

## Inhaltsübersicht

### Abkürzungsverzeichnis

XXXV

<b>Erster Teil. Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>Zweiter Teil. Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen</b>	<b>5</b>
<b>A. Ermessen der Verwaltung</b>	<b>5</b>
I. Probleme im Hinblick auf die Kontrolle von Ermessens entscheidungen im Marktregulierungsrecht des TKG.....	6
II. Ermessen und Planungsermessen nach herkömmlicher Dogmatik .....	11
III. Stellungnahme – ein geeignetes Kontrollkonzept für die gerichtliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen im Marktregulierungsrecht.....	22
IV. Fazit: (Planungs-) Ermessen als Entscheidungsspielraum wegen Rahmenhaftigkeit der rechtlichen Vorgaben.....	42
<b>B. Beurteilungsspielräume bei der Anwendung von Rechtsbegriffen.</b>	<b>45</b>
I. Problem im Hinblick auf Beurteilungsspielräume im Marktregulierungsrecht des TKG .....	45
II. Beurteilungsspielräume der Verwaltung nach herkömmlicher Dogmatik .....	51
III. Untersuchung: Was rechtfertigt eine Beurteilungsermächtigung?.....	62
IV. Beurteilungsermächtigungen bei deutschen Rechtsnormen, die europarechtliche Vorgaben umsetzen.....	114
<b>C. Zusammenfassendes Prüfschema zur Untersuchung der gerichtlichen Kontrolldichte im Marktregulierungsrecht.....</b>	<b>119</b>
I. Darstellung der rechtlichen Vorgaben der Norm .....	119
II. Entscheidungsspielräume wegen der Rahmenhaftigkeit der Rechtsvorgaben.....	120
III. Entscheidungsspielräume bei der Anwendung von strikten Rechtsbindungen wegen einer Beschränkung der gerichtlichen Rechtskontrolle .....	121

<b>Dritter Teil. Kontrolldichte im Marktregulierungsrecht des Telekommunikationsgesetzes .....</b>	<b>123</b>
<b>A. System der Marktregulierung im TKG .....</b>	<b>123</b>
I. Ziele und Arten der Regulierung durch das TKG .....	123
II. Gegenstand und Systematik der Marktregulierung im TKG.....	124
III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Gang der Untersuchung .....	125
<b>B. Verfahren der Marktregulierung, §§ 9-15 TKG .....</b>	<b>127</b>
I. Überblick.....	127
II. Marktuntersuchung gem. §§ 10 und 11 TKG.....	129
III. Regulierung neuer Märkte gem. § 9a TKG n.F.....	191
<b>C. Zugangsregulierung .....</b>	<b>202</b>
I. Überblick.....	202
II. Zugangsverpflichtungen (§ 21 TKG) .....	205
III. Diskriminierungsverbot (§ 19 TKG) .....	233
IV. Transparenzverpflichtungen (§ 20 TKG) .....	236
V. Getrennte Rechnungsführung (§ 24 TKG) .....	238
VI. Standardangebot (§ 23 TKG).....	240
VII. Marktmachtunabhängige Verpflichtungen – Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern (§ 18 TKG) .....	247
VIII. Anordnungen durch die Regulierungsbehörde (§ 25 TKG).....	249
<b>D. Entgeltregulierung .....</b>	<b>253</b>
I. Überblick.....	253
II. § 29 Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung .....	255
III. Einzelentgeltgenehmigung, §§ 35 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 S. 1, 32 Nr.1 TKG als Teil der Entgeltregulierung von Zugangsleistungen .....	258
IV. Price-Cap-Verfahren, §§ 35 Abs. 3 S. 1, 35 Abs. 2 S. 2, 32 Nr. 2, 34 TKG im Rahmen der Zugangsregulierung .....	319
V. Nachträgliche Regulierung von Entgelten (§ 38 TKG).....	335
VI. § 30 – Verteilnorm im Hinblick auf Entgeltgenehmigung und nachträgliche Regulierung .....	354
VII. Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen (§ 39 TKG).....	369

<b>Vierter Teil. Zusammenfassung – Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen .....</b>	<b>381</b>
<b>A. Kernaussage der Untersuchung .....</b>	<b>381</b>
<b>B. Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur wegen der Rahmenhaftigkeit einschlägiger Rechtsvorgaben .....</b>	<b>382</b>
<b>C. Beurteilungsspielräume der Bundesnetzagentur bei der Anwendung strikter Rechtsbindungen wegen Beschränkungen der gerichtlichen Rechtskontrolle.....</b>	<b>384</b>
I. Beurteilungsspielräume wegen tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse, die einer unbeschränkten Rechtskontrolle zwingend entgegenstehen .....	384
II. Ausdrückliche Beschränkung der gerichtlichen Rechtskontrolle durch den Gesetzgeber .....	388
III. Beurteilungsspielräume liegen im untersuchten Marktregulierungsrecht nur vor, wo der Gesetzgeber dies ausdrücklich anordnet .....	389
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>393</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XXXV</b>
<b>Erster Teil. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>Zweiter Teil. Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen .....</b>	<b>5</b>
<b>A. Ermessen der Verwaltung.....</b>	<b>5</b>
I. Probleme im Hinblick auf die Kontrolle von Ermessensentscheidungen im Marktregulierungsrecht des TKG.....	6
1) Problemaufriss – gerichtliche Kontrolle komplexer Marktregulierungsentscheidungen .....	6
2) Meinungsstand in der regulierungsrechtlichen Diskussion am Beispiel des § 21 TKG .....	8
II. Ermessen und Planungsermessen nach herkömmlicher Dogmatik .....	11
1) Das schlichte Verwaltungsermessen.....	11
a) Begriff des schlichten Ermessens .....	11
b) Wann kommt der Verwaltung Ermessen zu? .....	12
c) Auswirkung auf die gerichtliche Kontrolle .....	12
(ca) Ermessensausfall.....	13
(cb) Ermessensfehlgebrauch .....	13
(cc) Ermessensüberschreitung .....	13
2) Planungsermessen („Planerische Gestaltungsfreiheit“).....	14
a) Begriff des Planungsermessens .....	14
b) Wann kommt der Verwaltung Planungsermessen zu? .....	16
c) Was kontrolliert das Gericht im Fall des Planungsermessens? .....	16
(ca) Einhaltung spezieller rechtlicher Vorgaben .....	17
(cb) Kontrolle der Abwägung .....	17
(1) Abwägungsausfall .....	18
(2) Abwägungsdefizit.....	18
(3) Abwägungsfehlgewichtung.....	18

(4) Abwägungsdisproportionalität .....	19
3) Die Diskussion um die gerichtliche Kontrolle komplexer Ermessensentscheidungen im allgemeinen Verwaltungsrecht .....	19
III. Stellungnahme – ein geeignetes Kontrollkonzept für die gerichtliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen im Marktregulierungsrecht.....	22
1) Übereinstimmende Charakteristika der Verwaltungsentscheidungen bei Planungs- und komplexen Ermessensentscheidungen im Marktregulierungsrecht .....	24
a) Pluralität der zu beachtenden öffentlichen und privaten Interensspositionen .....	24
b) Große Anzahl denkbarer Handlungsvarianten .....	25
c) Offenheit der gesetzlichen Vorgaben .....	25
2) Geltung der gleichen Regeln rationalen und gerechten Entscheidens für Planungs- und komplexe Ermessensentscheidungen im Marktregulierungsrecht .....	26
a) Zusammenstellung des Abwägungsmaterials .....	28
(aa) Bestimmung der abwägungserheblichen Belange.....	28
(ab) Sachverhaltsermittlung in Bezug auf die entscheidungserheblichen Belange und die in Betracht kommenden Handlungsvarianten .....	29
b) Entscheidungsfindung durch Gewichtung und Abwägung der Belange .....	31
(ba) Gewichtung der Belange.....	31
(bb) Auswahl der Handlungsvariante unter Abwägung der Belange.....	32
3) Die klassische Ermessensfehlerlehre, die das Übermaßverbot als Abwägungsmaßstab verwendet, ist kein hinreichender Prüfungsmaßstab für komplexe Ermessensentscheidungen .....	33
4) Prüfprogramm für die gerichtliche Kontrolle von Ermessensentscheidungen im Marktregulierungsrecht .....	37
a) Einhaltung spezieller rechtlicher Ermessensgrenzen .....	37
b) Kontrolle der Abwägung .....	38
(ba) Abwägungsausfall.....	38
(bb) Abwägungsdefizit bei der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials.....	39

(bc) Kontrolle des gefundenen Abwägungsausgleichs .....	40
(1) Abwägungsfehlgewichtung .....	41
(2) Abwägungsdisproportionalität .....	41
(bd) Rechtsfolge von Abwägungsfehlern .....	42
IV. Fazit: (Planungs-) Ermessen als Entscheidungsspielraum wegen Rahmenhaftigkeit der rechtlichen Vorgaben .....	42
<b>B. Beurteilungsspielräume bei der Anwendung von     Rechtsbegriffen .....</b>	<b>45</b>
I. Problem im Hinblick auf Beurteilungsspielräume im Marktregulierungsrecht des TKG .....	45
1) Ausdrückliche Normierung von Beurteilungsspielräumen durch den Gesetzgeber .....	45
2) Beurteilungsspielräume kraft Auslegung der gesetzlichen Vorschriften .....	46
a) Besondere Unbestimmtheit der Normen .....	47
b) Überlegener Sachverstand der Regulierungsbehörde .....	48
c) Weitere praktische Schwierigkeiten der Nachprüfung, insbesondere Komplexität der Entscheidung .....	48
d) Entscheidung der Regulierungsbehörde als Entscheidung eines unabhängigen, weisungsfreien und sachverständigen Gremiums in justizähnlichem Verfahren .....	49
e) Komplexe, wertende Abwägungsentscheidung mit planerischem Charakter .....	49
f) Prognostischer Charakter der Regulierungsentscheidung und das Bestehen von unüberwindlichen Erkenntnisunsicherheiten .....	49
3) Rechtsfolgen von Beurteilungsermächtigungen .....	50
II. Beurteilungsspielräume der Verwaltung nach herkömmlicher Dogmatik .....	51
1) Begriff des Beurteilungsspielraums .....	51
2) Unter welchen Voraussetzungen liegt ein Beurteilungsspielraum bei der Anwendung von Rechtsbegriffen vor? .....	53
a) Standpunkt der herrschenden Meinung: Grundsatz vollständiger Kontrolle .....	53
b) Andere Ansichten .....	56
c) Stellungnahme .....	57

(ca)	Beurteilungsspielräume wegen der „Unbestimmtheit“ von Rechtsbegriffen bzw. weil (subjektiv) wertende Entscheidungen nötig sind? .....	57
(cb)	Ausnahmen vom Grundsatz vollständiger Rechtsanwendungskontrolle? .....	59
3)	Rechtsfolgen für die Gerichtskontrolle im Falle eines Beurteilungsspielraums? .....	61
III.	Untersuchung: Was rechtfertigt eine Beurteilungsermächtigung? .....	62
1)	Systematisierung der Rechtfertigungserwägungen .....	62
a)	Beurteilungsspielräume aus tatsächlichen Gründen: Tatsächliche Hindernisse für eine gerichtlichen Vollkontrolle (Gericht kann nicht vollständig kontrollieren) .....	62
b)	Beurteilungsermächtigungen aus (verfassungs-) rechtlichen Gründen: Besondere administrative Gestaltungsfreiheit steht Vollkontrolle entgegen (Gericht soll nicht vollständig kontrollieren) .....	63
c)	Beurteilungsspielraum kraft ausdrücklicher Ermächtigung durch den Gesetzgeber? .....	63
2)	Beurteilungsspielraum aus tatsächlichen Gründen: Tatsächliche Hindernisse für eine gerichtlichen Vollkontrolle (Gericht kann nicht vollständig kontrollieren) .....	63
a)	Unwiederholbare Entscheidungssituation .....	63
b)	Hochkomplexe Entscheidungen, die besonderen Sachverstand erfordert .....	64
(ba)	Beschreibung und Abgrenzung der Fallgruppe .....	65
(bb)	Meinungsstand .....	65
(bc)	Stellungnahme .....	68
3)	Beurteilungsspielraum aus (verfassungs-) rechtlichen Gründen: Besondere Administrative Gestaltungsfreiheit steht Vollkontrolle entgegen (Gericht soll nicht uneingeschränkt kontrollieren) .....	74
a)	Verwaltungsentscheidungen durch unabhängige, sachverständig und/oder pluralistisch zusammengesetzte Gremien .....	74
(aa)	Beschreibung der Fallgruppe .....	74
(ab)	Meinungsstand .....	74
(ac)	Stellungnahme .....	75

b) Wertende Politische Entscheidungen .....	77
(ba) Beschreibung der Fallgruppe .....	77
(bb) Meinungsstand .....	78
(bc) Stellungnahme .....	80
c) Standardisierungsermächtigung.....	82
d) Planerisch-gestaltende Entscheidungen.....	83
(da) Beschreibung der Fallgruppe.....	83
(db) Meinungsstand .....	83
(dc) Stellungnahme .....	84
(1) Gerichtliche Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen, die sich auf Planungsentscheidungen beziehen.....	85
(2) Planungsähnliche Entscheidungen bei der Anwendung von Tatbestandsmerkmalen in konditional formulierten Normen? .....	86
e) Prognoseentscheidungen .....	87
(ea) Beschreibung der Fallgruppe.....	87
(eb) Meinungsstand .....	89
(ec) Stellungnahme .....	92
(1) Gerichtliche Vollkontrolle von Prognosen im Hinblick auf strikte Rechtsbindungen .....	93
(i) Vollkontrolle trotz prinzipieller Unsicherheit zukünftiger Entwicklungen.....	94
(ii) Beweislastentscheidung statt Prognosespielraum der Verwaltung bei Zweifelsfällen .....	96
(iii) Abstellen auf überindividuelle Zukunfts entwicklung rechtfertigt keine Beschränkung der Gerichtskontrolle .....	97
(2) Beschränkte Kontrolldichte nur bei Prognosen in Bezug auf Gesichtspunkte, für deren Würdigung ein anderweitig begründet administrativer Entscheidungsfreiraum besteht .....	98
(i) Prognosen betreffend die Belange einer planerischen Abwägung .....	98
(ii) Prognose mit Bezug auf Entscheidungen, für die der Verwaltung aus anderen Gründen ein Beurteilungsspielraum zukommt .....	99



(3) Gerichtliche Prüfung im Falle einer beschränkt kontrollierbaren Prognose .....	99
f) Sog. „Risikoentscheidungen“ bzw. „Technikklauseln“ .....	101
(fa) Beschreibung der Fallgruppe .....	101
(fb) Meinungsstand .....	102
(fc) Stellungnahme .....	103
(1) Komplexe, Sachverstand erfordernde Entscheidungen .....	104
(2) Erkenntnisunsicherheiten und prognostischer Charakter .....	104
(3) Erfordernis wertender Entscheidung .....	106
(4) Beurteilungsspielraum wegen Entscheidung durch unabhängige Sachverständige? .....	106
(5) Beschränkter materiell-rechtlicher Kontrollmaßstab? .....	107
4) Voraussetzungen eines Beurteilungsspielraums kraft gesetzgeberischen Willensaktes .....	107
a) Problemaufriss .....	107
b) Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolldichte .....	108
(ba) Bedeutung für die Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung .....	108
(bb) Bindung des Gesetzgebers durch den Grundsatz unbeschränkter gerichtlicher Rechtskontrolle gem. Art. 19 Abs. 4 GG .....	109
(1) Art. 19 Abs. 4 GG bestimmt nicht den Umfang materiell-rechtlicher Bindungen .....	109
(2) Gewährleistungsgehalt des Art. 19 Abs. 4 GG wird durch gesetzlich normierte Beurteilungsermächtigungen berührt .....	109
(3) Anforderung an die sachliche Rechtfertigung einer normierten Beurteilungsermächtigung .....	112
IV. Beurteilungsermächtigungen bei deutschen Rechtsnormen, die europarechtliche Vorgaben umsetzen .....	114
1) EuGH erkennt Entscheidungsspielräume der EG-Organen bei komplexen Entscheidungen an .....	114

2) Verringerte Kontrolldichte der deutschen Gerichte bei der Anwendung von Normen, die europarechtliche Vorgaben umsetzen? .....	115
3) Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung bestimmt sich nach den Vorgaben des nationalen Verwaltungsprozess- und Verfassungsrechts .....	115
a) Grundsatz der „autonomie procedurale“ .....	115
b) Das Europarecht fordert nur Mindeststandards der gerichtlichen Kontrolle, steht einer intensiveren gerichtlichen Kontrolle aber nicht entgegen.....	116
c) Die jüngste Rechtsprechung des EuGH .....	118
d) Fazit .....	119

### **C. Zusammenfassendes Prüfschema zur Untersuchung der gerichtlichen Kontrolldichte im Marktregulierungsrecht..... 119**

I. Darstellung der rechtlichen Vorgaben der Norm .....	119
II. Entscheidungsspielräume wegen der Rahmenhaftigkeit der Rechtsvorgaben.....	120
III. Entscheidungsspielräume bei der Anwendung von strikten Rechtsbindungen wegen einer Beschränkung der gerichtlichen Rechtskontrolle .....	121
1) Beurteilungsspielraum aufgrund willentlicher Ermächtigung durch den Gesetzgeber .....	121
2) Beurteilungsspielraum wegen tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse für die gerichtliche Rechtskontrolle.....	121
3) Beschreibung der beschränkten Nachprüfung durch das Gericht .....	122

## **Dritter Teil. Kontrolldichte im Marktregulierungsrecht des Telekommunikationsgesetzes..... 123**

### **A. System der Marktregulierung im TKG ..... 123**

I. Ziele und Arten der Regulierung durch das TKG .....	123
II. Gegenstand und Systematik der Marktregulierung im TKG.....	124
III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Gang der Untersuchung .....	125

### **B. Verfahren der Marktregulierung, §§ 9-15 TKG ..... 127**

I. Überblick.....	127
-------------------	-----

1) Wesentlicher Regelungsgehalt und Zweck.....	127
2) Systematik der gesetzlichen Regelung.....	127
3) Gang der Untersuchung .....	129
II. Marktuntersuchung gem. §§ 10 und 11 TKG.....	129
1) Überblick.....	129
2) Marktabgrenzung, § 10 Abs. 1 TKG .....	130
a) Rechtliche Vorgaben .....	130
(aa) Sachliche Marktabgrenzung .....	131
(ab) Räumliche Marktabgrenzung.....	132
(ac) Konsolidierungsverfahren.....	133
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	133
(ba) Auswirkung der Empfehlung der Kommission auf die gerichtliche Nachprüfung der Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht.....	134
(bb) Beurteilungsermächtigung der Bundesnetzagentur bei der Marktabgrenzung.....	135
(1) Meinungsstand.....	135
(2) Beurteilungsermächtigung kraft willentlicher Ermächtigung?.....	138
(i) Willentliche Ermächtigung durch deutsches Recht?.....	138
(ii) Willentliche Ermächtigung durch Europarecht? .....	141
(3) Beurteilungsermächtigung aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse für die Gerichtskontrolle? .....	144
(i) Hochkomplexe Entscheidung, die besonderen Sachverstand erfordert .....	144
(ii) Vergleichbarkeit mit der Fallgruppe „Risikoentscheidungen“ .....	145
(iii) Entscheidung durch weisungsfreies pluralistisches Gremium .....	146
(iv) Stark wertende politische Entscheidung.....	146
(v) Planerisch-gestaltende Entscheidungen.....	147
(vi) Beurteilungsermächtigung wegen des Konsolidierungsverfahrens gem. § 12 Abs. 2 TKG?.....	148
(vii) Prognoseentscheidung .....	151
(4) Ergebnis: unbeschränkte Gerichtskontrolle .....	151

3) Marktanalyse, § 11 TKG – Prüfung, ob wirksamer Wettbewerb besteht.....	152
a) Rechtliche Vorgaben .....	152
(aa) Einzelmarktbeherrschung .....	153
(1) Kriterien betreffend die Marktstruktur.....	154
(2) Kriterien betreffend die Unternehmensstruktur .....	155
(3) Marktverhalten .....	155
(ab) Gemeinsame Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen .....	156
(ac) Übertragung von Marktmacht auf Nachbarmärkte.....	158
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	159
(ba) Meinungsstand .....	159
(bb) Beurteilungsspielraum kraft willentlicher Ermächtigung?.....	160
(1) Deutsches Recht .....	160
(2) Europarecht .....	161
(bc) Beurteilungsermächtigung aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse für die Gerichtskontrolle?.....	163
(1) Hochkomplexe Entscheidung, die besonderen Sachverstand erfordern.....	163
(2) Vergleichbarkeit mit der Fallgruppe „Risikoentscheidungen“ .....	164
(3) Entscheidung durch weisungsfreies pluralistisches Gremium.....	165
(4) Stark wertende politische Entscheidung .....	165
(5) Planerisch-gestaltende Entscheidungen .....	166
(6) Beurteilungsermächtigung wegen des Konsolidierungsverfahrens gem. § 12 Abs. 2 TKG? .....	166
(7) Besondere Prognoseentscheidung .....	166
(bd) Ergebnis: Unbeschränkte Gerichtskontrolle.....	170
4) Marktdefinition, § 10 Abs. 1 und 2 TKG – Festlegung der Regulierungsbedürftigkeit.....	170
a) Rechtliche Vorgaben .....	170
(aa) Bestehen von Marktzutrittsschranken .....	171
(ab) Längerfristig keine Tendenz zu Wettbewerb.....	173

(ac) Anwendung allgemeinen Wettbewerbsrechts reicht nicht aus, dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken .....	174
(ad) Abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise? .....	176
(1) Meinungsstand.....	176
(2) Stellungnahme .....	178
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	180
(ba) Auswirkungen der Märkte-Empfehlung der Kommission auf die gerichtliche Kontrolle der Marktdefinition .....	180
(bb) Beurteilungsermächtigung der Bundesnetzagentur bei der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit.....	181
(1) Meinungsstand.....	181
(2) Beurteilungsermächtigung kraft ausdrücklicher Ermächtigung durch den Gesetzgeber .....	182
(3) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Beurteilungsermächtigung für die prognostischen Elemente des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG .....	183
(i) Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	184
(ii) Bestehen tatsächliche oder rechtliche Hindernisse für die Gerichtskontrolle? .....	185
(iii) Rechtfertigung der Beurteilungsermächtigung durch kollidierendes Verfassungsrecht.....	188
(iv) Beschreibung der beschränkten Gerichtskontrolle .....	189
III. Regulierung neuer Märkte gem. § 9a TKG n.F. ....	191
1) Überblick.....	191
a) Wesentlicher Regelungsgehalt und Zweck .....	191
b) Systematik.....	191
2) Tatbestand des § 9a Abs. 2 TKG .....	193
a) Rechtliche Vorgaben .....	193
(aa) Vorliegen eines „neuen Marktes“ .....	193
(ab) Durch Tatsachen gerechtfertigte Annahme, einer wettbewerbswidrigen Entwicklung bei fehlender Regulierung.....	195
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	196
(ba) Meinungsstand.....	196

(bb) Beurteilungsermächtigung bei der Abgrenzung eines neuen Marktes? .....	196
(bc) Beurteilungsermächtigung bei der Prognose über die weitere Marktentwicklung .....	197
(1) Keine willentliche Beurteilungsermächtigung für § 9a TKG .....	197
(2) Geltung des § 10 Abs. 2 S. 2 TKG für die Prognose im Rahmen des § 9a Abs. 2 S. 1 TKG .....	197
(3) Beschreibung der beschränkten Gerichtskontrolle .....	199
3) Rechtsfolge des § 9a .....	199
a) Normprogramm .....	199
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	200
<b>C. Zugangsregulierung .....</b>	<b>202</b>
I. Überblick .....	202
1) Zweck der Zugangsregulierung .....	202
2) Gesetzliche Systematik der Zugangsregulierung (§ 16-26 TKG) ....	202
3) Chronologischer Ablauf der Zugangsregulierung .....	203
4) Die verschiedenen Stadien, in denen Entscheidungsspielräume der Verwaltung bestehen können .....	204
5) Gang der Untersuchung .....	205
II. Zugangsverpflichtungen (§ 21 TKG) .....	205
1) Überblick .....	205
a) Zweck und wesentlicher Regelungsgehalt .....	205
b) Systematik .....	206
(ba) Zusammenspiel des § 21 TKG mit anderen Normen der Marktregulierung .....	206
(bb) Systematik des § 21 TKG und Gang der Untersuchung .....	206
2) Tatbestandsvoraussetzungen des § 21 TKG .....	207
a) Normprogramm .....	207
(aa) „Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht“ .....	207
(ab) Normiert § 21 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. TKG Tatbestandsmerkmale? .....	207

(ac) Die Anforderungen des § 21 Abs. 1 S. 2 TKG als Tatbestandmerkmale? .....	209
(ad) Fazit.....	210
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung.....	210
3) Rechtsfolge des § 21 Abs. 2 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 TKG .....	210
a) Rechtliche Vorgaben der Norm für die behördliche Entscheidung.....	210
(aa) Ermessen im Hinblick auf die Auswahl der Zugangsverpflichtungen gem. § 21 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 TKG.....	210
(ab) Eröffnet § 21 Abs. 2 TKG ein Entschließungsermessen? .....	212
(ac) Bedeutung der Vorgaben der §§ 21 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. sowie Abs. 1 S. 2 TKG für die Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur.....	213
(1) Inhalt der Vorgaben.....	213
(2) Meinungsstand.....	213
(3) Stellungnahme .....	214
(i) Einhaltung zwingender rechtlicher Vorgaben, die nicht Teil der Abwägung sind.....	214
(ii) Bestimmung der zulässigen rechtlichen Ermessenszwecke und sonstiger zu berücksichtigender Sachaspekte als Leitlinie der Ermessensbetätigung .....	215
(iii) Sachverhaltsermittlung .....	218
(iv) Umfassende Abwägung .....	219
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	220
(ba) Meinungsstand.....	220
(bb) Stellungnahme .....	223
(1) Gerichtskontrolle ist beschränkt, weil das Recht die Auswahlentscheidung nicht abschließend determiniert, sondern nur Rahmenvorgaben bereithält .....	223
(2) Gerichtskontrolle nach Maßgabe der Abwägungsfehlerlehre .....	223
(i) Einhaltung spezieller Ermessensschränken .....	224
(ii) Abwägungsausfall.....	224
(iii) Abwägungsdefizit .....	224

(iv) Abwägungsfehlengewichtung .....	226
(v) Abwägungsdisproportionalität.....	226
(vi) Rechtsfolgen von Abwägungsfehlern.....	227
4) § 21 Abs. 3 TKG .....	228
a) Rechtliche Vorgaben .....	228
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	230
5) § 21 Abs. 4 TKG .....	231
a) Normprogramm .....	231
(aa) Inhalt der Vorgaben .....	231
(ab) Einordnung in die Systematik des § 21 TKG.....	232
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	232
III. Diskriminierungsverbot (§ 19 TKG) .....	233
1) Überblick.....	233
2) Tatbestand des § 19 Abs. 1 TKG.....	234
3) Rechtsfolge des § 19 Abs. 1 TKG .....	234
a) Rechtliche Vorgaben .....	234
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung.....	236
IV. Transparenzverpflichtungen (§ 20 TKG) .....	236
1) Überblick.....	236
2) Tatbestand .....	236
3) Rechtsfolge.....	237
a) Rechtliche Vorgaben .....	237
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung.....	237
V. Getrennte Rechnungsführung (§ 24 TKG).....	238
1) Überblick.....	238
2) Tatbestand .....	238
3) Rechtsfolge gem. § 24 Abs. 1 TKG.....	238
a) Rechtliche Vorgaben .....	238
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung.....	239
4) Rechtsfolge gem. § 24 Abs. 2 TKG.....	239
a) Rechtliche Anforderungen.....	239
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung.....	239
VI. Standardangebot (§ 23 TKG).....	240



1) Überblick.....	240
2) § 23 Abs. 1 TKG .....	241
a) Tatbestand des § 23 Abs. 1 TKG.....	241
b) Rechtsfolge des § 23 Abs. 1 TKG .....	241
(ba) Rechtliche Vorgaben .....	241
(bb) Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung.....	242
3) § 23 Abs. 3 TKG .....	242
a) Rechtliche Vorgaben .....	242
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung.....	243
4) § 23 Abs. 4 TKG .....	243
a) Rechtliche Vorgaben .....	243
(aa) Überprüfung der vorgelegten Standardangebote.....	243
(ab) Veränderung der vorgelegten Standardangebote.....	245
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung.....	245
(ba) In Bezug auf die Rechtmäßigkeit des vom Betreiber vorgelegten Standardangebots .....	245
(bb) In Bezug auf die Veränderungen des Standardangebots durch die Bundesnetzagentur.....	246
5) § 23 Abs. 5 TKG .....	246
6) § 23 Abs. 6 TKG .....	246
<b>VII. Marktmachtunabhängige Verpflichtungen – Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern (§ 18 TKG).....</b>	<b>247</b>
1) Überblick.....	247
2) § 18 Abs. 1 TKG .....	247
a) Tatbestand.....	247
b) Rechtsfolge .....	247
(ba) Rechtliche Vorgaben .....	247
(bb) Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung .....	249
3) § 18 Abs. 2 TKG .....	249
<b>VIII. Anordnungen durch die Regulierungsbehörde (§ 25 TKG).....</b>	<b>249</b>
1) Überblick.....	249
2) Voraussetzungen der Zugangsanordnung (§ 25 Abs. 1, 3 und 4 TKG) .....	250

3) Rechtsfolge: Zulässiger Inhalt der Anordnung (§ 25 Abs. 5 und 3 TKG)	251
a) Rechtliche Vorgaben	251
b) Gerichtliche Kontrolldichte	252
<b>D. Entgeltregulierung</b>	<b>253</b>
I. Überblick	253
1) Zweck der Entgeltregulierung	253
2) Systematik	253
3) Gang der Untersuchung	255
II. § 29 Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung	255
1) Überblick	255
2) § 29 Abs. 1 TKG	255
a) Rechtliche Vorgaben	255
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung	256
3) § 29 Abs. 3 TKG	257
a) Rechtliche Vorgaben	257
b) Gerichtliche Kontrolldichte	258
III. Einzelentgeltgenehmigung, §§ 35 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 S. 1, 32 Nr.1 TKG als Teil der Entgeltregulierung von Zugangsleistungen	258
1) Überblick	258
2) Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 TKG	259
3) Genehmigungsvoraussetzungen (Überblick)	260
4) Rechtliche Anforderungen des § 31 TKG für die Entgeltgenehmigung	260
a) Materieller Maßstab der Entgeltgenehmigung – Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung	261
b) Anerkennung nicht effizienter Kosten nach § 31 Abs. 3 TKG	263
c) Methoden zur Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit der Entgelte: Betrachtung der Kosten oder Betrachtung der Preise nach dem Vergleichsmarktprinzip	264
5) Prüfung der Genehmigungsfähigkeit durch Betrachtung der Kosten des Unternehmens	265

a)	Ausgangspunkt: Beschreibung der regulierten Leistung und Prognose der bereitgestellten Leistungsmenge .....	267
b)	Überprüfung der verursachungsgerechten Kostenzuteilung für den regulierten Kostenträger.....	268
c)	Überprüfung der Effizienz der zugeteilten Kosten nach Art und Höhe .....	270
(ca)	Überprüfung der Abschreibungen .....	271
(cb)	Überprüfung der angemessenen Kapitalverzinsung .....	272
(cc)	Kostenmodelle .....	274
6)	Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung im Hinblick auf die Überprüfung der Kosten durch die Bundesnetzagentur.....	276
a)	Meinungsstand .....	276
(aa)	Die Positionen der Rechtsprechung zu Entscheidungsfreiräumen der Behörde.....	277
(ab)	Die Positionen in der Literatur zu Entscheidungsfreiräumen der Behörde.....	279
(1)	Befürworter eines Beurteilungsspielraums .....	279
(2)	Gegner eines Beurteilungsspielraums .....	282
(ac)	Positionen zu Entscheidungsspielräumen des Unternehmens gegenüber Regulierungsbehörde und Gericht .....	282
b)	Stellungnahme – Kontrolldichte bei der Überprüfung der verursachungsgerechten Zuteilung von Kosten für die regulierte Leistung .....	284
c)	Stellungnahme – Kontrolldichte im Hinblick auf die Effizienz der zugeteilten Kosten nach Art und Höhe.....	286
(ca)	Entscheidungsspielräume wegen inhaltlich begrenzter Rechtsvorgaben? .....	286
(cb)	Willentliche Beurteilungsermächtigung durch den Gesetzgeber? .....	287
(cc)	Beurteilungsspielraum wegen tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse für die gerichtliche Rechtskontrolle? .....	289
(1)	Hochkomplexe Entscheidung, die besonderen Sachverstand erfordert.....	289

(2)	Vergleichbarkeit mit der Fallgruppe „Risikoentscheidungen“ .....	290
(3)	Entscheidung durch weisungsfreies pluralistisches Gremium.....	290
(4)	Stark wertende politische Entscheidung .....	290
(5)	Planerisch-abwägende Entscheidung der Behörde .....	291
(6)	Methodenwahlfreiheit der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wegen fehlender Methodenvorgaben im Gesetz?.....	294
(7)	Besondere Prognoseentscheidung .....	295
(8)	Entscheidungsspielraum der Behörde wegen der Unsicherheit der Feststellung der Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung? .....	297
(i)	Wegen Erkenntnisunsicherheiten sind die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nur innerhalb einer Bandbreite bestimmbar .....	297
(ii)	Eingrenzung der Bandbreiten so weit als möglich .....	299
(iii)	Bewältigung der verbleibenden Unsicherheiten nach Beweislastgrundsätzen .....	300
(iv)	Verteilung der materiellen Beweislast bei der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gem. § 31 TKG.....	301
(cd)	Beschreibung der Gerichtskontrolle .....	305
7)	Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit durch Betrachtung des beantragten Preises im Wege des Vergleichsmarktverfahrens .....	306
a)	Auswahl der tauglichen Vergleichsmärkte durch die Behörde .....	307
b)	Bildung des Vergleichspreises unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Vergleichsmärkte.....	308
8)	Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung bei Anwendung des Vergleichsmarktverfahrens durch die Bundesnetzagentur.....	310
a)	Meinungsstand .....	310
b)	Stellungnahme .....	312
(ba)	Gerichtliche Überprüfung der Auswahl tauglicher Vergleichsmärkte durch die Behörde .....	312

(bb) Gerichtliche Kontrolle der Bildung des Vergleichspreises unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Vergleichsmärkte .....	313
(1) Entscheidungsspielräume, weil das Recht nur Rahmenvorgaben enthält .....	313
(2) Beurteilungsermächtigung .....	313
(i) Hochkomplexe, sachverständige Entscheidung .....	314
(ii) Planerisch abwägende Entscheidung .....	314
(iii) Besondere Prognoseentscheidung .....	315
(iv) Kein Entscheidungsspielraum der Behörde wegen Erkenntnisunsicherheiten .....	315
(v) Methodenwahlfreiheit? .....	317
(vi) Andere Rechtfertigungsgründe für eine Beurteilungsermächtigung? .....	318
9) Fazit .....	318
IV. Price-Cap-Verfahren, §§ 35 Abs. 3 S. 1, 35 Abs. 2 S. 2, 32 Nr. 2, 34 TKG im Rahmen der Zugangsregulierung .....	319
1) Überblick .....	319
a) Wesentlicher Regelungsgehalt .....	319
b) Systematik .....	320
2) Wahl der Verfahrensart und Bestimmung des Inhalts der Körbe, § 34 Abs. 1 TKG .....	320
a) Rechtliche Vorgaben .....	320
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	322
(ba) Meinungsstand .....	322
(bb) Stellungnahme .....	322
3) Bestimmung der Maßgrößen für die Genehmigung, § 34 Abs. 3 bis 5 TKG .....	324
a) § 34 Abs. 3 Nr. 1 TKG – gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate .....	324
b) § 34 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 und Abs. 5 TKG – die zu erwartende Produktivitätsfortschrittsrate des marktmächtigen Betreibers .....	326
(ba) Rechtliche Vorgaben .....	326
(bb) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	328
(1) Meinungsstand .....	328

(2) Stellungnahme .....	329
(i) Planerisch-abwägende Entscheidung.....	329
(ii) Politische Entscheidung.....	330
(iii) Besondere Prognoseentscheidung .....	330
(iv) Beurteilungsspielraum wegen der besonderen Unsicherheit der Vorhersage der zu erwartenden Produktivitätsfortschrittsrate?.....	331
(v) Andere Rechtfertigungsgründe? .....	332
c) § 34 Abs. 3 Nr. 3 – Nebenbedingungen zur Verhinderung eines Missbrauchs nach § 28 TKG .....	332
4) Weitere Festlegungen nach § 34 Abs. 6 TKG .....	333
5) Fazit.....	334
V. Nachträgliche Regulierung von Entgelten (§ 38 TKG).....	335
1) Überblick.....	335
2) Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage des § 38 Abs. 4 TKG: Einhaltung der Vorgaben aus § 28 TKG.....	336
a) Meinungsstand zur gerichtlichen Kontrolldichte im Hinblick auf den materiellen Maßstab des § 28 TKG.....	337
b) § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG .....	338
(ba) Rechtliche Vorgaben .....	338
(bb) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte.....	340
(1) Hochkomplexe Entscheidungen, die besonderen Sachverstand erfordern.....	340
(2) Planerisch-gestaltende Entscheidung .....	341
(3) Besondere Prognoseentscheidungen .....	341
(4) Entscheidungsspielräume wegen der Unsicherheit der Feststellung des wettbewerbsanalogen Preises bzw. der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung? .....	342
(5) Andere Rechtfertigungsgründe für eine Beurteilungsermächtigung?.....	343
c) § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG .....	343
(ca) Rechtliche Vorgaben .....	343
(cb) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte.....	348
(1) Hochkomplexe sachverständige Entscheidung, die besonderen Sachverstand erfordert .....	348
(2) Planerisch-abwägende Entscheidung .....	349

(3)	Besondere Prognoseentscheidung.....	350
(4)	Entscheidungsspielraum wegen Unsicherheiten der Kostenkalkulation? .....	350
(5)	Andere Gründe für eine Beurteilungsermächtigung? .....	351
d)	§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG .....	351
(da)	Rechtliche Vorgaben .....	351
(db)	Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte.....	352
e)	Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung im Falle des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 .....	352
(ea)	Rechtliche Vorgaben .....	352
(eb)	Kontrolldichte .....	353
3)	Rechtsfolge der Ermächtigungsgrundlage des § 38 Abs. 4 TKG.....	353
VI.	§ 30 – Verteilnorm im Hinblick auf Entgeltgenehmigung und nachträgliche Regulierung .....	354
1)	Überblick.....	354
2)	§ 30 Abs. 1 TKG .....	355
a)	Rechtliche Vorgaben .....	355
b)	Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	357
(ba)	Meinungsstand zur Kontrolldichte in Bezug auf § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG .....	358
(bb)	Stellungnahme – Beurteilungsspielraum für § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG? .....	358
(1)	Willentliche Ermächtigung durch den Normgeber .....	358
(2)	Beurteilungsspielraum wegen tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse für die gerichtliche Rechtskontrolle.....	359
(i)	Planerisch-abwägende Entscheidung.....	359
(ii)	Politische Entscheidung.....	361
(iii)	Besondere Prognoseentscheidung .....	362
(iv)	Andere Rechtfertigungsgründe für eine Beurteilungsermächtigung? .....	363
3)	§ 30 Abs. 3 S. 2 TKG.....	363
a)	Rechtliche Vorgaben .....	363
b)	Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	364

4) § 30 Abs. 3 S. 1 TKG.....	365
a) Rechtliche Vorgaben .....	365
b) Erörterung der gerichtlichen Kontrolldichte .....	367
5) § 30 Abs. 5 TKG .....	367
a) Rechtliche Vorgaben .....	367
b) Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung .....	368
VII. Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen (§ 39 TKG).....	369
1) Überblick .....	369
2) § 39 Abs. 1 .....	370
a) Tatbestand des § 39 Abs. 1 TKG.....	370
(aa) Rechtliche Vorgaben .....	370
(ab) Kontrolldichte der gerichtlichen Prüfung.....	373
(1) Meinungsstand.....	373
(2) Stellungnahme .....	374
(i) Willentliche Beurteilungsermächtigung durch den Normgeber?.....	374
(ii) Beurteilungsspielraum wegen tatsächlicher oder rechtlicher Hindernisse für die gerichtliche Rechtskontrolle? .....	375
b) Rechtsfolge des § 39 Abs. 1 TKG.....	377
3) § 39 Abs. 3 .....	378

<b>Vierter Teil. Zusammenfassung – Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen.....</b>	<b>381</b>
<b>A. Kernaussage der Untersuchung .....</b>	<b>381</b>
<b>B. Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur wegen der Rahmenhaftigkeit einschlägiger Rechtsvorgaben .....</b>	<b>382</b>
<b>C. Beurteilungsspielräume der Bundesnetzagentur bei der Anwendung strikter Rechtsbindungen wegen Beschränkungen der gerichtlichen Rechtskontrolle .....</b>	<b>384</b>
<b>I. Beurteilungsspielräume wegen tatsächlicher oder rechtlicher         Hindernisse, die einer unbeschränkten Rechtskontrolle         zwingend entgegenstehen .....</b>	<b>384</b>



II. Ausdrückliche Beschränkung der gerichtlichen Rechtskontrolle durch den Gesetzgeber .....	388
III. Beurteilungsspielräume liegen im untersuchten Marktregulierungsrecht nur vor, wo der Gesetzgeber dies ausdrücklich anordnet .....	389
1) Verfahren der Marktregulierung (§§ 9-15 TKG) .....	389
2) Zugangsregulierung (§§ 16-26 TKG) .....	389
3) Entgeltregulierung (§§ 27-39 TKG) .....	389
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>393</b>