

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](http://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>	<i>89</i>
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>	<i>112</i>
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 nach § 15a TKG? . . . . .	197
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 . . . . .* 260

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.<sup>1</sup> 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 Privatisierungsfolgenrecht<sup>2</sup> oder Sonderkartellrecht für bestimmte Wirtschaftssektoren betont wurde,<sup>3</sup> liegt der Fokus mittlerweile immer mehr auf den eigenständigen Charakteristika des Regulierungsrechts,<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> 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,

---

<sup>1</sup> 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. Ziechow*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2016, §§ 13–15.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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“.

<sup>4</sup> Zu diesen unten im 1. Kap. sub A.

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

### I. Besonderheiten des Regulierungsrechts

Regelwerke wie das TKG<sup>7</sup> oder das EnWG<sup>8</sup> 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, Telekommunikationsdiensteanbietern 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.<sup>9</sup>

Die gesetzlichen Regelungen sind dabei oftmals arm an materiellen Vorgaben für die Verwaltung.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Diese

<sup>6</sup> 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.).

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

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

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

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

Aufgabe ist idealtypisch einer politisch unabhängigen, sachverständigen Regulierungsbehörde zugewiesen.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

## *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 Methode<sup>16</sup> 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).

<sup>12</sup> *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.).

<sup>13</sup> *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).

<sup>14</sup> *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.

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

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Das zugrundeliegende Modell ist das „eines Vollzugs einer vorgegebenen materiellen Substanz“.<sup>18</sup>

Rechtsgebiete, die sich von diesem Muster abheben, wie etwa das Planungs-, Umwelt- oder Risikoverwaltungsrecht,<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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-

<sup>17</sup> *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.

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

<sup>19</sup> 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.).

<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> Ausgangspunkt des der Entscheidung zugrunde liegenden Streits war eine Regulierungsverfügung<sup>22</sup> 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,<sup>23</sup> 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.“<sup>24</sup>

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]“<sup>25</sup>. 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 TKG<sup>26</sup> vorgesehenen Maßnahmen zu, bei dessen Ausübung sie die Regulie-

<sup>21</sup> BVerwGE 130, 39 – Urteil des 6. Senats v. 28.11.2007.

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

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

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

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

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Zudem habe die Behörde nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG einen Katalog mit weiteren Abwägungsgesichtspunkten zu berücksichtigen.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup> 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.“<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup> Um der postulierten Parallelität gerecht zu werden, übertrug es die zum Planungsermessen entwickelte Dogmatik auf das Regulierungs-

---

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

<sup>28</sup> Ebd.

<sup>29</sup> 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.

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

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup>

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 Verfassungsbeschwerden<sup>35</sup> mittlerweile auch verfassungsgerichtliche Weihen erhalten, was freilich eine kritische Auseinandersetzung mit den von der Rechtsprechung anerkannten administrativen Letztentscheidungsbefugnissen keinesfalls entbehrlich macht.<sup>36</sup>

#### *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 Merkmale<sup>37</sup> 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-

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

hen ist. Zwar macht das Gericht in seiner Entscheidung deutlich, dass die behördlichen Handlungsspielräume, die zur Annahme einer Letztentscheidungsbefugnis gegenüber der Rechtsprechung Anlass geben, vor allem in der Schwäche der materiell-rechtlichen Determinierung des Verwaltungshandelns durch den Gesetzgeber wurzeln. Es stellt ergänzend jedoch auch auf institutionelle und prozedurale Aspekte ab, indem es die besondere Organisationsstruktur der BNetzA (Beschlusskammern) und die damit verbundene Verfahrensweise (mit besonderen Antrags- und Beteiligungsrechten ausgestattetes Verfahren der §§ 132 ff. TKG) als Gründe für die Anerkennung von Letztentscheidungsbefugnissen heranzieht.<sup>38</sup>

Dieses Vorgehen wirft die Frage auf, welche Rolle den Kategorien Organisation und Verfahren grundsätzlich im Zusammenhang mit der Annahme administrativer Letztentscheidungsbefugnisse zukommt. Können Organisations- und Verfahrensregelungen eine schwache materiell-rechtliche Determinierung des Verwaltungshandelns kompensieren?<sup>39</sup> Lassen sich mit ihnen die Rechtsschutzlücken füllen, die sich aufgrund der Ausstattung der Exekutive mit Letztentscheidungsbefugnissen ergeben?<sup>40</sup> Und wie müssten Organisations- und Verfahrensregelungen konkret beschaffen sein, damit ein solcher Ausgleich gelingen kann?

## B. Forschungsbedarf

Die wissenschaftliche Untersuchung dieser Fragen wurde bisher nur bezüglich einzelner Teilaspekte der Thematik geleistet. So existiert zwar eine kaum noch zu überblickende Fülle von Abhandlungen über administrative Letztentscheidungsbefugnisse, sowohl mit Blick auf die Problematik im Allgemeinen<sup>41</sup> als auch auf das Regulierungs- und insbesondere das Telekommunikationsrecht im

<sup>38</sup> BVerwGE 130, 39 (49) – Urteil des 6. Senats v. 28.11.2007.

<sup>39</sup> In diesem Sinne etwa *H.-H. Trute*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 329 (339): „Je weniger die Regulierungsbehörde materiell durch die Gesetze determiniert ist, desto größere Bedeutung kommt neben ihrer organisatorischen Ausgestaltung der verfahrensmäßigen Einbettung des Verwaltungshandelns zu.“

<sup>40</sup> Vgl. auch insofern *H.-H. Trute*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 329 (344): „Hierbei kommt eine Reduktion der Kontrolldichte um so eher in Betracht, als Organisation und Verfahren der Regulierungsbehörde dem umfassenden Ausgleich entsprechen. Dem trägt etwa das Beschlusskammerverfahren Rechnung, das formalisiert ist und zugleich die verschiedenen Interessen sowie die Öffentlichkeit einbezieht.“

<sup>41</sup> Aus der Masse seien genannt: *H. Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960; *K. Redeker*, DÖV 1971, 757 ff.; *H. Schulze-Fielitz*, JZ 1993, 772 ff.; *F. Ossenbühl*, DVBl. 1974, 309 ff.; *ders.*, in: FS Redeker, 1993, S. 55 ff.; *M. Bullinger*, JZ 1984, 1001 ff.; *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2016, § 11; *M. Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999; *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001; *N. Wimmer*, JZ 2010, 433 ff.; siehe

Besonderen.<sup>42</sup> Ebenfalls umfassend aufgearbeitet sind die Bedeutung sowohl des Verwaltungsverfahrens-<sup>43</sup> als auch des Verwaltungsorganisationsrechts<sup>44</sup> und dies nicht nur jeweils für sich, sondern auch und gerade mit Blick auf die Beziehung beider Dimensionen<sup>45</sup> zueinander oder jeweils zum materiellen Recht.<sup>46</sup>

Woran es aber bislang noch mangelt, ist eine hinreichend breite Auseinandersetzung gerade mit dem Zusammenspiel von materiellem Recht, Organisations-

---

zudem praktisch sämtliche Kommentierungen zu Art. 19 Abs. 4 GG, § 40 VwVfG und § 114 VwGO.

<sup>42</sup> Speziell zu administrativen Letztentscheidungsbefugnissen im Telekommunikationsrecht *P. Liebschwager*, Gerichtliche Kontrolle administrativer Regulierungsentscheidungen im Telekommunikationsrecht, 2005; *K. Bosch*, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, 2010; *T. v. Danwitz*, DVBl. 2003, 1405 ff.; *ders.*, DÖV 2004, 977 ff.; *C. Franzius*, DVBl. 2009, 409 ff.; *K. F. Gärditz*, NVwZ 2009, 1005 ff.; *M. Ludwigs*, JZ 2009, 290 ff.; *A. Proelß*, AöR 136 (2011), 402 ff.; *S.-P. Hwang*, VerwArch 2012, 356 ff.; zu administrativen Letztentscheidungsbefugnissen im gesamten Regulierungsrecht *M. Eifert*, ZHR 174 (2010), 449 ff.; *J. Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010; *H. Wißmann*, in: FS Schmidt, 2006, S. 627 ff.

<sup>43</sup> *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986; *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990. Zum Verfahrensgedanken im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht *E. Schmidt-Aßmann*, in: GVWR, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 27; *F. Schoch*, DV 25 (1992), 21 ff.; *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 279 ff.; zu „Aufstieg und Niedergang des Verfahrensgedankens“ mit Überblick über die Diskussion auch *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 778 ff. Ferner sieben verschiedene Diskurse rund um das Verwaltungsverfahren nachzeichnend *A.-B. Kaiser*, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009.

<sup>44</sup> Grundlegend bereits *F. E. Schnapp*, Rechtstheorie 9 (1978), 275 ff.; *ders.*, AöR 105 (1980), 243 ff. In der Folge auch *E. Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 9 ff. sowie die weiteren Beiträge im selben Band; *T. Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 10 ff.; *W. Krebs*, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108.

<sup>45</sup> Begriff bei *C. Möllers*, in: Trute/Groß/Röhl/*ders.* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 489.

<sup>46</sup> Dies gilt etwa für das Verhältnis des Verwaltungsverfahrens zum Verwaltungsprozess und den damit verbundenen Rechtsschutzaspekten, grundlegend hierzu *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974; *R. Wahl*, VVDStRL 40 (1983), S. 151 ff. und *J. Pietzcker*, VVDStRL 40 (1983), S. 193 ff.; aus jüngerer Zeit *H. Jochum*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht, 2004. In engem Zusammenhang damit steht die Frage des (Grund-)Rechtsschutzes durch Organisation und Verfahren, der sich das BVerfG in einigen wegweisenden Entscheidungen widmete, siehe insbesondere BVerfGE 53, 30 (65, 71 ff.) – Beschluss des 1. Senats v. 20.12.1979; 83, 130 (152) – Beschluss des 1. Senats v. 27.11.1990. Dazu *K. Hesse*, EuGRZ 1978, 427 (434 ff.); *E. Denninger*, in: HStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 193 Rn. 22 ff.; *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 552 ff. Erst in jüngerer Zeit wurde zudem das Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht analysiert und der Frage nachgegangen, wie sich die vielerorts zu beobachtende Schwäche des materiellen Rechts durch prozedurale Regelungen ausgleichen lässt, siehe *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010. Zuvor schon *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990.

recht und Verfahrensrecht im Hinblick auf die Begründung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse. Diese werden üblicherweise als ausschließlich im materiellen Recht verankert angesehen. Zwar ist die Fallgruppe eines Beurteilungsspielraums bei Entscheidung durch ein pluralistisch besetztes, unabhängiges Gremium anerkannt,<sup>47</sup> an die auch das BVerwG in seinen Entscheidungen zur Begründung der administrativen Letztentscheidungsbefugnisse im Telekommunikationsrecht anknüpft.<sup>48</sup> Als Beleg für einen festen Platz von Organisations- und Verfahrensfragen im Rahmen der Dogmatik der gerichtlichen Kontrolldichte dient die Existenz einer einzelnen Fallgruppe aber gerade nicht. Denn darüber hinaus wird von der hergebrachten Dogmatik weitgehend ausgeblendet, in welchem organisations- und verfahrensrechtlichen Setting eine Entscheidung zustande gekommen ist.

Diese Fokussierung auf das materielle Recht hat möglicherweise auch ihren guten Grund. Indes legt die Entscheidung des BVerwG zum Regulierungsermessen, in der das Gericht nicht einfach auf eine anerkannte Fallgruppe administrativer Letztentscheidungsbefugnisse abstellt, sondern dabei auch mit Hinweisen auf das besonders ausgestaltete Verwaltungsverfahren und einen besonderen, bei der BNetzA angesiedelten Sachverstand operiert, es nahe, sich mit der Rolle, die Organisations- und Verfahrensfragen bei der Begründung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse einnehmen, einmal genauer auseinanderzusetzen.

Das Telekommunikationsrecht empfiehlt sich als Referenzgebiet für eine derartige Untersuchung zum einen deshalb, weil es lediglich eine ausgesprochen lockere materiell-rechtliche Determinierung des Verwaltungshandelns vorsieht. Hieraus resultiert nach verbreiteter Auffassung eine ganze Reihe weitreichender administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, darunter auch die neuartige Figur des Regulierungsermessens. Zum anderen verfügt das Telekommunikationsrecht bereits nach geltendem Recht über vergleichsweise detaillierte Regelungen über das Verwaltungsverfahren und die Behördenorganisation.<sup>49</sup> Damit bietet es breite Anschauungsmöglichkeiten für die Analyse der gegenseitigen Beeinflussung materiell-rechtlicher Handlungs- und Beurteilungsspielräume auf der einen und verfahrens- sowie organisationsrechtlicher Regelungen auf der anderen Seite.

---

<sup>47</sup> Dazu *G.F. Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 528; *R. Stober*, in: *Wolff/Bachof/ders./Kluth*, *Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl. 2007, § 31 Rn. 26.

<sup>48</sup> Siehe oben S. 8.

<sup>49</sup> Vgl. *H.-H. Trute*, in: *ders./Groß/Röhl/Möllers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 211 (219): der gesetzliche Regelungsanspruch sei bewusst auf ein Verfahrensdesign zurückgenommen worden.

## Sachverzeichnis

- Administrative Letztentscheidungs-  
befugnisse
  - Erkennungsmerkmale 107 ff.
  - Kriterien 106
  - Sachgründe 107 ff., 361
- Abwägung 5 f., 25, 26 ff., 32, 46, 101 ff.,  
113, 118, 175, 196, 204
  - Abwägungsfehler 7, 102 f., 115,
  - Abwägungsfehlerlehre 115, 117 ff., 121,  
125
- Allgemeine Wettbewerbsbehörden 51 f.
- Allgemeines Verwaltungsermessen, siehe  
Ermessen
- Anhörung 81, 231, 279 f., 320
- Aufsichtsrat 291 f.
  
- Behördenaufbau, hierarchischer 45, 59,  
69, 184 f., 188, 223, 307, 345
- Beirat 72 ff., 138, 189 ff., 268, 311 ff., 330
- Berechenbarkeit, siehe Vorhersehbarkeit
- Beschlusskammern
  - Aufgaben 66
  - Besetzung 63 ff., 266, 275, 285
  - Bildung 61 f.
  - Unabhängigkeit 50, 66 ff., 131 f., 261,  
306 f.
  - Verfahren 83 ff., 268, 317 ff.
- Bestimmtheitsgrundsatz 4, 105, 108,  
192 ff., 207, 208, 225 f., 249, 277 ff., 315,  
347, 360
  - Zulässigkeit administrativer Letztent-  
scheidungsbefugnisse 195
- Beurteilungsspielraum 10, 33, 97 ff.,  
109 f., 115, 117 ff., 129 f., 149 ff., 153,  
157 ff., 161, 167, 196, 207, 228, 239,  
244 f., 308, 331, 361, 362, 364, 367
  - auf der Nahtstelle zum Regulierungs-  
ermessen 123, 126 f., 367
  - bei §§ 10, 11 TKG 77 f., 122 ff., 157 f.,  
177, 197
- Bundeskartellamt 50 ff., 64, 79, 268, 276,  
319, 321
- Bundesnetzagentur
  - Errichtung 49 f.
  - Fachabteilungen 60, 138, 265 f., 305,  
332, 343
  - Leitung 58 f.
  - Zuständigkeitsabgrenzungen 51 ff.
- Bundestagsausschuss 189 f., 289, 292,  
302, 311 ff.
  
- Demokratieprinzip
  - besondere fachliche Legitimation 244,  
264 ff., 274
  - Legitimationsniveau 180 f. 186, 192
  - Legitimationsmodi 180 ff., 188 ff.
  - Legitimationszusammenhang 180,  
187
  - organisatorisch-personelle Legitima-  
tion 182, 184, 187, 190 f.
  - sachlich-inhaltliche Legitimation  
44 f., 182 ff., 188 f., 190, 208, 274, 311,  
359
  - Verwaltungslegitimation 44 f., 74,  
178 ff., 188 ff., 205
- Devil's-Advocacy-Technik 334
- Dienende Funktion des Verfahrensrechts  
209 ff., 216, 248
- Dienende Funktion des Organisations-  
rechts 223
- due process of law 220
- Dynamik des Telekommunikations-  
sektors 36 f., 54, 76, 107, 114, 175 f.,  
302
  
- effektiver Rechtsschutz 96, 108, 134 f.,  
143 f., 147 ff., 227, 252, 266, 272, 314,  
360 f.
- einzig richtige Entscheidung 93, 211 f.,  
221, 242

- Entgeltregulierung 7, 23, 32ff., 39, 80, 85, 123, 140f., 196, 278, 305, 327
- Ermessen 31f., 92ff., 118f., 120, 123, 149f., 161, 167, 195, 207, 256, 361, 366f., 369
- Auswahlermessen 117, 123
  - Entschließungsermessen 5, 31
  - Ermessensfehlerlehre 95f., 103, 118f., 130f.
- EU-Kommission 25f., 46f., 54f., 57, 77, 83, 138, 261
- Europäischer Regulierungsverbund 54ff., 76, 82f.
- externe Effekte 35
- Fachabteilungen, siehe Bundesnetzagentur
- Fachaufsicht, siehe Weisungen
- Fachverwaltung 28, 53, 72
- Finalität, siehe Gesetzesstruktur
- funktionsgerechte Aufgabenwahrnehmung bzw. Organisationsstruktur 121, 131ff., 161, 176, 308, 331, 344, 361, 363f., 366f.
- GEREK 56f., 83, 138, 261
- Gesetzesstruktur
- final 2, 21ff., 41, 101, 103, 106ff., 130, 196, 207
  - konditional 24, 26, 41, 46, 78f., 103, 206f.
- Gesetzesvorbehalt, siehe Vorbehalt des Gesetzes
- Gewaltenteilungsgrundsatz 132f., 143, 160, 239, 345
- Gremiengröße 289ff.
- Grundrechte
- grundrechtliches Gebot effektiven Rechtsschutzes 158f.
  - Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren 168, 230ff.
  - prozedural-organisatorische Schutzdimension 155ff.
- Handlungsspielräume, siehe Abwägung, Beurteilungsspielraum und Ermessen
- Heilung von Verfahrensfehlern 213, 254f., 257f., 272, 324, 338, 368
- Impermeabilitätstheorie 210f.
- Individualrechtsschutz
- Individualrechtszentriertheit des Rechtsschutzsystems 213, 234, 236
  - individualrechtsschützender Charakter des § 12 Abs. 1 TKG 269ff., 321 ff
- Informationen
- Akkumulation und Verarbeitung durch die BNetzA 40, 136ff., 175f., 263f., 267f., 299f., 332
  - fehlende Verarbeitungskapazität der Gerichte 141
  - Information des Parlaments 189, 311ff.
- Juristen in der Verwaltung 307
- Kausalitätsrechtsprechung 257, 272
- Kollegialorgan 6, 61, 69f., 106, 109, 114f., 223, 244f.
- Vorteile 6, 262f., 286
  - Beispiele aus dem Privatrecht 290f.
  - Beispiele aus der Legislative 292
  - Beispiele aus der Exekutive 292f.
  - Beispiele aus der Judikative 293ff.
- Kommission, siehe EU-Kommission
- Kompensation
- allgemeine Voraussetzungen der Kompensation eines defizitären Zustands 204f.
  - Funktionszusammenhang 204, 209ff., 230ff., 327, 343f., 353, 368
  - Kompensationslage 204, 206f., 227f.
  - Kompensationsleistung 204, 207ff., 228ff., 266, 277, 327
- Konsistenzgebot 38, 278f.
- Kontextsteuerung 224ff.
- Kontrolldichte 10, 41, 96, 108f., 115, 117ff., 121, 232, 361ff.
- Art. 19 Abs. 4 GG 147ff., 360f.
  - Begriff 87
  - Einschränkungen durch administrative Letztentscheidungsbefugnisse 91ff.
  - Grundmodell vollständiger Verwaltungskontrolle 89ff.
  - Kompensation durch Organisation und Verfahren 230ff., 261ff., 327f., 331, 344
- Konsolidierungsverfahren 82f., 268
- Konsultationsverfahren 80ff., 137, 267f., 269ff., 320ff.
- Konzepte 197ff.

- Koppelungsvorschriften 31 f.
- Kontrolle, siehe auch Kontrolldichte
- Fremdkontrolle 239, 243, 327, 331 f., 337
  - Selbstkontrolle der Verwaltung 238 f., 327, 328 ff., 337
  - Verfahrens- und Organisationskontrolle 247 ff., 269 ff., 272, 321, 336 f.
- Legitimation, siehe Demokratieprinzip
- Liberalisierung 34, 36, 42
- Marktdefinition und Marktanalyse 55, 77 f., 80 f. (siehe auch Beurteilungsspielraum)
- Marktregulierungsverfahren 76 ff.
- Monopol 2, 18 f., 35 f., 340
- Mündliche Verhandlung, öffentliche 81 f., 84 f., 238, 261, 267 f., 272, 276, 279 f., 318 f., 320 f., 339 f., 343
- Natürliches Monopol, siehe Monopol
- Netzzugang 2, 5, 23, 29 ff., 36, 66, 177, 298, 305
- Normative Ermächtigungslehre 104 ff., 130, 362 ff.
- Organisation bzw. Organisationsrecht
- Doppelstellung 108 f.
  - Grundrechtsschutz 231
  - Richtigkeitsgewähr 222, 244 f.
  - Steuerungsfunktion 224
- Planerische Abwägung, siehe Abwägung
- Planungsermessen, siehe Abwägung
- Planungsnormen 23 ff., 103
- Planungsrecht 23 ff., 104, 130, 134
- Präsidentenkammer 5, 61, 63, 65 f., 73, 79, 81, 275, 309 f.
- prognostische Beurteilung 6, 30, 39, 98, 103, 106, 113 f., 116 ff., 125, 143, 161, 245, 365
- Qualifikationsanforderungen an Beschlusskammermitglieder 64 f., 266, 303 ff.
- Rahmenrichtlinie 41 ff., 55 ff.
- Rationalität 94, 218 f., 245, 268, 275, 287
- rechtliches Gehör 82, 85, 238, 267, 270, 321, 332
- Rechtsschutz
- behördlicher 232 ff., 261 f.
  - gerichtlicher 236 ff.
  - vorverlagerter 233, 244
  - grundrechtlich gebotener 158 f., 168, 230 ff.
- Regulierungsbegriff 15 ff.
- Regulierungsermessen 5 ff.
- Anwendungsbereich 116 f.
  - aus Sicht der Literatur 127 ff.
  - Begründung 33, 109, 112 ff., 118 f., 120 f., 364
  - Kontrollmaßstab 115, 125, 157
  - Rechtsschutzdefizit 227
- Rechtsaufsicht, siehe Weisungen
- Regelungsdichte, siehe Vorbehalt des Gesetzes
- RegTP 5, 36, 49 ff., 53, 75
- regulatory capture 340
- Regulierungsbehörde, siehe auch Bundesnetzagentur
- Leitbild einer starken Regulierungsbehörde 41 ff., 67
  - regulatory agencies 296 f.
- Regulierungsverbund, siehe europäischer Regulierungsverbund
- Regulierungsverfügung 56, 78 f.
- Kontrollmaßstab 115, 117 f.
- Richtigkeitsgewähr durch Verfahren und Organisation 110, 213, 214 ff., 222, 241, 243 ff., 248, 259, 262, 266, 268, 270, 275, 304, 307, 318, 321, 333 ff.
- Sachrichtigkeit 85, 156, 216 f., 243 f., 268, 333, 341, 347
- Sachverstand 40, 64, 121, 136, 265 f., 273, 303 ff., 309, 329, 363, 366
- Sachverständige 131, 136, 139, 141, 143, 273 f., 331, 344, 368
- Schutznormtheorie 253 f., 270
- Sinnenprüfung 244
- Skalenvorteile 35
- Steuerung
- Gesetz als zentrales Steuerungsmittel 182, 358 f.
  - Kompensation des materiellen Steuerungsdefizits 273 ff., 276 f.
  - Kontextsteuerung 224 f., 241
  - prozedurale 220, 268
  - Verwaltung als Subjekt und Objekt von Steuerung 206

- Telekommunikationssektor 34 ff.  
TK-Review 43, 57
- Unabhängigkeit  
– der Beschlusskammern 66 ff.  
– richterliche 237, 239, 306 f.
- Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern  
221, 254 ff., 272, 324
- Verbundvorteile 35
- Verfahrensfehler  
– absolute 254, 256  
– relative 254, 323
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 147,  
154 ff., 361
- Versunkene Kosten 35
- Verwaltungskontrolle, siehe Kontrolle
- Verwaltungslegitimation, siehe Demokratieprinzip
- Vorbehalt des Gesetzes 4, 57, 105, 162 ff.,  
195, 197 f., 207 f., 249, 252  
– Wesentlichkeitslehre 164 ff., 182 f.  
– grundrechtliche Gesetzesvorbehalte  
165, 173  
– grundrechtlich geforderte Organisations-  
und Verfahrensregelungen 167  
– institutioneller Gesetzesvorbehalt 179  
– Regeldichte 58, 106, 108, 164 ff.,  
173 ff., 225, 271, 273 ff., 347, 352 f., 356,  
368 f.
- Zulässigkeit administrativer Letztentscheidungs-  
befugnisse 167  
– prozedural-organisatorische Ausfü-  
llung des Gesetzesvorbehalts 205,  
273 ff., 305, 315, 347, 354 f., 357 f.
- Vorhersehbarkeit  
– des Verwaltungshandelns 156, 196 ff.,  
207 f., 225, 277 ff., 315, 320, 347, 360  
– der Entwicklungen für den Gesetz-  
geber 175, 195
- Vorrang des Gesetzes 162 f., 252
- Weisungen 43 f., 59, 67 ff., 184 ff., 188,  
192, 223, 239, 244 f., 316, 330  
– Fachaufsicht 43 ff., 72, 188  
– Rechtsaufsicht 44, 72
- Wesentlichkeitslehre, siehe Vorbehalt des  
Gesetzes
- Widerspruchsverfahren 229, 231, 238 f.,  
243, 326 ff., 342 ff.
- Wissen, implizites 138, 140 f., 331 f.
- Wissenschaftliche Beratung 75 f., 265 f.,  
332, 343
- Zielvorgaben 2, 20 ff., 28, 33 f., 40, 45 f.,  
177, 197, 207, 278
- Zugangspflicht, siehe Netzzugang
- Zweckmäßigkeit 94, 153 ff., 227, 239,  
242 f., 308, 328 f., 332, 344