

**Schriften zum Deutschen  
und Europäischen Infrastrukturrecht**

---

**Band 17**

# **Das Regulierungsermessen**

**Eine kritische Rekonstruktion**

**Von**

**Marie Garstecki**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MARIE GARSTECKI

Das Regulierungsermessens

Schriften zum Deutschen  
und Europäischen Infrastrukturrecht

Herausgegeben von  
Ralf Brinktrine und Markus Ludwigs

Band 17

# Das Regulierungsermessen

Eine kritische Rekonstruktion

Von

Marie Garstecki



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam hat diese Arbeit  
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2198-0632

ISBN 978-3-428-18382-1 (Print)

ISBN 978-3-428-58382-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Zoë*



## **Vorwort**

Größter Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Marcus Schlaebach (LL.M.) für seine stetige Begleitung, Förderung und Unterstützung während dieses Projekts. Ohne ihn wäre es nicht in dieser Form zur Verwirklichung gelangt. Besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Christoph Wagner für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Hinweise. Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe „Schriften zum Deutschen und Europäischen Infrastrukturrecht“.

Ich danke außerdem Herrn Prof. Dr. Michael Tolksdorf an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin für die fruchtbaren Gespräche und seine Anregungen, die ich stets zu schätzen wusste.

Die Arbeit wurde durch die Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung gefördert.

Berlin, im August 2021

*Marie Garstecki*



# **Inhaltsübersicht**

<b>Einführung</b> .....	25
A. Problemstellung .....	27
B. Ziel der Untersuchung .....	32
C. Gang der Untersuchung .....	32
 <i>Erster Teil</i>	
<b>Regulierung als Rechtsbegriff und Staatsaufgabe</b>	36
 <i>Kapitel 1</i>	
<b>Grundlagen des Regulierungsverwaltungsrechts</b>	36
A. Grundgesetzlicher Rahmen für die Energieregulierung .....	38
B. Historische Entwicklung der Gewährleistungsverantwortung .....	40
 <i>Kapitel 2</i>	
<b>Regulierungsbegriffe, -instrumente und die Bedeutung des Wettbewerbs</b>	47
A. Aufgabe von Regulierung .....	47
B. Regulierungsrecht als öffentliches Privatisierungsfolgerecht? .....	72
C. Die Abgrenzung von Regulierungsrecht und Kartellrecht .....	73
D. Zusammenfassung .....	77
 <i>Zweiter Teil</i>	
<b>Behördliche Entscheidungsfindung im Gefüge der Gewaltenteilung</b>	79
 <i>Kapitel 3</i>	
<b>Die Dogmatik von Beurteilungsspielraum und Ermessen</b>	80
A. Grundlagen: § 40 VwVfG und § 114 VwGO .....	80
B. Verortung der Ermessensausübung im verfassungsrechtlichen Gefüge .....	84

*Kapitel 4*

**Die etablierten Sonderformen behördlicher Entscheidungsspielräume** 100

A. Anerkannte Sonderformen des Ermessens .....	100
B. Ausblick .....	106

*Dritter Teil*

**Die Entwicklung des Regulierungsermessens** 108

*Kapitel 5*

**Die Entwicklung des Regulierungsermessens in der Rechtsprechung  
des Bundesverwaltungsgerichts zum TKG** 108

A. Anerkennung des Regulierungsermessens: BVerwGE 130, 39 .....	109
B. Festigung des Regulierungsermessens: BVerwGE 131, 41 .....	114
C. Adaption des Regulierungsermessens im Schrifttum .....	125
D. Ergebnis .....	138

*Kapitel 6*

**Die Übertragung des Regulierungsermessens auf das Energiewirtschaftsrecht** 139

A. Ausschluss der Übertragung wegen Besonderheiten im TKG bzw. EnWG .....	140
B. BGH „Stadtwerke Konstanz GmbH“ .....	153
C. BGH „Stromnetz Berlin GmbH“ .....	157
D. Die Etablierung des Regulierungsermessens im Energierichter .....	165
E. Fazit .....	179

*Vierter Teil*

**Regulierungsbehördliche Letztentscheidungsrechte im Unionsrecht** 180

*Kapitel 7*

**Europarechtliche Anforderungen an Letztentscheidungsrechte  
im Energieregulierungsrecht** 180

A. Unionsrechtliche Gestaltungsvorgaben nationaler administrativer Entscheidungsbefugnisse .....	181
B. Das Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Bundesrepublik .....	189
C. Fazit .....	194

*Fünfter Teil***Rekonstruktion der energierechtlichen Ermessensdogmatik  
als Schlussfolgerung** 195*Kapitel 8***Konturierung eines Subsumtionsermessens** 195

A. BGH: „Eigenkapitalzinssatz II“ .....	196
B. Monistisches Konzept der Entscheidungsspielräume .....	210
C. Die „Richtigkeit“ einer Antwort auf die gestellte Rechtsfrage .....	219
D. Das Subsumtionsermessen: Dogmatische Verortung der skizzierten Entscheidungsspielräume .....	226
E. Ergebnis .....	234

*Kapitel 9***Zusammenfassung und Thesen** 236

A. Zusammenfassung .....	236
B. Zusammenfassung in Thesen .....	238

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	240
-----------------------------------	-----

<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	251
----------------------------------	-----

*Anhang***Rechtsprechungsauswertung des BGH zum Regulierungsermessen  
2014–05/2021** 253



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	25
A. Problemstellung .....	27
I. Die zugrundeliegende Idee der behördlichen Rechtsanwendung .....	28
II. Regulierungsermessen des Bundesverwaltungsgerichts .....	30
III. Regulierungsermessen des Bundesgerichtshofs .....	30
B. Ziel der Untersuchung .....	32
C. Gang der Untersuchung .....	32

## *Erster Teil*

<b>Regulierung als Rechtsbegriff und Staatsaufgabe</b>	36
--	----

### *Kapitel 1*

<b>Grundlagen des Regulierungsverwaltungsrechts</b>	36
---	----

A. Grundgesetzlicher Rahmen für die Energieregulierung .....	38
B. Historische Entwicklung der Gewährleistungsverantwortung .....	40
I. Regulierungstheorie nach Smith und Daseinsvorsorge nach Forsthoff .....	41
II. Von der Daseins- zur Gewährleistungsverantwortung .....	42
1. Der Begriff der Gewährleistungsverantwortung .....	43
2. Wandel von der Daseins- zur Gewährleistungsverantwortung im Lichte europäischer Kompetenzzunahme .....	44
3. Keine Durchsetzung des Begriffs der Gewährleistungsverantwortung .....	45
4. Zwischenergebnis .....	45

### *Kapitel 2*

<b>Regulierungsbegriffe, -instrumente und die Bedeutung des Wettbewerbs</b>	47
---	----

A. Aufgabe von Regulierung .....	47
I. Eingrenzung .....	47

II. Begriffsbestimmungen .....	49
1. Regulierungsbegriffe .....	49
a) Ökonomischer Regulierungsbegriff .....	50
b) Sektorspezifischer Regulierungsbegriff Telekommunikation .....	51
c) Soziologisch-politikwissenschaftlicher Regulierungsbegriff .....	52
d) Eigenes Begriffsverständnis .....	52
2. Wettbewerbsmärkte und Energietransportmarkt .....	53
a) Funktionen und Ziele von Wettbewerb .....	53
b) Eigenschaften von Wettbewerbsmärkten .....	54
c) Besonderheiten der Energiemärkte .....	55
III. Wettbewerb im Regulierungsgefüge des EnWG .....	55
1. Die Zielvorgaben des § 1 EnWG .....	56
2. Die ratio legis des § 1 Abs. 2 EnWG .....	57
3. Die marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung .....	57
4. Wettbewerbsregulierung als Widerspruch zur Marktwirtschaft? .....	57
5. Marktversagenstatbestände .....	59
a) Marktmacht durch Skaleneffekte (economies of scale) und Verbundvorteile (economies of scope) .....	59
b) Marktmacht im natürlichen Monopol .....	60
6. Zwischenergebnis .....	61
IV. Regulierungsgegenstand .....	62
1. Entwicklung bis 2004 .....	62
2. Entwicklungen ab 2005 .....	63
a) Die Erzeugung von Energie .....	64
b) Der Energietransport: der Netzbetrieb .....	64
c) Der Vertrieb von Energie .....	67
d) Zwischenergebnis .....	67
V. Regulierungsinstrumente .....	67
1. Marktzugangsregulierung: der regulierte Netzzugang .....	68
2. Entgeltregulierung: Die Anreizregulierung .....	68
3. Unbundling oder Entflechtung von Energieversorgungsunternehmen .....	70
4. Kartellrecht als Regulierungsinstrument? .....	71
VI. Zwischenergebnis .....	72
B. Regulierungsrecht als öffentliches Privatisierungsfolgerecht? .....	72
I. „Abwicklung“ ehemals staatlicher Unternehmen .....	72
II. Regulierung als Aufgabe von Dauer .....	72
C. Die Abgrenzung von Regulierungsrecht und Kartellrecht .....	73
I. Fünf Kriterien zur Abgrenzung des Regulierungs- vom Kartellrecht .....	73

II. Der ordentliche Rechtsweg als mögliches Indiz für die Rechtsnatur des Regulierungsrechts .....	74
III. Monopolverbot unter dem GWB .....	74
IV. Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden nach § 58 EnWG .....	76
V. Zivilrechtliche Preisaufsicht .....	76
VI. Die Missbrauchsaufsicht nach § 18 und die Fusionskontrolle nach § 35 GWB .....	77
VII. Zwischenergebnis .....	77
D. Zusammenfassung .....	77

*Zweiter Teil***Behördliche Entscheidungsfindung im Gefüge der Gewaltenteilung** 79*Kapitel 3***Die Dogmatik von Beurteilungsspielraum und Ermessen** 80

A. Grundlagen: § 40 VwVfG und § 114 VwGO .....	80
I. Die Dichotomie von Tatbestand und Rechtsfolge .....	81
II. Abkehr von der Annahme der Zweigliedrigkeit von Rechtsnormen .....	82
III. Kompetenzfragen und Methodenfragen .....	83
IV. Relevanz von Methodenfragen für administrative Entscheidungsspielräume im Energieregulierungsrecht .....	84
B. Verortung der Ermessensausübung im verfassungsrechtlichen Gefüge .....	84
I. Verfassungsrechtliches Spannungsfeld behördlicher Letztentscheidungsrechte .....	86
1. Die Wesentlichkeitstheorie .....	86
2. Die normative Ermächtigungslehre .....	87
II. Entscheidungsspielräume der Verwaltung .....	88
1. Das gebundene Verwaltungshandeln .....	88
2. Beurteilungsspielraum – Begriffsinhalt .....	89
a) Die Lehre vom Beurteilungsspielraum nach Bachof .....	90
b) Weiterentwicklung zum heutigen Verständnis .....	91
c) Anerkannte Fallgruppen .....	92
3. Das Verwaltungsermessen – Begriffsinhalt .....	94
III. Materielle Rechtmäßigkeitsüberprüfung: Die Ermessensfehlerlehre .....	96
1. Ermessensausfall .....	97
2. Ermessensüberschreitung .....	98
3. Ermessensfehlgebrauch .....	98
4. Zwischenergebnis .....	99

*Kapitel 4*

<b>Die etablierten Sonderformen behördlicher Entscheidungsspielräume</b>	100
A. Anerkannte Sonderformen des Ermessens . . . . .	100
I. Das freie Ermessen . . . . .	100
II. Das intendierte Ermessen . . . . .	101
III. Das Planungsermessen oder die planerische Gestaltungsfreiheit . . . . .	102
1. Die Einräumung des Planungsermessens . . . . .	102
2. Die gerichtliche Überprüfung des Planungsermessens . . . . .	103
IV. Koppelungsvorschriften . . . . .	104
V. Das Versagungsermessen . . . . .	105
1. Das Versagungsermessen im Baurecht . . . . .	105
2. Das Versagungsermessen im Umweltrecht und im Atomrecht . . . . .	105
VI. Zwischenergebnis . . . . .	106
B. Ausblick . . . . .	106

*Dritter Teil*

<b>Die Entwicklung des Regulierungsermessens</b>	108
--	-----

*Kapitel 5*

<b>Die Entwicklung des Regulierungsermessens in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum TKG</b>	108
A. Anerkennung des Regulierungsermessens: BVerwGE 130, 39 . . . . .	109
I. Ausgangslage . . . . .	109
II. Herausforderungen . . . . .	110
III. Sachverhalt . . . . .	111
IV. Die Entscheidung . . . . .	112
1. Die Entscheidungsbegründung . . . . .	112
2. Das Regulierungsermessen . . . . .	113
3. Zwischenergebnis . . . . .	113
B. Festigung des Regulierungsermessens: BVerwGE 131, 41 . . . . .	114
I. Sachverhalt . . . . .	114
II. Die Entscheidungsgründe . . . . .	115
1. Einheitlicher Beurteilungsspielraum im Rahmen der §§ 10 Abs. 1, Abs. 2 und § 11 Abs. 1 TKG 2004 . . . . .	115
2. Kein Entgegenstehen von Unionsrecht oder nationalem Verfassungsrecht . . . . .	116

3. Regulierungsermessens im Rahmen des § 21 TKG 2004 .....	116
a) Die Überprüfung des Beurteilungsspielraums im Rahmen des Regulierungsermessens .....	117
b) Die Überprüfung der Ausübung des Regulierungsermessens .....	118
III. Zwischenergebnis .....	119
IV. Entscheidungsspielräume bei der Marktdefinition und -analyse .....	120
V. Entscheidungsspielräume bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen	121
1. Erste Entscheidung .....	122
2. Zweite Entscheidung .....	122
VI. Der Neuigkeitsgehalt des Regulierungsermessens .....	123
1. Beurteilungsspielraum in Bezug auf §§ 10, 11 TKG 2004 .....	123
2. Koppelung von Beurteilungsspielraum und Ermessen .....	123
3. Bedeutungsgewinn des Verfahrens .....	124
4. Neue Rechtsfigur oder neuer Terminus .....	124
C. Adaption des Regulierungsermessens im Schrifttum .....	125
I. Argumente der Gegner eines Regulierungsermessens .....	125
1. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG .....	126
a) Der „unkontrollierte Regulierer“ .....	126
b) Kein pauschales Regulierungsermessens für ein ganzes Rechtsgebiet .....	127
c) Normgeprägtes Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz .....	127
d) „Planwirtschaft durch Regulierungseingriffe“ .....	128
e) Zwischenergebnis .....	129
2. Analogie zu Entscheidungsbefugnissen des Bundeskartellamts .....	129
II. Argumente der Befürworter eines Regulierungsermessens .....	130
III. Eigene Bewertung .....	131
1. Formales Argument: Beschlusskammerverfahren nach §§ 132 ff. TKG .....	131
2. Normstrukturargument .....	132
3. Prognoseelement .....	133
4. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung .....	134
5. Zwischenergebnis .....	134
IV. Dogmatische Schlussfolgerung .....	135
1. Tatsachen- oder Rechtsfragen: Terminologische Unschärfe .....	135
2. Rütteln an den Grundfesten verwaltungsrechtlicher Dogmen .....	136
3. Zwischenergebnis .....	137
D. Ergebnis .....	138

*Kapitel 6*

<b>Die Übertragung des Regulierungsermessens auf das Energiewirtschaftsrecht</b>	<b>139</b>	
A. Ausschluss der Übertragung wegen Besonderheiten im TKG bzw. EnWG . . . . .		140
I. Normierende und administrative Regulierung . . . . .		141
II. Kein Ausschluss eines erweiterten behördlichen Entscheidungsspielraums wegen § 83 Abs. 5 EnWG . . . . .		142
1. Hintergrund des § 71 Abs. 5 Satz 2 GWB . . . . .		143
a) Die Weisungsgebundenheit des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur . . . . .		144
b) Ministerialerlaubnis als Grund für die Schaffung von § 71 Abs. 5 Satz 2 GWB . . . . .		145
2. Zwischenergebnis . . . . .		146
III. Ausschluss eines Beurteilungsspielraums wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes aus § 82 Abs. 1 EnWG . . . . .		146
IV. Ausschluss der Übertragung wegen der Verknüpfung von Marktabgrenzung und -definition mit den Regulierungsverpflichtungen zu einem einheitlichen Verwaltungsakt nach § 13 Abs. 3 TKG 2004 . . . . .		147
1. Untrennbare Verbindung zwischen Befund und Verpflichtungsauflegung . . . . .		148
2. Mehrstufige Regulierungsverfahren unter dem EnWG . . . . .		149
a) Mehrstufigkeit des Effizienzvergleichs nach §§ 12 ff. i. V. m. Anlage 3 ARegV . . . . .		149
b) Vergleichbarkeit des Effizienzvergleichs mit der Marktdefinition, -abgrenzung und -analyse . . . . .		151
c) Zwischenergebnis . . . . .		152
V. Besonderheiten des Verfahrens bei der Bundesnetzagentur als formelle Kompensation für eine geringere Kontrolldichte . . . . .		152
VI. Zwischenergebnis . . . . .		153
B. BGH „Stadtwerke Konstanz GmbH“ . . . . .		153
I. Regulatorischer Hintergrund der Entscheidung . . . . .		154
II. Sachverhalt . . . . .		155
III. Entscheidungsgründe . . . . .		155
IV. Eigene Würdigung der Entscheidung . . . . .		157
C. BGH „Stromnetz Berlin GmbH“ . . . . .		157
I. Hintergrund und Sachverhalt . . . . .		157
II. Entscheidungsgründe . . . . .		158
1. Die Herleitung eines Beurteilungsspielraums in Bezug auf die Bestimmung des Qualitätselementes nach §§ 19, 20 ARegV . . . . .		158
2. Gerichtlicher Kontrollmaßstab . . . . .		159
III. Verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich des Regulierungsermessens . . . . .		160
1. Praktische Konkordanz . . . . .		160

2. Plausibilisierung der Daten und rechtsbeschwerdeinstanzliche Kontrolldichte	161
a) Prüfungsumfang des Bundesgerichtshofs bzgl. der Plausibilisierung	161
b) Belastbarkeit von Datengrundlagen als Tatsachenfrage	161
c) Abgrenzung von Tatsachen- und Rechtsfragen als zentrales Problem in der Überprüfung von Energieregulierungsentscheidungen	162
IV. Neugheitsgehalt des Regulierungsermessens unter dem EnWG	163
1. „Eingeschränkte Kontrolle“ auf Abwägungsfehler	163
2. Mehrwert des Regulierungsermessens	164
 D. Die Etablierung des Regulierungsermessens im Energiericht	165
I. Die Rezeption der Übertragung des Regulierungsermessens vom TKG auf das EnWG in der Literatur	165
1. Grundsatz: Zulässigkeit von Ermessensspielräumen	165
2. Keine schematische Übertragung des Regulierungsermessens	166
3. Ablehnung wegen des Charakters der Energieregulierung als normierende Regulierung	166
4. Ablehnung wegen Parallelen zum Kartellrecht und dortiger Vollkontrolle	167
5. Keine Beurteilungsermächtigung in den fraglichen Normen	168
6. Ablehnung wegen Kritik des Regulierungskonzepts <i>in toto</i>	168
7. Zwischenergebnis	169
II. Stimmen der Befürworter eines Regulierungsermessens	169
III. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Regulierungsermessen	169
1. Auswertung der BGH-Rechtsprechung zum Regulierungsermessens 2014–2021	170
2. Zwischenergebnis	172
3. Spielräume in Bezug auf die Bestimmung des Qualitätselements nach § 21a Abs. 5 Satz 2 EnWG, §§ 19, 20 ARegV	173
4. Spielräume in Bezug auf die Durchführung des Effizienzvergleichs nach § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG, § 12 ARegV	174
5. Spielräume bzgl. der Festlegung volatiler Kosten bei der Ermittlung der Verlustenergiekosten nach § 11 Abs. 5 ARegV	174
6. Spielräume in Bezug auf die Ermittlung des Eigenkapitalzinssatzes nach § 7 Abs. 5 StromNEV/GasNEV	175
7. Spielräume in Bezug auf § 19 Abs. 2 StromNEV	176
8. Spielräume bezüglich der Vorgaben zum Bilanzierungssystem Gas	177
9. Spielräume in Bezug auf die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (Xgen)	178
 E. Fazit	179

*Vierter Teil*

<b>Regulierungsbehördliche Letztentscheidungsrechte im Unionsrecht</b>	<b>180</b>
<i>Kapitel 7</i>	
<b>Europarechtliche Anforderungen an Letztentscheidungsrechte im Energieregulierungsrecht</b>	<b>180</b>
A. Unionsrechtliche Gestaltungsvorgaben nationaler administrativer Entscheidungsbe-fugnisse .....	181
I. Vorgaben aus dem Primärrecht .....	182
1. Das Handlungsspektrum .....	182
2. Die Verfahrensautonomie .....	183
II. Anforderungen durch das Clean-Energy-Paket .....	184
1. Vorgaben für nationale Entscheidungsspielräume oder Kompetenzverlagerung auf europäische Regulierungsbehörden .....	184
a) Befugnisse europäischer Regulierungsbehörden .....	185
b) Befugnisse der Kommission .....	186
c) Zwischenergebnis .....	186
2. Unionsrechtliche Vorstrukturierung einer Beurteilungsermächtigung .....	187
III. Rechtsprechung zu administrativen Entscheidungsspielräumen .....	187
1. Arcor .....	187
2. Neue Märkte .....	188
3. Kommission / Königreich Belgien .....	188
4. Zwischenergebnis .....	189
B. Das Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Bundesrepublik .....	189
I. Die Auffassung der Kommission .....	190
1. Verletzung von Art. 37 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2009/72/EG bzw. 2009/73/EG .....	191
2. Verletzung von Art. 37 Abs. 6 lit. a und b der Richtlinie 2009/72/EG bzw. 2009/73/EG .....	191
II. Erfolgsaussichten dieser Beanstandungen der Kommission .....	192
C. Fazit .....	194

*Fünfter Teil***Rekonstruktion der energierechtlichen Ermessensdogmatik  
als Schlussfolgerung**

195

*Kapitel 8***Konturierung eines Subsumtionsermessens**

195

A. BGH: „Eigenkapitalzinssatz II“ .....	196
I. Maßstab der beschwerdeinstanzlichen Rechtskontrolle .....	197
1. Die Ermittlung des Eigenkapitalzinssatzes .....	197
2. Spielraum der Regulierungsbehörde bei der Methodenwahl .....	197
3. Die Anwendung der Methode durch die Bundesnetzagentur .....	198
4. Spielraum bei der Methodenausfüllung .....	199
a) Sichtweise des OLG Düsseldorf .....	200
b) Sichtweise des Bundesgerichtshofs .....	200
c) Implikation der Sichtweise des Bundesgerichtshofs .....	201
d) Bewertung dieser Einordnung .....	202
II. Keine zweite Tatsacheninstanz .....	202
1. Bestehen einer Beurteilungsermächtigung .....	203
2. Dogmatische Einordnung des Plausibilisierungserfordernisses .....	204
3. Kontrollmaßstab bezüglich der Methodenwahl .....	206
4. Widersprüche in der Argumentation des Bundesgerichtshofs .....	207
III. Würdigung .....	208
1. Keine passende Kategorie für die vorliegenden Entscheidungsspielräume ..	208
2. Kein „Ermessen“ bezüglich der Parameter- und Datenwahl .....	208
3. Ungeeignetheit des „Regulierungsermessens“ .....	209
B. Monistisches Konzept der Entscheidungsspielräume .....	210
I. § 19 ARegV .....	211
1. Entscheidungsspielraum bezüglich der Bewertungskriterien .....	211
2. Entscheidungsspielraum bezüglich der Vergleichsparameter innerhalb der Bewertungskriterien .....	212
3. Tatsachen- oder Rechtsfrage .....	213
II. Kategorisierungsfeindlichkeit der Entscheidungsspielräume .....	213
1. Normative Ermächtigung, hinreichend gewichtiger Sachgrund oder Funkti- onsgrenzen der Rechtsprechung .....	214
a) Normative Ermächtigung .....	214
b) Funktionsgrenzen der Rechtsprechung, Prognoseentscheidung .....	215
c) Hinreichend gewichtiger Sachgrund: Neuartigkeit der Spielräume .....	215
2. Grenzen behördlicher Entscheidungsfreiheit: Das Gesetz .....	216

3. Keine Aufhebung der Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge .....	217
a) Folgen der Nichtbeachtung des Rationalitätsgebots .....	217
b) Kein einheitlicher Kontrollmaßstab komplexer Regulierungsentscheidungen .....	218
c) Zwischenergebnis .....	219
<b>C. Die „Richtigkeit“ einer Antwort auf die gestellte Rechtsfrage .....</b>	<b>219</b>
I. Die Frage nach dem richtigen Recht und der richtigen Antwort auf eine gestellte Rechtsfrage .....	220
II. Lösungsansatz: Methode und Argument .....	221
1. Justizsyllogismus und Subsumtion .....	222
2. Modifikation des zweistufigen bzw. dreistufigen Modells .....	223
3. Die Rechtfertigung einer diskretionär gefundenen Entscheidung .....	224
<b>D. Das Subsumtionsermessen: Dogmatische Verortung der skizzierten Entscheidungsspielräume .....</b>	<b>226</b>
I. Neuartiger Entscheidungsspielraum .....	226
1. Differenzierung statt Vereinheitlichung .....	226
2. Überwindung des funktionell-rechtlichen Ansatzes .....	227
II. Abschichtung der Subsumtion .....	227
III. Die Dogmatik des Subsumtionsermessens .....	228
1. Das Subsumtionsermessen .....	228
a) Bedeutung von Subsumtion .....	228
b) Bisherige Verwendung des „Subsumtionsermessens“ .....	229
c) Neuer Begriffsinhalt .....	230
2. Dogmatische Verortung .....	230
a) Erster Schritt: Gesetzlicher Zielsatz .....	230
b) Zweiter Schritt: Subsumtion eines konkreten Vorgehens unter den gesetzlichen Zielsatz, Subsumtionsermessen .....	231
c) Dritter Schritt: Methodenausfüllung .....	232
d) Vierter Schritt: Ergebnis der gesetzlich verfolgten Zielvorgabe .....	233
3. Zwischenergebnis .....	234
<b>E. Ergebnis .....</b>	<b>234</b>
<i>Kapitel 9</i>	
<b>Zusammenfassung und Thesen</b>	
	236
<b>A. Zusammenfassung .....</b>	<b>236</b>
<b>B. Zusammenfassung in Thesen .....</b>	<b>238</b>

Inhaltsverzeichnis	23
<b>Literaturverzeichnis</b>	240
<b>Sachwortverzeichnis</b>	251
<i>Anhang</i>	
<b>Rechtsprechungsauswertung des BGH zum Regulierungsermessen 2014–05/2021</b>	253



## **Einführung**

Bis zur Öffnung des Strom- und Gasmarktes für den Wettbewerb durch die erste Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktrichtlinie<sup>1</sup> Mitte der 1990er Jahre galt dort die kartellrechtliche Bereichsausnahme des § 103 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) a.F.<sup>2</sup> Auch das bis zur ersten Novelle von 1998 seit 1935 unverändert fortgeltende Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)<sup>3</sup> sah Wettbewerb als schädlich und deshalb zu vermeiden an.<sup>4</sup> Durch die Aufhebung dieser Vorschrift mit Erlass des GWB 1998<sup>5</sup> und die damit einhergehende Unterwerfung unter das Regelungssystem der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht stellte sich ein funktioniegender Wettbewerb in der leitungsgebundenen Strom- und Gaswirtschaft nicht ein,<sup>6</sup> was an den Besonderheiten der Wertschöpfungsstufe „Netzbetrieb“ als natürliches

---

<sup>1</sup> Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. Nr. L 27 vom 30.1.1997, S. 20 ff.; Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. Nr. L 204 vom 21.7.1998, S. 1 ff.

<sup>2</sup> BGBI. I 1957, S. 1081.

<sup>3</sup> BGBI. I 1998, S. 730.

<sup>4</sup> So heißt es in der Präambel des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935, RGBI. I S. 1451: „Um die Energiewirtschaft als wichtige Grundlage des wirtschaftlichen und sozialen Lebens im Zusammenwirken aller beteiligten Kräfte der Wirtschaft und der öffentlichen Gebietskörperschaften einheitlich zu führen und im Interesse des Gemeinwohls die Energiearten wirtschaftlich einzusetzen, den notwendigen öffentlichen Einfluss in allen Angelegenheiten der Energieversorgung zu sichern, volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen des Wettbewerbs zu verhindern, einen zweckmäßigen Ausgleich durch Verbundwirtschaft zu fördern und durch all dies die Energieversorgung so sicher und billig wie möglich zu gestalten, hat die Reichsregierung das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird. [...]“.

<sup>5</sup> BGBI. I 1998, S. 2521, 2546.

<sup>6</sup> „[...] Nach wie vor bestehen jedoch schwerwiegende Mängel und weit reichende Möglichkeiten zur Verbesserung der Funktionsweise der Märkte, insbesondere sind konkrete Maßnahmen erforderlich, um gleiche Ausgangsbedingungen bei der Elektrizitätsproduktion sicherzustellen und die Gefahr einer Marktbeherrschung und von Verdrängungspraktiken zu verringern [...]: Abs. 2 S. 2 der Beschleunigungsrichtlinie zum EU-Binnenmarkt für Energie, Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. Nr. L 176 vom 15.7.2003, S. 37 ff. Sie führte zum Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts am 13.7.2005 und formte maßgeblich das Energiewirtschaftsrecht in seiner heutigen Gestalt; vgl. Kern, Anreizregulierung der Bundesnetzagentur, 2008, S. 6; Auch auf dem Postmarkt führten Marktoffnungsschritte allein nicht zu Wettbewerb: Berger/Knauth, Liberalisierung und Regulierung der Postmärkte, 1996, S. 16.

Monopol<sup>7</sup> liegt. Allein die Öffnung dieser spezifischen Wirtschaftsbereiche für den Kontrollrahmen des GWB war nicht ausreichend, um dort Voraussetzungen für Wettbewerb schaffen zu können.<sup>8</sup> Der Netzbetrieb (und bis zur verpflichtenden Entflechtung mit ihm zunächst auch die Wertschöpfungsstufe „Versorgung“) bedurfte also eines besonderen wettbewerbspolitischen Korrektivs, um den europäischen Vorgaben<sup>9</sup> und gleichzeitig dem staatlichen und gesellschaftlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit der Energieversorgung gerecht zu werden. Dieses wettbewerbspolitische Korrektiv besteht im Bereich netzgebundener Infrastrukturen in Regulierung, die der Beseitigung der Marktstörung „Größenvorteil“<sup>10</sup> durch Implementierung von Mechanismen zur Simulation<sup>11</sup> effizienten Wettbewerbs dient.<sup>12</sup> Es handelt sich hierbei um instrumentellen Wettbewerb: Er ist nicht selbst Schutzgegenstand, sondern Handlungsinstrument der Politik und der Verwaltung.<sup>13</sup>

Der Begriff der Regulierung ist schillernd, ubiquitär und kann dabei jede Form staatlicher Steuerung<sup>14</sup> oder eine gezielte Systembeeinflussung<sup>15</sup> meinen, wobei eine engere Definition nicht nur vor dem Hintergrund der regulierten Netzwirtschaften sinnvoll erscheint.<sup>16</sup> Der Markeingriff „Regulierung“ ist schon wegen der gesellschaftlichen Bedeutung der Energieversorgung gerechtfertigt;<sup>17</sup> sie steht in ihrer

<sup>7</sup> Natürliche Monopole sind unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass ein Markt durch nur ein Unternehmen auf dem Markt preiswerter versorgt werden kann als durch mehrere Unternehmen: *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2008, S. 21; *Säcker* möchte den Begriff des Monopols mit der Einschränkung auf die Merkmale des § 18 Abs. 1 GWB verstanden wissen, also eine Monopolstellung annehmen, wenn das Unternehmen ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat, EnWZ 2015, 531 (531).

<sup>8</sup> *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 1.

<sup>9</sup> Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vom 22. 7. 2002 (2002/C 165/03) Nr. 22.

<sup>10</sup> Größenvorteile führen immer zu Marktstörungen, haben jedoch im Bereich der Netzwirtschaften eine natürliche Ursache, die als „Bündelungsvorteil“ bezeichnet wird, *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2008, S. 21 f.

<sup>11</sup> Echter Wettbewerb entsteht entgegen vereinzelter Darstellungen nicht; so spricht hiervon z. B. *Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 2; auch bei *Säcker* ist die Rede davon, dass der „Wettbewerb funktioniert“ (in: N&R 2009, 78 (78)), wobei vermutlich gemeint ist, dass die Regulierung zur Erzielung wettbewerbsähnlicher Marktgergebnisse funktioniert.

<sup>12</sup> Dabei ist Regulierung wegen der Strukturmerkmale der Netzinfrastrukturen nicht nur eine temporäre Aufgabe; anderer Ansicht sind: *Kurth/Groebel*, in: FS *Säcker*, 2011, S. 803.

<sup>13</sup> *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, in: VVDStRL 69 (2010), S. 288 (308).

<sup>14</sup> *Schmidt-Preuß*, in: FS *Kühne*, 2009, S. 329 (329).

<sup>15</sup> *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, § 1 Rn. 20.

<sup>16</sup> *Apel*, in: *Schulte/Kloos*, Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 1 Rn. 111 m. w. N.

<sup>17</sup> *Britz*, in: *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, 2010, § 9 Rn. 1.

Bedeutung laut Bundesverfassungsgericht auf einer Stufe mit dem *täglichen Brot*.<sup>18</sup> Deshalb handelt es sich nicht nur um ein Eingriffsrecht des Staates in diese Märkte, sondern um eine Pflicht zur Sicherstellung ihres Funktionierens, welche als Daseins- oder Gewährleistungsverantwortung bezeichnet wird.<sup>19</sup>

## A. Problemstellung

Seit der Liberalisierung des Energiesektors steht das Verwaltungsrecht vor der Herausforderung, mithilfe des Steuerungsmittels „Wettbewerb“ durch Regulierung bestimmte Marktergebnisse herbeizuführen.<sup>20</sup> Regulierungstätigkeit umfasst dabei den Gesetzgeber als richtungsvorgebende und die Verwaltung als ausführende Instanz.<sup>21</sup> Auch die Rechtsprechung ist als rechtsproduzierende Gewalt Teil des Systems. Der Schwerpunkt der Regulierung in der Telekommunikation dürfte auf der Verwaltung<sup>22</sup> liegen (sog. administrative Regulierung), im Energiesektor wird in Abgrenzung hierzu von einer normierenden Regulierung gesprochen.<sup>23</sup>

Grundsätzlich ist der der Behörde eingeräumte, ihr im System der Gewalten zuzugestehende Entscheidungsspielraum umso größer, je offener die anzuwendende Rechtsnorm formuliert ist; eine geringere normative Vorsteuerung bedingt also einen größeren behördlichen Handlungsspielraum, womit zunächst noch keine Aussage über die gerichtliche Kontrolle dieses Handelns getroffen ist. Da die Norm aber grundsätzlich Maßstab der gerichtlichen Kontrolle ist, kann eine geringe gesetzliche Vorsteuerung jedenfalls eine zurückgenommene gerichtliche Kontrolldichte mit sich bringen oder eine umfassende Kontrolle erschweren. An dieser Stelle offenbart sich die Spannung zwischen dem Anspruch auf eine „richtige Entscheidung“ und dem Prinzip der Rechtssicherheit.<sup>24</sup> Die Dogmen für die Kontrolle behördlicher Letzentscheidungsrechte (Beurteilungsspielraum und Ermessen) sind so über Jahrzehnte für Rechtsnormen entwickelt worden, die eine konditional-dichotome Form auf-

<sup>18</sup> BVerfGE 91, 186 (206); BVerfGE 66, 248 (258); BVerfGE 30, 292 (323).

<sup>19</sup> Ausführlich zur Abgrenzung des Begriffs der Gewährleistungsverantwortung und der Daseinsvorsorge: *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 59 ff.; *Möstl*, GewA 2011, 265 (265).

<sup>20</sup> Das umfasst erstens den Gesetzgeber, der diesen vom Verfassungsrecht wenig vorgeprägten Bereich ausgestalten muss und zweitens die Verwaltungspraxis, die mit neuen Handlungsinstrumenten und komplexen Strukturen umgehen lernen musste und muss, vgl. *Britz*, in: *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, 2010, § 9 Rn. 1; *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, in: VVDStRL 69 (2010), S. 288 (308).

<sup>21</sup> *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, in: VVDStRL 69 (2010), S. 288 (308).

<sup>22</sup> Soweit im Folgenden auch von der „Exekutive“ die Rede ist, ist damit der Teil der aus Gouvernante und Administrative zusammengesetzte Teil der Exekutive gemeint, der nicht Regierung ist.

<sup>23</sup> BGH N&R 2020, 103 Rn. 7; ähnlich *Gärditz*, DVBl. 2016, 399 (404).

<sup>24</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 241 f.