

Gesetzlich eingeräumtes
Regulierungsermessen und
Rechtsschutz

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG:
Gebot wirksamen Rechtsschutzes

- **Grundsatz:** Vollständige Nachprüfung von Akten öffentlicher Gewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch die Verwaltungsgerichte
- **Ausnahmen:** Durch den Gesetzgeber eröffnete Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume

Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für behördliches Letztentscheidungsrecht

1. Einräumung nur durch den **Gesetzgeber**
(ausdrücklich oder durch Auslegung zu ermitteln)
2. Hinreichend gewichtiger **Sachgrund**
3. Verbleibende **substantielle Kontrolle** des
behördlichen Handelns durch die Gerichte

Grundkategorien behördlicher Entscheidungsspielräume

- Allgemeines Ermessen (Rechtsfolgenseite)
- Beurteilungsspielräume (Tatbestandsseite)
- Planerische Gestaltungsfreiheit/Planungsermessen

Gerichtliches Prüfprogramm bei allgemeinem Ermessen (§ 40 VwVfG, § 114 Satz 1 VwGO)

- Hat die Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht?
(Keine **Emessensunterschreitung**)
- Ist sie über die in der Rechtsnorm vorgesehene Rechtsfolge nicht hinausgegangen? (Keine **Ermessensüberschreitung**)
- Hat sie ihr Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise ausgeübt? (Kein **Ermessensfehlgebrauch**)
- Sind **sonstige Normen** (insb. verfassungsrechtliche Vorgaben) eingehalten?

Grundkategorien behördlicher Entscheidungsspielräume

- Allgemeines Ermessen (Rechtsfolgenseite)
- Beurteilungsspielräume (Tatbestandsseite)
- Planerische Gestaltungsfreiheit/Planungsermessen

Gerichtliches Prüfprogramm bei Beurteilungsspielräumen

- Hat die Behörde die gültigen **Verfahrensbestimmungen** eingehalten?
- Ist sie von einem **richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs** ausgegangen?
- Hat sie den erheblichen **Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt**?
- Hat sie sich bei der eigentlichen Beurteilung **an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten**, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt?

Grundkategorien behördlicher Entscheidungsspielräume

- Allgemeines Ermessen (Rechtsfolgenseite)
- Beurteilungsspielräume (Tatbestandsseite)
- Planerische Gestaltungsfreiheit/Planungsermessen

Gerichtliches Prüfprogramm bei Planungsermessen

- Hat eine Abwägung überhaupt stattgefunden (Kein **Abwägungsausfall**)?
- Ist in die Abwägung an Belangen eingestellt worden, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Kein **Abwägungsdefizit**)?
- Ist die Bedeutung der betroffenen Belange nicht verkannt worden (Keine **Abwägungsfehleinschätzung**)?
- Ist der Ausgleich zwischen den betroffenen Belangen nicht in einer Weise vorgenommen worden, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Keine **Abwägungsdisproportionalität**)?

Beispiele für „klassische“ Ermessensnormen im TKG

- Widerruf einer Frequenzzuteilung nach **§ 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 TKG**
- Versagung der Entgeltgenehmigung nach **§ 35 Abs. 3 Satz 3 TKG**

Beispiele für Beurteilungsspielräume im TKG

- Marktdefinition und Marktanalyse gemäß **§§ 10, 11 TKG**
- Bestimmung der Art des Vergabeverfahrens nach **§ 61 Abs. 2 Satz 1 TKG**
- Reichweite bei der **Entgeltregulierung** noch **offen**:
 - Bei der Bestimmung der **Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung** bisher **kein** umfassender Beurteilungsspielraum anerkannt.
 - Unionsrechtlich gebotene Ausnahme bei der Bestimmung der **Berechnungsmethode** für den Wert des Anlagevermögens als Grundlage für die Ermittlung von Zinsen und Abschreibungen im Anwendungsbereich von **Art. 3 Abs. 3 TAL-VO** und **§ 24 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996**

Merkmale des Regulierungsermessens

- 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

§ 2 Abs. 2 TKG (Regulierungsziele)

Ziele der Regulierung sind:

1. die Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation und die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses. Die Bundesnetzagentur fördert die Möglichkeit der Endnutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen. Die Bundesnetzagentur berücksichtigt die Bedürfnisse bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, insbesondere von behinderten Nutzern, älteren Menschen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen,
2. die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche. Die Bundesnetzagentur stellt insoweit auch sicher, dass für die Nutzer, einschließlich behinderter Nutzer, älterer Menschen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen, der größtmögliche Nutzen in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität erbracht wird. Sie gewährleistet, dass es im Bereich der Telekommunikation, einschließlich der Bereitstellung von Inhalten, keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen gibt,
3. die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern,
4. die Sicherstellung einer flächendeckenden gleichartigen Grundversorgung in städtischen und ländlichen Räumen mit Telekommunikationsdiensten (Universaldienstleistungen) zu erschwinglichen Preisen,
5. die Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation,
6. die Förderung von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen,
7. die Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks,
8. eine effiziente Nutzung von Nummerierungsressourcen zu gewährleisten,
9. die Wahrung der Interessen der öffentlichen Sicherheit.

§ 21 Abs. 1 TKG (Auferlegung von Zugangsverpflichtungen)

Die Bundesnetzagentur kann auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang nach Maßgabe dieser Vorschrift zu gewähren einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 stehen, hat die Bundesnetzagentur insbesondere zu berücksichtigen:

1. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte, wie etwa der Zugang zu Leitungsrohren,
2. die Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität,
3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken,
4. die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Wettbewerbs im Bereich der Infrastruktur, unter anderem durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern,
5. gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum,
6. die Bereitstellung europaweiter Dienste und
7. ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach diesem Teil oder freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 genannten Regulierungsziele ausreichen.

Merkmale des Regulierungsermessens

- 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

Gerichtliches Prüfprogramm bei Regulierungsermessen

1. Einhaltung der maßgeblichen **Verfahrensbestimmungen**
2. Kontrolle der **Abwägung**
 - Hat eine Abwägung überhaupt stattgefunden (Kein **Abwägungsausfall**)?
 - Ist in die Abwägung an Belangen eingestellt worden, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Kein **Abwägungsdefizit**)?
 - Ist die Bedeutung der betroffenen Belange nicht verkannt worden (Keine **Abwägungsfehleinschätzung**)?
 - Ist der Ausgleich zwischen den betroffenen Belangen nicht in einer Weise vorgenommen worden, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Keine **Abwägungsdisproportionalität**)?

Fallbeispiele für Abwägungsfehler bei der Ausübung des Regulierungsermessens

- Abwägungsausfall: Urteil vom 28.01.2009 (MMR 2009, 786)
- Abwägungsdefizit: Urteil vom 14.12.2011 (NVwZ-RR 2012, 192)
- Abwägungsfehleinschätzung: Urteil vom 27.01.2010 (NVwZ 2010, 1359)
- Abwägungsdisproportionalität: Verneint z.B. im Urteil vom 02.04.2008 (BVerwGE 131, 41)

§ 21 Abs. 1 TKG (Auferlegung von Zugangsverpflichtungen)

Die Bundesnetzagentur kann auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang nach Maßgabe dieser Vorschrift zu gewähren einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 stehen, hat die Bundesnetzagentur insbesondere zu berücksichtigen:

1. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte, wie etwa der Zugang zu Leitungsrohren,
2. die Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität,
3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken,
4. die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Wettbewerbs im Bereich der Infrastruktur, unter anderem durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern,
5. gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum,
6. die Bereitstellung europaweiter Dienste und
7. ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach diesem Teil oder freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 genannten Regulierungsziele ausreichen.

Fallbeispiele für Abwägungsfehler bei der Ausübung des Regulierungsermessens

- Abwägungsausfall: Urteil vom 28.01.2009 (MMR 2009, 786)
- Abwägungsdefizit: Urteil vom 14.12.2011 (NVwZ-RR 2012, 192)
- Abwägungsfehleinschätzung: Urteil vom 27.01.2010 (NVwZ 2010, 1359)
- Abwägungsdisproportionalität: Verneint z.B. im Urteil vom 02.04.2008 (BVerwGE 131, 41)