

FLORIAN GONSIOR

Die Verfassungsmäßigkeit
administrativer
Letztentscheidungs-
befugnisse

*Studien zum
Regulierungsrecht
12*

Mohr Siebeck

Studien zum Regulierungsrecht

Herausgegeben von

Gabriele Britz, Martin Eifert, Michael Fehling,
Thorsten Kingreen und Johannes Masing

12



Florian Gonsior

Die Verfassungsmäßigkeit
administrativer
Letztentscheidungsbefugnisse

Behördenorganisation
und Verwaltungsverfahren als Mittel
zur Kompensation materiell-rechtlicher Defizite
am Beispiel der Bundesnetzagentur
im Telekommunikationsrecht

Mohr Siebeck

Florian Gonsior, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth und der Universidad de Cantabria (Santander, Spanien); Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Dekanat der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth; Referendariat im Bezirk des OLG Hamm; seit 2017 Rechtsanwalt in Düsseldorf.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-155353-0 / eISBN 978-3-16-156169-6

DOI 10.1628/978-3-16-156169-6

ISSN 2191-0464 / eISSN 2569-4448 (Studien zum Regulierungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Rechtsprechungs- und Literaturnachweise befinden sich auf dem Stand vom Juli 2017. Die Arbeit ist entstanden während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Dekanat der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth und während des anschließenden Referendariats am Landgericht Essen. Vielen Menschen, die mich in dieser Zeit begleitet haben, bin ich von Herzen dankbar. Besonders erwähnen möchte ich an dieser Stelle die Folgenden:

Allen voran danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Oliver Lepsius, LL.M., auf dessen Anregung die Idee zurückgeht, sich mit der Behördenorganisation und dem Verwaltungsverfahren im Regulierungsrecht zu befassen. Die Betreuung durch ihn war hervorragend. Die akademische Freiheit, die er mir gewährte und zu deren Ausnutzung er mich stets ermutigte – sei es im Rahmen unserer ausführlichen Gespräche an seinem Lehrstuhl, in seinen Bayreuther Lektüreseminaren oder beim Doktorandenseminar in Konstanz – habe ich stets zutiefst geschätzt.

Herrn Prof. Dr. Markus Möstl danke ich vielmals für die Übernahme der Zweitkorrektur der Arbeit und seine wertvollen weiterführenden Hinweise. Prof. Dr. Möstl war nicht nur Zweitgutachter, sondern auch mein Vorgesetzter während meines ersten Jahres am Dekanat. Auch für die gute Zusammenarbeit in dieser Zeit bedanke ich mich bei ihm.

Den Herausgeberinnen und Herausgebern der „Studien zum Regulierungsrecht“ danke ich herzlich für die Aufnahme der Arbeit in die schöne Schriftenreihe. Der VG Wort danke ich für die großzügige Übernahme des Druckkostenzuschusses.

Zu tiefstem Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Claudius Möller, LL.M., und Herrn Dr. Ulrich Geers, LL.M., von der Bundesnetzagentur, ihres Zeichens Beisitzer in den Beschlusskammern 2 bzw. 3. Die beiden waren so freundlich, mir im persönlichen Gespräch einige Fragen zu Organisation und Arbeit der Beschlusskammern zu beantworten und wertvolle Einblicke in die Abläufe eines typischen Beschlusskammerverfahrens zu gewähren.

Ein großes Dankeschön gilt ferner meinem Studienkollegen und langjährigen engen Freund Dr. Patrick Hilbert, der jederzeit für Diskussionen zur Verfügung stand und dessen kritische Anmerkungen mich stets vorangebracht haben.

Von ganzem Herzen danke ich auch meiner Freundin Eva Zorn. Sie hat den Anfertigungsprozess der Arbeit – und damit auch zwangsläufig das ein oder andere Stimmungstief – von Beginn an miterlebt und mich immer motiviert, wenn es zwischendurch einmal nicht weiterzugehen schien.

Der größte Dank von allen gebührt meinen Eltern. Sie haben mich stets ermutigt, meine Ziele zu verfolgen und mir dabei in jeder Phase meines Lebens ihre bedingungslose Unterstützung zuteilwerden lassen. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Mönchengladbach, im März 2018

Florian Gonsior

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
<i>Einleitung</i>	1
<i>Erster Teil: Die Eignung des Telekommunikationsrechts als Referenzgebiet der Untersuchung</i>	13
1. Kapitel: Besonderheiten des Telekommunikationsrechts	15
2. Kapitel: Die Behördenorganisation und das Verfahren der Marktregulierung im Telekommunikationsrecht	49
<i>Zweiter Teil: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse und ihre verfassungsrechtlichen Determinanten</i>	87
3. Kapitel: Die allgemeine Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	89
4. Kapitel: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse im Telekommunikationsrecht	112
5. Kapitel: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Einräumung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	146
<i>Dritter Teil: Der Ausgleich materiell-rechtlicher Schwächen des TKG durch Organisations- und Verfahrensregelungen</i>	201
6. Kapitel: Die generelle Kompensationsfähigkeit materiell-rechtlicher Defizite durch Organisations- und Verfahrensrecht	203
7. Kapitel: Die Rechtfertigung materiell-rechtlicher Defizite des Telekommunikationsrechts durch Organisation und Verfahren	260
<i>Vierter Teil: Vorschläge zur Änderung der Behördenorganisation und des Verwaltungsverfahrens im Bereich der telekommunikations- rechtlichen Marktregulierung</i>	283
8. Kapitel: Die Beschlusskammerorganisation	285

9. Kapitel: Das Beschlusskammerverfahren	317
10. Kapitel: Verwaltungsinterne Kontrolle	326
<i>Fünfter Teil: Resümee</i>	349
11. Kapitel: Bedeutung und Potential organisations- und verfahrensrechtlicher Lösungen	351
Literaturverzeichnis	371
Sachverzeichnis	403

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
<i>Einleitung</i>	1
A. Problemaufriss	1
I. Besonderheiten des Regulierungsrechts	2
II. Verwaltungs- und verfassungsrechtliche Schwierigkeiten im Umgang mit dem Regulierungsrecht	3
III. Das Regulierungsermessen als Sinnbild für die Herausforderungen des Regulierungsrechts	5
IV. Die Bedeutung von Organisation und Verfahren im Zusammenhang mit administrativen Letztentscheidungs- befugnissen	7
B. Forschungsbedarf	8
C. Gang der Untersuchung	11

Erster Teil

Die Eignung des Telekommunikationsrechts als Referenzgebiet der Untersuchung

<i>1. Kapitel: Besonderheiten des Telekommunikationsrechts</i>	15
A. Regulierungsrecht	15
B. Besonderheiten der materiell-rechtlichen Grundlagen im Bereich der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung	20
I. Final geprägte Gesetzesstruktur	21
1. Der Zielkatalog des TKG	21
2. Die Einbindung der Ziele in die Befugnisnormen	22
a) Ähnlichkeit mit Planungsnormen	23
b) Finale Überformung der telekommunikationsrechtlichen Befugnisnormen	26
II. Offene Tatbestände	28

1. § 21 TKG – Zugangsverpflichtungen	29
2. § 30 TKG – Entgeltgenehmigung	32
C. Herausforderungen im Telekommunikationssektor	34
I. Dynamik der Telekommunikationsmärkte	34
II. Komplexität der Regulierungsaufgabe	38
D. Das europarechtliche Leitbild einer „starken Regulierungsbehörde“	41
E. Fazit	47
2. Kapitel: Die Behördenorganisation und das Verfahren der Marktregulierung im Telekommunikationsrecht	49
A. Die Organisation der Bundesnetzagentur	49
I. Errichtung	49
II. Zuständigkeitsabgrenzungen	51
1. Allgemeine Wettbewerbsbehörden	51
2. Fachverwaltung	53
3. Landesbehörden	53
III. Die Einbindung der Bundesnetzagentur in einen europäischen Regulierungsverbund	54
1. Befugnisse der Kommission im telekommunikations- rechtlichen Regulierungsverbund	55
2. Koordinierung mit anderen nationalen Regulierungsbehörden	56
3. Konsequenzen des europarechtlichen Regulierungs- konzepts	57
IV. Aufbau der Bundesnetzagentur	58
1. Leitung	58
2. Fachabteilungen	60
3. Beschlusskammern	60
a) Bildung und Wesen	61
b) Mitglieder	63
c) Aufgaben	66
d) Unabhängigkeit?	66
aa) Gegenüber der Ministerialbürokratie	67
bb) Gegenüber der Behördenleitung	70
cc) Europarechtskonforme Auslegung	72
4. Beirat	72
5. Wissenschaftliche Beratung	75
B. Das Marktregulierungsverfahren im Telekommunikationsrecht . .	76
I. Marktdefinition nach § 10 TKG	77
II. Marktanalyse nach § 11 TKG	78
III. Erlass einer Regulierungsverfügung nach § 13 TKG	78
IV. Entgeltgenehmigungen	80

V. Durchführung des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens nach § 12 TKG	80
1. Nationales Konsultationsverfahren	80
2. Unionsweites Konsolidierungsverfahren	82
VI. Besonderheiten des Beschlusskammerverfahrens	83
C. Fazit	86

Zweiter Teil

Administrative Letztentscheidungsbefugnisse und ihre verfassungsrechtlichen Determinanten

<i>3. Kapitel: Die allgemeine Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse</i>	89
A. Das Grundmodell vollständiger rechtlicher und tatsächlicher Verwaltungskontrolle	89
B. Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte durch administrative Letztentscheidungsbefugnisse	91
I. Allgemeines Verwaltungsermessen	92
II. Beurteilungsspielraum	97
III. Planungsermessen	100
C. Die normative Ermächtigungslehre	104
I. Die Kernaussage der normativen Ermächtigungslehre	105
II. Kriterien für eine administrative Letztentscheidungsbefugnis	106
III. Differenzierung zwischen Sachgründen, Erkennungsmerkmalen und verfassungsrechtlicher Zulässigkeit von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen	107
IV. Die Doppelstellung von Organisation und Verfahren als Erkennungsmerkmal und Rechtmäßigkeitsvoraussetzung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	108
D. Fazit	110
<i>4. Kapitel: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse im Telekommunikationsrecht</i>	112
A. Das Regulierungsermessen in der Rechtsprechung des BVerwG	112
I. Das Regulierungsermessen als neue Form der administrativen Letztentscheidungsbefugnis	113
II. Kontrollmaßstab	115
III. Ausdehnung des Anwendungsbereichs	116
IV. Die besondere Problemträchtigkeit	117

V. Mögliche Gründe für die Entwicklung	120
B. Weitere administrative Letztentscheidungsbefugnisse im Telekommunikationsrecht	122
C. Bestätigung der Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum bei §§ 10, 11 TKG durch das BVerfG	123
D. Tendenzen zur Intensivierung der gerichtlichen Kontrolle bei administrativen Letztentscheidungsbefugnissen	126
E. Die Standpunkte aus der Literatur	127
F. Administrative Letztentscheidungsbefugnisse im Telekommunikationsrecht als Ausprägung funktionsgerechter Aufgabenwahrnehmung	131
I. Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur als Ausprägung des Gewaltenteilungsgrundsatzes	132
II. Das Telekommunikationsrecht als Anwendungsfall des Grundsatzes funktionsgerechter Organstruktur	136
1. Besonderheiten der telekommunikationsrechtlichen Entscheidungsstrukturen	136
2. Notwendigkeit einer teilweisen Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte	139
a) Grenzen der gerichtlichen Kontrollkompetenz	140
b) Problematik der gerichtlichen Ingerenzen im Telekommunikationssektor	141
c) Konsequenzen für die Rechtfertigung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	142
G. Fazit	144
<i>5. Kapitel: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Einräumung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse</i>	<i>146</i>
A. Die Bedeutung von Art. 19 Abs. 4 GG für die gerichtliche Kontrolldichte	147
I. Art. 19 Abs. 4 GG als Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	147
II. Art. 19 Abs. 4 GG und die gerichtliche Kontrolldichte	148
III. Die Bedeutung von Art. 19 Abs. 4 GG bei der Durchführung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle und der Einräumung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	152
1. Die Durchführung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle	152
2. Die Einräumung administrativer Letztentscheidungs- befugnisse	153
B. Die Grundrechte in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeits- grundsatz	154
I. Das grundrechtliche Gebot umfassenden Rechtsschutzes . . .	154

1.	Administrative Letztentscheidungsbefugnisse als Beeinträchtigung der Grundrechte in ihrer prozedural- organisatorischen Schutzdimension	155
2.	Unterschiede zum Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG	158
a)	Gerichtliche Kontrolldichte	158
b)	Adressat des Rechtsschutzanspruchs	159
II.	Das Verhältnismäßigkeitsgebot als Maßstab der gesetzlichen Ausgestaltung	160
C.	Der Vorbehalt des Gesetzes	162
I.	Die Wesentlichkeitstheorie als Maßstab für die gesetzliche Regelungsdichte	164
II.	Kriterien zur Bestimmung der Wesentlichkeit	168
1.	Grundrechtsrelevanz	169
2.	Weitere Kriterien für und gegen die Wesentlichkeit	170
III.	Bedenken im Hinblick auf das Marktregulierungsrecht	172
1.	Die gebotene materiell-rechtliche Regelungsdichte im Telekommunikationsrecht	173
2.	Mangelnde inhaltliche Determinierung des Verwaltungshandelns	177
D.	Das Demokratieprinzip	178
I.	Die demokratische Legitimation der Verwaltung	178
II.	Die Legitimationsmodi	180
1.	Organisatorisch-personelle Legitimation	182
2.	Sachlich-inhaltliche Legitimation	182
3.	Das Verhältnis der Legitimationsmodi zueinander	186
III.	Bedenken im Hinblick auf das Marktregulierungsrecht	187
1.	Schwache sachlich-inhaltliche Legitimation	188
2.	Ungenügender Ausgleich durch die organisatorisch- personelle Legitimation	190
E.	Das Bestimmtheitsgebot	192
I.	Die verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Bestimmtheit von Gesetzen	192
II.	Bedenken im Hinblick auf das Marktregulierungsrecht	196
1.	Fehlende Bestimmtheit wesentlicher gesetzlicher Vorgaben	196
2.	Vorhersehbarkeitssteigerung durch Konzepte nach § 15a TKG?	197
F.	Fazit	199

Dritter Teil

Der Ausgleich materiell-rechtlicher Schwächen des TKG
durch Organisations- und Verfahrensregelungen

<i>6. Kapitel: Die generelle Kompensationsfähigkeit materiell-rechtlicher Defizite durch Organisations- und Verfahrensrecht</i>	203
A. Die allgemeinen Voraussetzungen der Kompensation eines rechtlich defizitären Zustands	204
B. Kompensation einer schwachen materiell-rechtlichen Regelungsdichte durch Organisation und Verfahren	205
I. Kompensationslage	206
II. Kompensationsleistung	207
III. Funktionszusammenhang	209
1. Die Bedeutung des Verfahrens für das Verwaltungshandeln	209
a) Traditionelle Konzeption: Nachrang des Verfahrensrechts	210
b) Gegenentwurf: Richtigkeitsgewähr durch Verfahren	214
aa) Gewähr der richtigen Anwendung des materiellen Rechts bei hoher materieller Regelungsdichte	214
bb) Kompensation fehlender materieller Vorgaben bei niedriger materieller Regelungsdichte	217
2. Richtigkeitsgewähr durch Organisationsrecht	222
3. Das Kompensationspotential einer Kontextsteuerung durch Organisation und Verfahren	224
C. Kompensation gerichtlicher Rechtsschutzdefizite durch behördlichen Rechtsschutz	226
I. Kompensationslage	227
II. Kompensationsleistung	228
1. Behördlicher und gerichtlicher Rechtsschutz	229
2. Die Verwaltungsentscheidung als zeitliche Zäsur	229
III. Funktionszusammenhang	230
1. Die Unergiebigkeit des Topos „Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren“ für die Kompensation gerichtlicher Rechtsschutzdefizite durch Behördenorganisation und Verwaltungsverfahren	231
2. Die Eigenständigkeit des behördlichen Rechtsschutzes gegenüber dem gerichtlichen Rechtsschutz	232
3. Ansatzpunkte für einen Funktionszusammenhang	235
a) Rechtsschutzkompensation durch nachgelagerte behördliche Kontrolle der Ausgangsentscheidung	236
aa) Wesensmerkmale des gerichtlichen Rechtsschutzes	236
bb) Lediglich eingeschränkter Funktionszusammenhang zwischen gerichtlichem Rechtsschutzdefizit und	

organisations- und verfahrensrechtlicher Kompensationsleistung	238
b) Rechtsschutzkompensation im Vorfeld der Behördenentscheidung	241
aa) Gerichtlicher Rechtsschutz gegenüber gebundenen und ungebundenen Verwaltungsentscheidungen	241
bb) Die Rechtsprechung zu Kollegialgremien	244
cc) Einschränkungen des Ansatzes	246
c) Rechtsschutzkompensation durch Stärkung der Verfahrens- und Organisationskontrolle	247
aa) Rechtsschutzkompensation durch Verfahrens- und Organisationskontrolle	247
bb) Verdichtung der gesetzlichen Organisations- und Verfahrensregelungen	250
cc) Tatsächliche Durchführung einer Verfahrens- und Organisationskontrolle	251
dd) (Teilweises) Abrücken von den Einschränkungen der Organisations- und Verfahrenskontrolle	252
(1) Beschränkung auf individualschützende Rechtsverstöße	253
(2) Heilung und Unbeachtlichkeit von formellen Fehlern nach §§ 45, 46 VwVfG	254
D. Fazit	258

*7. Kapitel: Die Rechtfertigung materiell-rechtlicher Defizite des
Telekommunikationsrechts durch Organisation und Verfahren*

A. Rechtsschutzkompensation durch Organisation und Verfahren?	260
I. Nachgelagerter behördlicher Rechtsschutz	261
II. Vorgelagerter behördlicher Rechtsschutz	262
1. Beschlusskammern als Kollegialorgane	262
2. Besondere fachliche Legitimation	264
3. Besonderes Verfahren	266
a) Die Verknüpfung von öffentlicher mündlicher Verhandlung und Konsultationsverfahren	267
b) Das Beschlusskammerverfahren im Übrigen	268
III. Ermöglichung einer Verfahrens- und Organisationskontrolle	269
1. Die Problematik des Konsultationsverfahrens nach § 12 Abs. 1 TKG	269
a) Der individualrechtsschützende Charakter des § 12 Abs. 1 TKG	269
b) Die mangelnde Detailliertheit der gesetzlichen Ausgestaltung des Konsultationsverfahrens	271
2. Übertragung der Kausalitätsrechtsprechung auf das Telekommunikationsrecht	272

B. Regelungsdichtekompensation durch Organisation und Verfahren?	273
I. Kompensation des materiellen Steuerungsdefizits durch Organisationsregelungen	273
II. Kompensation des materiellen Steuerungsdefizits durch Verfahrensregelungen	276
III. Keine Kompensation für gesetzliche Unbestimmtheit	277
1. Kompensation durch Organisationsregelungen	277
2. Kompensation durch Verfahrensregelungen	277
a) Das Konsistenz- und Abstimmungsgebot	278
b) Frühzeitige Einbeziehung in das Verfahren	279
C. Fazit	280

Vierter Teil

Vorschläge zur Änderung der Behördenorganisation und des Verwaltungsverfahrens im Bereich der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung

8. Kapitel: Die Beschlusskammerorganisation	285
A. Status quo	285
B. Änderungsvorschläge	286
I. Zahl der Beschlusskammermitglieder	286
1. Zusätzliche Mitglieder in lediglich beratender Funktion oder als voll stimmberechtigte Entscheidungsträger?	288
2. Die ideale Mitgliederzahl	289
a) Vorbilder aus der deutschen Rechtsordnung	289
aa) Beispiele aus dem Privatrecht	290
bb) Beispiele aus der Legislative	292
cc) Beispiele aus der Exekutive	292
dd) Beispiele aus der Judikative	293
ee) Schlussfolgerungen	296
b) Das Vorbild amerikanischer „agencies“	296
c) Untersuchungen zur optimalen Größe von Gremien	297
d) Plädoyer für fünf Mitglieder	301
II. Berufliche Qualifikation	303
1. Besetzung bei einem Dreiergremium	303
a) Das Beispiel der österreichischen Telekom-Control-Kommission	303
b) Sinn und Unsinn einer gesetzlichen Regelung der Qualifikationsvoraussetzungen	304
c) Vorschlag: Synthese des deutschen und des österreichischen Modells	305

2. Besetzung bei einem Fünfergremium	306
a) Keine Auswirkung auf nachträglichen behördlichen Rechtsschutz durch den verstärkten Einsatz von Juristen bei der Beschlusskammerentscheidung	306
b) Erhöhte Richtigkeitsgewähr der Beschlusskammer- entscheidung durch den verstärkten Einsatz von Juristen	307
c) Vorschlag: Erhöhung des Juristenanteils bei gleichzeitiger Beibehaltung der flexiblen Besetzung durch die BNetzA	309
3. Sonderfall Präsidentenkammer	309
III. Intensivierung der parlamentarischen Kontrolle	311
C. Bewertung	314
I. Zusammenfassung der Vorschläge	314
II. Verfassungsrechtliche Effekte	314
 9. Kapitel: Das Beschlusskammerverfahren	 317
A. Status quo	317
B. Änderungsvorschläge	317
I. Öffentliche mündliche Verhandlung	318
II. Konsultationsverfahren	320
1. Detailliertere Regelung des Verfahrensablaufs	320
2. Persönlicher Schutzbereich	321
III. Stärkere Berücksichtigung der Bedeutung des Verfahrens im Umgang mit Verfahrensfehlern	324
C. Bewertung	325
I. Zusammenfassung der Vorschläge	325
II. Verfassungsrechtliche Effekte	325
 10. Kapitel: Verwaltungsinterne Kontrolle	 326
A. Status quo	326
B. Änderungsvorschläge	326
I. Widerspruchsverfahren	326
II. Andere Formen der Selbstkontrolle	328
1. Rechtsstellung und Zusammensetzung des Kontrollorgans	329
a) Fachkundiges Gremium	329
b) Unabhängigkeit	330
2. Einbindung in das Verfahren	331
3. Vorgelagerter Rechtsschutz durch Beitrag zur Richtigkeitsgewähr	333
a) Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf der Beschlusskammer	333
aa) Abgabe einer Stellungnahme durch das Kontrollgremium	334
bb) Abgrenzung gegenüber der Wahrnehmung von Rechtsprechungsfunktionen	335

cc) Ermöglichung einer substantiierten gerichtlichen Verfahrenskontrolle durch die behördliche Entscheidungs- begründung	336
dd) Begrenzung der Verfahrensverzögerung	337
ee) Auswirkungen	338
b) Aktive Einbindung in das Verwaltungsverfahren?	338
aa) Beteiligung im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung	339
bb) Beteiligung während des gesamten Verfahrens	341
4. Nachgelagerter Rechtsschutz	342
a) Denkbare Ausgestaltung	342
b) Positiver Rechtsschutzeffekt	344
c) Probleme im Hinblick auf Art. 92 GG	345
C. Bewertung	346
I. Zusammenfassung der Vorschläge	346
II. Verfassungsrechtliche Effekte	346

Fünfter Teil

Resümee

<i>11. Kapitel: Bedeutung und Potential organisations- und verfahrensrechtlicher Lösungen</i>	351
A. Schlussfolgerungen für das Verfassungsrecht	352
I. Die Trennung des verfassungsrechtlichen und des verwaltungsrechtlichen Diskurses	352
II. Vorbehalt des Gesetzes	356
III. Demokratieprinzip	358
IV. Bestimmtheitsgebot	360
V. Effektiver Rechtsschutz	360
B. Schlussfolgerungen für die Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	361
I. Folgen für die Ermittlung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse und für deren Zulässigkeit	362
II. Notwendigkeit stärkerer Differenzierung	366
C. Schlussfolgerungen für das Telekommunikationsrecht	367
D. Schlussfolgerungen für das übrige Verwaltungsrecht	368
Literaturverzeichnis	371
Sachverzeichnis	403

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BNetzA	Bundesnetzagentur
BNAG	Bundesnetzagenturgesetz
BRJ	Bonner Rechtsjournal
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht
ders.	derselbe
dens.	denselben
dies.	dieselbe(n)
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DTAG	Deutsche Telekom Aktiengesellschaft
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EU	Europäische Union
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union

Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbearchiv
GEREK	Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GG	Grundgesetz
GVR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts
IPE	Handbuch Ius Publicum Europaeum
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation und Recht
MMR	MultiMedia und Recht
N&R	Netzwirtschaften und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	unter anderem/ und andere
v.	vom/ von
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VR	Verwaltungsrundschau
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.:	zitiert
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

A. Problemaufriss

Das Regulierungsrecht hat mittlerweile einen festen Platz in den Darstellungen zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht erlangt.¹ Über den Begriff der Regulierung herrschen im Einzelnen freilich noch gewisse Unklarheiten, was seine Reichweite und seine genaue Bedeutung angeht. Während insbesondere zu Beginn der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Regulierungsrecht noch dessen Charakter als bloßes Privatisierungsfolgenrecht² oder Sonderkartellrecht für bestimmte Wirtschaftssektoren betont wurde,³ liegt der Fokus mittlerweile immer mehr auf den eigenständigen Charakteristika des Regulierungsrechts,⁴ die es zu einer neuartigen Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht machen. Einigkeit bestand und besteht jedoch insoweit, dass jedenfalls die großen Netzwirtschaften Elektrizität und Gas, Telekommunikation, Post und Bahn allesamt der Regulierung unterliegen. Diese Industrien verbindet, dass sie auf ein Netz angewiesen sind,⁵ das sich für gewöhnlich in der Hand eines oder einiger weniger Unternehmen befindet. Für die Wettbewerber des Netzbetreibers wäre es zwar theoretisch möglich, wirtschaftlich aber in der Regel nicht rentabel, ein eigenes Netz zu errichten. Der Netzinhaber ist also in der Lage,

¹ Vgl. *P. M. Huber*, in: Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2013, 3. Kap. Rn. 359 ff.; *J. Ruthig/S. Storr*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2015, § 6; *J. Zieckow*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2016, §§ 13–15.

² So etwa *M. Ruffert*, AöR 124 (1999), 237 (239); *F. J. Säcker*, AöR 130 (2005), 180 (188); aus jüngerer Zeit aber auch *M. Knauff*, ZVglRWiss 112 (2013), 136 (146 f.). Näher zum Begriff des Privatisierungsfolgenrechts als Recht von typischerweise lediglich transitorischem Charakter *M. Heise*, *Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften*, 2008, S. 25.

³ So etwa *P. Helmes*, CR 2006, 583 (590); *P. Katko*, CR 2005, 189 (193): „Marktregulierung als Sonderkartellrecht“; *M. Schütze*, CR 2005, 870 (872): beabsichtigter Übergang „vom Sonderkartellrecht TKG zum Allgemeinen Wettbewerbsrecht“.

⁴ Zu diesen unten im 1. Kap. sub A.

⁵ Das ist bei der Telekommunikation, der Elektrizität, dem Gas und der Bahn offensichtlich, gilt aber mit Abstrichen auch für den Postsektor, der zwar nicht auf Leitungen, wohl aber auf ein Netz von physisch-gegenständlichen Vorrichtungen wie Briefkästen, Postfilialen, Logistikzentren usw. angewiesen ist, die lediglich nicht ständig physisch miteinander verbunden sind, siehe dazu *J. Kübling*, *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, 2004, S. 99. *H. C. Röhl*, JZ 2006, 831 (833) spricht insoweit anstelle eines Netzes von „Dienstleistungszusammenhängen“.

eine Leistung kostengünstiger anzubieten als eine größere Zahl von Wettbewerbern. Diesbezüglich spricht man von einem natürlichen Monopol des Netzbetreibers.⁶

I. Besonderheiten des Regulierungsrechts

Regelwerke wie das TKG⁷ oder das EnWG⁸ dienen dazu, die Monopolstrukturen aufzubrechen und dauerhaft einen funktionierenden Wettbewerb auf den netzgebundenen Märkten zu gewährleisten. Sie regeln zu diesem Zweck insbesondere den Zugang zum Netz sowie die Entgelte, die der Netzinhaber von Energieversorgern, Telekommunikationsdienstleistern oder Bahnunternehmen für die Nutzung seines Netzes erheben darf. Doch die Schaffung eines funktionierenden Wettbewerbs ist nicht das einzige Ziel, das die Regulierungsgesetze verfolgen, denn der Gesetzgeber setzt das Regulierungsrecht gleichzeitig dazu ein, verschiedene Gemeinwohlziele wie den Umwelt- oder den Verbraucherschutz zu verwirklichen.⁹

Die gesetzlichen Regelungen sind dabei oftmals arm an materiellen Vorgaben für die Verwaltung.¹⁰ Stattdessen bedient sich der Gesetzgeber in weiten Teilen des Regulierungsrechts unbestimmter Rechtsbegriffe und einer finalen Normstruktur, die keine deduktive Subsumtion zulässt, sondern dem Gesetzesanwender lediglich eine Vielzahl von zum Teil sogar gegensätzlichen Zielvorgaben an die Hand gibt, die dann miteinander in Einklang zu bringen sind.¹¹ Diese

⁶ J. Müller/I. Vogelsang, Staatliche Regulierung, 1979, S. 36f.; R. H. Weber, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, 1986, S. 100f.; vertiefend zu den ökonomischen Hintergründen ferner G. Knieps, Netzökonomie, 2007, S. 5; M. Leschke, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 6 Rn. 54ff.; F. Höffler, in: Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn (Hrsg.), 2008, S. 3 (15ff.).

⁷ Telekommunikationsgesetz vom 22.6.2004, BGBl. I S. 1190, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.7.2014, BGBl. I S. 1266.

⁸ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970, S. 3621, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.7.2014, BGBl. I S. 1066.

⁹ Vgl. bspw. § 1 EnWG: „(1) Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. (2) Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen. (3) Zweck dieses Gesetzes ist ferner die Umsetzung und Durchführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet der leitungsgebundenen Energieversorgung.“ Zum Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht J. Hellermann, VVDStRL 70 (2011), S. 366; W. Durner, VVDStRL 70 (2011), S. 398; C. Franzius, DVBl. 2010, 1086.

¹⁰ B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 176ff. spricht insoweit von einer „Entmaterialisierung“.

¹¹ O. Lepsius, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 19 Rn. 54f. Ferner

Aufgabe ist idealtypisch einer politisch unabhängigen, sachverständigen Regulierungsbehörde zugewiesen.¹² In Deutschland ist das für den Bereich der Telekommunikation, Post, Energie und Bahn im Wesentlichen die Bundesnetzagentur (BNetzA). Diese mit weitreichenden Befugnissen ausgestattete Behörde ist sowohl kontinuierliche Begleiterin des Marktgeschehens als auch maßgeblich an dessen Gestaltung beteiligt, indem sie die verschiedenen Zielvorgaben dergestalt in einen Ausgleich zu bringen versucht, dass möglichst viele davon auf möglichst hohem Niveau verwirklicht werden.¹³ Entscheidend für ihre Tätigkeit ist oftmals nicht in erster Linie das materielle Recht, sondern das Verfahrensrecht, das der Behörde Strukturen bereitstellt, um materielle Maßstäbe selbst zu erzeugen.¹⁴ In institutioneller Hinsicht schlägt sich diese Aufwertung des Verfahrens vor allem in der Ausstattung der BNetzA mit Beschlusskammern nieder, die in relativer Unabhängigkeit die anfallenden Aufgaben im Bereich der Regulierung in einem förmlichen Verwaltungsverfahren bewältigen.¹⁵

II. Verwaltungs- und verfassungsrechtliche Schwierigkeiten im Umgang mit dem Regulierungsrecht

Aus dem Blickwinkel des deutschen Verwaltungsrechts müssen diese regulierungsrechtlichen Besonderheiten unweigerlich Irritationen hervorrufen, weil sich das Regulierungsrecht durch seine offene materiell-rechtliche Struktur und den Fokus auf Organisations- und Verfahrensregelungen nicht ohne weiteres in die hergebrachte verwaltungsrechtliche Systematik einfügen lässt. Diese räumt seit jeher ausgehend von der sogenannten Juristischen Methode¹⁶ dem materiel-

F. Schorkopf, JZ 2008, 20 (21): Zielvorgaben, die „von der Verwaltung in einer Art praktischer Konkordanz zur Geltung gebracht werden müssen“; *K. F. Gärditz*, BRJ 2010, 84 (85).

¹² *M. Ruffert*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. I, 3. Aufl. 2012, § 21 Rn. 27. *Ruffert* weist allerdings auch darauf hin, dass das Modell einer zentralen Regulierungsbehörde zwar „organisationsrechtliche[r] Idealtypus des Regulierungsrechts“, diese Organisationsform aber keinesfalls alternativlos sei (Rn. 33); ähnlich *M. Möstl*, *GewArch* 2011, S. 265 (268f.).

¹³ *O. Lepsius*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 19 Rn. 61. Siehe auch *M. Eifert*, in: *GVwR*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 136f., 139f.; *M. Fehling*, in: Hill (Hrsg.), *Die Zukunft des öffentlichen Sektors*, 2006, S. 91 (97f.); *M. Bullinger*, *DVBl.* 2003, 1355 (1358, 1361).

¹⁴ *O. Lepsius*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 19 Rn. 65. Vgl. dazu auch *E. Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004, 3. Kap. Rn. 53; *M. Bullinger*, *DVBl.* 2003, 1355 (1358); *E. Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.), *TKG*, 3. Aufl. 2013, Vor § 132 Rn. 2.

¹⁵ Zur institutionellen Ausgestaltung der BNetzA und dem Beschlusskammerverfahren siehe das 2. Kap., S. 49ff.

¹⁶ Dazu eingehend *I. Appel*, *VVDStRL* 67 (2008), S. 226 (235ff.); *W. Kabl*, *DV* 42 (2009), 463 (485ff.); *W. Krebs*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2002, S. 209 (213ff.); *W. Meyer-Hesemann*, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981, S. 15ff.; *W. Pauly*, in: *IPE*, Bd. IV, 2011, § 58 Rn. 22ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 11ff.

len Recht ein gewisses Übergewicht gegenüber dem Verfahrens- und dem Organisationsrecht ein.¹⁷ Das zugrundeliegende Modell ist das „eines Vollzugs einer vorgegebenen materiellen Substanz“.¹⁸

Rechtsgebiete, die sich von diesem Muster abheben, wie etwa das Planungs-, Umwelt- oder Risikoverwaltungsrecht,¹⁹ werden vor diesem Hintergrund unweigerlich als problematisch wahrgenommen. Diese Reihe lässt sich nun um das Regulierungsrecht erweitern. Wieder einmal steht das überkommene Paradigma des Vorrangs materiell-rechtlicher Regelungen bei gleichzeitiger Geringerschätzung von Organisations- und Verfahrensregeln auf dem Prüfstand. Das Regulierungsrecht zwingt damit dazu, überkommene dogmatische Konstruktionen des Verwaltungsrechts zu hinterfragen.

In den regulierungsrechtlichen Besonderheiten ist aber nicht nur aus verwaltungsrechtlicher, sondern gleichzeitig auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive eine Herausforderung zu sehen, weil die Zurücknahme materieller Regelungen gleich mehrere Verfassungsgrundsätze berührt, die nach der üblichen Sichtweise eine hohe materielle Determinierung des Verwaltungshandelns erfordern. So ergeben sich von der Warte des Verfassungsrechts aus einige Zweifel an der regulierungsrechtlichen Gesetzgebung: Sind derart unbestimmte und offene Normen wie etwa die §§ 21, 30 TKG überhaupt vereinbar mit den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes? Wie verhält es sich mit dem Parlamentsvorbehalt – hat der Gesetzgeber hier tatsächlich alles Wesentliche bereits selbst entschieden? Diese Fragen werden des Öfteren aufgeworfen, bleiben jedoch häufig unbeantwortet.²⁰ Ebenso fraglich ist, wie es um die demokratische Legitimation der BNetzA bestellt ist. Angesichts der schwachen materiellen Programmierung des Behördenhandelns ist zweifelhaft, ob noch von einer hinreichenden Rückbindung an den Gesetzgeber die Rede sein kann.

Die drängendsten, die verwaltungs- und verfassungsrechtliche Dogmatik gleichermaßen berührenden Fragen stellen sich jedoch hinsichtlich der gericht-

¹⁷ *I. Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (238); *C. Franzius*, in: *GVwR*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 42; *F. E. Schnapp*, AöR 105 (1980), 243 (244). Siehe auch bereits *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 17.

¹⁸ *H.-H. Trute*, in: *ders./Groß/Röhl/Möllers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 211 (219).

¹⁹ Zu den mit diesen Rechtsgebieten verbundenen Schwierigkeiten und Entwicklungen allgemein *R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 45 ff., 55 ff., 70 ff.; zu den Herausforderungen des Risikoverwaltungsrechts an eine auf das materielle Recht fokussierte Gesetzesvorbehaltsdogmatik *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 465 f.; *A. Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (256 f.).

²⁰ Nicht näher vertiefte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Vorbehalt des Gesetzes klingen an bei *W. Kahl*, NVwZ 2011, 449 (450); *V. Winkler*, DVBl. 2013, 156 (159); eine Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben findet sich hingegen bei *M. Herdegen*, MMR 2006, 580 (580 f.) und insbesondere auch bei *K. F. Gärditz*, N&R Beilage 2/2011, S. 1 (35 ff.).

lichen Kontrolle der Entscheidungen der BNetzA, die in Ausübung der ihr eingeräumten weiten Handlungsspielräume ergehen.

III. Das Regulierungsermessen als Sinnbild für die Herausforderungen des Regulierungsrechts

Besonders deutlich veranschaulichen lässt sich die Problematik der gerichtlichen Kontrolle anhand eines Grundsatzurteils des BVerwG vom 28.11.2007.²¹ Ausgangspunkt des der Entscheidung zugrunde liegenden Streits war eine Regulierungsverfügung²² der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (RegTP), wie die BNetzA damals noch hieß. Nachdem die Deutsche Telekom AG (DT AG) von der Präsidentenkammer der RegTP als das den bundesweiten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung beherrschende Unternehmen qualifiziert worden war, wurde ihr in der Regulierungsverfügung die Verpflichtung auferlegt, anderen Unternehmen diskriminierungsfreien Zugang zu ihrem Netz auf der Grundlage eines einheitlichen Standardangebots zu gewähren. Der Betreiberin eines lokalen Teilnehmernetzes, die den Anschluss an das Netz der DT AG begehrte, ging diese Verfügung nicht weit genug, sodass sie vor dem VG Köln im Wege der Verpflichtungsklage die Auferlegung zusätzlicher Verpflichtungen für die Telekom, darunter einen Kapazitätsausbau, anstrebte. Nachdem die Klage vor dem VG ohne Erfolg geblieben war,²³ wandte sich die Klägerin mit einem Revisionsantrag an das BVerwG. Dieses sah sich nun zur Auseinandersetzung mit der Frage gezwungen, inwieweit „die mit der Klage geltend gemachten subjektiven Rechte wegen der Besonderheiten des anzuwendenden Fachrechts vollumfänglich nur von der Behörde berücksichtigt werden können.“²⁴

Dabei gelangte das BVerwG zu der Feststellung, die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen gestützt auf § 21 TKG sei „das Ergebnis einer umfassenden und komplexen Abwägung, bei der gegenläufige öffentliche und private Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen [seien]“²⁵. Auch wenn der Bundesnetzagentur hinsichtlich des regulatorischen Tätigwerdens auf einem gemäß §§ 10, 11 TKG als regulierungsbedürftig festgestellten Markt kein Entschließungsermessen zukomme, so stehe ihr doch jedenfalls ein „umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum“ hinsichtlich der in § 13 Abs. 1 und 3 TKG²⁶ vorgesehenen Maßnahmen zu, bei dessen Ausübung sie die Regulie-

²¹ BVerwGE 130, 39 – Urteil des 6. Senats v. 28.11.2007.

²² Regulierungsverfügung der RegTP, BK 4-04-075/R vom 20.4.2005.

²³ VG Köln, Urteil v. 19.10.2006 – 1 K 2979/05, juris.

²⁴ BVerwGE 130, 39 (47) – Urteil des 6. Senats v. 28.11.2007.

²⁵ BVerwGE 130, 39 (48) – Urteil des 6. Senats v. 28.11.2007.

²⁶ Der vom BVerwG in Bezug genommene § 13 Abs. 3 entspricht nach der Änderung des TKG im Jahr 2012 nun weitgehend dem neuen Abs. 5.

rungsziele des § 2 Abs. 3 TKG zu beachten habe.²⁷ Zudem habe die Behörde nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG einen Katalog mit weiteren Abwägungsgesichtspunkten zu berücksichtigen.²⁸ Die Analyse der einschlägigen Vorschriften führte das Gericht schließlich zu dem Ergebnis, dass die Normstruktur des § 21 TKG es ausschließe, die durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung von der sich daran anschließenden Ermessensbetätigung zu trennen und erstere der vollen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Die Abwägung müsse vielmehr als ein untrennbarer Bestandteil des Regulierungsermessens betrachtet werden, das der Bundesnetzagentur bei zweckentsprechender Auslegung des Gesetzes insoweit eingeräumt sei.²⁹

Weiter führte das BVerwG aus, es habe in derartigen Fällen auch früher schon eine Entscheidungsprärogative für die Exekutive angenommen, wenn sich die von ihr zu treffende Entscheidung in hohem Maße durch wertende Elemente auszeichne und das Gesetz deshalb ein besonderes Verwaltungsorgan für zuständig erklärt habe, das mit besonderer fachlicher Legitimation in einem besonderen Verfahren entscheide, zumal wenn es sich dabei um ein Kollegialorgan handle, das aufgrund seiner Besetzung mit mehreren Entscheidungsträgern mögliche Auffassungsunterschiede bereits in sich zum Ausgleich bringe und auf diese Weise die zu treffende Entscheidung zugleich versachliche.³⁰ Dies sei im TKG der Fall, denn: „Die Mitglieder der Beschlusskammern der Bundesnetzagentur, deren Sachkunde durch fortlaufende wissenschaftliche Unterstützung institutionell abgesichert ist (§ 125 Abs. 2 TKG), nehmen im Rahmen eines mit besonderen Antrags- und Beteiligungsrechten ausgestatteten, förmlichen Verwaltungsverfahrens (§§ 132 ff. TKG) eine gestaltende Aufgabe wahr, deren Ergebnis weitgehend frei ist von festen normativen Vorgaben und eine prognostische Beurteilung darüber voraussetzt, wie die unterschiedlichen Ziele der Regulierung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen öffentlichen und privaten Belange bestmöglich zu erreichen sind.“³¹

Diese Ausführungen wurden in einer Entscheidung des BVerwG vom 2.4.2008 aufgegriffen und bestätigt. Das Gericht stellte darin außerdem fest, das Regulierungsermessen sei der BNetzA in Anlehnung an das Planungsermessen eingeräumt worden.³² Um der postulierten Parallelität gerecht zu werden, übertrug es die zum Planungsermessen entwickelte Dogmatik auf das Regulierungs-

²⁷ BVerwGE 130, 39 (48) – Urteil des 6. Senats v. 28.11.2007.

²⁸ Ebd.

²⁹ Ebd. Erstmals verwendete das BVerwG den Begriff des Regulierungsermessens in BVerwGE 120, 263 (265) – Urteil des 6. Senats v. 31.03.2004, damals freilich noch mit Anführungszeichen.

³⁰ BVerwGE 130, 39 (49) – Urteil des 6. Senats v. 28.11.2007.

³¹ Ebd.

³² BVerwGE 131, 41 (62) – Urteil des 6. Senats v. 2.4.2008; bestätigt durch BVerwG NVwZ 2010, 1359 (1361, Rn. 16) – Urteil des 6. Senats v. 27.1.2010 und BVerwG NVwZ 2013, 1352 (1356, Rn. 34) – Urteil des 6. Senats v. 12.6.2013.

ermessen und prüfte die Verfügung der BNetzA anhand der Kategorien Abwägungsausfall, -defizit, -fehleinschätzung und -disproportionalität.³³ Damit unterstrich das BVerwG noch einmal, dass die Ausübung des Regulierungsermessens seiner Auffassung nach nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegen soll. Zudem nahm es auch hinsichtlich der Entgeltkontrolle nach § 30 TKG an, dass der BNetzA ein Regulierungsermessen eingeräumt sei.³⁴

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu den administrativen Letztentscheidungsbefugnissen der BNetzA im Telekommunikationsrecht hat durch zwei Beschlüsse des BVerfG zur Nichtannahme von gegen die bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gerichteten Verfassungsbeschwerden³⁵ mittlerweile auch verfassungsgerichtliche Weihen erhalten, was freilich eine kritische Auseinandersetzung mit den von der Rechtsprechung anerkannten administrativen Letztentscheidungsbefugnissen keinesfalls entbehrlich macht.³⁶

IV. Die Bedeutung von Organisation und Verfahren im Zusammenhang mit administrativen Letztentscheidungsbefugnissen

Es ist gewiss kein Zufall, dass eine Figur wie das Regulierungsermessen vom BVerwG gerade anhand des Telekommunikationsrechts entwickelt wurde. Denn aus der Reihe der Regulierungsgesetze ist das TKG wohl dasjenige, in dem die für das Regulierungsrecht als charakteristisch angesehenen Merkmale³⁷ die stärkste Ausprägung erfahren haben.

So bemerkenswert bereits allein die Tatsache ist, dass das BVerwG hier offenbar eine neue Kategorie behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse aus der Taufe gehoben hat, so interessant ist auch die Begründung, mit der dies gesche-

³³ BVerwGE 131, 41 (62) – Urteil des 6. Senats v. 2.4.2008; BVerwG NVwZ 2010, 1359 (1361, Rn.16) – Urteil des 6. Senats v. 27.1.2010. Näher zum Planungsermessen und seiner gerichtlichen Überprüfung unten S.100ff.

³⁴ BVerwGE 131, 41 (72f.) – Urteil des 6. Senats v. 2.4.2008; bestätigt durch BVerwG NVwZ 2010, 1359 (1365) – Urteil des 6. Senats v. 27.1.2010.

³⁵ BVerfG MMR 2008, 590 – Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 27.5.2008; BVerfG NVwZ 2012, 694 – Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 8.12.2011.

³⁶ Die Entscheidungen des BVerfG befassen sich zwar in erster Linie mit der Annahme eines Beurteilungsspielraums bei §§ 10, 11 TKG und nicht mit der Figur des Regulierungsermessens; die darin angestellten grundsätzlichen Erwägungen sind aber auch für die Problematik des Regulierungsermessens von Bedeutung. Näher zu den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen unten S.123ff.

³⁷ M. Burgi, NJW 2006, 2439 fasst diese folgendermaßen zusammen: „[...] die Dynamik und Nichtvorhersehbarkeit der Sachverhalte, die Komplexität der Ziele, die Unbestimmtheit und Offenheit zahlreicher Einzelbestimmungen und das Maß der Unklarheit über die eintretenden Wirkungen.“ Siehe näher zu den Eigenschaften des Regulierungsrechts im Allgemeinen und des Telekommunikationsrechts im Besonderen das gesamte 1. Kap., insbesondere S.15–41.