

Regulierungsrecht und Ermessensspielraum

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich möchte Ihnen berichten über die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Entscheidungsspielräumen der deutschen Regulierungsbehörde, der Bundesnetzagentur, bei der Marktregulierung. Der Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen ist in Deutschland zweizügig ausgestaltet; in erster Instanz ist das Verwaltungsgericht Köln zuständig, in der Revisionsinstanz entscheidet das Bundesverwaltungsgericht. Die Frage nach der Anerkennung regulatorischer Spielräume hat sich dem Bundesverwaltungsgericht auf zwei Ebenen gestellt: zum einen bei der Marktdefinition und Marktanalyse und zum anderen bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen.

Die maßgeblichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts sind folgende: Nach Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie - RRL - legt die Regulierungsbehörde im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts die Märkte fest, die potentiell regulierungsbedürftig sind. Nach Art. 16 Abs. 1 RRL führt die Regulierungsbehörde sodann die Marktanalyse durch. Wenn die Regulierungsbehörde dabei feststellt, dass auf dem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, ermittelt sie das Unternehmen oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Diesen Unternehmen erlegt sie sodann Verpflichtungen nach der Zugangsrichtlinie bzw. der Universaldienstrichtlinie auf; das ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2 und 4 RRL.

In den Marktanalyse-Leitlinien der Europäischen Kommission (Nr. 22) wird festgehalten, dass die Nationalen Regulierungsbehörden bei der Ausübung ihrer Befugnisse nach Art. 15 und 16 RRL über einen weitreichenden Ermessensspielraum verfügen. Die Kommission begründet diesen Ermessensspielraum

mit komplizierten ineinandergreifenden Faktoren wirtschaftlicher, sachlicher und rechtlicher Art, die von der Regulierungsbehörde beachtet werden müssen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit diesbezüglichen Entscheidungsspielräumen der Bundesnetzagentur grundlegend in seinen Urteilen vom 2. April 2008

BVerwG 6 C 14.07, 15.07, 16.07 und 17.07,
BVerwGE 131, 41

beschäftigt und ist seitdem mehrfach darauf zurückgekommen.

Urteile vom 29. Oktober 2008 - BVerwG 6 C 38.07 –
und vom 28. Januar 2009 – BVerwG 6 C 39.07 –

Im Ergebnis hat es behördliche Entscheidungsspielräume sowohl auf der Stufe der Marktdefinition und Marktanalyse als auch bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen ausdrücklich anerkannt.

I.

Beginnen wir mit der **Marktdefinition und Marktanalyse**. Gegenstand der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. April 2008 war der Markt für die Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze (Markt 16 der Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte vom 11.02.2003). Die deutsche Regulierungsbehörde war im Anschluss an die Empfehlung der Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass der sachlich relevante Markt alle Terminierungen umfasst, die in *einem* Netz ausgeführt werden. Sie hatte die so abgegrenzten Märkte für Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze einer Überprüfung unterzogen anhand der drei Kriterien, die die Kommission in der Märkte-Empfehlung aufführt, nämlich

- ob beträchtliche und anhaltende Zugangshindernisse bestehen,

- ob keine Tendenz zu einem wirksamen Wettbewerb vorhanden ist und
- und ob das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um dem Marktversagen entgegenzuwirken.

Die Regulierungsbehörde hatte angenommen, dass nach diesen drei Kriterien ein potentiell Bedürfnis für eine Regulierung der Märkte für Anrufzustellung in die einzelnen Mobilfunknetze besteht. Auf dieser Grundlage hatte die Regulierungsbehörde schließlich festgestellt, dass die vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber auf ihrem jeweiligen Einzelmarkt für Anrufzustellung über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass derartige Marktfestlegungen der Regulierungsbehörde nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Damit befindet es sich, soweit ich überblicke, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofs.

Erkenntnis vom 24. Juni 2008 – Gesch.-Z. 2007/03/0211 -

Einen Ermessensspielraum im rechtstechnischen Sinne konnte das Bundesverwaltungsgericht der Bundesnetzagentur allerdings nicht zubilligen, soweit es um die einzelnen Prüfungsschritte im Bereich der Marktdefinition und Marktanalyse ging. Das hängt mit einer Besonderheit des deutschen Verwaltungsrechts zusammen, das an dieser Stelle, wenn ich es richtig sehe, mit der Rechtslage in Österreich nicht voll deckungsgleich ist. Zum besseren Verständnis muss ich diesen Punkt daher kurz erläutern.

Ein Ermessensspielraum kann sich nach deutschem Rechtsverständnis immer nur auf die *Rechtsfolgen* einer Norm beziehen. Ob die *Voraussetzungen* der Norm gegeben sind, ist dagegen von den Verwaltungsgerichten selbständig und vollständig zu überprüfen. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Voraussetzungen der Norm in unbestimmten Rechtsbegriffe beschrieben werden, wie dies für die Marktdefinition und die Marktanalyse der Fall ist. Die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG regelmäßig in vollem Umfang Sache der

Verwaltungsgerichte. Nur in ganz engen Ausnahmefällen wird die verwaltungsgerichtliche Kontrolle an dieser Stelle eingeschränkt und ein behördlicher Spielraum anerkannt, der dann - in Abgrenzung zum Ermessensspielraum - „Beurteilungsspielraum“ genannt wird.

Nun erkennt das deutsche Telekommunikationsgesetz einen Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur ausdrücklich an - seinem Wortlaut nach aber nur beschränkt auf die erwähnten drei Kriterien zur Bestimmung der potentiellen Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes (Marktzutrittschranken, fehlende Wettbewerbstendenz, Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts; § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG). Andererseits sind die unterschiedlichen Prüfungsschritte bei der Marktdefinition und Marktanalyse eng verzahnt: Schon die Marktabgrenzung wird mit Blick auf die potentielle Regulierungsbedürftigkeit des Marktes vorgenommen. Und die Marktanalyse baut auf der Marktdefinition auf.

Das Bundesverwaltungsgericht hat Marktdefinition und Marktanalyse in Bezug auf den Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur als Einheit behandelt. Es hat entschieden, dass die Regulierungsbehörde insoweit insgesamt über einen Beurteilungsspielraum verfügt. Zur Begründung hat es sich im Wesentlichen auf das Gemeinschaftsrecht gestützt. Das Ergebnis von Marktdefinition und Marktanalyse hat nach der Rahmenrichtlinie deutliche transnationale Bezüge. Sie zeigen sich in einem grenzüberschreitenden Abstimmungsverfahren und in Interventionsmöglichkeiten der Europäischen Kommission: Am Anfang dieses Verfahrens steht die Märkte-Empfehlung der Kommission, von der schon die Rede war. Die nationale Regulierungsbehörde hat bei ihrer Marktdefinition die Märkte-Empfehlung sowie die Marktanalyse-Leitlinien der Kommission weitestgehend zu berücksichtigen. Ebenso sind bei der Marktanalyse die Leitlinien weitestgehend zu berücksichtigen (s. Art 15 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 1 RRL). Soweit die betreffenden Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörde Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben, muss der Entwurf nach Art. 7 RRL der Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden zur Stellungnahme übermittelt werden. Den Stellungnahmen ist sodann von der handelnden Regulierungsbehörde weitestgehend Rechnung zu tragen. Die Kommission hat unter Umständen sogar ein Veto-Recht gegen ei-

nen Maßnahmenentwurf der nationalen Regulierungsbehörde (Art 7 Abs. 4 RRL).

Dieses besondere Verfahren dient der wechselseitigen Durchlässigkeit nationaler Entscheidungen für transnationale Interessen. Das lässt den Beurteilungsspielraum gemeinschaftsrechtlich notwendig erscheinen. Die Marktfestlegung vollzieht sich in einem Prozess, in dem gewissermaßen ein Rahmen schrittweise ausgefüllt wird. Das Ziel dieses Prozesses ist eine Harmonisierung der Telekommunikations-Binnenmärkte. Zu diesem Zweck tragen unterschiedliche Akteure in einem transnational abgestimmten Verfahren dazu bei, dass eine Gesamtwirkung erzielt wird. Würde das Ergebnis dieses Verfahrens einer uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterworfen, wäre der angestrebte Kooperations- und Koordinationseffekt gefährdet.

Das zeigt sich zum einen bei der Pflicht der Regulierungsbehörde, die Märkteempfehlung der Kommission weitestgehend zu berücksichtigen. Die Märkteempfehlung entfaltet keine strikte Rechtsverbindlichkeit, wohl aber eine Vermutungswirkung für die potentielle Regulierungsbedürftigkeit (auch) im nationalen Rahmen: Die Bundesnetzagentur muss eine nachvollziehende Bewertung anhand der Marktabgrenzungskriterien des europäischen Wettbewerbsrechts vornehmen. Dabei muss sie einerseits die Vorprägung durch die Märkteempfehlung berücksichtigen. Sie muss dabei andererseits aber auch etwaige vom europäischen Standard abweichende nationale Besonderheiten umfassend in den Blick nehmen. Diese Gemengelage aus Bindung und Gestaltungsfreiheit reflektiert das Spannungsverhältnis, das in dem Begriff der "weitestgehenden Berücksichtigung" angelegt ist.

Das Bedürfnis nach einem Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde zeigt sich zum anderen in ihrer Pflicht, den Stellungnahmen der Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden weitestgehend Rechnung zu tragen. "Weitestgehend Rechnung tragen" bedeutet mehr als schlichte Berücksichtigung, aber zugleich weniger als strikte Umsetzung. Die Aufgabe der Regulierungsbehörde, die Stellungnahmen der anderen Behörden in die eigene Erkenntnisgewinnung zu integrieren, enthält somit ein abwägendes, ein planeri-

ches Moment. Die Befugnis zur Planung verlangt immer einen Entscheidungsspielraum, den das Gericht bei seiner späteren Kontrolle respektieren muss.

Das gilt namentlich auch deshalb, weil Gegenstand der Regulierung unter Umständen ein (noch) "fiktiver" Markt sein kann, auf dem ein Marktgeschehen flächendeckend noch gar nicht stattfindet. So hat die Bundesnetzagentur in einem anderen Fall - mit Billigung des Bundesverwaltungsgerichts –

Urteil vom 28. Januar 2009 – BVerwG 6 C 39.07 –

den damals erst "fiktiven" Vorleistungsmarkt für IP-Bitstrom-Zugang als regulierungsbedürftig definiert und analysiert. Es liegt auf der Hand, dass derart prognostische Festlegungen erst recht nach einem Beurteilungsspielraum verlangen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich die Frage gestellt, ob die Rechtsschutzgarantie, die ebenfalls in der Rahmenrichtlinie (nämlich in Art. 4) verbürgt ist, der Anerkennung eines Beurteilungsspielraums bei der Marktdefinition und Marktanalyse entgegensteht. Das ist aber nicht der Fall. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es mit dem effektiven Rechtsschutz vereinbar, dass die Kommission bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art über Entscheidungsspielräume verfügt, wenn sie sekundäres Gemeinschaftsrecht anwendet.

Urteile vom 31. März 1998 Rs. C-68/94 und C-30/95, Frankreich u.a. / Kommission - Slg. 1998, I-1375 Rn. 223 und vom 15. Februar 2005 - Rs. C-12/03 P, Tetra Laval - Slg. 2005, I-987 Rn. 38; s. auch EuG, Urteil vom 21. September 2005 - Rs. T-87/05, EDP - Slg. 2005, II-3745 Rn. 63

Geht es um Maßnahmen nationaler Behörden, betont der EuGH, dass die Kontrolle durch die nationalen Gerichte von Gemeinschaftsrechts wegen nicht über die Kontrolle hinausgehen muss, die die Gemeinschaftsgerichte anwenden.

Urteil vom 21. Januar 1999 - Rs. C-120/97, Upjohn - Slg. 1999, I-223
Rn. 32 ff.

Von daher kann eine verwaltungsgerichtliche Vollkontrolle bei derartigen komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen gemeinschaftsrechtlich nicht geboten sein. Bei Anerkennung eines Beurteilungsspielraums in Bezug auf die Marktdefinition und Marktanalyse muss vielmehr das Gericht seine Überprüfung auf folgende Punkte beschränken, aber natürlich auch erstrecken:

- Hat die Regulierungsbehörde die maßgeblichen Verfahrensbestimmungen eingehalten,
- ist sie von einem richtigen Gesetzesverständnis ausgegangen,
- hat sie den erheblichen Sachverhalt vollständig ermittelt und
- hat sie allgemeine Bewertungsgrundsätze, insbesondere das Willkürverbot, nicht verletzt?

Das letzte Wort zur Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte bei der Marktdefinition und Marktanalyse ist allerdings noch nicht gesprochen. Denn die vier klagenden Mobilfunk-Netzbetreiber haben gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht erhoben. Sie machen geltend, dass die Anerkennung des Beurteilungsspielraums gegen die im deutschen Grundgesetz verankerte Rechtsschutzgarantie verstößt. Rechtssicherheit wird somit in Deutschland erst mit dem Spruch des Bundesverfassungsgerichts eintreten.

II.

Nun zur eigentlichen **Regulierungsverfügung**: Soweit Unternehmen auf regulierungsbedürftigen Märkten beträchtliche Marktmacht besitzen, erlegt ihnen die Regulierungsbehörde geeignete Abhilfemaßnahmen auf. Das steht so in Art. 16 Abs. 4 RRL. Welche Maßnahmen zur Regulierung der Vorleistungsmärkte und der Endnutzermärkte im Einzelnen in Betracht kommen, ergibt aus den Vor-

schriften der Zugangsrichtlinie bzw. der Universaldienstrichtlinie, umgesetzt in den Bestimmungen des nationalen Rechts.

Unzweifelhaft verfügt die Behörde bei ihrer regulatorischen Tätigkeit über Ermessensspielräume. Ein Entschließungsermessen über das „Ob“ ihres Eingreifens hat sie zwar grundsätzlich nicht, wenn im Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren ein Regulierungsbedarf auf einem bestimmten Markt festgestellt worden ist. Denn sowohl nach dem europäischen Rechtsrahmen als auch nach deutschem wie nach österreichischem Recht *werden* den marktmächtigen Unternehmen geeignete Verpflichtungen auferlegt. Bei der Frage des „Wie“ hat die Regulierungsbehörde aber regelmäßig ein Auswahl- und Ausgestaltungsermessen im Hinblick auf die Erreichung der vorgegebenen Regulierungsziele. Anschaulich ist das Bild vom Werkzeugkasten: Die Behörde muss ein Werkzeug oder mehrere in die Hand nehmen, aber sie entscheidet welche.

Das Verwaltungsermessen und seine Grenzen wurden jedenfalls nach deutscher Verwaltungsrechtstradition maßgeblich im Polizeirecht entwickelt: Wenn eine Gefahr im polizeilichen Sinne besteht, entscheidet die Polizeibehörde, ob und wie sie zur Gefahrenabwehr einschreitet. Wird die polizeiliche Verfügung angefochten, unterliegt allerdings nicht nur das Bestehen der Gefahrenlage, sondern auch die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der ergriffenen Maßnahme der vollen Überprüfung durch das Verwaltungsgericht. Erst jenseits dieses voll justitiablen Bereichs liegt der Ermessensspielraum, der als solcher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Taugt dieses Modell auch für die Bewältigung regulatorischer Streitigkeiten? Das ist angesichts der Komplexität der Regulierungsnormen sehr zweifelhaft. Besonders einsichtig ist das Beispiel der Zugangsregulierung. Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gegenüber einem marktmächtigen Unternehmen erlassen wird, beachtet die Bundesnetzagentur die TKG vorgegebenen Regulierungsziele. Gegebenenfalls können diese Ziele untereinander in Konflikt geraten. Aber damit nicht genug. Das deutsche TKG stellt - im Prinzip nicht anders als das österreichische TKG - für die Zugangsregulierung einen die all-

gemeinen Regulierungsziele ergänzenden Katalog von Abwägungsgesichtspunkten auf, an denen die Zugangsverpflichtung zu messen ist. Eine derart komplexe Normstruktur schließt es aus, dass die durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung von der sich daran erst anschließenden Ermessensbetätigung getrennt wird. Sie schließt es insbesondere aus, die Abwägung als solche der vollen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen und erst hinsichtlich der eigentlichen Ermessenausübung die Kontrolle einzuschränken.

Angesichts dieser Komplexität drängt sich aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts die Parallele zum Planungsrecht auf. In bewusster Anlehnung an das Planungsermessen hat das BVerwG den Begriff des Regulierungsermessens entwickelt.

Urteile vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 -
BVerwGE 130, 39 Rn. 28 und vom 2. April 2008 –
BVerwG 6 C 15.07 u.a. – Rn. 47

Die Abwägung, ob die Auferlegung einer bestimmten Regulierungsverpflichtung zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet und erforderlich ist, und ob sie in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Zielen steht, ist Teil des Regulierungsermessens. Nach der im Planungsrecht entwickelten Abwägungsfehlerlehre muss das Gericht seine Kontrolle darauf konzentrieren, ob die regulatorischen Abwägung an einem kompletten *Ausfall* oder an erheblichen *Defiziten* leidet, ob die Bedeutung der betroffenen Belange einer *Fehleinschätzung* unterliegt oder ob der Ausgleich zwischen den Belangen zu ihrer objektiven Gewichtigkeit *außer Verhältnis* steht.

Bei Inhalt und Reichweite des Regulierungsermessens können Konfliktlagen zwischen dem nationalen Recht und dem Gemeinschaftsrecht auftreten. Es geht insbesondere um die Frage, inwieweit der nationale Gesetzgeber Ermessensspielräume, die das Gemeinschaftsrecht der nationalen Regulierungsbehörde einräumt, im Wege der nationalen Gesetzgebung einschränken oder vorsteuern darf. Die Frage lässt sich besonders anschaulich wiederum anhand der Zugangsregulierung darstellen. Nach Art. 8 Abs. 1 ZRL stellen die Mitgliedstaa-

ten sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Art. 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen. Dabei handelt es sich um die Verpflichtungen zur Transparenz, zur Gleichbehandlung, zu getrennter Buchführung, zur Zugangsgewährung und zur Preiskontrolle. Alle diese Einzelverpflichtungen *können* danach durch die nationale Regulierungsbehörde unter näher bezeichneten Umständen auferlegt werden. In § 8 Abs. 4 ZRL ist festgelegt, dass die nationale Regulierungsbehörde dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren muss.

Im deutschen TKG finden sich nun aber – insoweit möglicherweise anders als im österreichischen Gesetz - nicht unerhebliche Einschränkungen der betreffenden Ermessensspielräume. So wird im Bereich der Zugangsgewährung das "Kann" ergänzt um ein "Soll". Bestimmte Zugangsformen, etwa die Zusammenschaltung und die Kollokation, *sollen* danach marktmächtigen Betreibern auferlegt werden. Mit "soll" ist nach allgemeinem Sprachgebrauch eine strikte Bindung für den Regelfall gemeint - mit der Möglichkeit der Abweichung (nur) in atypischen Fällen.

In Bezug auf die Regulierung der Zugangsentgelte enthält das deutsche Gesetz noch weiter gehende Vorgaben. So *unterliegen* Entgelte für auferlegte Zugangsleistungen nach § 30 Abs. 1 TKG grundsätzlich der vorherigen Genehmigung durch die Bundesnetzagentur. Nach dem Wortsinn heißt "unterliegen", dass die Genehmigungspflicht schon unmittelbar kraft Gesetzes besteht. Nur ausnahmsweise soll die Bundesnetzagentur die Zugangsentgelte unter bestimmten weiteren Voraussetzungen der nachträglichen Regulierung *unterwerfen*, wenn dies zur Erreichung der Regulierungsziele ausreicht.

Eine ähnliche Besonderheit, wenn auch sozusagen mit umgekehrten Vorzeichen, gibt es nach deutschem Recht für die Endnutzer-Entgeltregulierung. In Art. 17 Universaldienstrichtlinie - URL - ist vorgesehen, dass die nationale Regulierungsbehörde den als marktmächtig auf dem Endnutzermarkt eingestufteten Unternehmen geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt, die im Hinblick auf die Regulierungsziele dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Nach dem Wortlaut des § 39 TKG *unterliegen* aber die Endnutzerentgelte

schon kraft Gesetzes der nachträglichen Regulierung, wenn sie nicht ausnahmsweise der Ex-ante-Genehmigung *unterworfen* werden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat das beanstandet. Es hat sich für berechtigt gehalten, diese nationalen Normen gegen ihren Wortlaut gemeinschaftsrechtskonform auszulegen.

Urteile vom 2. April 2008 - BVerwG 6 C 15.07 – Rn. 63, vom 29. Oktober 2008 - BVerwG 6 C 38.07 – Rn. 58 f. und vom 28. Januar 2009 - BVerwG 6 C 39.07 – Rn. 38

Nach seiner Auffassung ist eindeutig, dass Regulierungsmaßnahmen nicht unmittelbar kraft Gesetzes auferlegt werden dürfen, wo das Gemeinschaftsrecht ein Tätigwerden der Regulierungsbehörde voraussetzt. Das bedeutet, dass die Bundesnetzagentur - ungeachtet des abweichenden deutschen Gesetzeswortlauts - über das Ob und das Wie der Entgeltregulierung stets selbst zu entscheiden hat. Auch die erwähnten Soll-Vorschriften im Bereich der Zugangsregulierung bedürfen einer entsprechenden Korrektur: Das tradierte Verständnis von einer strikten Bindung im Regelfall und einer Abweichungsbefugnis nur in atypischen Fällen widerspricht dem Gemeinschaftsrecht. Erforderlich ist stets eine Abwägung, die die Regulierungsbehörde in jedem Einzelfall selbst vorzunehmen hat.

Bislang musste noch nicht abschließend geklärt werden, ob eine Auslegung des nationalen Gesetzes dahin, dass eine bloße Abwägungsdirektive vorgegeben wird, gemeinschaftsrechtskonform sein könnte. Kennzeichnend für eine so verstandene Abwägungsdirektive wäre, dass die gesetzliche Zielvorgabe von der Regulierungsbehörde in jedem Einzelfall planerisch überwunden werden kann. Im Sinne eines *acte clair* steht nach der Überzeugung des Bundesverwaltungsgerichts aber fest, dass der nationale Gesetzgeber das gemeinschaftsrechtlich vorgesehene Regulierungsermessen nicht generell für bestimmte Fallgruppen ausschließen darf.

Der Grund dafür ist, dass andernfalls das gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Konsolidierungsverfahren unterlaufen werden könnte. Die zuständige nationale Regulierungsbehörde muss den Entwurf ihrer Regulierungsmaßnahmen transnational abstimmen. Sie tut dies, indem sie Stellungnahmen der Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden einholt und ihnen weitestgehend Rechnung trägt (Art. 7 Abs. 3, 5, Art. 16 Abs. 4, 6 RRL). Diese Verpflichtung liefe leer, wenn der nationale Gesetzgeber die betreffenden Regulierungsentscheidungen unmittelbar selbst treffen könnte.

III.

Meine Damen und Herren, gestatten Sie mir eine kurze Schlussbetrachtung.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Entscheidungsspielräumen der Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition und Marktanalyse sowie bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen ist im Schrifttum naturgemäß nicht ohne Widerspruch geblieben. Als Kritik wird insbesondere vorgebracht, die Anerkennung solcher Spielräume sei ein "deutscher Sonderweg".

So etwa Attendorn, MMR 2009, 238.

Nun ist der Begriff "deutscher Sonderweg" für eine Kritik zweifellos nicht schlecht gewählt. Denn nach allen Erfahrungen: wer mag schon deutsche Sonderwege? In unserem Zusammenhang soll der Sonderweg darin bestehen, dass die Rechtsprechung in wichtigen anderen europäischen Staaten, etwa in Großbritannien und Frankreich, gegenläufig sei. Dort werde die Kontrolle telekommunikationsrechtlicher Regulierungsentscheidungen in jüngster Zeit nicht zurückgenommen, sondern im Gegenteil intensiviert.

So Attendorn a.a.O.

Eine solche Betrachtung ist aber nur vollständig, wenn man die jeweilige Ausgangssituation berücksichtigt. Nun ist hier nicht der Raum, auf die unterschiedlichen Grundverständnisse von Verwaltungsermessen und Verwaltungsschutz in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen - vom französischen "pouvoir discrétionnaire" bis zum deutschen Grundsatz der gerichtlichen Vollkontrolle - näher einzugehen. Klar ist aber doch jedenfalls eines: Die bestehenden Unterschiede machen es notwendig, sich aufeinander zuzubewegen, will man in dem harmonisierten Bereich des Telekommunikationsrechts zu vergleichbaren Lösungen gelangen. Mir scheint es, dass die beklagte Gegenläufigkeit in der Entwicklung der gerichtlichen Kontrolldichte in Wahrheit doch eher eine Angleichung der Standards, eine Konvergenz, ist.

Dabei muss man sehen, dass die Begriffe "Beurteilungsspielraum" und "Regulierungsermessen", so wie das Bundesverwaltungsgericht sie versteht, der Regulierungsbehörde keinen Freibrief ausstellen. Die gerichtliche Kontrolle entfällt nicht. Sie wird vielmehr darauf konzentriert, ob die materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Grenzen des jeweiligen Entscheidungsspielraums eingehalten wurden. Und ein Blick auf Rechtsgebiete, in denen solcher Spielräume seit langem etabliert sind, etwa das Prüfungsrecht oder das Planungsrecht, zeigt: Eine solche Kontrolle ist durchaus wirksam - ohne dass die Verwaltungsgewalt ihre Funktionsgrenzen überschreitet und sich dadurch selbst überfordert.

Meine Damen und Herren, ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!