

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
A. <i>Geheimhaltungsbedürftigkeit als Problem im Verwaltungsprozess</i>	1
B. <i>Gang der Untersuchung</i>	6
Erster Teil: Der Geheimhaltungskonflikt	9
A. <i>Der Geheimhaltungskonflikt als Begriff</i>	9
I. Der Geheimhaltungskonflikt im System verwaltungsprozessualer Kommunikationsstrukturen	9
II. Dimensionen des Geheimhaltungskonflikts	30
B. <i>Der Geheimhaltungskonflikt in exemplarischen Rechtsschutzkonstellationen</i>	34
I. Informationszugangsklagen	35
II. Heimliche Informationsverarbeitung durch Sicherheitsbehörden	42
III. Informationsverwaltung in wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnissen	64
Zweiter Teil: Die Lösungsmodelle	75
A. <i>Konflikt über die Geheimhaltungsbedürftigkeit</i>	76
I. Grundmodell der Konfliktbewältigung: In-camera-Zwischenverfahren	77
II. Entwicklungslinien	77
III. Exemplarische Verfahrensvorschriften	88
B. <i>Konflikt infolge der Geheimhaltungsbedürftigkeit</i>	96
I. Grundmodelle der Konfliktbewältigung: Beweislast- und Verwertungsmodell	96
II. Entwicklungslinien	101
III. Exemplarische Verfahrensvorschriften	104

Dritter Teil: Der Modellvergleich	109
A. <i>Interessenzuordnung des Beweislastmodells</i>	109
I. Das Beweislastmodell in der gerichtlichen Handhabung	110
II. Bilanz: Irritationsmomente und Bewältigungsstrategien	173
III. Fazit: Das strukturell defizitäre Beweislastmodell	188
B. <i>Interessenzuordnung des Verwertungsmodells</i>	191
I. Hypothetische Verfahrensergebnisse und Ergebnisvergleich in den sieben Rechtsschutzkonstellationen	192
II. Das Verwertungsmodell und der inzidente Geheimhaltungskonflikt ..	197
III. Das Verwertungsmodell und der prinzipiale Geheimhaltungskonflikt ..	223
IV. Fazit: Das ausgestaltbare Verwertungsmodell	224
C. <i>Ergebnis</i>	225
Vierter Teil: Der Modellwechsel	227
A. <i>Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts – Grundlagen</i>	227
I. Unionsrecht und nationaler Verwaltungsrechtsschutz	227
II. Grundlegender Mechanismus	230
B. <i>Unionsrechtlicher Anpassungsbefehl zum Modellwechsel</i>	236
I. Telekommunikationsrecht: Mobistar-Urteil des EuGH	236
II. Vergaberecht: Varec-Urteil des EuGH	242
III. Freizügigkeitsrecht: ZZ-Urteil des EuGH	248
IV. Synthese: Weitgehende Anpassungsbefehle	264
C. <i>Anpassungsbedarf im Verwaltungsprozessrecht</i>	268
I. Bereits vollzogene Modellwechsel	268
II. Weiterhin bestehender Anpassungsbedarf	274
D. <i>Umsetzung des Anpassungsbefehls zum Modellwechsel</i>	277
I. Gesetzgeberischer Modellwechsel	277
II. Gerichtlicher Modellwechsel	279
E. <i>Ergebnis</i>	284
Schlussstein	285
A. <i>Jüngste Entwicklungen im Atomrecht</i>	285
B. <i>Zusammenfassung in Thesen</i>	291
Literaturverzeichnis	301
Sachregister	311

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
A. <i>Geheimhaltungsbedürftigkeit als Problem im Verwaltungsprozess</i>	1
B. <i>Gang der Untersuchung</i>	6
Erster Teil: Der Geheimhaltungskonflikt	9
A. <i>Der Geheimhaltungskonflikt als Begriff</i>	9
I. Der Geheimhaltungskonflikt im System verwaltungsprozessualer Kommunikationsstrukturen	9
1. Herkömmliche Kommunikationsstrukturen im Verwaltungsprozess	11
a) Verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenvorgaben an das Informationsgefüge	11
aa) Rechtsschutzeffektivität	12
bb) Gehörsrecht	14
cc) Weitere verfassungsrechtliche Rahmenvorgaben	16
b) Ziel: Informationssymmetrie	18
c) Verwaltungsprozessuale Regelungen zum Abbau von Informationsasymmetrien	19
aa) Behördliche Aktenvorlagepflicht	19
bb) Klägerisches Akteneinsichtsrecht	21
2. Disruption der Kommunikationsstrukturen durch den Geheimnisschutz	21
a) Verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenvorgaben	22
aa) Staatliche Geheimnisse	22
bb) Private Geheimnisse, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse	25
b) Ziel: Informationsasymmetrie	27
c) Verwaltungsprozessuale Regelungen zum temporären Erhalt von Informationsasymmetrien	28
aa) Behördliche Aktenvorlageverweigerung	28

bb) Behördliches Kennzeichnungsrecht und behördlicher Zustimmungsvorbehalt	29
II. Dimensionen des Geheimhaltungskonflikts	30
1. Personelle Dimension	31
a) Bipolare Konfliktlage	31
b) Multipolare Konfliktlage	31
2. Materielle Dimension	32
a) Prinzipaler Geheimhaltungskonflikt	32
b) Inzidenter Geheimhaltungskonflikt	33
3. Zeitliche Dimension	33
a) Konflikt über die Geheimhaltungsbedürftigkeit	33
b) Konflikt infolge der Geheimhaltungsbedürftigkeit	34
B. Der Geheimhaltungskonflikt in exemplarischen Rechtsschutzkonstellationen	34
I. Informationszugangsklagen	35
1. Typisches Konfliktfeld	35
2. Konstellation Auskunftsanspruch	36
a) Begriff und Bedeutung	37
b) Normstruktur und materiell-rechtliche Konfliktlage	39
c) Rechtsschutz und prozessuale Konfliktlage	41
II. Heimliche Informationsverarbeitung durch Sicherheitsbehörden	42
1. Typisches Konfliktfeld	42
2. Konstellation Berichtigungsanspruch	45
a) Begriff und Bedeutung	45
b) Normstruktur und materiell-rechtliche Konfliktlage	47
c) Rechtsschutz und prozessuale Konfliktlage	49
3. Konstellation Sicherheitsüberprüfung	49
a) Begriff und Bedeutung	49
b) Normstruktur und materiell-rechtliche Konfliktlage	51
c) Rechtsschutz und prozessuale Konfliktlage	52
4. Konstellation Verfassungsschutzbericht	55
a) Begriff und Bedeutung	55
b) Normstruktur und materiell-rechtliche Konfliktlage	56
c) Rechtsschutz und prozessuale Konfliktlage	57
5. Konstellation Atomrechtliche Genehmigung	58
a) Begriff und Bedeutung	58
b) Normstruktur und materiell-rechtliche Konfliktlage	59
c) Rechtsschutz und prozessuale Konfliktlage	61
III. Informationsverwaltung in wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnissen	64
1. Typisches Konfliktfeld	64
2. Konstellation Telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung ..	65
a) Begriff und Bedeutung	65
b) Normstruktur und materiell-rechtliche Konfliktlage	66

c) Rechtsschutz und prozessuale Konfliktlage	67
3. Konstellation Vergaberechtliche Auswahlentscheidung	68
a) Begriff und Bedeutung	68
b) Normstruktur und materiell-rechtliche Konfliktlage	70
c) Rechtsschutz und prozessuale Konfliktlage	71
 Zweiter Teil: Die Lösungsmodelle	75
<i>A. Konflikt über die Geheimhaltungsbedürftigkeit</i>	76
I. Grundmodell der Konfliktbewältigung: In-camera-Zwischenverfahren	77
II. Entwicklungslinien	77
1. 1952–1960: Aufsichtsbehördliche Kontrolle	78
2. 1960–1999: Gerichtliche Plausibilitätskontrolle ohne Aktenstudium	80
3. 1999: Bundesverfassungsgerichtliche Kurskorrektur	83
4. 2002: Einführung eines Novums für die	
Verwaltungsgerichtsbarkeit – das In-camera-Zwischenverfahren ..	87
III. Exemplarische Verfahrensvorschriften	88
1. In-camera-Zwischenverfahren vor dem Fachsenat, § 99 Abs. 2 VwGO	88
2. In-camera-Zwischenverfahren vor dem Hauptsachegericht, § 218 Abs. 2 und 3 TKG	92
3. „Verstecktes“ In-camera-Zwischenverfahren vor dem Hauptsachegericht, §§ 70, 175 GWB, § 84 EnWG	93
<i>B. Konflikt infolge der Geheimhaltungsbedürftigkeit</i>	96
I. Grundmodelle der Konfliktbewältigung: Beweislast- und Verwertungsmodell	96
1. Beweislastmodell	97
2. Verwertungsmodell	100
II. Entwicklungslinien	101
1. Bis 1999: Ministeriale Richtigkeitsbestätigung	101
2. 1999–2001: Uneinheitliche gerichtliche Modellwahl	103
3. 2002: Eindeutige gesetzgeberische Modellwahl	103
4. Jüngere Entwicklungen: Bereichsspezifische Modellwechsel ..	103
III. Exemplarische Verfahrensvorschriften	104
1. Beweislastmodell qua Verfahrensdesign, § 99 Abs. 2 VwGO	104
2. Beweislastmodell qua ausdrücklichem Verwertungsverbot, §§ 70, 76, 175 GWB, §§ 83, 84 EnWG	106
3. Verwertungsmodell im Telekommunikationsrecht, § 218 Abs. 2 TKG	107

Dritter Teil: Der Modellvergleich	109
A. Interessenzuordnung des Beweislastmodells	109
I. Das Beweislastmodell in der gerichtlichen Handhabung	110
1. Konstellation Auskunftsanspruch	110
a) Praxisbefund: Häufige Fallgestaltung, wenige Hauptsacheverfahren	110
b) Beweislastverteilung bei Auskunftsansprüchen	112
c) Erste pragmatische Lösungsansätze	114
d) Bundesverwaltungsgerichtliche Kursbestätigung: Figur der präjudiziellen Wirkung	116
e) Das Nachspiel: Das intersenatliche Ringen um die Maßstabshoheit	119
f) Zwischenergebnis	124
2. Konstellation Berichtigungsanspruch	125
a) Beweislastverteilung hinsichtlich der Datenrichtigkeit	126
aa) Beweisbelastung der Beklagten	127
bb) Beweisbelastung des Klägers	128
b) Umgang mit Beweisschwierigkeiten	129
aa) Beweiserleichterungen prinzipiell möglich	130
(1) „Anspruch auf effektives Überdenken“	130
(2) Sekundäre Darlegungslast	131
bb) Beweiserleichterungen prinzipiell ausgeschlossen	133
c) Zwischenergebnis	134
3. Konstellation Sicherheitsüberprüfung	134
a) Erfolglose Suche nach „verbleibenden Möglichkeiten der Sachauklärung“	136
b) Beweislastverteilung hinsichtlich der sicherheitsrechtlichen Eignung	137
c) Umgang mit Beweisschwierigkeiten: Keine Beweiserleichterungen	137
d) Zwischenergebnis	138
4. Konstellation Verfassungsschutzbericht	138
a) Beweislastverteilung bei Tatsachenbehauptungen	140
b) Umgang mit Beweisschwierigkeiten	142
aa) Beweiserleichterungen prinzipiell möglich	142
(1) „Abstrakter Glaubwürdigkeitsbonus“	142
(2) „Pressemäßige Sorgfaltsanforderungen“	143
(3) Kontrollverfahren anhand „zweier unabhängig voneinander agierender Quellen“	146
bb) Beweiserleichterungen prinzipiell ausgeschlossen	147
c) Zwischenergebnis	148
5. Konstellation Atomrechtliche Genehmigung	149

a) Beweislastverteilung hinsichtlich der Genehmigungsvoraussetzungen	149
b) Brunsbüttel: Konfliktvermeidung durch Drittschutzversagung ..	150
aa) Oberverwaltungsgericht Schleswig: Drittschutzversagung ..	150
bb) Bundesverwaltungsgerichtliche Kurskorrektur: Drittschutzgewährung	152
cc) Oberverwaltungsgericht Schleswig: Genehmigungsaufhebung	153
c) Unterweser: Konfliktvermeidung durch hohe Substantiierungsanforderungen	154
aa) Oberverwaltungsgericht Lüneburg: Hohe Substantiierungsanforderungen	155
bb) Bundesverwaltungsgerichtliche Kurskorrektur: Überzogene Substantiierungsanforderungen unzulässig ..	156
cc) Oberverwaltungsgericht Lüneburg: Andauernder Rechtsstreit	158
d) Zwischenergebnis	159
6. Konstellation Telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung ..	160
a) Beweislastverteilung hinsichtlich der Entgeltrichtigkeit	160
b) Konfliktvermeidung durch Offenlegungskurs	162
aa) Fachsenatliche Devise: Offenlegung statt Geheimnisschutz	162
bb) Bundesverfassungsgerichtliche Kurskorrektur: Abwägung statt Offenlegung	164
cc) Sondervotum Gaier: Verwertung statt Beweislast	166
c) Zwischenergebnis	167
7. Konstellation: Vergaberechtliche Auswahlentscheidung	168
a) Beweislastverteilung hinsichtlich des „ungewöhnlich niedrigen Angebots“	170
b) Bundesgerichtshof: Wechsel zum Verwertungsmodell	171
c) Zwischenergebnis	172
II. Bilanz: Irritationsmomente und Bewältigungsstrategien	173
1. Irritationsmomente	173
a) Systemwidrige Ergebnisse bei Auskunftsansprüchen	174
b) Keine „verbleibenden Möglichkeiten der Sachaufklärung“	174
c) Mehrdeutige Beweislastverteilungsnormen	176
d) Beweisschwierigkeiten	177
aa) Beweisbelastung des Geheimnisträgers	177
bb) Beweisbelastung der Klägerin	178
e) Ungleichzeitige Prozessrechtsentwicklungen für parallel gelagerte Konstellationen	179
2. Bewältigungsstrategien	179
a) Beweisrechtliche Strategien	180
aa) Stellschraube Beweislastverteilung	180
bb) Stellschraube Beweiserleichterungen	182

b) Konfliktvermeidungsstrategien	183
aa) Offenlegungskurs im Zwischenverfahren	183
bb) Drittschutzverweigerung	185
cc) Hohe Substantierungsanforderungen	185
c) Gerichtliche Modellwechsel	186
aa) Versteckter Modellwechsel für Auskunftsansprüche	186
bb) Offener Modellwechsel für vergaberechtliche Streitigkeiten	187
III. Fazit: Das strukturell defizitäre Beweislastmodell	188
<i>B. Interessenzuordnung des Verwertungsmodells</i>	191
I. Hypothetische Verfahrensergebnisse und Ergebnisvergleich in den sieben Rechtsschutzkonstellationen	192
1. Konstellation Auskunftsanspruch	192
2. Konstellation Berichtigungsanspruch	193
3. Konstellation Sicherheitsüberprüfung	193
4. Konstellation Verfassungsschutzbericht	194
5. Konstellation Atomrechtliche Genehmigung	194
6. Konstellation Telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung ..	195
7. Konstellation Vergaberechtliche Auswahlentscheidung	195
8. Zwischenergebnis	196
II. Das Verwertungsmodell und der inzidente Geheimhaltungskonflikt ..	197
1. „Verminderung der Rechtsschutzposition“?	199
2. Gehörsrechtsverkürzung	204
a) Notwendige Sicherungsmechanismen	206
aa) Ultima-ratio-Kriterium	206
bb) Mitteilungspflichten	208
b) Exkurs: Weitere Sicherungsmechanismen	210
3. Technisch-organisatorischer Geheimnisschutz	213
a) Das herkömmliche Schutzkonzept: Geheimnisschutz durch Zuständigkeitskonzentration	214
b) Die Dezentralisierungstendenz des Verwertungsmodells	214
c) Lösungsansätze im Schrifttum	217
d) Bausteine eines wirksamen technisch-organisatorischen Geheimnisschutzes	219
4. Zwischenergebnis	222
III. Das Verwertungsmodell und der prinzipiale Geheimhaltungskonflikt ..	223
IV. Fazit: Das ausgestaltbare Verwertungsmodell	224
<i>C. Ergebnis</i>	225

Vierter Teil: Der Modellwechsel	227
<i>A. Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts – Grundlagen</i>	<i>227</i>
I. Unionsrecht und nationaler Verwaltungsrechtsschutz	227
1. Vollzugskontrolle durch mitgliedstaatliche Gerichte	228
2. Zugriffsoffene Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten	228
3. Übersicht bisheriger Einwirkungsbereiche	229
II. Grundlegender Mechanismus	230
1. Unionsrechtlicher Anpassungsbefehl	230
2. Anpassungsbedarf im nationalen Recht	233
3. Umsetzung des Anpassungsbefehls	233
<i>B. Unionsrechtlicher Anpassungsbefehl zum Modellwechsel</i>	<i>236</i>
I. Telekommunikationsrecht: Mobistar-Urteil des EuGH	236
1. Ausgangsverfahren und Vorlagefrage	237
2. Normativer Rahmen und maßgebliche Entscheidungsgründe	238
3. Anpassungsbefehl im Telekommunikationsrecht	239
a) Modellwahl: Unionsrechtliche Modellvorgabe	239
b) Modellausgestaltung: Weitgehende Spielräume	242
II. Vergaberecht: Varec-Urteil des EuGH	242
1. Ausgangsverfahren und Vorlagefrage	242
2. Normativer Rahmen und maßgebliche Entscheidungsgründe	243
a) Der Geheimhaltungskonflikt – eine erste Skizze	244
b) Übertragung der Mobistar-Anforderungen	245
3. Anpassungsbefehl im Vergaberecht	246
a) Modellwahl: Unionsrechtliche Modellvorgabe	246
b) Modellausgestaltung: Weitgehende, wenngleich nicht unbegrenzte Spielräume	248
III. Freiüigkeitsrecht: ZZ-Urteil des EuGH	248
1. Ausgangsverfahren und Vorlagefrage	249
2. Normativer Rahmen und maßgebliche Entscheidungsgründe	250
a) Der Geheimhaltungskonflikt – eine differenzierende Darstellung	250
b) Die Technikformel	251
3. Anpassungsbefehl im Freiüigkeitsrecht	254
a) Modellwahl: Unionsrechtliche Modellvorgabe	254
aa) Vorgaben der Technikformel an das Unionsprozessrecht	255
(1) Kadi I: Erster Aufschlag und vorsichtige Andeutungen	257
(2) Kadi II: Klarstellung der Modellvorgabe	258
bb) Vorgaben der Technikformel an das mitgliedstaatliche Prozessrecht	261
(1) Zusammenhang der Entscheidungen Kadi II und ZZ	261
(2) Folge: Modellvorgabe auch in ZZ	262
b) Modellausgestaltung: Konkrete Spielraumumgrenzung	264
IV. Synthese: Weitgehende Anpassungsbefehle	264

1. Sekundärrechtliche Anpassungsbefehle	265
2. Primärrechtlicher Anpassungsbefehl	266
<i>C. Anpassungsbedarf im Verwaltungsprozessrecht</i>	268
I. Bereits vollzogene Modellwechsel	268
1. Telekommunikationsrecht	268
a) Bundesverwaltungsgericht: Modellwechsel durch unionsrechtskonforme Auslegung	268
b) Gesetzgeber: Modellwechsel in § 138 TKG 2012	270
c) Folge: Kein Anpassungsbedarf	271
2. Vergaberecht	271
a) (Nicht-)Rezeptionsgeschichte	271
b) Bundesgerichtshof: Modellwechsel „zum verfassungskonformen Ausgleich“	273
c) Folge: Kein Anpassungsbedarf	273
II. Weiterhin bestehender Anpassungsbedarf	274
1. Alle Fallgestaltungen im Anwendungsbereich des Unionsrechts ..	274
2. Ausgewählte Fallgestaltungen	275
<i>D. Umsetzung des Anpassungsbefehls zum Modellwechsel</i>	277
I. Gesetzgeberischer Modellwechsel	277
II. Gerichtlicher Modellwechsel	279
<i>E. Ergebnis</i>	284
 Schlussstein	285
<i>A. Jüngste Entwicklungen im Atomrecht</i>	285
<i>B. Zusammenfassung in Thesen</i>	291
Der Geheimhaltungskonflikt	291
Die Lösungsmodelle	293
Der Modellvergleich	294
Der Modellwechsel	297
 Literaturverzeichnis	301
Sachregister	311