

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Burgi, München – Prof. Dr. Christian Calliess, Berlin – Dr. Josef Christ, Richter des BVerfG a.D., Karlsruhe – Dr. Frank Fellenberg, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Andreas Heusch, Präsident des VG, Düsseldorf – Prof. Dr. Andrea Kießling, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Christoph Külpmann, Vorsitzender Richter am BVerwG, Leipzig – Prof. Dr. Thomas Mayen, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hubert Meyer, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages a. D., Hannover – Prof. Dr. Sabine Schlacke, Greifswald – Dr. Heribert Schmitz, Ministerialrat a. D., Berlin – Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg – Dr. Thomas Schröer, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Streinz, München – Dr. Andrea Vetter, Rechtsanwältin, Stuttgart

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwalt Dr. Johannes Heuschmid, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

6 2026
Seite 369–448
45. Jahrgang
15. März 2026

Vors. Richter am BVerwG Professor Dr. Ingo Kraft*

Gerichtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen

Beurteilungsspielräume und Regulierungsermessen

Das Thema der gerichtlichen Kontrolldichte ist so alt wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst. Die Austarierung des Kräfteverhältnisses zwischen zweiter und dritter Gewalt hat sich zum Dauerbrenner des Öffentlichen Rechts entwickelt. In neuerer Zeit hat dieses Problemfeld Schub durch das Unionsrecht bekommen, das sehr stark von französischen Vorstellungen des verwaltungsgerichtlichen Kontrollauftrags geprägt ist. Das wirft insbesondere im unionsrechtlich dominierten Wirtschaftsverwaltungs- und Regulierungsrecht Fragen auf, denen sich dieser Beitrag anhand der Rechtsprechung des für das Post-, Telekommunikations- und Eisenbahnregulierungsrecht zuständigen 6. Senats des BVerwG widmet. Vorab allerdings einige Fixpunkte als Grundlage der bereichsspezifischen Ausführungen zum gerichtlichen Kontrollzugriff im Regulierungsrecht.

I. Verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben

1. Der verfassungsrechtliche Approach: Art. 19 IV GG

a) Grundsatz: Volle gerichtliche Überprüfung

Das BVerfG verlangt eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns,¹ dh eine umfassende Nachprüfung in *tatsächlicher und rechtlicher* Hinsicht.² Das schließt eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche³ oder rechtliche Feststellungen und Wertungen der Exekutive hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens ist, im Grundsatz aus.⁴ Gerichte sind bei ihrer Kontrolltätigkeit nicht an norminterpretierende Verwaltungsvorschriften gebunden, denn diese zählen nicht zu dem für den Richter allein maßstäblichen Recht.⁵ Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe ist grundsätzlich Sache der Gerichte, die die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt nachzuprüfen haben.

b) Ausnahme: Letztentscheidungskompetenzen der Exekutive

Das schließt jedoch nicht aus, dass der Gesetzgeber im jeweiligen materiellen Fachrecht Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume eröffnet und auf diese Weise die gerichtliche Kontrollintensität einschränkt. Denn gerichtliche Kontrolle ist akzessorisch; sie kann nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Behörde, deren Entscheidung überprüft werden soll. Sie endet deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt.⁶

c) Konsequenzen für die gerichtliche Kontrolldichte

aa) Konditionale Normstruktur: Unterschied Ermessen – Beurteilungsspielraum

Die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik unterscheidet zwischen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgenanord-

* Der Autor ist Vorsitzender Richter am BVerwG, Leipzig. Der Beitrag beruht auf dem Manuskript eines Vortrags, den der Verfasser am 4.12. 2025 auf der Jahrestagung des Instituts für Energie- und Regulierungsrecht in Berlin gehalten hat.

1 BVerfGE 60, 253 (297) = NJW 1982, 2425; BVerfGE 107, 395 (413) = NJW 2003, 1924; BVerfGE 112, 185 (207) = NJW 2005, 1999. Instruktion zu den Auswirkungen auf das Telekommunikationsrecht: Säcker/Körber TKG/Hahn, 4. Aufl. 2023, vor TKG § 217.

2 BVerfGE 15, 275 (282) = BeckRS 1963, 104794 – keine Bindung an behördliche Tatsachenfeststellung; BVerfGE 61, 82 (111) = NJW 1982, 2173; BVerfGE 84, 34 (49) = NJW 1991, 2005; BVerfGE 103, 142 (156) = NJW 2001, 1121 = NVwZ 2002, 852 Ls.

3 BVerfGE 15, 275 (282) = BeckRS 1963, 104794.

4 BVerfGE 101, 106 (123) = NJW 2000, 1175 = NVwZ 2000, 428 Ls.; BVerfGE 129, 1 (20 ff., 29. ff.) = NVwZ 2011, 1062 – Klassifikation der Wirtschaftszweige.

5 BVerfGE 78, 214 (227) = NJW 1989, 666.

6 BVerfGE 116, 1 (18) = NJW 2006, 2613 = NVwZ 2006, 1156 Ls.; BVerfGE 129, 1 (21 f.) = NVwZ 2011, 1062.

nung. Denn die auf das 19. Jahrhundert zurückgehende und in den 1950er Jahren fortentwickelte Differenzierung zwischen grundsätzlich voller gerichtlicher Kontrolle unterliegendem unbestimmtem Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite und der nur gem. § 114 S. 1 VwGO auf die rechtlichen Grenzen zu überprüfenden Ausübung eines Rechtsfolgeermessens ist eine rechtsstaatliche Errungenschaft⁷ und Konsequenz der verfassungsgerichtlichen Vorgaben aus Art. 19 IV GG.

Aber auch hinsichtlich einzelner Tatbestandsmerkmale kann ausnahmsweise ein Beurteilungsspielraum vorliegen, der nur zurückgenommener gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Ob das der Fall ist, muss durch Auslegung der Vorschrift hinreichend deutlich zu ermitteln sein. Denn es ist weder der Verwaltung noch den Gerichten überlassen, ohne gesetzliche Grundlage die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben.⁸ Da der Gesetzgeber sich aber selten Gedanken über die Reichweite gerichtlicher Kontrolle macht, obliegt das Aufspüren von Beurteilungsspielräumen in der Praxis den Verwaltungsgerichten.

Selbst der Gesetzgeber ist nicht völlig frei in der Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse. Zwar obliegt es ihm, den Umfang und Gehalt subjektiver Rechte zu definieren und so mit entsprechenden Folgen für den Umfang der gerichtlichen Kontrolle auch die Rechtsstellung der Bürger gegenüber der Verwaltung differenziert auszugestalten. Mit Blick auf die von Art. 19 IV 1 GG garantierte Effektivität des Rechtsschutzes darf aber auch der Gesetzgeber die gerichtliche Kontrolle nicht durch zu zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume für ganze Sachbereiche oder gar Rechtsgebiete aushebeln. Die Rücknahme der Kontrollrechte bedarf eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds.⁹ Derartige *punktueller* Beurteilungsspielräume der Verwaltung sind ua für einzelne gesetzliche Begriffe im Prüfungsrecht,¹⁰ bei beamtenrechtlichen Beurteilungen¹¹ sowie im Technikrecht¹² anerkannt.¹³

bb) Finale Normstruktur: Rechtsgestaltende Abwägung

Ermächtigt der Gesetzgeber die Verwaltung zu einer Abwägungsentscheidung in Form der Planung (zB § 1 VII BauGB), schließt die Planungsbefugnis der Behörde Gestaltungsfreiheit mit ein. Denn Planung ohne Gestaltungsfreiheit wäre ein Widerspruch in sich.¹⁴ Planerische Gestaltungsfreiheit der Exekutive zeichnet sich gegenüber dem klassischen Rechtsfolgeermessen durch eine deutlich schwächere Determination seitens des Gesetzgebers aus. Planung ist weitgehend autonome Rechtsgestaltung und gehört damit kategorial grundsätzlich zur Rechtsetzung, während eine behördliche Ermessensentscheidung noch zur Rechtsanwendung zählt, da sie den abstrakt-generellen Ordnungsentwurf des Gesetzes auf die Fallanwendung herunterzubrechen und innerhalb deutlich geringerer Spielräume für den konkreten Einzelfall nachzuvollziehen hat.

Im Gegensatz zur konditional strukturierten, Ermessen eröffnenden Befugnisnorm stellt sich die weite Abwägungsbefugnis (zB § 1 VII BauGB, § 17 I 6 FStrG) als Finalprogramm dar; in dieser Normstruktur spiegelt sich die planerische Gestaltungsfreiheit der planenden Stelle wider.¹⁵ Die gerichtliche Überprüfung rechtsgestaltender Abwägungsentscheidungen ist insoweit – angelehnt an die Ermessensüberprüfung gem. § 114 S. 1 VwGO – darauf beschränkt, den Ab-

wägungsvorgang und das Abwägungsergebnis nachzuvollziehen (Abwägungsausfall, Abwägungsdefizit, Gewichtung, Ausgleich). So wird der der Exekutive vom Gesetzgeber übertragenen Eigenverantwortung Rechnung getragen und die gerichtliche Überprüfung als nachvollziehende Kontrolle ausgestaltet.¹⁶

2. Das unionsrechtliche Verständnis

Das Unionsrecht unterscheidet sich in zwei maßgeblichen Punkten von der deutschen Sichtweise:

a) Keine Trennung zwischen Beurteilungsspielraum und Ermessen

Das französisch geprägte Unionsrecht kennt keine der deutschen Dogmatik vergleichbare Trennung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen mit nur ausnahmsweise eröffneten Beurteilungsspielräumen.¹⁷ Soweit der Gerichtshof ua in der Arcor-Entscheidung¹⁸ von „Ermessen“ der Regulierungsbehörde bei der Festsetzung kostenorientierter Entgelte spricht, handelt es sich nach deutscher Rechtsterminologie um einen Beurteilungsspielraum in Bezug auf den Kostenmaßstab der effizienten Leistungsbereitstellung.¹⁹

Für die Anerkennung von Spielräumen der Exekutive lässt der EuGH zudem – wesentlich großzügiger als das BVerfG – ua die Komplexität einer Regelung²⁰ oder die technische Natur einer Verwaltungsentscheidung mit komplexen Prognosen und Beurteilungen ausreichen.²¹ In solchen Fällen beschränkt sich die gerichtliche Überprüfung auf die Tatbestandsvoraussetzungen und deren rechtlicher Bewertung durch die Behörde, das Vorliegen eines offensichtlichen Irrtums oder Ermessensmissbrauchs oder die offensichtliche Überschreitung der Grenzen ihres Ermessensspielraums.²²

b) Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten

Zudem verortet der EuGH – wenn dem unionsrechtlichen Sekundärrecht keine expliziten Vorgaben zu entnehmen sind – Regelungen zur Intensität der Kontrolle von Vollzugsakten durch nationale Gerichte bei der Ausgestaltung gerichtlicher

7 Vgl. dazu Kraft ZJS 2025, 200 (205 mwN); Eyermann/Kraft, 17. Aufl. 2026 (im Erscheinen), VwGO § 114 Rn. 1.

8 BVerfGE 129, 1 (22) = NVwZ 2011, 1062.

9 BVerfGE 129, 1 (22 f.) = NVwZ 2011, 1062.

10 BVerfGE 84, 34 (50) = NJW 1991, 2005.

11 BVerfGE 108, 282 (296) = NJW 2003, 3111; BVerwGE 153, 36 Rn. 24 ff. = NVwZ 2016, 327 – Sicherheitsüberprüfung.

12 BVerwGE 72, 300 (316 f.) = NVwZ 1986, 208 – atomrechtliche Genehmigung; BVerwG NVwZ 1999, 1232 – gentechnikrechtliche Genehmigung.

13 Überblick über die unterschiedlichen Fallkonstellationen bei Eyermann/Kraft, 17. Aufl. 2026 (im Erscheinen), VwGO § 114 Rn. 113 ff.

14 Grdl. BVerwGE 34, 301 (304) = BeckRS 1969, 30426362.

15 BVerfGE 95, 1 (16) = NJW 1997, 383 = NVwZ 1997, 261 Ls. – Stendal; BVerwGE 62, 86 (92) = NJW 1982, 710; zur Unterscheidung: Breuer AÖR 127 (2002), 523.

16 Vgl. BVerfGE 129, 1 (21) = NVwZ 2011, 1062.

17 BVerwG NVwZ 2016, 161 Rn. 19; Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 111; Wendel, Verwaltungsermessen, 2019, S. 46 ff.

18 EuGH C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 = MMR 2008, 523 – Arcor (zu Art. 3 III TAL-VO).

19 BVerwGE 148, 48 Rn. 30 u. 33 mwN = NVwZ 2014, 589.

20 EuGH C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 Rn. 34 = EuZW 1999, 503 – Upjohn.

21 EuGH C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 Rn. 68 = NVwZ 2015, 1033 – Gauweiler ua.

22 EuGH C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 Rn. 34 mwN = EuZW 1999, 503 – Upjohn.

Verfahren. Er verweist insoweit auf die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten als Auffangordnung, deren Regelungen insoweit nur dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz unterliegen.²³ Daraus folgt, dass die Kontrollmaßstäbe grundsätzlich den vom BVerwG zum deutschen Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätzen zu entnehmen sind, die danach unterscheiden, ob es sich um die Kontrolle eines Beurteilungsspielraums auf der Tatbestandsseite der Norm oder um die Kontrolle von (Regulierungs-)Ermessen auf der Rechtsfolgenseite handelt.²⁴

II. Regelungsdimensionen des Gesetzgebers

1. Norminhalt

Bei der Schaffung verwaltungsrechtlicher Regelungen steht der *Norminhalt* im Vordergrund, das an die Exekutive adressierte Steuerungsprogramm. Dieses liefert den Prüfungsmaßstab für die Beurteilung des Verwaltungshandelns in der Dichotomie rechtmäßig – rechtswidrig. Nur der Norminhalt ist von Bedeutung zB für die Prüfung einer Maßnahme im Rahmen der Binnenkontrolle der Verwaltung (Rechts- oder Fachaufsicht). Wird im gerichtlichen Verfahren die Stufe der Sachprüfung erreicht, bestimmt der Norminhalt, ob die angegriffene Verwaltungsmaßnahme – der Tenor des Bescheids – als gesetzte Rechtsfolge am objektiven Recht bestehen kann.²⁵

2. Normqualität

Zugleich bestimmt der Normgeber – zumeist ohne sich dessen bewusst zu sein – die *Normqualität*. Die Abgrenzung von Vorschriften nach ihrer rein *objektivrechtlichen* oder zugleich auch *subjektivrechtlichen* Qualität steuert, ob sich das Individuum vor Gericht auf die Einhaltung der Norm zu berufen vermag.²⁶ Das beantwortet sich nach dem *Normzweck*: Nur Gemeinwohlsicherung oder darüber hinaus auch unmittelbarer Schutz des Individuums? Letzteres ist der Fall bei Rechtssätzen, aus deren individualisierenden Tatbestandsmerkmalen sich ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet.²⁷ Zwar ist es Aufgabe des Gesetzgebers, darüber zu befinden, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zusteht und welchen Inhalt es haben soll.²⁸ Da dieser aber selten expliziten Aussagen zur Normqualität trifft, obliegt den Gerichten die Interpretationsarbeit anhand der Schutznormtheorie.

3. Kontrolldichte

Schließlich obliegt dem Gesetzgeber des materiellen Fachrechts²⁹ – und nicht etwa dem Prozessgesetzgeber³⁰ – auch die Bestimmung der Kontrolldichte. Konsequenterweise vermag auch der Landesgesetzgeber im Rahmen der ihm zustehenden Regelungsfelder die Kontrolldichte zurückzunehmen. Solche Regelungen müssen sich jedoch an Art. 19 IV GG messen lassen.³¹

III. Regulierungsrecht

1. Überblick

Der 6. Senat des BVerwG hat erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 das *Regulierungsermessen* aus der Taufe gehoben.³² Vorab ist klarzustellen, dass die regulierungsrechtliche Rechtsprechung des BVerwG nicht dahingehend verstanden werden darf, dass der BNetzA bei allen ihr durch das TKG obliegenden Entscheidungen generell ein „Regulie-

rungsermessen“ im Sinne einer pauschal zurückgenommenen Kontrolldichte eröffnet wäre.³³ Ein solcher Ansatz ließe sich nicht mit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben zu Art. 19 IV GG vereinbaren. Denn die nur punktuell zulässige Einschränkung gerichtlicher Kontrollintensität bedarf immer eines gewichtigen, am Grundsatz wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds als Rechtfertigung.³⁴ Ein solcher, das gesamte Regulierungsrecht übergreifender Sachgrund ist aber nicht zu erkennen.

Selbst wenn ein solch legitimierender Sachgrund vorliegt, ist die gerichtliche Kontrolldichte nur so weit zurückzunehmen, wie es sich im Hinblick auf den bereichsspezifischen Sachgrund als notwendig erweist. Denn den Verwaltungsgerichten muss eine substanzielle Kontrolle des behördlichen Handelns verbleiben.³⁵ Demzufolge gilt für das gerichtliche Prüfprogramm auch von Letztentscheidungskompetenzen der Regulierungsverwaltung nicht etwa „one fits all“, sondern es bedarf einer den jeweiligen fachrechtlichen Sachgrund berücksichtigenden bereichsspezifischen Lösung.³⁶ Deshalb enthält auch das Regulierungsverwaltungsrecht neben dem Regulierungsermessen sämtliche klassischen Erscheinungsformen administrativer Spielraumentscheidungen.

2. Klassisches Rechtsfolgeermessen

Ein klassisches Entschließungsermessen findet sich im Rahmen der Entgeltregulierung angesichts der der BNetzA eingeräumten Möglichkeit, bei unvollständigen Unterlagen die beantragte Entgeltgenehmigung zu versagen (§ 40 IV 3

23 So explizit zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle: EuGH C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 Rn. 166 ff. = MMR 2008, 523 – Arcor.

24 BVerwGE 148, 48 Rn. 33 = NVwZ 2014, 589.

25 BVerwGE 80, 96 (97 f.) = NVwZ 1989, 471; BVerwG NVwZ 1990, 673; 21.1.2019 – 6 B 120.18, BeckRS 2019, 1798 Rn. 27, stRSpr.

26 Zur Unterscheidung von Norminhalt und Normqualität: Kraft VerwArch. 89 (1998), 264 (266); Kraft LLJ 2023, 132 (134 f.).

27 BVerwG NVwZ 1987, 409; BVerwGE 94, 151 (158) = NJW 1994, 1546; BVerwGE 117, 93 (99) = NVwZ 2003, 605. Speziell hinsichtlich der Vergaberegeln bei der Frequenzversteigerung: BVerwGE 174, 1 Rn. 19 ff. = MMR 2022, 323.

28 BVerfGE 116, 1 = NJW 2006, 2613 = NVwZ 2006, 1156 Ls.

29 Vgl. § 10 I TKG; § 53 I 3 WindSeeG; § 76 V 2 GWB; ähnlich § 5 III 2 UVP.

30 Zu den rechtspolitischen Versuchen einer generellen Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte durch einen § 114a VwGO und den damit aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Problemen: Eyer mann/Kraft, 17. Aufl. 2026 (im Erscheinen), VwGO § 114 Rn. 17 f. mwN; vgl. aber Rn. 144 zum prozessrechtlichen Verständnis des Rotmilan-Beschlusses (BVerfGE 149, 407 Rn. 23 = NVwZ 2019, 52).

31 BVerfGE 129, 1 (22 f.) = NVwZ 2011, 1062.

32 BVerwGE 130, 39 = NVwZ 2008, 575. In einer früheren Entsch. v. 31.3.2004 (BVerwGE 120, 263 (265, 275) = NVwZ 2004, 1365) taucht das in Anführungszeichen gesetzte „Regulierungsermessen“ bei der Prüfung einer Zusammenschaltungsanordnung (§ 37 I TKG 1996) auch schon auf, wird aber nicht weiter auskonturiert.

33 So ausdr. BVerwGE 162, 202 Rn. 21 = NVwZ-RR 2018, 932 gegen die Vorinstanz; BVerwGE 153, 265 Rn. 15 = NVwZ 2016, 387 – KeL-Maßstab. Dafür jedoch: Bullinger DVBl 2003, 1355 (1358 f.); Masing, Gutachten D zum 66. DJT, Bd. I, 2006, S. 152 ff.; offener auch: BGH EnWZ 2014, 378 Rn. 24 ff.; aA Burgi NJW 2006, 2439 (2444); Ludwigs JZ 2009, 290 (294 f.); Ludwigs RdE 2013, 297 (299 f.). Allerdings ist einzuräumen, dass das BVerwG in Fällen der Überprüfung von Entgeltgenehmigungen mit der unglücklichen Formulierung eines „auf der Nahtstelle zum Regulierungsermessen“ stehenden Beurteilungsspielraums (BVerwG NVwZ 2012, 1047 Rn. 38; BVerwGE 148, 48 Rn. 18 = NVwZ 2014, 589) nicht immer zur dogmatischen Klarheit beigetragen hat.

34 BVerfGE 84, 34 (50) = NJW 1991, 2005; BVerfGE 103, 142 (156) = NJW 2001, 1121 = NVwZ 2002, 852 Ls.; BVerfGE 129, 1 (22 f.) = NVwZ 2011, 1062; BVerwGE 129, 27 Rn. 35 = NJW 2007, 2790 = NVwZ 2007, 1445 Ls.

35 BVerfGK 19, 229 Rn. 40 = NVwZ 2012, 694.

36 Eyer mann/Kraft, 17. Aufl. 2026 (im Erscheinen), VwGO § 114 Rn. 188.

TKG).³⁷ Auf ein Auswahlermessen beschränkt sind Maßnahmen der Marktregulierung wie zB der Erlass einer isolierten Zugangsanordnung (§ 35 TKG).³⁸ Hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle kann auf § 40 VwVfG und § 114 S. 1 VwGO verwiesen werden. Denn hierbei handelt es sich um den typischen Fall eines auf den Rechtsfolgenauspruch bezogenen Auswahlermessens, das vor allem der Einzelfallgerechtigkeit auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten dient. Der BNetzA wird dadurch ermöglicht, unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks einerseits und der konkreten Umstände andererseits eine dem Einzelfall angemessene und sachgerechte Entscheidung zu treffen, in die insbesondere auch Zweckmäßigungs- und Billigkeitserwägungen einfließen können.³⁹

3. Beurteilungs- und Ausgestaltungsspielräume

a) Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite

Bei der Marktdefinition verfügt die BNetzA auf der Tatbestandsseite des § 10 I TKG über einen im Gesetz explizit erwähnten Beurteilungsspielraum.⁴⁰ Zudem weist der KeL-Maßstab in § 42 TKG (= Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung) zwar keinen umfassenden,⁴¹ wohl aber punktuelle Beurteilungsspielräume sowohl hinsichtlich der Methode zur Berechnung des Anlagevermögens⁴² als auch der *Angemessenheit* der Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf.⁴³ Auch bei der Frage, welche grundsätzlich vergleichbaren Märkte die BNetzA im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung (§ 40 III 2 Nr. 1 TKG) heranzieht und ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Besonderheiten der Vergleichsmärkte Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen, besitzt die Behörde einen Beurteilungsspielraum.⁴⁴ Schließlich besteht ein Beurteilungsspielraum für die Auswahl anderer Vorgehensweisen als Alternative zum KeL-Maßstab hinsichtlich der Voraussetzung „der besseren Eignung zur Erreichung der Regulierungsziele“.⁴⁵

b) Ausgestaltungsspielraum auf der Rechtsfolgende

Im Rahmen der Frequenzvergabe räumt das Gesetz der BNetzA Ausgestaltungsspielräume bei der Festlegung der Mindestvoraussetzungen für die Zulassung zum Vergabeverfahren, des für die Frequenznutzung sachlich und räumlich relevanten Marktes und der Frequenznutzungsbestimmungen⁴⁶ als auch der Versteigerungsregeln⁴⁷ ein. Der Senat hat betont, dass die konditional strukturierte Vorläufervorschrift des § 100 V TKG mit der Befugnis zur Festlegung der Frequenznutzungsbestimmungen keine für eine gesetzliche Planungsermächtigung charakteristische finale Normstruktur erkennen ließ, die die Behörde zu einer rechtsgestaltenden Abwägung ermächtigt hätte.⁴⁸ Die schwache gesetzliche Determination der Verwaltung vermag weder einen qualitativen Sprung von der konditionalen zur finalen Normstruktur zu begründen noch erlaubt sie den Schluss auf einen planungsähnlichen Charakter der Entscheidung. Konsequenterweise ist der Ausgestaltungsspielraum der BNetzA auf der Rechtsfolgende der Norm zu verorten, der Behörde aber mangels entsprechender gesetzlicher Ermächtigung keine Planungsbefugnis mit planerischer Gestaltungsfreiheit zuzubilligen.⁴⁹

c) Kriterien für die Annahme von Spielräumen

Die gesetzlichen Maßstabnormen rechtfertigen dann die Annahme punktueller Beurteilungsspielräume als administrative Letztentscheidungskompetenzen, wenn das der Exe-

kutive zugewiesene Entscheidungsprogramm bzw. der Entscheidungsmaßstab in besonderer Weise durch das Erfordernis einer Abwägung gegenläufiger Regulierungsziele bzw. durch ökonomische Wertungen und Prognosen geprägt ist.⁵⁰ Weder gesetzliche Begriffsunschärfen noch die besondere Sachkunde der BNetzA allein reichen aus, um Einschränkungen der gerichtlichen Prüfungsdichte zu rechtfertigen,⁵¹ letztere wird aber als zusätzliches Argument herangezogen.⁵²

d) Gerichtliches Prüfprogramm für regulierungsrechtliche Spielräume

Bei der gerichtlichen Kontrolle der Ausfüllung des der BNetzA entweder auf der Tatbestandsseite einer Norm zu verortenden Beurteilungsspielraums oder eines auf der Rechtsfolgende eingeräumten Ausgestaltungsspielraums wendet der Senat dasselbe Prüfprogramm an.⁵³ Die behördliche Ausübung dieser Spielräume wird gerichtlich darauf überprüft, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat.⁵⁴

Muss die BNetzA nach dem Gesetzesbegriff, für den ein Beurteilungsspielraum besteht, bei ihrer Entscheidung eine

- 37 BVerwGE 153, 265 Rn. 37 = NVwZ 2016, 387 (zu § 35 III 3 TKG 2004).
- 38 BVerwGE 156, 59 Rn. 22 = NVwZ-RR 2016, 952 (zu § 25 TKG 2004 (= § 35 TKG)).
- 39 BVerwG NVwZ 2014, 1034 Rn. 8.
- 40 BVerwGE 131, 41 Rn. 16 = NVwZ 2008, 1359 (zu § 10 II TKG 2004).
- 41 So ausdr. BVerwGE 162, 202 Rn. 21 = NVwZ-RR 2018, 932 gegen die Vorinstanz; BVerwGE 153, 265 Rn. 15 = NVwZ 2016, 387 – KeL-Maßstab.
- 42 BVerwGE 158, 301 Rn. 14, 31 = NVwZ 2017, 1466; BVerwGE 178, 126 Rn. 32 = MMR 2023, 872 = NVwZ 2024, 1174 Ls. – Berücksichtigung von Kommissionsempfehlungen im Rahmen der Abwägung.
- 43 BVerwGE 156, 75 Rn. 12 ff. = NVwZ 2017, 557.
- 44 BVerwGE 151, 56 Rn. 30 ff. = NVwZ 2015, 967 mit der terminologischen Klarstellung, dass es sich insoweit um einen Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite und nicht um ein Regulierungsermessen handelt (Rn. 30); BVerwG NVwZ 2015, 1143 Rn. 26; BVerwGE 151, 268 Rn. 41 = NVwZ 2015, 1136; BVerwG CR 2016, 269 Rn. 27 = BeckRS 2015, 45392; NVwZ-RR 2018, 304 Rn. 20 mwN.
- 45 BVerwGE 162, 202 Rn. 47 ff. = NVwZ-RR 2018, 932 – symmetrische Entgelte auf der Grundlage eines Bottom-Up-Modells.
- 46 BVerwG Buchholz 442066 § 61 TKG Nr. 1 = NVwZ 2011, 1339 Ls. = BeckRS 2011, 52924 (zu § 61 IV TKG 2004); vgl. auch NVwZ 2021, 812.
- 47 BVerwG Buchholz 442066 § 55 TKG Nr. 8 Rn. 13 = NVwZ 2011, 1339 Ls. = BeckRS 2011, 52925 (zu § 61 V 1 TKG 2004).
- 48 BVerwGE 144, 284 Rn. 35 ff. = NVwZ 2013, 726; BVerwG 6.11.2020 – 6 B 31.20, BeckRS 2020, 37067 Rn. 34 (zu § 61 III 2 Nr. 4 TKG 2004); BVerwGE 174, 1 Rn. 49 = MMR 2022, 323 – 5G-Versteigerung.
- 49 BVerwG 6.11.2020 – 6 B 31.20, BeckRS 2020, 37067 Rn. 34 (zu § 61 III 2 Nr. 4 TKG 2004).
- 50 BVerwGE 146, 325 Rn. 31 = NVwZ 2013, 1418 – Entgelt für Postfachzugang; BVerwGE 148, 48 Rn. 31 = NVwZ 2014, 589; BVerwGE 153, 265 Rn. 15 = NVwZ 2016, 387; BVerwGE 156, 75 Rn. 12 f. = NVwZ 2017, 557; BVerwGE 158, 301 Rn. 14 = NVwZ 2017, 1466; BVerwGE 162, 202 Rn. 21 = NVwZ-RR 2018, 932 – KeL-Maßstab.
- 51 BVerwGE 153, 265 Rn. 15 aE = NVwZ 2016, 387.
- 52 BVerwGE 151, 56 Rn. 36 = NVwZ 2015, 967 (zu § 35 TKG 2004).
- 53 BVerwG Buchholz 442066 § 61 TKG Nr. 1 Rn. 15 f. = NVwZ 2011, 1339 Ls. = BeckRS 2011, 52924; vgl. auch BVerwGE 139, 226 Rn. 37 f. = NVwZ 2011, 1333; BVerwGE 174, 1 Rn. 56, 89 ff. = MMR 2022, 323 – 5G-Versteigerung.
- 54 BVerwGE 131, 41 Rn. 21 = NVwZ 2008, 1359 – Marktdefinition und -analyse in §§ 10, 11 TKG 2004; BVerwGE 148, 48 Rn. 33 = NVwZ 2014, 589 mit der allerdings missverständlichen zusätzlichen Anführung der Nähe zum „Regulierungsermessen“ (Rn. 18, 34 und 36).

Abwägung widerstreitender Ziele und sonstiger Belange der Regulierung vornehmen, ist zusätzlich zu prüfen, ob eine Abwägung überhaupt stattgefunden hat (Abwägungsausfall), in die Abwägung an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).⁵⁵

Zudem ist die eigentliche Bewertung der BNetzA auch darauf nachzuprüfen, ob sie im Hinblick auf die in der Rechtsnorm enthaltenen oder angelegten Kriterien plausibel und erschöpfend argumentiert hat.⁵⁶ Dabei ist die gerichtliche Kontrolle grundsätzlich auf die Erwägungen zu beschränken, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat.⁵⁷ Dieses regulierungsrechtsspezifische Erfordernis bei der Ausfüllung des der Regulierungsbehörde zustehenden Spielraums wurzelt in der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 IV GG iVm Art. 12 I GG mit Blick auf die hohe Grundrechtsrelevanz für die betroffenen Unternehmen.⁵⁸ Denn im Rechtsstaat sind materielle Spielräume der Exekutive durch erhöhte prozedurale Anforderungen zumindest partiell zu kompensieren.

e) Terminologische Redundanz

In der Sache besteht zwischen Beurteilungs- und Ausgestaltungsspielraum kein Unterschied, weder bei den Kriterien zur Herleitung noch dem gerichtlichen Prüfprogramm. Deshalb könnte – im Sinne wünschenswerter Reduktion terminologischer Komplexität – einheitlich nur von Beurteilungsspielraum – auf der Tatbestands- oder auf der Rechtsfolgenreise der konditional strukturierten Norm – gesprochen werden.

4. Das Regulierungsermessen

Aus den bisherigen Ausführungen zu den verschiedenen administrativen Spielraumsentscheidungen wird deutlich, dass das BVerwG an der Unterscheidung zwischen konditionaler und finaler Normstruktur festhält und seine Kontrollkonzepte systemimmanent auf diese dogmatische Dichotomie hin ausgerichtet hat. Bei der telekommunikationsrechtlichen Regulierungsverfügung stößt diese Differenzierung jedoch an ihre Grenzen, weil sich die der BNetzA mit § 13 TKG eingeräumte weitreichende Regelungsbefugnis damit nicht adäquat abbilden lässt.

a) Die Regulierungsverfügung

Die Regulierungsverfügung ist auf eine abschließende Gesamtregelung aller Fragen angelegt, die die Regulierungsbedürftigkeit eines definierten Marktes aufwirft. Sie ist Ausdruck exekutiver Gestaltungskompetenz, die sich auf die Verwirklichung des gesetzlichen Regulierungsauftrags und die prospektive Bewältigung der damit zusammenhängenden Probleme erstreckt.⁵⁹ Denn die einzelnen Maßnahmen werden nach den differenzierten Maßstäben der aufgeführten Einzelbestimmungen gesondert abgewogen. Die auf dieser Grundlage verfügten Regulierungsverpflichtungen werden mit den Ergebnissen der Marktdefinition und Marktanalyse in der Regulierungsverfügung zusammengefasst. Diese vereint letztlich ein Bündel von Einzelentscheidungen, die zwar auf die Marktdefinition und -analyse als gemeinsame Grundlage bezogen sind und untereinander in sachlichem Zusam-

menhang stehen, aber als Einzelentscheidungen fassbar bleiben.⁶⁰

b) Notwendigkeit gesonderter Dogmatik

Die für die Auferlegung von Verpflichtungen gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben (§ 13 I, III TKG iVm §§ 24 ff. TKG) sprengen in ihrer Gesamtschau – insbesondere mit Blick auf das Prüfprogramm bei Zugangsverpflichtungen (§ 26 II TKG) – den Rahmen einer konditionalen Ermessensnorm: Weder ist ein subsumtionsfähiger Tatbestand mit hinreichend bestimmten gesetzlichen Vorgaben zu erkennen noch ist das Auswahlermessen näher gesetzlich determiniert. Vielmehr lässt der deutsche Gesetzgeber der BNetzA – mit Blick auf unionsrechtliche Vorgaben zu deren Unabhängigkeit⁶¹ – einen weiten Ausgestaltungsspielraum. Dessen Ausübung hat sie – anders als im Fall „gewöhnlicher“ Ermessensermächtigungen – nicht an einem durch Auslegung zu ermittelnden Normzweck, sondern an einer Vielzahl solcher Zwecke,⁶² nämlich den in § 2 TKG vorgegebenen Regulierungszielen auszurichten. Dieser normative Befund schließt es aus,

„die durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung von einer sich etwa daran erst anschließenden Ermessensbetätigung zu trennen und erstere der vollen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Vielmehr ist die Abwägung ein untrennbarer Bestandteil des Regulierungsermessens selbst, das der BNetzA bei zweckentsprechender Auslegung des Gesetzes insoweit eingeräumt ist“.⁶³

Dogmatisch wurden auf diese Weise Tatbestand und Rechtsfolgen des im Gewande einer konditional strukturierten Gesamtnorm auftretenden Normkomplexes zusammengezogen und der Sache nach im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Abwägung final umprogrammiert. Ohne eine explizit normierte Abwägungsbefugnis wurde die BNetzA mittels eines final geprägten Entscheidungsprogramms zum Ausgleich von Interessen und Belange ermächtigt und verpflichtet. In Anlehnung an das Modell der planerischen Abwägung⁶⁴ hat

55 BVerwGE 158, 301 Rn. 32 = NVwZ 2017, 1466 – Entgeltgenehmigung; BVerwGE 178, 126 Rn. 33 = MMR 2023, 872 = NVwZ 2024, 1174 Ls. – Berücksichtigung von Kommissionsempfehlungen im Rahmen der Abwägung bei der Entgeltgenehmigung.

56 BVerwGE 139, 226 Rn. 38 = NVwZ 2011, 1333 – Anordnung der Frequenzversteigerung gem. § 55 IX TKG 2004; BVerwGE 148, 48 Rn. 34 u. 36 = NVwZ 2014, 589 – Entgeltgenehmigung KeL-Maßstab – mit der missverständlichen Anführung der Nähe zum „Regulierungsermessen“; BVerwGE 151, 56 Rn. 38 f. = NVwZ 2015, 967; BVerwGE 156, 75 Rn. 24 = NVwZ 2017, 557; BVerwGE 158, 301 Rn. 32 = NVwZ 2017, 1466 – Entgeltgenehmigung; BVerwGE 169, 1 Rn. 34 = NVwZ 2020, 1672 – 5G-Versteigerung; BVerwGE 174, 1 Rn. 56 = MMR 2022, 323; BVerwGE 178, 126 Rn. 33 = MMR 2023, 872 = NVwZ 2024, 1174 Ls. – Entgeltgenehmigung.

57 BVerwGE 148, 48 Rn. 35 = NVwZ 2014, 589; BVerwGE 151, 56 Rn. 38 = NVwZ 2015, 967; BVerwGE 156, 75 Rn. 24 = NVwZ 2017, 557.

58 BVerwGE 148, 48 Rn. 39 = NVwZ 2014, 589; BVerwGE 151, 56 = NVwZ 2015, 967 Rn. 39.

59 BVerwGE 130, 39 Rn. 25 = NVwZ 2008, 575.

60 BVerwGE 163, 181 Rn. 26 = NVwZ 2019, 549 – Vectoring II.

61 EuGH C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749 = NVwZ 2010, 370 – Kommission/Deutschland (zu § 9a TKG aF); 2.9.2021 – C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 = EnWZ 2021, 363 = NVwZ 2021, 1441 Ls. – Kommission/Deutschland (Elektrizitätsmarkt); BVerwG NVwZ 2010, 1359 Rn. 10; BVerwGE 174, 1 Rn. 85 ff. = MMR 2022, 323.

62 BVerwG NVwZ 2014, 1034 Rn. 9 f.

63 BVerwGE 130, 39 Rn. 29 = NVwZ 2008, 575; BVerwG NVwZ 2014, 1034 Rn. 9.

64 So BVerwGE 130, 39 Rn. 25 = NVwZ 2008, 575: „(...) insoweit dem Planfeststellungsbeschluss vergleichbar (...)“; BVerwG 2.4.2008 – 6 C 17.07, BeckRS 2008, 35867 Rn. 44, und NVwZ 2014, 1034 Rn. 9: „(...) in Anlehnung an das Planungsermessen(...)“.

das BVerwG ein spezifisches gerichtliches Prüfprogramm für Regulierungsverfügungen entwickelt.

c) Gerichtliches Prüfprogramm

Bezugspunkte für die Ausübung des der Behörde in § 13 TKG mit dem Regulierungsermessen eingeräumten Ausgestaltungsspielraums sind neben den Grundrechtspositionen des regulierten Unternehmens und seiner Wettbewerber vor allem die in § 2 TKG vorgegebenen Regulierungsziele und Regulierungsgrundsätze.⁶⁵

Das Prüfprogramm ist der bauleit- und fachplanerischen Abwägungsprüfung entnommen: Das Regulierungsermessen wird fehlerhaft ausgeübt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt wurde (Abwägungsfehlschätzung) oder der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen worden ist, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).⁶⁶ Im Rahmen der Ausübung des Regulierungsermessens ist – wie bei der planungsrechtlichen Abwägung – das Gebot der Konfliktbewältigung zu beachten. Die Möglichkeit einer Konfliktverlagerung in nachgelagerte Verfahren muss die Regulierungsbehörde nur in Erwägung ziehen, wenn die Umstände des konkreten Einzelfalls hierfür Anlass bieten.⁶⁷ Der für die gerichtliche Kontrolle maßgebliche Zeitpunkt ist der des Erlasses der Regulierungsverfügung.⁶⁸ Die gerichtliche Kontrolle der Ausübung des Regulierungsermessens hat sich dabei grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu beschränken, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat.⁶⁹

Das BVerfG hat das vom Senat praktizierte Prüfprogramm und die gerichtlichen Kontrollmaßstäbe gebilligt und betont, dass dadurch ein ausreichendes Maß substanzieller gerichtlicher Kontrolle verbleibe.⁷⁰

d) Literaturkritik

Kaum eine Rechtsfigur ist auf so heftige Kritik in der rechtswissenschaftlichen Literatur gestoßen wie das Regulierungsermessen. Diese „misslungene Rechtsprechungslinie“ oder gar dieser „Irrweg“⁷¹ sei Ausdruck eines allgemeinen Trends der Verwaltungsgerichte zu Kontrollabstinentz und kapituliere vorschnell vor der Komplexität regulierungsspezifischer, sich vornehmlich an ökonomischen Modellen orientierender Verwaltungstätigkeit. So ebne sie einer weitgehend kontrollfreien „Expertokratie“ den Weg.⁷²

Das erscheint stark überzogen: Denn zum einen ist seit der Nachjustierung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte durch das BVerfG⁷³ kein genereller Rückzug der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus der Kontrollintensität erkennbar. Wenn zudem die Tragfähigkeit des im Unionsrecht wurzelnden Begründungsstrangs angezweifelt wird,⁷⁴ überzeugt das nicht: Zwar ist richtig, dass die das Ermessen der Regulierungsbehörde betonende Arcor-Entscheidung des EuGH primär das innerstaatliche Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive betrifft. Auch hat der EuGH die Ausgestaltung des Rechtsschutzes den Mitgliedstaaten überlassen.⁷⁵ Darf aber der nationale Gesetzgeber qua Unionsrecht keine näheren materiellrechtlichen Regulierungsvorgaben für die unabhängige BNetzA festlegen,⁷⁶ kann gerichtliche Kontrolle nach nationalem Recht nicht weiter reichen als die materiell-

rechtliche Bindung der Regulierungsbehörde.⁷⁷ Somit ist deren Spielraum nicht etwa Ausdruck eines politischen Verlegenheitsvakuums des deutschen Gesetzgebers, sondern Konsequenz einer unionsrechtlich zwingenden Leerstelle im nationalen Gesetz. Damit ist er mittelbar qua Unionsrecht vorgezeichnet.⁷⁸

e) Konvergenz der Rechtsprechung des BGH

Auch die den Verwaltungsgerichten von manchen Literaturstimmen als Vorbild vorgehaltene kartellrechtliche Rechtsprechung des BGH übt im Regulierungsrecht keine richterliche Vollkontrolle aus. Vielmehr hat der Kartellsenat des BGH das Regulierungsermessen als Topos aufgenommen und sich damit methodisch auf die Dogmatik der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu bewegt.⁷⁹ Zu der Konvergenz der Rechtsprechungslinien trägt nicht zuletzt auch der fruchtbare fachliche Austausch der Mitglieder des 6. Senats des BVerwG und des Kartellsenats des BGH bei.

IV. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das zum Regulierungsermessen entwickelte spezifische Prüfprogramm in seiner praktizierten Handhabung durch das BVerwG die BNetzA wahrlich nicht von gerichtlicher Kontrolle freistellt. Vielmehr erscheint die verminderte Kontrolldichte der Materie und der fachlichen Legitimation der BNetzA angemessen.⁸⁰ In der Gesamtschau ergibt sich mit den differenzierten gerichtlichen Kontrollzugriffen im Regulierungsrecht ein problemadäquates ausdifferenziertes Rechtsschutzkonzept.⁸¹ ■

65 BVerwGE 163, 136 Rn. 39 = MMR 2019, 259 = NVwZ 2019, 565 Ls. – Vectoring I; BVerwGE 163, 181 Rn. 41 = NVwZ 2019, 549 – Vectoring II.

66 BVerwGE 131, 41 Rn. 47 = NVwZ 2008, 1359; BVerwG NVwZ 2014, 942 Rn. 43; BVerwGE 163, 136 Rn. 43 = MMR 2019, 259 = NVwZ 2019, 565 Ls. – Vectoring I; BVerwGE 163, 181 Rn. 45 = NVwZ 2019, 549 – Vectoring II; vgl. auch BVerwGE 174, 1 Rn. 90 = MMR 2022, 323.

67 BVerwG NVwZ 2014, 942 Rn. 57 f.

68 BVerwG NVwZ-RR 2012, 192 Rn. 26 f.; NVwZ 2010, 527 Ls. = BeckRS 2010, 46642 Rn. 14.

69 BVerwG NVwZ 2013, 1352 Rn. 34; NVwZ 2014, 942 Rn. 43.

70 BVerfGK 19, 229 = NVwZ 2012, 694; krit. demgegenüber Sachs/Jasper NVwZ 2012, 649; Würtenberger GewArch. 2016, 6 (9).

71 So Gärditz DVBl 2016, 399 (403, 406).

72 Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1009 ff.); Gärditz DVBl 2016, 399 (403 ff.); vgl. auch Hwang VerwArch 103 (2020), 356 (369 ff.).

73 BVerfGE 84, 34 = NJW 1991, 2005; BVerfGE 84, 59 = NJW 1991, 2008; BVerfGE 88, 40 = NVwZ 1993, 666.

74 Ludwigs RdE 2013, 297 (298, 300 f. mwN).

75 EuGH C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 Rn. 116, 151 ff. und 163 ff. = MMR 2008, 523 – Arcor.

76 So EuGH C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749 = NVwZ 2010, 370 – Kommission/Deutschland (zu § 9a TKG aF).

77 Vgl. BVerfGE 129, 1 (22 mwN) = NVwZ 2011, 1062.

78 Eyermann/Kraft, 17. Aufl. 2026 (im Erscheinen), VwGO § 114 Rn. 186.

79 BGH EnWZ 2014, 378 – Stadtwerke Konstanz GmbH; ZNER 2014, 469 = BeckRS 2014, 16725 – Stromnetz Berlin GmbH; ZNER 2016, 406 Rn. 17 ff. = BeckRS 2016, 13537 – Festlegung volatiler Kosten; NVwZ-RR 2018, 341 Rn. 25 ff.; NVwZ-RR 2019, 861 Rn. 36; BGHZ 228, 286 = EnWZ 2021, 217 – Produktivitätsfaktor I; BGH ZNER 2022, 605 = NZKart 2022, 593 – REGENT; ZNER 2023, 504 = BeckRS 2023, 29248 – Effizienzvergleich II; ZNER 2024, 110 = WM 2024, 1864 = BeckRS 2024, 3628; krit. Gärditz DVBl 2016, 399 (401 ff.). Zu der energiewirtschaftlichen Rspr. des Kartellsenats: Roloff/Tolkmitt FS 75 Jahre BGH/Bundesanwaltschaft/Rechtsanwaltschaft BGH, 2025, 339 (346 ff.).

80 Ludwigs JZ 2009, 290 (296); Ludwigs RdE 2013, 297 (302 f.); Proelf AÖR 136 (2011), 402 (418 ff.).

81 Nochmals der Verweis auf Säcker/Körper TKG/Hahn, 4. Aufl. 2023, vor TKG § 217.