

Regulierungsermessen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Carsten Hahn
Richter am Bundesverwaltungsgericht

29. Oktober 2015

Wichtigere Entscheidungen des BVerwG zum Regulierungsermessen

1. Urteil vom 28.11.2007 - 6 C 42.06 - NVwZ 2008, 575
2. Urteil vom 02.04.2008 - 6 C 15.07 - NVwZ 2008, 1359
3. Urteil vom 29.10.2008 - 6 C 38.07 - NVwZ 2009, 653
4. Urteil vom 28.01.2009 - 6 C 37.07 - N&R 2009, 130
5. Urteil vom 27.01.2010 - 6 C 22.08 - NVwZ 2010, 1359
6. Urteil vom 14.12.2011 - 6 C 36.10 - NVwZ-RR 2012, 192
7. Urteil vom 12.06.2013 - 6 C 10.12 - NVwZ 2013, 1352
8. Urteil vom 25.09.2013 - 6 C 13.12 - NVwZ 2014, 589
9. Urteil vom 11.12.2013 - 6 C 24.12 - NVwZ 2014, 943
10. Beschluss vom 05.05.2014 - 6 C 46.13 - NVwZ 2014, 1034
11. Beschluss vom 10.12.2014 - 6 C 18.13 - NVwZ 2015, 967

Grundkategorien behördlicher Letztentscheidungsrechte im allgemeinen Verwaltungsrecht

- **Allgemeines Ermessen**
 - Rechtsfolgenseite
 - Auswahl zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten bei Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands
 - Sachgrund: z.B. Einzelfallgerechtigkeit; Zweckmäßigkeit; Billigkeit
- **Beurteilungsspielraum**
 - Tatbestandsseite
 - Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe
 - Sachgrund: z.B. prüfungsspezifische Wertungen; prognostische oder politisch-gestaltende Entscheidungselemente
- **Planungsermessen**
 - Weder der Tatbestands- noch der Rechtsfolgenseite ausschließlich zuzuordnen
 - Planungsentscheidungen auf der Grundlage final geprägter Normen
 - Sachgrund: Planerische Gestaltungsfreiheit; Gewichtung und Ausgleich einer Vielzahl gegenläufiger Belange

Kriterien für Regulierungsermessen

(vgl. Beschl. v. 05.05.2014 – 6 C 46.13 – NVwZ 2014, 1034)

- Umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum auf der Rechtsfolgenseite
- Untrennbar mit einer durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsebene gesteuerten Abwägung verbunden
- Wertende und prognostische Elemente
- Gewichtung und Ausgleich einer Vielzahl z.T. gegenläufiger Regulierungsziele sowie sonstiger öffentlicher und privater Belange

Entscheidung über die Auferlegung von Zugangspflichten (§ 21 TKG)

Bewertung und Gewichtung der Regulierungsziele (§ 2 Abs. 2 TKG), z.B.:

- Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (Nr.1)
- Sicherstellung und Förderung des Wettbewerbs (Nr. 2)
- Entwicklung des Binnenmarktes (Nr. 3)
- Universaldienstgewährleistung (Nr. 4)
- Infrastrukturförderung (Nr. 5)
- Effiziente und störungsfreie Frequenznutzung (Nr. 7)
- Wahrung der öffentlichen Sicherheit (Nr. 9)

Weitere Abwägungsgesichtspunkte (§ 21 Abs. 1 Satz 2 TKG):

- Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen (Nr. 1)
- Möglichkeit der Zugangsgewährung angesichts der verfügbaren Kapazität (Nr. 2)
- Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung (Nr. 3)
- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs, Infrastrukturinvestitionen (Nr. 4)
- Gewerbliche Schutzrechte/Rechte an geistigem Eigentum (Nr. 5)
- Bereitstellung europaweiter Dienste (Nr. 6)
- Bestehende Regulierungsverpflichtungen oder freiwillige Angebote (Nr. 7)

Anwendungsbereich des Regulierungsermessens

Entscheidungen über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen auf Grund einer Marktanalyse (§ 9 Abs. 2 i.V.m. § 13 TKG), z.B.:

- Zugangsverpflichtungen (§ 21 TKG)
- Entgeltregulierung (§ 30 TKG)

Keine Anwendung z.B. bei Zugangsanordnungen nach § 25 TKG
(vgl. Beschl. v. 05.05.2014 – 6 C 46.13 – NVwZ 2014, 1034)

Abgrenzung zum behördlichen „Ausgestaltungsspielraum“ bei der Frequenzvergabe (vgl. z.B. Urteile v. 23.03.2011 - 6 C 6.10 - NVwZ 2011, 1333, u. v. 22.06.2011 - 6 C 40.10 - zur Festlegung von Versteigerungsregeln und Vergabebedingungen gem. § 61 TKG)

Gerichtliches Prüfprogramm bei Regulierungsermessen

- Hat eine Abwägung stattgefunden?
Abwägungsausfall (vgl. z.B. Urt. v. 28.01.2009 – 6 C 37.07 - N&R 2009, 130)
- Sind alle relevanten Belangen in die Abwägung eingestellt worden?
Abwägungsdefizit (vgl. z.B. Urt. v. 12.06.2013 – 6 C 10.12 – NVwZ 2013, 1352)
- Ist die Bedeutung der betroffenen Belange nicht verkannt worden?
Abwägungsfehleinschätzung (vgl. z.B. Urt. v. 27.01.2010 – 6 C 22.08 – NVwZ 2010, 1359)
- Steht der Ausgleich zwischen den betroffenen Belangen nicht außer Verhältnis zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange?
Abwägungsdisproportionalität

Maßgeblich sind nur die Erwägungen, die die Behörde zur **Begründung** ihrer Entscheidung dargelegt hat (vgl. z.B. Urt. v. 12.06.2013 – 6 C 10.12 – NVwZ 2013, 1352).

Beurteilungsspielraum mit „Nähe zum Regulierungsermessen“

Ausgangspunkt: Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Maßstab für die Genehmigung von Entgelten (§ 31 Abs. 1 TKG)

- Kein umfassender Beurteilungsspielraum der BNetzA
- Aber (begrenzte) Beurteilungsspielräume in Bezug auf solche Kostenelemente, die in besonderer Weise durch eine Abwägung gegenläufiger Regulierungsziele sowie ökonomische Wertungen und Prognosen geprägt sind, z.B.
 - Auswahl der Methode für die Berechnung des Anlagevermögens als Grundlage für die Ermittlung von Zinsen und Abschreibungen (vgl. z.B. Urt. v. 25.09.2013 - BVerwG 6 C 13.12 - NVwZ 2014, 589)
 - im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG): Auswahl der grundsätzlich vergleichbaren Märkte sowie Entscheidung, ob und ggf. in welcher Höhe Besonderheiten der Vergleichsmärkte Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen (vgl. z.B. Beschl. v. 10.12.2014 - 6 C 18.13 - NVwZ 2015, 967)
- Annäherung der gerichtlichen Kontrolle an Regulierungsermessen: Erhöhte Begründungsanforderungen für die Behördenentscheidung („plausibel und erschöpfend“)