

**Schriften zum Deutschen
und Europäischen Infrastrukturrecht**

Band 13

„Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung

**Europarechtlicher Einfluss
auf die Letztentscheidungsbefugnisse der
Regulierungsbehörde in der Netzzugangs- und
Entgeltregulierung: Eine Untersuchung im
Telekommunikations- und Energiesektor
vor dem europarechtlichen Hintergrund**

Von

Tamara Kegel



Duncker & Humblot · Berlin

TAMARA KEGEL

„Europäisches Ermessen“
in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung

Schriften zum Deutschen
und Europäischen Infrastrukturrecht

Herausgegeben von
Ralf Brinktrine und Markus Ludwigs

Band 13

„Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung

Europarechtlicher Einfluss
auf die Letztentscheidungsbefugnisse der
Regulierungsbehörde in der Netzzugangs- und
Entgeltregulierung: Eine Untersuchung im
Telekommunikations- und Energiesektor
vor dem europarechtlichen Hintergrund

Von

Tamara Kegel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2198-0632
ISBN 978-3-428-18248-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58248-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU) als Dissertation angenommen. Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung und der Literatur wurden bis November 2020 berücksichtigt. Entstanden ist die Arbeit während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht in Erlangen.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Max-Emanuel Geis, der mir stets hilfsbereit zur Seite stand, für das mir entgegengebrachte Vertrauen und die wissenschaftliche Freiheit bei der Erstellung dieser Arbeit. Zudem danke ich Prof. Dr. Wegener für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und den reibungslosen Ablauf der mündlichen Doktorprüfung.

Mein Dank gilt außerdem allen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen des Lehrstuhls für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht für die freundschaftliche Zusammenarbeit. Ganz besonders möchte ich mich bei Thomas Herbein für die gemeinsamen wissenschaftlichen Diskussionen und die stetige persönliche Ermutigung bedanken. Ich blicke mit Freude, aber auch mit Wehmut, auf die Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin in diesem tollen „Squad“ zurück.

Weiterhin danke ich meiner ganzen Familie für den selbstverständlichen Rückhalt und die uneingeschränkte Unterstützung während meiner juristischen Ausbildung und in allen Lebenslagen.

Last but not least gebührt mein größter Dank meinem Verlobten Sebastian Strauß, der mich durch alle Phasen und Facetten der rechtswissenschaftlichen Ausbildung und Promotion begleitete. Er stand mir jederzeit mit Rat und Tat zur Seite und schenkte mir den notwendigen Mut und die erforderliche Kraft. Ich bin glücklich und stolz über sein beständiges Vertrauen in mich.

Nürnberg, Januar 2021

Tamara Kegel

Inhaltsübersicht

Einleitung	21
A. Problemaufriss	21
B. Forschungsfragen und Forschungsgebiet	27
C. Gang der Untersuchung	30

Teil 1

Grundlagen der Regulierung	32
A. Begriff und Bedürfnis der Regulierung	32
B. Die BNetzA als Regulierungsbehörde	37
C. Europarechtliche Vorgaben	40
D. Zusammenfassung zu Teil 1	52

Teil 2

Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung im Allgemeinen	53
A. Verfassungsrechtliche Anforderungen	53
B. Die Ermächtigungslehren und die Grenze der gerichtlichen Kontrolle	59
C. System der Letztentscheidungsbefugnisse in Deutschland	60
D. Europarechtlicher Einfluss	73
E. Zusammenfassung zu Teil 2	110

Teil 3

Die Letztentscheidungsbefugnisse der BNetzA im Telekommunikationsrecht	112
A. Marktdefinition und -analyse, §§ 10, 11 TKG	113
B. Regulierungsverfügung, § 13 Abs. 1 S. 1 TKG	129
C. Dritte Stufe der Regulierung	151
D. Verfassungsrechtliche Bewertung	190
E. Zusammenfassung zu Teil 3	200

Teil 4

Die Letztentscheidungsbefugnisse der Regulierungsbehörde im Energierecht	202
A. Netzzugang, § 20 EnWG	202
B. Entgeltregulierung, §§ 21, 21a EnWG	232
C. Verfassungsrechtliche Bewertung	255
D. Zusammenfassung zu Teil 4	258

Teil 5

Abschließende Beantwortung der Forschungsfragen und Ausblick	260
A. Abschließende Beantwortung der Forschungsfragen	260
B. Ausblick	262
Literaturverzeichnis	264
Sachwortverzeichnis	284

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Problemaufriss	21
B. Forschungsfragen und Forschungsgebiet	27
I. Forschungsfragen	27
II. Forschungsgebiet	28
1. Telekommunikations- und Energierecht	28
2. Netzzugangs- und Entgeltregulierung	29
C. Gang der Untersuchung	30

Teil 1

Grundlagen der Regulierung	32
A. Begriff und Bedürfnis der Regulierung	32
I. Begrifflichkeit	33
II. Bedürfnis der Regulierung	34
III. Fazit	37
B. Die BNetzA als Regulierungsbehörde	37
I. Verfassungsrechtlicher Hintergrund	37
II. Innere Organisation	39
C. Europarechtliche Vorgaben	40
I. Richtlinienkonforme Auslegung und Anwendungsvorrang	40
II. Unionsrechtliche Vorgaben zur Regulierung	42
1. Europäisches Telekommunikationsrecht	43
a) Entwicklungsübersicht	44
b) Der aktuelle Rechtsrahmen: TK-Kodex	45
2. Europäisches Energierecht	48
a) Entwicklungsübersicht	48
b) Der aktuelle Rechtsrahmen: Elektr- und Gas-RL	50
3. Fazit zu den sekundärrechtlichen Vorgaben	51
D. Zusammenfassung zu Teil 1	52

Teil 2

Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung im Allgemeinen	53
A. Verfassungsrechtliche Anforderungen	53
I. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 GG	53
II. Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG	56
III. Materielle Grundrechte	58
IV. Fazit zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen	58
B. Die Ermächtigungslehren und die Grenze der gerichtlichen Kontrolle	59
C. System der Letztentscheidungsbefugnisse in Deutschland	60
I. Die Kontrolldichte	61
II. Ermessen	62
III. Beurteilungsspielräume	63
IV. Planungsermessen	66
V. Regulierungsermessen	69
VI. Fazit zum nationalen System behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse	73
D. Europarechtlicher Einfluss	73
I. „Ermessen“ im indirekten Vollzug	75
1. Auslegung des Unionsrechts	76
2. Verfahrensautonomie versus effet utile	78
3. Die Fahimian-Entscheidung des EuGH vom 04.04.2017	80
4. Fazit zum Ermessen im indirekten Vollzug	80
II. „Ermessen“ im direkten Vollzug	81
III. Unionsrechtliches Unabhängigkeitsparadigma	85
1. Weisungsfreiheit	86
a) Meinungsstand	87
b) Stellungnahme	89
2. Gesetzliche Vorstrukturierung	90
3. Verordnungserlass	91
4. Fazit zum unionsrechtlichen Unabhängigkeitsparadigma	94
IV. Auswirkungen des Europäischen Regulierungsverbunds	94
1. Akteure	96
2. Handlungsformen	98
a) Beschlüsse, Art. 288 Abs. 4 AEUV	99
aa) Verbindlichkeit	99
bb) Folge für den Kontrollumfang nationaler Gerichte	101
b) Empfehlungen und Stellungnahmen, Art. 288 Abs. 5 AEUV	103
aa) Berücksichtigungspflicht	104

bb) Folge für den Kontrollumfang nationaler Gerichte	105
c) Leitlinien und Mitteilungen	105
aa) Verbindlichkeit	106
bb) Folge für den Kontrollumfang nationaler Gerichte	107
d) Fazit zu den Handlungsformen im Verwaltungsverbund	108
3. Fazit zum europäischen Regulierungsverbund	108
V. Fazit zum europarechtlichen Einfluss	109
E. Zusammenfassung zu Teil 2	110

Teil 3

Die Letztentscheidungsbefugnisse der BNetzA im Telekommunikationsrecht	112
A. Marktdefinition und -analyse, §§ 10, 11 TKG	113
I. Einheitlicher Beurteilungsspielraum	114
II. Stellungnahme	116
1. Marktdefinition, § 10 TKG	117
a) Gesetzliche Vorgaben	117
b) Gerichtliche Kontrolle	119
aa) Auslegung des Unionsrechts	119
bb) Verfahrensautonomie versus effet utile	120
c) Sonderfall der Marktdefinition länderübergreifender Märkte	124
d) Umsetzung auf nationaler Ebene und Ausweitung der Letztentscheidungs- befugnis	124
2. Marktanalyse, § 11 TKG	125
a) Gesetzliche Vorgaben	125
b) Gerichtliche Kontrolle	126
c) Umsetzung auf nationaler Ebene	128
3. Fazit zum einheitlichen Beurteilungsspielraum	128
B. Regulierungsverfügung, § 13 Abs. 1 S. 1 TKG	129
I. Kein Entschließungsermessen	129
II. Regulierungsermessen	130
1. Zugangsverpflichtung, § 21 TKG	131
a) Gesetzliche Vorgaben	133
b) Gerichtliche Kontrolle	134
aa) Auslegung des Unionsrechts	134
bb) Verfahrensautonomie versus effet utile	135
cc) Umsetzung auf nationaler Ebene und Ausweitung der Letztentscheidungs- befugnis	138

c) Zugangsverpflichtung nach Art. 72 TK-Kodex	140
d) Zugangsverpflichtung nach Art. 61 Abs. 3 TK-Kodex	141
aa) Leitlinienkompetenz des GEREK	141
bb) Echtes Vetorecht der Kommission	142
c) Fazit zur Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG	144
2. Entgeltregulierung, § 30 TKG	144
a) Gesetzliche Vorgaben	147
b) Gerichtliche Kontrolle	148
c) Fazit zur Entgeltregulierung nach § 30 TKG	149
3. Fazit zum Regulierungsermessen	150
III. Fazit zur Regulierungsverfügung	150
C. Dritte Stufe der Regulierung	151
I. Entgeltgenehmigungsverfahren, §§ 31 ff. TKG	151
1. Auswahl von Verfahren und Preiskontrollmaßstab, § 31 TKG	152
a) Gesetzliche Vorgaben	154
b) Gerichtliche Kontrolle	155
c) Fazit zu § 31 Abs. 1 TKG	156
2. Kostenorientierte Entgeltbildung nach § 32 TKG	157
a) Ermittlung des Anlagevermögens	157
b) Ermittlung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals	159
c) Meinungsstand und Stellungnahme	160
3. Anreizorientierte Entgeltbildung nach § 33 TKG	163
4. Methoden zur Überprüfung der Kosten, §§ 34, 35 Abs. 1 TKG	165
a) Vergleichsmarktbetrachtung	166
b) Unabhängige Kostenrechnung	168
5. Reduzierung der Kontrolldichte aufgrund des unionsweiten Konsolidierungs- und Abstimmungsverfahrens	168
a) Erforderlichkeit des Konsolidierungsverfahrens vor jeder Genehmigung ...	170
aa) Verpflichtung i. S. d. Art. 68 Abs. 1, 74 Abs. 1 TK-Kodex	170
bb) Analoge Anwendung des § 13 Abs. 1 S. 2 TKG	173
b) Auswirkungen auf die Judikative	175
aa) Kontrolldichte und effet utile	176
bb) Bedeutung für das Entgeltgenehmigungsverfahren	177
(1) Auswahl von Verfahren und Preiskontrollmaßstab	177
(2) Wertermittlungen im Rahmen der kostenorientierten Entgeltbildung	178
(3) Bestimmungen im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens	179
(4) Methodenwahl zur Überprüfung der Kosten	179
c) Fazit zur Reduzierung der Kontrolldichte	180
6. Fazit zu Letztentscheidungsbefugnissen im Entgeltgenehmigungsverfahren ..	180

II. Zugangsanordnung, § 25 TKG	182
1. Kein Entschließungsermessen	182
2. Regulierungsermessen	183
III. Missbrauchskontrolle nach § 38 TKG	185
1. Maßnahme nach Art. 32 Abs. 3 TK-Kodex	186
2. Auswirkungen auf den Spielraum der BNetzA	187
a) Gesetzliche Vorgaben	187
b) Gerichtliche Kontrolle	188
IV. Fazit zur dritten Stufe der Regulierung	189
D. Verfassungsrechtliche Bewertung	190
I. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip	190
II. Rechtsschutzgarantie der materiellen Grundrechte	192
1. Rechtsschutz auf nationaler Ebene	192
a) Rechtsschutz des Regulierungsadressaten	193
b) Rechtsschutz Dritter	194
2. Rechtsschutz auf europäischer Ebene	195
a) Rechtsschutz des Regulierungsadressaten	195
aa) Exkurs: Demokratische Legitimation durch Individualrechtsschutz	196
b) Rechtsschutz Dritter	198
III. Fazit zur verfassungsrechtlichen Bewertung	199
E. Zusammenfassung zu Teil 3	200

Teil 4

Die Letztentscheidungsbefugnisse der Regulierungsbehörde im Energierecht 202

A. Netzzugang, § 20 EnWG	202
I. Anspruch auf Gewährung des Netzzugangs nach § 20 EnWG	203
1. Ex ante-Regulierung: Festlegungen zum Inhalt der Verträge	204
a) Gesetzliche Vorgaben	206
b) Gerichtliche Kontrolle	207
aa) Auslegung des Unionsrechts	207
bb) Verfahrensautonomie versus effet utile	209
(1) Rechtswidrigkeit des Prüfungsverfahrens	211
(a) Verstoß gegen den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts	211
(b) Verstoß gegen den Grundsatz der guten Verwaltung	216
(c) Verstoß gegen das Prinzip wirksamen Rechtsschutzes	218
(d) Fazit zur Rechtswidrigkeit des Prüfungsverfahrens	219
(2) Zwischenergebnis zum effet utile	220

cc) Fazit zur gerichtlichen Kontrolle	220
2. Ex post-Regulierung: Besondere und allgemeine Missbrauchsaufsicht	220
II. Ausnahmen von der Netzzugangsgewährungspflicht	222
1. Einrede der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Zugangsgewährung	222
a) Unzumutbarkeit i. S.d. § 20 Abs. 2 EnWG	222
b) Unzumutbarkeit i. S.d. § 25 EnWG	224
2. Neue Infrastrukturen	226
a) Neue Infrastrukturen im Gassektor, § 28a Abs. 1 EnWG	227
aa) Exkurs: Ausnahmegewährung durch ACER	229
b) Neue Infrastrukturen im Stromsektor, Art. 63 Abs. 1 StromhandelZVO	230
3. Auswirkungen des § 83 Abs. 5 EnWG auf die gerichtliche Kontrolle	230
III. Fazit zum Netzzugang	231
B. Entgeltregulierung, §§ 21, 21a EnWG	232
I. Ex ante-Entgeltregulierung nach §§ 21, 21a EnWG	233
1. Ermittlung des Ausgangsniveaus, § 6 Abs. 1 ARegV	235
a) Ermittlung des Anlagevermögens	236
b) Ermittlung des Eigenkapitalzinssatzes	237
2. Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, § 9 ARegV	239
3. Effizienzvergleich, §§ 12 ff. ARegV	239
4. Qualitätsvorgaben, §§ 18 ff. ARegV	241
5. Ausnahmen von der Entgeltregulierungspflicht	243
6. Fazit zur Anreizregulierung	243
II. Europarechtlicher Einfluss	244
1. Verbot normierender Vorstrukturierung	245
a) Gesetzliche Vorstrukturierung	245
b) Verordnungsrechtliche Vorstrukturierung	246
aa) Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 26.04.2018	246
bb) Rechtsbeschwerde zum BGH	249
c) Bedeutung für die StromNEV, GasNEV und ARegV	250
d) Fazit zur normierenden Vorstrukturierung	253
2. Europarechtliche Pflicht zur Reduzierung der Kontrolldichte	253
III. Fazit zur Entgeltregulierung	254
C. Verfassungsrechtliche Bewertung	255
I. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip	255
II. Rechtsschutzgarantie der materiellen Grundrechte	255
1. Rechtsschutz auf nationaler Ebene	256
2. Rechtsschutz auf europäischer Ebene	256
D. Zusammenfassung zu Teil 4	258

Teil 5

Abschließende Beantwortung der Forschungsfragen und Ausblick	260
A. Abschließende Beantwortung der Forschungsfragen	260
I. Frage 1	260
II. Frage 2	261
B. Ausblick	262
Literaturverzeichnis	264
Sachwortverzeichnis	284

Abkürzungs- und Begriffsverzeichnis

ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abstimmungsverfahren	Verfahren nach Art. 33 TK-Kodex
ACER	Agency for the Cooperation of Energy Regulators
ACER-VO	Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
allg. M.	allgemeine Meinung
AnwBl	Anwaltsblatt
AÖR	Archiv des Öffentlichen Rechts
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
Art.	Artikel
BauGB	Baugesetzbuch
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayZustWiG	Bayerisches Gesetz über die Zuständigkeiten zum Vollzug wirtschaftsrechtlicher Vorschriften
BEGTPG	Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschl. v.	Beschluss vom
BEVVG	Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNAG	Bundesnetzagenturgesetz
BNetzA	Bundesnetzagentur
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CAPM	Capital Asset Pricing Model Methode
CEN	European Committee for Standardization
COCOM	Committee of Communications
CR	Computer und Recht
DEA	Data Envelopment Analysis
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DTAG	Deutsche Telekom Aktiengesellschaft
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EBA	Eisenbahnbundesamt
ECC	Electronic Communications Committee

EK	Eigenkapital
Elektr-RL	Elektrizitätsrichtlinie
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ER	EnergieRecht
ErdgasZVO	Verordnung über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen
ERG	European Regulator's Group
ERGEG	European Regulators' Group for Electricity and Gas
EU	Europäische Union
EU-Beteiligungsverfahren	Verfahren nach Art. 36 Abs. 8 und 48 Abs. 2 Gas-RL und Art. 63 Abs. 8 StromhandelZVO
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWerk	Zeitschrift Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft
FS	Festschrift
GasNEV	Gasnetzentgeltverordnung
GasNZV	Gasnetzzugangsverordnung
Gas-RL	Erdgasrichtlinie
gem.	gemäß
GEREK	Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GR-Charta	Grundrechte-Charta
GS	Gedächtnisschrift
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engen Sinne
inkl.	inklusive
i. w. S.	im weiten Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation und Recht
KeL	Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung
Konsolidierungsverfahren	Unionsweites Verfahren nach Art. 32 Abs. 3 TK-Kodex
Konsultationsverfahren	Nationales Verfahren nach Art. 23 TK-Kodex
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LMRR	Lebensmittelrecht Rechtsprechung
LRegBG BW	Baden-Württembergisches Landesregulierungsbehörde-gesetz
LRIC	Long-Run Incremental Costs
LS	Leitsatz
m. E.	meines Erachtens

MMR	Multimedia und Recht
m. RsprNw.	mit Rechtsprechungsnachweis(en)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N&R	Netzwirtschaften und Recht
NJW	Neue Juristische Woche
NRB	Nationale Regulierungsbehörde
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
ÖJZ	Österreichische JuristenZeitung
PNeuOG	Postneuordnungsgesetz
Prüfungsverfahren	Überprüfung nach Art. 63 ELEktr-RL und Art. 43 Gas-RL
Rahmen-RL	Rahmenrichtlinie
RegKHG	Gesetz zur Errichtung der Regulierungskammer Hessen
RegKNG	Gesetz zur Errichtung der Regulierungskammer Niedersachsen
RegKP RP	Landesgesetz zur Errichtung einer Regulierungskammer Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
S.	Satz
SFA	Stochastic Frontier Analysis
SMP	Significant Market Power
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StromhandelZVO	Verordnung über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel
StromNEV	Stromnetzentgeltverordnung
StromNZV	Stromnetzzugangsverordnung
TAL-VO	Teilnehmeranschlussleitungsverordnung
TCAM	Telecommunication Conformity Assessment and Market Surveillance Committee
TK-Kodex	Telekommunikations-Kodex
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
u. U.	unter Umständen
Urt. v.	Urteil vom
v.	von/vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
vgl.	Vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WACC	Weighted Average Cost of Capital
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Zugangs-RL	Zugangsrichtlinie
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Einleitung

A. Problemaufriss

Die Problematik um die Letztentscheidungsbefugnisse¹ der Verwaltung ist ein Dauerthema im Verwaltungsrecht,² doch sie reißt auch heute noch angesichts der Europäisierung nationalen Rechts nicht ab. Den nationalen Behörden werden beim Vollzug der Gesetze zahlreiche Spielräume eingeräumt. Diese werden grundsätzlich aufgrund der konditionalen Normstruktur auf der Tatbestandsseite in Beurteilungsspielräume³ und auf der Rechtsfolgenseite in Ermessensspielräume unterteilt. Dieses vorherrschende System besteht jedoch nicht kritiklos,⁴ insbesondere im Planungsrecht sind die Strukturen aufgeweicht, da hier der Gesetzgeber nicht auf die konditionale Normenstruktur im Sinne einer „wenn-dann“-Regelung zurückgreift, sondern ein Ziel setzt, das von der Verwaltung mit ihr zur Verfügung stehenden Instrumenten erreicht werden soll. Es wird dann eine Abwägung vorgenommen, die scheinbar nicht in das System der Dichotomie von Letztentscheidungsbefugnissen passt.⁵

Im Zentrum der rechtswissenschaftlichen Diskussion stehen seit jeher die Fragen nach der Herleitung, der Reichweite und der dogmatischen Einordnung einer Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung. Gerade das Regulierungsrecht, in dem der Bundesnetzagentur (BNetzA) eine Vielzahl von Letztentscheidungsrechten zugestanden werden, ist ein Referenzgebiet hierfür. Neuen Antrieb erfuhren die

¹ Die Terminologie ist uneinheitlich. So wird zur Beschreibung exekutiver Entscheidungsfreiheit von Gestaltungsspielräumen, vgl. *Herdegen*, JZ 1991, 747, oder auch Letztentscheidungsermächtigungen, vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 188, gesprochen. Gemeint sind vorliegend die Möglichkeiten der Verwaltung beim Gesetzesvollzug nicht (vollumfänglich) überprüfbare Entscheidungen zu treffen, unabhängig von ihrer dogmatischen Einordnung.

² Hierzu schon *Bachof*, JZ 1955, 97; *Ule*, in: GS Jellinek, S. 309 ff.; *Ehmke*, „Ermessen“, S. 23 ff.

³ U.a. auch Einschätzungsprärogative oder Beurteilungsermächtigung genannt.

⁴ Immer wieder setzen sich Autoren mit der Einordnung und den Voraussetzungen von Entscheidungsspielräumen auseinander, vgl. nur *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241; *Breuer*, AöR 2002, 523 ff. Die grundsätzliche Problematik um die dogmatische Einordnung von Entscheidungsspielräumen, die von der ständigen Rechtsprechung durch eine Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge erfolgt, wird in dieser Arbeit nicht im Detail behandelt werden.

⁵ Exemplarisch § 1 Abs. 5, 6 BauGB; hierzu auch BVerwG VerwRspr 1970, 571; BVerwG NJW 1975, 70; *Söfker/Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 1 Rn. 181 m. w. N.

Diskussionen durch das vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entwickelte Regulierungsermessen.⁶ Hierbei stellte es fest, dass aufgrund der Normstruktur im (telekommunikationsrechtlichen) Regulierungsrecht eine Trennung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensentscheidungen nicht möglich sei, sondern eine „zweckentsprechende Auslegung“ durch die Regulierungsbehörde vorzunehmen sei.⁷ Erstmals als solches bezeichnete und bejahte das BVerwG das Regulierungsermessen in seiner Entscheidung vom 28.11.2007 und begründete es damit, dass die BNetzA bei der Auswahl regulierungsrechtlicher Maßnahmen nach § 21 Abs. 1 TKG eine umfassende und komplexe Abwägung vorzunehmen habe.⁸ Die Notwendigkeit zur Übertragung der Letztentscheidungsbefugnis auf mehreren Ebenen auf die Verwaltung ergebe sich aus der besonderen fachlichen Expertise des Kollegialorgans, die von wissenschaftlicher Sachkunde getragen ist. Nur so könnten den im Telekommunikationsrecht maßgeblich wertenden Elementen fachgerecht und einzelfallspezifisch Rechnung getragen werden.

Der Begriff des Regulierungsermessens wurde im Jahr 2010 erstmals auch von den ordentlichen Gerichten aufgegriffen, die im Energierecht für den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde zuständig sind.⁹ Konkret entschied das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, dass der BNetzA bei der Auswahl von Vergleichsparametern nach § 13 Abs. 1 ARegV ein Regulierungsermessen und eine Einschätzungsprärogative zustünden, da die Norm insbesondere die Auswahl der Parameter mit qualitativen, analytischen und statistischen Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen, fordere und die anwendbaren wissenschaftlichen Methoden somit nicht abschließend vorgegeben seien.¹⁰ Im Jahr 2014 schließlich griff auch der Bundesgerichtshof (BGH) diesen Ansatz auf, wobei er im Ergebnis offen ließ und noch lässt, ob es sich bei den Spielräumen dogmatisch um ein Regulierungsermessen oder einen Beurteilungsspielraum handelt.¹¹ Diese Entscheidungen haben die Problematik um die Normsystematik und die dogmatische Einordnung solcher Entscheidungsspielräume und Abwägungsentscheidungen wieder aufleben lassen.¹²

⁶ Für § 21 TKG: BVerwG MMR 2008, 463 (465); für § 30 TKG: BVerwG NVwZ 2008, 1359 (1367).

⁷ BVerwG MMR 2008, 463 (466).

⁸ BVerwG MMR 2008, 463 (466). Zwar tauchte das Wort „Regulierungsermessen“ zuvor schon in der Rechtsprechung des BVerwG auf, wobei aber offen gelassen wurde, ob der Regulierungsbehörde ein solches zusteht, BVerwG NVwZ 2004, 1365.

⁹ Vgl. § 75 Abs. 4 EnWG.

¹⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.07.2010, VI-3 Kart 184/09 (V) = BeckRS 2010, 27913 = RdE 2011, 100 und Beschl. v. 15.12.2010, VI-3 Kart 204/09 (V) = BeckRS 2012, 15894.

¹¹ In einer Grundsatzentscheidung des BGH EnWZ 2014, 378 (380).

¹² *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG § 40 Rn. 44a m.w.N.; *Hwang*, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen, S. 171 ff.; *Mayen*, NVwZ 2008, 835; *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005.

Seitdem hat sich die Wissenschaft mit dem Regulierungsverwaltungsrecht im Allgemeinen und im Besonderen mit den Letztentscheidungsbefugnissen der BNetzA intensiv auseinandergesetzt.¹³ Hierbei handelt es sich überwiegend um Diskussionen über die dogmatische Einordnung der Kompetenzen der Behörde und die Bedeutung für die gerichtliche Kontrolle. Das Hauptaugenmerk liegt meist auf der Beurteilung des Regulierungsermessens und der Frage, ob diesem ein planungsähnlicher Abwägungsvorgang zugrunde liegt.¹⁴ Dabei ist bis heute umstritten, ob es sich beim Regulierungsrecht um ein dem Planungsrecht angenähertes Rechtsgebiet handelt, das der Behörde gestaltungsähnliche Entscheidungsspielräume eröffnet, die durch Zielvorgaben beschränkt werden.¹⁵ Eine dogmatische Einordnung ist trotz mehrfacher Entscheidungen¹⁶ noch nicht abgeschlossen.¹⁷ Gerade im Hinblick auf die Kombination von Beurteilungsspielräumen, Regulierungsermessens und einfachen Ermessensentscheidungen, die der BNetzA zugestanden

¹³ Vgl. nur umfassende Abhandlungen wie *Liebschwager*, Gerichtliche Kontrolle, 2005; *Lüdemann*, Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, 2008; *Höppner*, Die Regulierung der Netzstruktur, 2009; *Vilain*, in: Masing/Marcou, Unabhängige Regulierungsbehörden, 2010, S. 31 ff.; *Möllers*, in: Masing/Marcou, Unabhängige Regulierungsbehörden, 2010, S. 253 ff.; *Oster*, Normative Ermächtigungen, 2010; *Bosch*, Kontrolldichte, 2010; *Christiansen*, Optimierung des Rechtsschutzes, 2013; *Hwang*, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen, 2013; *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014; *Mengering*, Entgeltregulierung, 2017; *Westermann*, Legitimation im europäischen Regulierungsverbund, 2017; *Gonsior*, Verfassungsmäßigkeit, 2018.

Eine Auswahl an Aufsätzen, die sich mit diesem Thema beschäftigen, können aufgrund der Bandbreite nur in konzentrierter Form wiedergegeben werden: *Mayen*, NVwZ 2008, 835; *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005; *Ludwigs*, JZ 2009, 290; *Gärditz*, AöR 2010, 251; *Eifert*, ZHR 2010, 449; *Proelß*, AöR 2011, 402; *Wieland*, DÖV 2011, 705; *Sachs/Jasper*, NVwZ 2012, 649; *Franzius*, DÖV 2013, 714; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241; *Ludwigs*, NVwZ 2015, 1327; *Gärditz*, DVBl 2016, 399.

¹⁴ Grundlegend *Ladeur/Möllers*, DVBl 2005, 525 (531 ff.); befürwortend *Schmidt-Preuß*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 10 Rn. 23 ff.; *Oster*, Normative Ermächtigungen, S. 208 ff. m. w. N.; ablehnend hingegen *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, S. 434.

¹⁵ Bejahend für Teile des Telekommunikations- und Energiewirtschaftsrecht *Mayen*, NVwZ 2008, 835; *Wendel*, Verwaltungsermessens, S. 224; kritisch *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005.

¹⁶ BVerwG MMR 2008, 463 (465 f.); BVerwG NVwZ 2008, 1359 (1364) Rn. 47; BVerwG, Urt. v. 2.04.2008, 6 C 16/07 = BeckRS 2008, 35853 Rn. 41 und 56; BVerwG NVwZ 2010, 1359 (1361) Rn. 16; BVerwG NVwZ 2014, 942 (949) Rn. 43 ff.; BGH EnWZ 2014, 378 (380) Rn. 24; mittlerweile auch das BVerfG NVwZ 2012, 694 zu Beurteilungsspielräumen für den telekommunikationsrechtlichen Bereich.

¹⁷ *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 40 Rn. 65 sieht die Diskussion über das Regulierungsermessens als „erst ganz am Anfang“ stehend; vgl. auch *Aschke*, in: BeckOK VwVfG, § 40 Rn. 28; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, § 35 Rn. 266 und § 40 Rn. 44a; *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 57 Rn. 71; dies gilt gleichermaßen für die allgemeine Bewertung von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen, vgl. nur *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 5.