch – bewusst oder unbewusst – **diese Daten ihrer Entscheidung zu Grunde gelegt hat**.²¹⁴

C. Die Bedeutung des neuen § 125 TKG 2003

1. Allgemeines

Gemäß dem mit dem TKG 2003 eingeführten § 125 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde ihr bekannt gewordene Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse **insbesondere nach Maßgabe des Datenschutzgesetzes zu wahren**. (§ 125 Abs 1 TKG 2003).

Die **Qualifizierung** einer Tatsache als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis **obliegt der Regulierungsbehörde**, die dabei auch eine **Abwägung der Interessen des Berechtigten an der Geheimhaltung einerseits und den Interessen Dritter an deren Offenlegung** andererseits vorzunehmen hat. (§ 125 Abs 2 TKG 2003).

Hegt die Regulierungsbehörde **berechtigte Zweifel** an der Schutzwürdigkeit der Geheimhaltung einer Tatsache, hat sie dies dem Berechtigten **mitzuteilen und ihn aufzufordern**, sein **wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung glaubhaft** zu machen (§ 125 Abs 3 TKG 2003).

Zweifellos orientiert sich § 125 Abs 1 TKG 2003 an Art 5 Rahmenrichtlinie²¹⁵, jedoch ist fraglich, ob angesichts der allgemeinen Geheimnischutzregeln (DSG, Art 20 Abs 2 B-VG) **eine Umsetzung überhaupt nötig** war. **Auf den ersten Blick** scheint § 125 TKG 2003 nur **allgemeine Grundsätze des Schutzes von Wirtschaftsgeheimnissen zu wiederholen und klarzustellen**²¹⁶

²¹² VwGH 2.7.1990, 90/19/0248 II.1.2.

²¹³ in diesem Sinne VwGH 2.7.1990, 90/19/0248 II.1.2.

²¹⁴ ähnlich auch die Argumentation gegen ein „in camera“ Verfahren in der Hauptsache bei *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (460f); ebenso rechtsstaatlich bedenklich die Befassung von Richtern des TK-Senates des OVG Münster mit dem „in camera“ Verfahren in TK-Sachen: vgl *Bosch/Sommer*, K&R 2002, 456 (459).

²¹⁵ RL vom 7.3.2002, 2002/21/EG, ABI L 108, 33; vgl *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz² (2004), § 125 Rz 1.

²¹⁶ vgl *Lehofer* in *Feiel/Lehofer* Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) § 125, 356.

Der Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen gegenüber nicht am Verfahren unmittelbar beteiligten **Dritten** unterliegt somit einem gesetzlich mehrfach abgesicherten Schutz. Im Folgenden soll untersucht werden, ob dem § 125 TKG 2003 eine darüber hinaus gehende Bedeutung beigemessen werden kann, insbesondere **im Mehrparteienverfahren im Verhältnis zwischen den Parteien**.

2. § 125 TKG 2003 als *lex specialis* zu § 45 Abs 3 AVG (Parteiengehör)?

a) Fragestellung

In einem weiteren Verfahren vor dem VwGH²¹⁷, bei dem die Zustellung um Inputdaten bereinigter Gutachten an den Gegner des Geheimnisträgers und somit wiederum eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt wurde, führte die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift aus, dass den Parteien zwar „**grundsätzlich**“ das Recht gemäß § 45 Abs 3 AVG zukomme, im Einzelfall jedoch eine **Interessenabwägung** zwischen dem Interesse einer Partei auf **Stellungnahme** zum Beweisergebnis einerseits und dem Interesse der anderen Partei auf **Geheimhaltung** andererseits vorzunehmen sei. Dabei stützte sie sich insbesondere auch auf den – im konkreten Fall noch gar nicht anwendbaren – § 125 TKG 2003.²¹⁸

Dies wirft die Frage auf, ob § 45 Abs 3 AVG nur eine Grundregel aufstellt und § 125 TKG 2003 als **verfahrensrechtliche Sondernorm** zu verstehen ist und diese **verdrängt**.

b) Europarechtliche Vorgaben

Art 5 Rahmenrichtlinie regelt die Bereitstellung von Informationen. Gemäß Absatz 1 sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten, den nationalen Regulierungsbehörden **alle Informationen auch in Bezug auf finanzielle Aspekte zur Verfügung stellen, die diese Behörden benötigen**, um eine Übereinstimmung mit den Bestimmungen dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien oder den auf ihrer Grundlage getroffenen Entscheidungen zu gewährleisten. Die von der nationalen Regulierungsbehörde angeforderten Informationen müssen in **angemessenem Verhältnis** zur Wahrnehmung dieser Aufgabe stehen.

Absatz 2 regelt die **Zurverfügungstellung** dieser Informationen an die **Kommission** durch die nationale Regulierungsbehörde sowie die Weitergabe an andere nationale Regulierungsbehörden durch diese.

Absatz 3 stellt klar, dass, wenn Informationen von einer nationalen Regulierungsbehörde **gemäß den gemeinschaftlichen und einzelstaatlichen Vorschriften über das Geschäftsgeheimnis als vertraulich angesehen werden**, die Kommission und die betreffenden nationalen Regulierungsbehörden eine entsprechende **vertrauliche Behandlung sicherstellen müssen**.

²¹⁷ 2003/03/0157.

²¹⁸ vgl VwGH 17.6.2003, 2003/03/0157 II.10.

Gemäß Absatz 4 sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden **Informationen, die zu einem offenen, wettbewerbsorientierten Markt beitragen, unter Einhaltung der nationalen Vorschriften über den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen sowie der Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen veröffentlichen**. Dies gilt gemäß Absatz 5 auch für die Bedingungen für den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen, einschließlich der Verfahren für dessen Gewährung.

Aus dieser Regelung sowie aus den Erwägungsgründen 13 und 14 der Richtlinie wird deutlich, dass der **Geheimnisschutz**, aber auch das **Transparenzprinzip** gegenüber dem alten Rechtsrahmen aufgewertet wurde. Diese beiden, teilweise **gegenläufigen** Prinzipien werden in der Richtlinie in engem Zusammenhang miteinander normiert. Eine **Bevorzugung des Geheimnisschutzes gegenüber dem Gebot der Transparenz**, welche eine Durchbrechung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs zugunsten des Geheimnisschutzes für **gemeinschaftsrechtlich geboten** erscheinen ließe, lässt sich **aus der Richtlinie nicht ableiten**. Vielmehr ist im Wege einer Interessenabwägung vorzugehen. Das Obsiegen des **öffentlichen Interesses** an der **Überprüfbarkeit** der Entscheidung der Regulierungsbehörde im Verhältnis zum Geheimhaltungsbedürfnis der Partei, wie dies vom VwGH judiziert wird, ist **aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht somit nicht zu beanstanden**.

c) Die volle Härte des AVG in einem „Streitschlichtungsverfahren“²¹⁹?

Wie die Regulierungsbehörde in ihren Entscheidungen²²⁰ mehrfach betont, wird sie im Zusammenschaltungsverfahren *"als Schiedsrichter tätig und entscheidet über die Zusammenschaltung"*.²²¹

Sähe man das Zusammenschaltungsverfahren **ausschließlich als Streitschlichtungsverfahren**, so wäre es die alleinige Aufgabe der Regulierungsbehörde – ganz im zivilrechtlichen Sinn²²² – auf einen **billigen und gerechten Ausgleich der Interessen der Parteien hinzuwirken**.²²³ In dieser Konstellation wäre es wohl verfehlt, das rigide, nicht für Mehrparteienverfahren ausgelegte, an der Schöpfung autoritativer Entscheidungen orientierte Regime des AVG in vollem Umfang anzuwenden und wäre der § 125 TKG 2003 als Ausnahmeregelung eine angemessene Entschärfung.

In der Tat ist die Bezeichnung der Regulierungsbehörde als „Schlichtungsstelle“ **irreführend**, als diese Bezeichnung den Umstand verschleiern, dass die Regulierungsbehörde mit **vertragsersetzendem Bescheid**, einer öffentlich-rechtlichen Erledigung, das Zusammenschaltungsverhältnis **für die Parteien bindend regelt**.²²⁴ Darüber hinaus hat die Regulierungsbehörde

²¹⁹ Verwendung des Begriffes in diesem Zusammenhang etwa bei *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick, 85.

²²⁰ etwa TKC 9.3.1998, Z 1/97, 26; 16.12.1998, Z 10/98, 10.

²²¹ so auch die Erl zur RV 759 BlgNR 20. GP, 51.

²²² vgl. *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick, 29.

²²³ vgl. *Raschauer*, Der vertragsersetzende Bescheid in *Bernat/Böhler/Weilinger (Hrsg)* Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Bd 2 (2001), 2070f.

²²⁴ vgl. *Raschauer*, Der vertragsersetzende Bescheid, 2053ff.

selbst²²⁵ klargestellt, dass neben den Interessen der Parteien auch Gesetzeszweck und Regulierungsziele, also **öffentliche Interessen**, in die Entscheidung einzufließen haben. Dies kann uU sogar dazu führen, dass die Zusammenschaltungsanordnung Inhalte umfasst, die von keiner der Parteien gewollt waren.²²⁶

d) Fazit

Weder aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben noch aus dem besonderen Charakter der Entscheidung der Regulierungsbehörde im Zusammenschaltungsverfahren lassen sich zwingende Anhaltspunkte dafür finden, dass § 125 TKG 2003 eine Sonderregelung zu § 45 Abs 3 AVG darstellen soll.

Auch der Wortlaut der Norm deutet mE nicht darauf hin, dass der Gesetzgeber sie als Sonderverfahrensnorm verstanden haben wollte, noch geben die Erl zur RV²²⁷ entsprechende Hinweise.

Auch der VwGH²²⁸ sprach in jüngster Zeit aus, **dass sich aus § 125 TKG 2003 keine Einschränkung von Parteienrechten im Mehrparteienverfahren ableiten lassen.**²²⁹

3. § 125 TKG 2003 als *lex specialis* zu § 17 AVG (Akteneinsicht)?

a) § 17 Abs 2 AVG im Mehrparteienverfahren

Wie schon oben²³⁰ dargestellt, hat der **Vorrang der gleichen Akteneinsicht gemäß § 17 Abs 2 AVG** gegenüber den Ausnahmenormen des § 17 Abs 3 AVG zur Folge, dass Beweismittel, die eine Partei vorlegen muss und die zu den Akten genommen werden, **auch der Einsicht durch die andere Partei unterliegen.**

b) Ermöglichen § 125 Abs 2 iVm Abs 3 TKG 2003 eine Beschränkung der Akteneinsicht zu Gunsten des Geheimnisschutzes?

Auch das Akteneinsichtsrecht steht, wie schon dargestellt²³¹, in engem Zusammenhang mit dem **Recht auf Parteigehör**, weshalb **die Bedenken zur Einschränkung von Parteienrechten durch § 125 TKG 2003** auch hier angebracht sind.

Jedoch könnte die Anordnung des § 125 Abs 3 TKG 2003, wonach die geheimnisberechtigte Partei in Zweifelsfällen zu hören ist, die Möglichkeit eröffnen, ein (entfernt) an § 72 Abs 2 Satz 4 dGWB angelehntes Verfahren zur Beischaffung „**alternativer Beweismittel**“ durchzuführen: Die Geheimnisberechtigte wird aufgefordert, andere gleichwertige, nicht geheime Beweismittel

²²⁵ TKC 9.3.1998, Z 1/97, 26f.

²²⁶ vgl *Raschauer*, Der vertragsersetzende Bescheid, 2071.

²²⁷ Erl zu RV 128 BlgNR XXII. GP, 23.

²²⁸ VwGH 17.6.2004, 2003/03/0157.

²²⁹ vgl *Lehofer* in *Feiel/Lehofer* Telekommunikationsgesetz 2003 § 125, 357.

²³⁰ III.A.2.b).

²³¹ oben III.A.2.b).

vorzulegen. **Gelingt ihm dies nicht, ist das geheime Beweismittel offen zu legen.** Kann er ein **gleichwertiges Beweismittel** anbieten, so besteht **kein Interesse** mehr im Sinne des § 125 Abs 2 TKG 2003 **an der Offenlegung** des Geheimnisses. Es wird als Beweismittel sogar (im weitesten Sinne) **unerheblich** für die Entscheidung, sodass es auch nicht mehr dem Parteiengehör unterliegen würde²³².

Eine solche Vorgangsweise müsste sich allerdings nicht ausschließlich auf den Anwendungsbereich des TKG beschränken: auch **im Zusammenspiel von § 17 Abs 2 und 3 AVG ließe sich eine solche Lösung realisieren.**

4. § 125 TKG 2003 im Verhältnis zu den Informationspflichten des § 90 TKG 2003

§ 125 Abs 1 TKG 2003 bezieht sich insbesondere auf die Geheimnisschutzvorschriften des Datenschutzgesetzes. Dies gibt Anlass, die **Informationspflichten des § 90 TKG 2003** anhand der Kriterien des Erkenntnisses des VfGH 28.11.2001, 2271/00²³³ **auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen:**

Eine Beschränkung des Grundrechts auf Geheimhaltung personenbezogener Daten ist gemäß § 1 Abs 2 DSGVO nur zulässig

- zur Wahrung **überwiegender berechtigter Interessen** eines anderen,

Eingriffe einer staatlichen Behörde darüber hinaus

- nur **aufgrund von Gesetzen,**
- die aus den in **Art 8 Abs 2 EMRK genannten Gründen**
- **notwendig** sind.
- Es ist das **gelindeste Mittel** zu wählen.

Im Bezug auf § 83 Abs 2 TKG 1997 hatte der VfGH erkannt, dass der Aufbau eines Datenbestandes „**auf Vorrat**“ in dieser Norm **keine ausreichende Grundlage** findet.

Die in § 90 Abs 1 Z 1-4 normierten Informationspflichten sind definitionsgemäß **einzelfallbezogen** bzw. beziehen sich auf ein **bestimmtes Verfahren**. Auch in Z 5 geht es **nicht** um eine Datensammlung **auf Vorrat**, sondern die Daten sollen für die **Veröffentlichung von Qualitäts- und Preisvergleichen** zum klar definierten Zweck des **Konsumentenschutzes**, welcher auch ein wichtiger Regulierungszweck des TKG 2003 ist²³⁴ und sich zwanglos unter die Gründe des Art 8 Abs 2 EMRK subsumieren lässt, erhoben werden.

Somit erscheint § 90 TKG im Hinblick auf § 125 TKG 2003 und insbesondere auf die Verfassungsbestimmung des § 1 DSGVO **unbedenklich**.

5. Feststellungsverfahren gemäß § 125 Abs 1 TKG 2003?

§ 125 Abs 1 stellt klar, dass die Qualifikation als Geschäftsgeheimnis der Behörde obliegt, also **Rechtsfrage** ist. Nach hA²³⁵ sind Feststellungsbescheide

²³² siehe oben IV.B.3.b).

²³³ siehe oben III.C.2.

²³⁴ vgl § 1 Abs 2 Z 3 TKG.

²³⁵ VwGH 29.3.2993,92/10/0039; Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸, Rz 407.

als **subsidiäre Rechtsbehelfe** zulässig, wenn ein öffentliches Interesse an der Feststellung eines strittigen Rechtsverhältnisses besteht, oder wenn ein **rechtliches Interesse der Partei an der verbindlichen Klärung einer strittigen Frage besteht** und die Erlassung eines Feststellungsbescheides ein **notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung** ist.²³⁶

Darüber hinaus ist ein Feststellungsbescheid dann zulässig, wenn er **ausdrücklich gesetzlich vorgesehen** ist. Im Fall des § 125 Abs 1 TKG 2003 fehlt jedoch die so typische Wendung²³⁷ „*so hat die Behörde mit Bescheid festzustellen*“. Mangels Hinweisen in den Erl zur RV auf einen solchen Willen des Gesetzgebers kann somit davon ausgegangen werden, dass hier **keine ausdrückliche Feststellungskompetenz** der Regulierungsbehörde geschaffen werden sollte. Dem vermeintlich Geheimnisberechtigten bleibt allerdings noch die Möglichkeit, sein **rechtliches Interesse sowie Gründe** darzulegen, warum eine spätere **Anfechtung der verfahrensleitenden Verfügung mit der Endentscheidung** nicht geeignet ist, seine Interessen auf **zumutbare Weise** zu wahren, die Erlassung eines Feststellungsbescheides also einziges und notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung ist.

D. Die Zulässigkeit mittelbarer Beweismittel

1. Grundsätzliche Zulässigkeit mittelbarer Beweismittel

Gemäß § 55 Abs 1 AVG kann die Behörde **Beweisaufnahmen** auch durch ersuchte oder beauftragte Verwaltungsbehörden oder einzelne dazu bestimmte **amtliche Organe vornehmen lassen** oder durch sonstige Erhebungen ersetzen oder ergänzen. Insbesondere können **Amtssachverständige** außer dem Fall einer mündlichen Verhandlung mit der **selbständigen Vornahme eines Augenscheines** betraut werden. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit gilt gemäß §§ 67f AVG für das Verfahren vor dem UVS und nach der Rechtsprechung des VfGH²³⁸ für Verfahren vor **Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag** aufgrund von Art 6 EMRK.²³⁹

2. Der Sachverständige als Beweismittler?

a) Ältere Judikatur

In einem Verfahren vor der Kartelloberkommission (KOK)²⁴⁰ über die Genehmigung eines Konditionenkartelles von Foto-Importeuren rügte die Rekurswerberin, die Arbeiterkammer, dass dem Gutachter Unterlagen von vier Kartellanten für ein Ergänzungsgutachten nur unter der Bedingung zur Verfü-

²³⁶ vgl Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*², 203.

²³⁷ vgl §§ 90 Abs 1, 358 Abs 1 GewO.

²³⁸ VfGH 13.12.2001, B227/99.

²³⁹ vgl Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*², 140f; Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸, Rz 330ff.

²⁴⁰ KOK 26.6.1958, Okt 3 = ÖBl 1958, 69.

gung gestellt wurden, dass die Einstandspreise und Spannen der einzelnen Artikel **an die Kartellkommission nicht weitergegeben** und diese Daten **nur vom Sachverständigen** verwertet werden. Dadurch sei der Kartellkommission **die Möglichkeit genommen, das Gutachten zu überprüfen**.

Die KOK folgte der Argumentation der Rekurswerberin nicht und führte aus, dass im Hauptgutachten ausreichende Vergleichsziffern für die Errechnung von Handelsspannen bekannt gegeben worden waren und der Gutachter nunmehr erklärt habe, die Spannen lägen bei den vier nunmehr geprüften Kartellanten wie bei den übrigen. Dies reiche als Befund aus. Überhaupt sei es bei derartigen Wirtschaftsgutachten **üblich**, dass Sachverständige **nicht die einzelnen geprüften Unternehmen und Warengattungen anführen, sondern mit Kennziffern und Zusammenfassungen arbeiten, um das Betriebsgeheimnis der einzelnen Unternehmer zu wahren**. Die vom Sachverständigen erhobenen Ziffern könnten ohnehin weder von der Kartellkommission noch von den Verfahrensbeteiligten überprüft werden.

b) Aktuelle Judikatur

Anders entschied in den schon zitierten Entscheidungen²⁴¹ das deutsche BVerwG: Es lehnte die Beweisführung durch einen **zur Verschwiegenheit verpflichteten Beweismittler** ab, weil ein Sachverständigengutachten als Beweismittel nur verwertbar sei, wenn es allen Parteien und dem Gericht zugänglich sei und vom Gericht überprüft werden könne, da sonst einerseits das **rechtliche Gehör** des Gegners des Geheimnisträgers, andererseits die **Pflicht** der Behörde **zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung** verletzt sei.²⁴²

Dieser Ansicht folgt offenbar auch ohne weitere Begründung der VwGH, der in seiner Entscheidung 2002/03/0273 erst gar nicht darauf eingeht, ob der Sachverständige die Beweismittel für die Regulierungsbehörde mittelbar erhoben haben könnte.

3. Aggregierte Daten

a) Aggregierte Daten in der Regulierungspraxis

In einem aktuellen Entscheidungsentwurf²⁴³ setzt sich die Regulierungsbehörde mit der Frage **aggregierter Daten** auseinander: Die Telekom Austria AG (TA) hatte den Amtssachverständigen Daten („FL-2004“) vorgelegt, die nicht dem von der Regulierungsbehörde geforderten FL-LRAIC-Ansatz entsprachen, da sie nicht ausreichend die **zukünftige Netzentwicklung** berücksichtigten. Vielmehr stellten diese fest, dass die vorgelegten Daten annähernd

²⁴¹ BVerwG vom 15.8.2003 20 F 7/03, 20 F 8/03, 20 F 9/03, BVerwG vom 16.8.2003 20 F 1/03, siehe auch oben II.E.1.c).

²⁴² vgl. *Bosch/Sommer, K&R* 2004, 67 (71).

²⁴³ Bescheidentwurf der TKK 5.7.2004, Z 12/03, [http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/4D9DA003F1DCE699C1256E620066EB3B/\\$file/Z%2011%2002.pdf](http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/4D9DA003F1DCE699C1256E620066EB3B/$file/Z%2011%2002.pdf).

einem auf den **tatsächlichen Vollkosten** basierenden Modell entsprachen.²⁴⁴ Somit waren die Daten als Basis **für eine Top-Down-Berechnung an sich ungeeignet**.

Aus den vorgelegten Daten konnten die Amtssachverständigen aber nach Vergleichen mit den IST-Werten der Jahre 2000-2003 mit Hilfe der Daten eines Modelles eines früheren Verfahrens (FL-2002) die **Kostenreduktion auf Produktebene** zwischen den Modellen 2002 und 2004 als **Prozentsätze** für die einzelnen Produkte, also **in relativen Zahlen**, errechnen²⁴⁵.

Aus den ermittelten Kosten des Jahres 2002 und dem Prozentsätzen der Kostenreduktion konnten dann von den Sachverständigen Werte errechnet werden, der nach Meinung der Regulierungsbehörde die **beste Annäherung** an die aktuellen Kosten der TA gemäß dem Top-Down – FL-LRAIC-Ansatz darstellen.

Der Regulierungsbehörde war wesentlich festzuhalten, dass sie ihrer Entscheidung **nicht die Inputparameter der TA**, sondern die **aggregierten Daten bezüglich der Kostenänderungen zugrunde gelegt** habe. Deshalb verletze sie nicht die Parteienrechte des Gegners der TA, wenn sie die Inputparameter nicht offen lege.²⁴⁶

b) Würdigung

Nach Ansicht der Regulierungsbehörde sind die hier **für den Beweis relevanten Zahlen** die von den Amtssachverständigen erhobenen **Prozentsätze der Kostenreduktion** zwischen den Modellen 2002 und 2004, wie sie im Gutachten dargestellt sind. Sie hebt hervor, dass die Aggregation von Daten das Wesentliche für die Beziehung eines Gutachtens durch die Behörde sei. Die Inputdaten der TA selbst sind offenbar gar nicht Inhalt des Gutachtens.²⁴⁷

Auf Basis dieser Prozentsätze und der IST-Daten des Jahres 2002 sind somit **einwandfrei nachvollziehbar** die Top-Down-Kosten des Jahres 2004 zu errechnen, **ohne dass Geschäftsgeheimnisse der TA offengelegt wurden**.

Freilich sind **Grundlage** der Berechnung der Kostenreduktion die **Inputparameter** der TA. Ob auch diese Berechnung als Grundlage der Entscheidung für Parteien, Behörde und VwGH nachvollziehbar und überprüfbar sein muss oder ob sie allein dem **Sachverstand des Gutachters** obliegt, wird wohl bald der VwGH entscheiden.

ME ist es ausreichend, wenn der Amtssachverständige in seinem Gutachten schlüssig darlegt, mit welchen **gedanklichen Schritten** er zu den dem Gutachten zu Grunde liegenden (aggregierten) Daten gelangt und auf welche Grundlagen er sich stützt. Der **hinter der Berechnung stehende Gedankengang** muss nachvollziehbar sein, die **Rechnung selber** sollte getrost **in die Hände des sachverständigen Gutachters** gelegt werden.

²⁴⁴ Bescheidentwurf der TTK 5.7.2004, Z 12/03, 17.

²⁴⁵ Bescheidentwurf der TTK 5.7.2004, Z 12/03, 39.

²⁴⁶ Bescheidentwurf der TTK 5.7.2004, Z 12/03, 22f.

²⁴⁷ Bescheidentwurf der TTK 5.7.2004, Z 12/03, 22f.

E. Non liquet im Zusammenschaltungsverfahren

1. Problemstellung

Die Verfahrensparteien sind oft um ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Willen nicht bereit, der Behörde bestimmte verfahrensrelevante Unterlagen vorzulegen. Diese trifft jedoch gemäß § 73 Abs 1 AVG eine **Entscheidungspflicht**.²⁴⁸ Die Entscheidung kann natürlich auch nicht ohne Tatsachensubstrat getroffen werden, schließlich muss die Behörde ihre Entscheidung gemäß § 58 Abs 2 AVG regelmäßig auch **begründen**.²⁴⁹

Verschärft wird das Problem dadurch, dass im Verwaltungsverfahren **grundsätzlich keine förmliche Mitwirkungspflicht der Parteien** besteht²⁵⁰, sondern **die Verpflichtung zur Feststellung des Sachverhalts die Behörde trifft**²⁵¹. Anders als in Deutschland²⁵² lehnt die hM²⁵³ eine **objektive Beweislast zu Lasten der Parteien ab**.

Die grundsätzliche Linie, wonach keine Mitwirkungspflicht der Parteien besteht, wird einerseits durch das **Gesetz**²⁵⁴ andererseits **durch umfangreiche Rechtsprechung durchbrochen**.

2. Entscheidungspflicht vs. Mitwirkungspflicht

Erstmals²⁵⁵ befasste sich der VwGH mit der Frage der Mitwirkungspflicht der Parteien im Jahre 1956²⁵⁶. Im Wesentlichen sprach er aus, dass der Verfahrensgrundsatz, dass die Verwaltungsbehörde **von Amts wegen** vorzugehen habe, die Partei **nicht von der Verpflichtung befreie**, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes **beizutragen** und Verzögerungen des Verfahrens hintan zu halten. Daher sei die Verfahrensrüge einer Partei abzulehnen, die in bestimmter Richtung im Verwaltungsverfahren **untätig geblieben sei**, um erst im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ihre Zurückhaltung in diesem Punkte abzulegen und das Verwaltungsverfahren als mangelhaft zu bekämpfen, an dem sie **trotz gebotener Gelegenheit nicht genügend mitgewirkt** habe.

Damit war der Grundstein für eine **allgemeine**²⁵⁷ Mitwirkungspflicht gelegt, die aus dem **Recht auf Parteiengehör** abgeleitet wird.²⁵⁸ Aus der reichhaltigen Judikatur lassen sich einige Fallgruppen bilden:

²⁴⁸ vgl. *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*², 335.

²⁴⁹ vgl. *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*², 219f.

²⁵⁰ *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I*², § 37 FN 4.

²⁵¹ stRsp; VwGH 31.3.1949, 0899/48 = VwSlg 772 A/1949 ua.

²⁵² vgl. oben II.A.2.b)bb).

²⁵³ VwGH 12.3.1964, 2221/63; *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*², 179.

²⁵⁴ zB § 90 TKG 2003.

²⁵⁵ vgl. *Wielinger/Gruber*, *Zur Frage der Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren*, ZfV 1983, 365.

²⁵⁶ VwGH 27.6.1956, 102/54; seither stRsp, zB: VwSlg 5007 A/1959; VwGH 24.4.1990, 88/04/0192.

²⁵⁷ kritisch *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁸ Rz 321.

²⁵⁸ vgl. *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I*², § 37 FN 4.

Zunächst sind die Fälle zu unterscheiden, bei denen **überhaupt eine Mitwirkungspflicht** angenommen wurde. Weiters hatte der VwGH zu entscheiden, welche **Rechtsfolgen eine Verletzung der Mitwirkungspflicht** nach sich zog. Zuletzt beschäftigte sich der Gerichtshof auch mit der Frage, ob im Einzelfall nicht doch eine **objektive Beweislast zu Lasten der Parteien** anzunehmen ist.

a) **Mitwirkungspflicht, wenn Entscheidung nicht ohne Mitwirkung möglich**

Die Verpflichtung der Behörde zur amtswegigen Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts findet dort ihre Grenze, **wo es der Mitwirkung der Partei bedarf und diese eine solche unterlässt**.²⁵⁹ Es reicht nicht aus, dass die Partei bloß behauptet, der vorgehaltene Sachverhalt sei unrichtig, wenn diese Behauptung **nicht inhaltlich konkretisiert** wird.²⁶⁰ Genauso geht es zu Lasten der Partei, wenn sich diese im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde zu einem Gutachten **nicht geäußert**²⁶¹ oder zur Aufklärung von Widersprüchen zwischen zwei medizinischen Gutachten die **Beischaffung von Akten nicht verlangt** hat.²⁶²

Zwar **obliegt es dem Antragsteller** im Verfahren über einen Antrag auf Gewährung eines Abschiebungsaufschubes **nicht**, gegen ihn gerichtete Verfolgungen "**nachzuweisen**"; es trifft ihn aber die Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes durch Erstattung eines mit Beweisanboten untermauerten konkreten Vorbringens zumindest bezüglich jener Umstände **beizutragen**, die in **seiner Sphäre gelegen** sind und deren Kenntnis sich die Behörde **nicht von Amts wegen verschaffen kann**.²⁶³

Dies gilt insbesondere bei das Verfahren beendenden Verwaltungsakten, die **im rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse der Partei** gelegen sind. Es bedarf daher bei der Ermittlung der **Grundlage für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage einer Partei bzw eines Unternehmens** notwendigerweise eines entsprechend **konkreten Vorbringens und Beweisanbotes** der Partei.²⁶⁴

Auch dem **Antragsverfahren** ist eine allgemeine Regel, wonach denjenigen, der in einem Antragsverfahren einen Anspruch auf Erlassung eines begünstigenden Aktes geltend macht, die **Behauptungs- und Beweislast** trafe, **fremd**. Naturgemäß wird in diesen Fällen die **Behauptungslast** für die anspruchsbegründeten Tatsachen im wesentlichen den Antragsteller treffen, wenngleich hier **nicht von einer formalen Behauptungslastregel** des Inhaltes ausgegangen werden dürfte, dass die Unterlassung der Behauptung einer z.B. amtsbekannten anspruchsbegründeten Tatsache schon den Anspruchsverlust zur Folge hätte. Was die Verpflichtung zum Nachweis der behaupteten

²⁵⁹ VwGH 25.3.1985, 84/10/0266.

²⁶⁰ VwGH 14.12.1995, 95/19/1046.

²⁶¹ VwGH 22.9.1976, 1583/75 = ZfVB 1977, 126.

²⁶² VwGH 11.11.1977, 1646/77 = ZfVB 1978, 554.

²⁶³ VwGH 30.9.1993, 93/18/0214.

²⁶⁴ VwGH 22.11.1994, 94/11/0110.

Tatsachen anlangt, so **obliegt es auch im Antragsverfahren der Behörde**, ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht nachzukommen. Aber auch dort, wo es der Behörde nicht möglich ist, von sich aus und ohne Mitwirkung der Partei tätig zu werden, ist es Aufgabe der Behörde, der Partei zu sagen, welche personenbezogenen Daten zur Begründung des geltend gemachten Anspruches noch benötigt werden, und sie **aufzufordern**, für ihre Angabe **Beweise anzubieten**.²⁶⁵

b) Grenzen der Mitwirkungspflicht

Die **ungenügende Mitwirkung** der Partei an der Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes **enthebt die Behörde nicht der Verpflichtung, vorhandene Ermittlungsergebnisse voll auszuschöpfen und die ihr sonst noch greifbaren Beweismittel heranzuziehen**.²⁶⁶

Die Mitwirkungspflicht der Partei geht nicht so weit, dass sich die Behörde die **Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens** – insbesondere die **Aufnahme von Beweisen**²⁶⁷ – **ersparen könnte**, zu dessen Durchführung sie gemäß § 39 AVG von Amts wegen verpflichtet ist.²⁶⁸

Eine **Mitwirkungspflicht** bei der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes **besteht insoweit nicht, als die Behörde in der Lage ist, diese Ermittlungen von Amts wegen vorzunehmen**.²⁶⁹

c) Rechtsfolgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht

Die Behörde hat **zuerst** der Partei mitzuteilen, durch welche Angaben bzw. welches Verhalten sie ihrer Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes zu entsprechen hätte. **Eine nicht gehörige Mitwirkung unterliegt dann der freien Beweiswürdigung**.²⁷⁰

Andererseits ist es der Partei auch verwehrt, einen Verfahrensmangel geltend zu machen: Der Grundsatz der Amtswegigkeit des Verfahrens befreit die Partei nicht von der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen und Verzögerungen des Verfahrens hintan zu halten. Daher ist die **Verfahrensrüge einer Partei abzulehnen**, die im Verwaltungsverfahren **untätig** geblieben ist, um erst vor dem VwGH ihre Zurückhaltung abzulehnen und das Verfahren als mangelhaft zu bekämpfen, an dem sie **trotz gebotener Gelegenheit nicht genügend mitgewirkt** hat.²⁷¹

²⁶⁵ VwGH 24.10.1980, 1230/78.

²⁶⁶ VwGH 6.9.1974, 1108/73.

²⁶⁷ VwGH 20.12.1994, 92/04/0276.

²⁶⁸ stRsp: zB VwGH 26.4.1984, 81/05/0019.

²⁶⁹ VwGH 2.4.1982, 81/04/0127.

²⁷⁰ stRsp: zB VwGH 28.1.1997, 94/04/0226.

²⁷¹ stRsp: zB VwGH 27.6.1956, 102/54 = VwSlg 4106 A/1956; 14.12.1995, 93/07/0128.

d) Implizite Beweislastregeln?

Grundsätzlich geht der VwGH davon aus, dass die **Mitwirkungspflicht der Partei keine Verschiebung der Beweislast zuungunsten der Partei bedeutet**²⁷². Da dem Grundsatz der Amtswegigkeit des Verfahrens **kein Verfassungsrang** zukomme, stehe er aber **Beweislastregeln in den besonderen Verfahrensvorschriften nicht entgegen**²⁷³.

Ursprünglich ging der VwGH davon aus, dass für den Begriff der Beweislast – selbst bei Antragsverfahren²⁷⁴ – überhaupt nur dann Raum sein könnte, **wenn die anzuwendende materielle Verwaltungsvorschrift die Beweislast einer Partei des Verfahrens ausdrücklich festlegt**.²⁷⁵

aa) Verleihung subjektiver öffentlicher Rechte

Später sprach der VwGH aber aus, dass in Verfahren, welche die **Verleihung subjektiver öffentlicher Rechte** zum Gegenstand haben **und nur auf Antrag der interessierten Partei** durchgeführt werden und in deren Verlauf auch das Vorliegen der gesetzlich geforderten **Befähigung des Antragstellers** für die Erlangung der erstrebten Berechtigung zu prüfen ist, der Antragsteller die **Beweislast** hat, **auch wenn dies die in Betracht kommenden Gesetze nicht ausdrücklich anordnen**.²⁷⁶

Diese Rechtsprechung wurde **von der Lehre**²⁷⁷ **teilweise kritisch aufgenommen** und bedarf überdies weiterer Erläuterungen: Obwohl in entsprechenden Entscheidungen regelmäßig von der **Beweislast des Antragstellers** die Rede ist, kommt der VwGH teilweise im Ergebnis dennoch nur zum Schluss, dass eine mangelnde Mitwirkung der Parteien **im Wege der freien Beweiswürdigung** zu berücksichtigen ist.²⁷⁸ In diesem Zusammenhang ist der Terminus „Beweislast“ **irreführend**, da es sich um einen „normalen“ Fall der Verletzung der Mitwirkungspflicht handelt. Hier sieht die Lehre auch kein Problem im Verhältnis zum **Grundsatz der Amtswegigkeit**.²⁷⁹

In anderen Entscheidungen²⁸⁰ geht der VwGH mit einer ähnlichen Begründung allerdings entscheidend weiter: *„Dem Grundsatz der Amtswegigkeit des Verfahrensverfahrens korrespondiert eine Verpflichtung der Partei zur Mitwirkung bei der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes. Gemäß § 39 Abs 2 AVG trifft die Beweislast die belangte Behörde, doch wird in Antragsverfahren, in denen ein Anspruch auf Erlassung eines begünstigenden Aktes geltend gemacht wird und in deren Verlauf auch das Vorliegen der ge-*

²⁷² VwGH 12.3.1964, 2221/63.

²⁷³ VwGH 16.12.1993, 92/06/0160.

²⁷⁴ VwGH 24.10.1980, 1230/78.

²⁷⁵ VwGH 30.6.1964, 0075/62 = VwSlg 6386 A/1964.

²⁷⁶ etwa VwGH 12.12.1978, 1246/77 = VwSlg 9721 A/1978.

²⁷⁷ *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸ Rz 321, insb Fn 267; *Thienel*, *Verwaltungsverfahren*², 175.

²⁷⁸ zB VwGH 11.6.1991, 90/07/0166.

²⁷⁹ vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁸ Rz 321; *Thienel*, *Verwaltungsverfahren*², 175.

²⁸⁰ zB VwGH 27.6.1997, 96/19/0256; nicht passend der RIS-Rechtssatz JWR/1996190256/19970627X02.

setzlichen Voraussetzungen zu prüfen ist, **eine Behauptungslast und Konkretisierungsverpflichtung des Antragstellers** anzunehmen sein, wenn dies die in Betracht kommenden Verwaltungsvorschriften **auch nicht ausdrücklich anordnen**. Es obliegt zwar auch in diesem Verfahren der Behörde, innerhalb der Grenzen ihrer Möglichkeiten und des vom Verfahrenszweck her gebotenen und **zumutbaren Aufwandes**, freilich unter Mitwirkung der Partei, ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht nachzukommen. Die Wahrnehmung dieser Verpflichtung durch die Behörde setzt aber voraus, dass die antragstellende Partei solche detaillierten Behauptungen aufstellt, die es der Behörde ermöglichen, zunächst deren rechtliche Relevanz und bei Bejahung deren Richtigkeit zu prüfen. **Die Verpflichtung der Behörde, von Amts wegen vorzugehen, befreit somit die Partei nicht davon, zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts durch geeignetes Vorbringen beizutragen.**²⁸¹ Gegen diese „echte“ objektive Beweislast zu Lasten der Parteien richtet sich die Kritik der Lehre.²⁸²

bb) Rechtsprechende Tätigkeit der Verwaltungsbehörde

In einer arbeitsrechtlichen Entscheidung aus dem Jahre 1959²⁸³ befasste sich der VwGH mit der Frage der Verteilung der objektiven Beweislast in **justizähnlichen Verwaltungsverfahren**: Die belangte Behörde, das Einigungsamt Wien, hatte der Kündigungsanfechtung eines Arbeitnehmers nicht Folge geleistet. Dieser rügte vor dem VwGH, dass das Einigungsamt Fakten unberücksichtigt gelassen habe, die zur Anwendbarkeit eines Anfechtungstatbestands geführt hätten.

Der VwGH sprach einerseits aus, dass die Grundsätze der Amtswegigkeit des Verfahrens und der Erforschung der materiellen Wahrheit im Anfechtungsverfahren vor dem Einigungsamt nicht dazu führen, dass die Behörde fehlendes Parteivorbringen zu supplieren und das Ermittlungsverfahren auf Umstände auszudehnen hat, die vom Antragsteller nicht releviert worden sind.

Andererseits hielt er fest, dass in den Fällen der **rechtsprechenden Tätigkeit** der Einigungsämter das Verfahren nur auf Antrag einzuleiten ist und sich in dem durch das Vorbringen der Parteien abgedeckten Rahmen zu halten hat, wobei **die Beweislast, auch wenn es die in Betracht kommende Verwaltungsvorschrift nicht ausdrücklich anordnet, den Parteien obliegt.**

3. Fazit

a) Verweigerung der Mitwirkung unterliegt der freien Beweiswürdigung

Wie sich sowohl in Entscheidungen der Regulierungsbehörde²⁸⁴ als auch in einschlägigen telekommunikationsrechtlichen Erkenntnissen des Verwal-

²⁸¹ Hervorhebungen durch den Autor.

²⁸² *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahren*⁸ Rz 321; *Thienel*, *Verwaltungsverfahren*², 175.

²⁸³ VwGH 21.5.1959, 869/56 = VwSlg 4799 A/1959.

²⁸⁴ etwa TTK 9.9.2002, Z 11/02, 13; Bescheidentwurf der TTK 5.7.2004, Z 12/03, 38.

tungsgerichtshofes²⁸⁵ zeigt, ist es gängige Praxis, dass, wenn eine Partei nicht in der Lage oder nicht willens ist, trotz Aufforderungen durch die Amtssachverständigen entsprechende Daten zu liefern, auf **entsprechend angepasste Daten der bisherigen Zusammenschaltungsverfahren** zurückgegriffen wird.

Dies steht **im Einklang** mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur freien Beweiswürdigung der Verletzung der Mitwirkungspflicht: Die Regulierungsbehörde kann **alle ihr zur Verfügung stehenden geeigneten Beweismittel zur Begründung ihrer Entscheidung heranziehen**.

Es spricht aber auch **nichts dagegen**, dass die Regulierungsbehörde bei Verweigerung der Mitwirkung einer Partei zur Begründung ihrer Entscheidung der Berechnungsmethoden heranzieht, die **ohne Inputdaten** dieser Partei zu verwertbaren Ergebnissen führen. Zu denken wäre etwa an ein reines **Bottom-up FL-LRAIC Modell** oder an **Benchmarking (Vergleichsmarktkonzept)**²⁸⁶.

Insgesamt scheint es **unwahrscheinlich**, dass es angesichts des großen Spielraums der Regulierungsbehörde bei der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts tatsächlich zum „**non liquet**“ kommt.

b) Objektive Beweislast im Zusammenschaltungsverfahren?

Ähnlich wie im Fall der Kündigungsanfechtung vor dem Einigungsamt wird die Regulierungsbehörde bei einer Zusammenschaltungsentscheidung „**rechtsprechend**“ tätig, indem sie einen **vertragsersetzenden Bescheid** erlässt.

Die Nähe des Verwaltungsverfahrens vor dem Einigungsamt zum streitigen gerichtlichen Verfahren zeigt sich auch dadurch, dass nunmehr, seit Einführung des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes (ASGG)²⁸⁷, die Kündigungsanfechtung in die Zuständigkeit der **Arbeits- und Sozialgerichte** fällt (§ 2 Abs 1, § 50 Abs 1 ASGG).

Im Zusammenhang mit dem Zusammenschaltungsverfahren zeigt sich eine durchaus **vergleichbare Situation**: Es ist europarechtlich in keiner Weise zwingend, dass eine Zusammenschaltungsentscheidung in Form eines vertragsersetzenden Bescheides von einer Verwaltungsbehörde erlassen wird²⁸⁸. Wie schon oben²⁸⁹ dargestellt, sieht auch die Regulierungsbehörde ihre Aufgaben stark an denen eines Schiedsrichters orientiert.

Wiewohl muss eingeräumt werden, dass der Verfahrensgegenstand im Zusammenschaltungsverfahren **nicht allein der Parteiendisposition unterliegt**, sondern der Mindestinhalt der Zusammenschaltungsanordnung gesetzlich vorgegeben ist (§ 49 TKG 2003, Zusammenschaltungsverordnung²⁹⁰) und die Regulierungsbehörde **öffentliche Interessen** in ihre Entscheidungen ein-

²⁸⁵ VwGH 25.2.2004, 2002/03/0273.

²⁸⁶ kritisch dazu Bescheidentwurf der TTK 5.7.2004, Z 12/03, 42ff.

²⁸⁷ Bundesgesetz vom 7. März 1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz – ASGG, BGBl 104/1985).

²⁸⁸ vgl. *Raschauer*, Der vertragsersetzende Bescheid, 2060; *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick, 29.

²⁸⁹ IV.C.2.c)

²⁹⁰ BGBl II 14/1998.

fließen lassen muss²⁹¹. Doch könnte es **gerade dieses öffentliche Interesse an einem ausgewogenen Zusammenschaltungsregime rechtfertigen**, derjenigen Partei, **die nicht mit der Regulierungsbehörde kooperiert, die objektive Beweislast für die aufgrund ihres Verhaltens nicht erweislichen Tatsachen aufzubürden**.

Es bleibt abzuwarten, ob, sollte tatsächlich einmal der unwahrscheinliche Fall des non liquet eintreten, diese schon recht alte Rechtsprechungslinie des VwGH auch für das Zusammenschaltungsverfahren aufgegriffen wird.

F. Zusammenfassung

1. Klare Stellungnahmen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts

a) Parteiengehör, § 125 TKG 2003

Der VwGH lässt nunmehr keinerlei Zweifel mehr offen, dass Beweismittel, die einer Entscheidung zu Grunde gelegt werden, im Lichte des **Rechtes auf Parteiengehör** allen Verfahrensparteien **zur Stellungnahme zugänglich** sein müssen. Er bestätigt damit seine Rechtsprechung zum **Verbot geheimer Beweismittel**.

Die eher halbherzige Reaktion der Regulierungsbehörde, bestimmte Akteure dem Gegner des Geheimnisträgers nicht zugänglich zu machen, da sie diese **der Entscheidung ja gar nicht zu Grunde gelegt** habe, ist deshalb nicht einwandfrei, da nach der Rechtsprechung der VwGH der **gesamte Inhalt der Ergebnisse der Beweisaufnahme** dem Parteiengehör unterliegt.

Schon relativ frühzeitig schob der VwGH auch Bestrebungen einen Riegel vor, in § 125 TKG 2003 eine **Sonderverfahrensvorschrift** zu sehen, die das Recht auf Parteiengehör einschränken soll. Er stellte klar, **dass sich aus § 125 TKG 2003 keine Einschränkung von Parteienrechten im Mehrparteienverfahren ableiten lassen**.

b) Datenschutz

Weiterhin von großer Bedeutung ist die Rechtsprechung des VfGH zur **Rechtmäßigkeit von Eingriffen in des Grundrecht auf Datenschutz durch staatliche Behörden**: Die in § 90 TKG 2003 statuierten Informationspflichten erscheinen aber in dieser Hinsicht **unbedenklich**.

c) Sachverständiger als Beweismittler

In Deutschland stellte das BVerwG klar, dass die Beweisaufnahme durch Sachverständige als **Beweismittler** unzulässig sei, weil dadurch das **rechtliche Gehör** des Gegners des Geheimnisträgers sowie die **Pflicht** der Behörde **zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung** verletzt sei. Dieser Ansicht folgt nunmehr wohl auch der VwGH.

²⁹¹ vgl. Raschauer, Der vertragsersetzende Bescheid, 2071.

d) Verweigerung der Mitwirkungspflicht

Zur mangelnden Mitwirkung einer der Verfahrensparteien findet sich eine reichhaltige Rechtsprechung des VwGH. Klar herausgebildet hat sich eine Mitwirkungspflicht der Parteien, selbst wenn sie gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Dies gilt insbesondere dann, **wenn eine Entscheidung nicht ohne Mitwirkung der Partei möglich ist**, etwa weil nur die Partei die notwendige Information hat. Verletzt die Partei ihre Mitwirkungspflicht, kann die Behörde ihr Verhalten im Rahmen der **freien Beweiswürdigung** werten.

Im Bereich des Regulierungsverfahrens nach dem TKG finden diese Prinzipien Anwendung, wenn Parteien notwendige Inputdaten nicht zur Verfügung stellen. Insbesondere wird auf mögliche **andere verfügbare Beweismittel**, etwa aus anderen Verfahren, zurückgegriffen.

2. Noch keine eindeutigen Stellungnahmen des VwGH

a) Keine Bedeutung des § 125 TKG 2003 im Verhältnis zwischen den Verfahrensparteien?

Es ist fraglich, **ob § 125 TKG 2003 überhaupt das Verhältnis zwischen den Verfahrensparteien Regeln will**. Vielmehr scheint es eine Regelung des **Geheimnisschutzes gegenüber Dritten** und **nicht eine Regelung der Parteienöffentlichkeit** zu sein.

Dies steht auf den ersten Blick im Kontrast zu der in oben C.3.b) vertretenen Ansicht, § 125 Abs 2 iVm Abs 3 TKG 2003 (bzw. § 17 AVG) ermögliche eine Verfahren zur **Beischaffung „alternativer“ Beweismitteln**.

Tatsächlich dienen die zitierten Normen nur zur **Veranschaulichung** einer möglichen Vorgangsweise, die sich allein aus der **Verfahrensleitungsbezugnis der Behörde (Grundsatz der arbiträren Ordnung, § 39 Abs 2 AVG)** ergibt.

b) Aggregierte Daten

Der VwGH wird die Frage zu klären haben, ob es ausreicht, dass die **Herleitung aggregierter Daten** in einem Sachverständigengutachten **gedanklich nachvollzogen** werden kann, oder ob es im Sinne der Wahrung des rechtlichen Gehörs notwendig ist, **auch die Inputdaten zur Verfügung zu stellen**, um der Gegenpartei zu ermöglichen, **die Rechnung selbst zu überprüfen**.

Diesfalls stellt sich jedoch die Frage, **wozu es überhaupt der Sachkunde eines Gutachters bedarf, wenn seinen Fähigkeiten im Endeffekt ohnehin nicht vertraut werden dürfte**.

c) Objektive Beweislast im Zusammenschaltungsverfahren

Sollte der unwahrscheinliche Fall des non liquet im Zusammenschaltungsverfahren eintreten, wird der VwGH entscheiden müssen, ob er weiterhin seiner älteren Rechtsprechung zur **„rechtsprechenden Tätigkeit“** von Verwaltungsbehörden folgt und eine **objektive Beweislast zu Lasten der Partei-**

en im Zusammenschaltungsverfahren zulässt, oder ob er, im Verhältnis zum Prinzip der Amtswegigkeit weniger kontroversiell, **um den Preis der Nicht-Entscheidbarkeit der Sache**, die Beweislast bei der Behörde belässt.

3. Offene Fragen

a) Bleibt ein Geheimnis, dass der anderen Verfahrenspartei offen gelegt werden muss, ein Geheimnis?

Der Grundsatz des Parteiengehörs macht es, wie ausführlich dargestellt, zuweilen erforderlich, das Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zumindest **gegenüber der gegnerischen Verfahrenspartei offen gelegt werden müssen**. Nicht geklärt ist indes, wie sich dies auf die **Eigenschaft** der weitergegebenen Information **als Geheimnis** auswirkt.

Zwar ist der Kreis der Geheimnisträger immer noch „**beschränkt**“ und regelt § 48 Abs 2 TKG 2003 dass Betreiber bei Informationen, sie im Zuge von Verhandlungen über die Zusammenschaltung von anderen Betreibern erhalten haben, stets **die Vertraulichkeit der übermittelten Daten zu wahren haben**, und wird diese Regelung wohl **analog auf im Verfahren erlangte Daten anwendbar sein**, doch sind Detailfragen noch offen.

b) Ist der Geheimnisschutz zwingender Inhalt einer Zusammenschaltungsentscheidung?

Dazu zählt insbesondere die **Rechtsnatur einer Geheimhaltungsregelung** zwischen den Verfahrensparteien. Zu denken ist hier insbesondere daran, ob nicht **eine Geheimhaltungsvereinbarung Inhalt einer Zusammenschaltungsvereinbarung sein muss**, sofern im Verfahren Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse offen gelegt werden.

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angegebenen Ort
AB	=	Ausschussbericht
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 946/1811
abl	=	ablehnend
ABl	=	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
aF	=	alte Fassung
AGB	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AnwBl	=	Österreichisches Anwaltsblatt
arg	=	argumento
ASGG	=	Bundesgesetz vom 7. März 1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, BGBl 104/1985
AVG	=	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl 1950/172
BAO	=	Bundesabgabenordnung, BGBl 194/1961
Beil	=	Beilage
BG	=	Bundesgesetz
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGBIG	=	Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 1996, BGBl 660/1996
BKA	=	Bundeskanzleramt, Bundeskriminalamt
BlgNR	=	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMI	=	Bundesministerium für Inneres
BMJ	=	Bundesministerium für Justiz
BMVIT	=	Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie
BMWA	=	(deutsches) Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BR	=	Bundesrat
bspw	=	beispielweise
BVerfG	=	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVerwG	=	(deutsches) Bundesverwaltungsgericht
B-VG	=	Bundesverfassungsgesetz 1920 idF v 1929
bzw	=	beziehungsweise
d	=	deutsch, -e, -es, -er
Datenschutz-RL	=	Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl L 201 vom 31.7.2002, 37
dh	=	das heißt
div	=	diverse
DSG	=	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000), BGBl I 165/1999
DSG 1978	=	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz), BGBl 565/1978
DSK	=	Datenschutzkommission
DTAG	=	Deutsche Telekom Aktiengesellschaft
E	=	Entscheidung
EB	=	Erläuternde Bemerkungen

ECG	= Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz), BGBl I 152/2001
EC-RL	= Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt E-Commerce-Richtlinie), ABl Nr L 178 vom 17. Juli 2000, 1
ecolex	= Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGMR	= Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EfSlg	= Ehe- und Familienrechtliche Entscheidungen des OGH
EMRK	= Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl 210/1958
Entw	= Entwurf
ErgLfg	= Ergänzungslieferung
ErwGr	= Erwägungsgrund
et alt	= und andere
etc	= et cetera
EuGH	= Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGI	= Gericht der Europäischen Gemeinschaften I. Instanz
EuGRZ	= Europäische Grundrechte Zeitschrift
EvBl	= Evidenzblatt für Rechtsmittelentscheidungen (ÖJZ)
EWR	= Europäischer Wirtschaftsraum
f, ff	= folgende
FN	= Fußnote
G	= Gesetz
gem	= gemäß
GewO	= Gewerbeordnung 1994, BGBl 194/1994
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (dBGBI. I S. 1)
GP	= Gesetzgebungsperiode
GWB	= (deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 in Kraft getreten am 1. Januar 1999 (BGBl. I 2546)
hA	= herrschende Auffassung
hM	= herrschende Meinung
Hrsg	= Herausgeber
iaR	= in aller Regel
idF	= in der Fassung
idR	= in der Regel
idS	= in diesem Sinne
ieS	= im engeren Sinn
insbes	= insbesondere
IPR	= Internationales Privatrecht
iS	= im Sinne
iSd	= im Sinne des, - der
iSv	= im Sinne von
iVm	= in Verbindung mit
iwS	= im weiteren Sinn
JA	= Justizausschuss
JAP	= Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	= Juristische Blätter
Jud	= Judikatur
JurPC	= JurPC, Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik

KOG	= Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikations-senates (KommAustria-Gesetz - KOG), BGBl. I Nr. 32/2001
KOK	= Kartelloberkommission
K&R	= Kommunikation & Recht, Betriebs-Berater für Medien Tele-kommunikation Multimedia
KSchG	= Konsumentenschutzgesetz, BGBl. 140/1979
leg cit	= legis citatae (der zitierten Vorschrift)
Lfg	= Lieferung
Lit	= Literatur
lit	= litera
maW	= mit anderen Worten
mE	= meines Erachtens
mA	= meiner Ansicht
MMR	= MultiMedia und Recht „Zeitschrift für Informations-, Telekom-munikations- und Medienrecht
MR	= Zeitschrift für Medien und Recht
mwH	= mit weiteren Hinweisen
mwN	= mit weiteren Nachweisen
nF	= neue Fassung
NJW	= Neue Juristischen Wochenschrift
Nov	= Novelle
NR	= Nationalrat
NVG	= Bundesgesetz vom 29. Juni 1977 zur Verbesserung der Nahver-sorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl 392/1977
NVO	= Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr über die Nummerierung (Nummerierungsverordnung), BGBl II 416/1997
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZ	= Notariatszeitung
oä	= oder ähnliches
OGH	= Oberster Gerichtshof
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= (deutsches) Oberverwaltungsgericht
ÖBl	= Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urhe-berrecht
ÖJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung
ÖStZ	= Österreichische Steuerzeitung
PatG	= Patentgesetz 1970, BGBl 259/1970
PTV	= Post- und Telegraphenverwaltung
RegTP	= (deutsche) Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RdW	= Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	= Reichsgesetzblatt
RL	= Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften
Rs	= Rechtsache
Rsp	= Rechtsprechung
RTR (GmbH)	= Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH.
Rz	= Randzahl
RV	= Regierungsvorlage

S	= Satz, Seite
SGB	= (deutsches) Sozialgesetzbuch, dBGBI 1980 I S. 1469
Slg	= Sammlung
sog	= sogenannt, -e, -er, -es
SSt	= Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen
StF	= Stammfassung
StGB	= Strafgesetzbuch, BGBI 1974/60
StGG	= Staatsgrundgesetz, RGBI 142/1867
StPO	= Strafprozessordnung 1975, BGBI 631/1975
StProt	= stenographische(s) Protokoll(e)
stRsp	= ständige Rechtsprechung
SZ	= Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TA	= Telekom Austria AG
TKC-GmbH	= Telekom-Control Österreichische Gesellschaft für Telekommunikationsregulierung mbH
TKG	= Telekommunikationsgesetz
TKG 1997	= Telekommunikationsgesetz, BGBI 100/1997
TKG 2003	= Telekommunikationsgesetz 2003, BGBI I 70/2003
TKK	= Telekom-Control-Kommission
ua	= und andere
udgl	= und dergleichen
UIG	= Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen über die Umwelt (Umweltinformationsgesetz - UIG) BGBI 495/1993
UrhG	= Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BGBI 111/1936
uU	= unter Umständen
uva	= und viele andere
UWG	= Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBI 448/1984
v	= vom, von
va	= vor allem
VG	= (deutsches) Verwaltungsgericht
vgl	= vergleiche
VO	= Verordnung
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
VStG	= Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBI 52/1991
VwGH	= Verwaltungsgerichtshof
VwGO	= (deutsche) Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.3.1991 (dBGBI. I S. 686)
VwVfG	= (deutsches) Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.9.1998 (dBGBI. I S. 3050)
wbl	= Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	= Ziffer
zB	= zum Beispiel
ZfRV	= Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	= Zeitschrift für Verwaltung
ZfVB	= Zeitschrift für Verwaltung, Beilage
ZPMRK	= Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention
ZPO	= Zivilprozessordnung, RGBI 113/1895
zT	= zum Teil

Literaturverzeichnis

- Barfuß*, Verkauf unter dem Einstandspreis - Darf der Lieferant die Zeugenaussage unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis verweigern?, *WBl* 1989, 139.
- Bienert-Nießl*, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess, zugleich eine Untersuchung der prozessualen Mitwirkungspflichten der Parteien (2003)
- Bosch/Sommer*, Akteneinsichtsrechte vor Gericht, *K&R* 2002, 456
- Bosch/Sommer*, Akteneinsichtsrechte vor Gericht zum Zweiten, *K&R* 2004, 67
- Burgstaller*, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse in *Ruppe (Hrsg.)*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben, Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Bd 2 (1980)
- Clausen in Knack*, Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)⁸ (2004), §§ 29 und 30
- Dohr/Pollirer/Weiss*, DSG² (2002)
- Duschaneck*, Geheimnisschutz und Datenschutz in *Ruppe (Hrsg.)*, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben, Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Bd 2 (1980)
- Ellinghaus*, Regulierungsverfahren, gerichtlicher Rechtsschutz und richterliche Kontrolldichte im neuen TKG, *MMR* 2004, 293
- Erbel/Albracht*, Verwaltungsprozessrecht (2001)
- Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd 3, Zivilprozessordnung §§ 226-460 (1966)
- Feiel*, Wirtschaftsaufsichtsrecht: Zu den Auskunftspflichten nach § 83 TKG, *wbl* 2002, 343
- Fucik in Rechberger (Hrsg)*, ZPO² (2000), Vor § 171 ZPO und § 178 ZPO
- Geiger in Eyer mann*, VwGO¹¹ (2000) § 86
- Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, EU, Deutschland, Österreich, Schweiz² (2002)
- Gitschthaler in Rechberger (Hrsg)*, ZPO² (2000), § 219 ZPO
- Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ (2003)
- Holz nage l*, Geheimnisschutz versus effektiver Rechtsschutz, *MMR* Beil 12/2002, 34
- Holz nage l*, Rechtsschutz und TK-Regulierung im Referentenentwurf zum TKG – Neue Ansätze für eine Verfahrensbeschleunigung, *MMR* 2003, 513
- Hufen*, Verwaltungsprozessrecht⁵ (2003) § 37
- Knemayer*, Geheimhaltungsanspruch und Offenbarungsbefugnis im Verwaltungsverfahren, *NJW* 1984, 2241
- Koch/Rubel/Meselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2003)
- Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz⁸ (2003)
- Lehofer*, Spezifische Probleme unabhängiger Regulierungsbehörden in *Österreichische Juristenkommission (Hrsg)*, Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat?, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat Bd 20 (2002)
- Lehofer in Feiel/Lehofer* Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) § 125 TKG 2003
- Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick (2004)
- Müller in Machacek (Hrsg)*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁵ (2004)
- Novak*, Rechtsfragen der Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, *ÖJZ* 1973, 253

- Raschauer*, Der vertragsersetzende Bescheid in *Bernat/Böhler/Weilinger (Hrsg)*
Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Bd 2 Zum Recht der Wirtschaft (2001)
- Rechberger* in *Rechberger (Hrsg)*, ZPO² (2000), Vor § 266 ZPO
- Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003)
- Schmidt, K.*, Drittschutz, Akteneinsicht und Geheimnisschutz im Kartellverfahren,
FIW-Schriftenreihe Heft 145 (1992)
- Schöberl*, Beweis des Gegenteils und Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse –
dargestellt am Beispiel des § 155 PatG, ÖJZ (in Druck)
- Schramböck*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (2002)
- Schumacher*, Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987,
673
- Schumacher*, Unternehmensgeheimnisse im Zivilprozeß, ÖBl 1988, 89
- Seiler*, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre (1960)
- Steinwärder*, BVerwG: Reg TP muss Akten zu TAL-Entgelten vollständig vorlegen,
MMR 2003, 729 und 732
- Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht² (2002)
- Trantas*, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, Schriften zum Öff-
fentlichen Recht Bd 747 (1998)
- Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁸ (2003)
- Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I² (1998)
- Wielinger/Gruber*, Zur Frage der Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsver-
fahren, ZfV 1983, 365
- Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz² (2004) § 125 TKG