

**Johanna Decher**

# Die Klagebefugnis Dritter im Regulierungs- verwaltungsrecht





*Band 1*

Hallesche Qualifikationsschriften



*Johanna Decher*

**Die Klagebefugnis Dritter  
im Regulierungsverwaltungsrecht**

*Johanna Decher, LL.M.oec.*, wurde 1989 in Göttingen (Niedersachsen) geboren. Nach dem Abitur in Hessen studierte sie von 2008 bis 2014 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (MLU) Rechtswissenschaft und Wirtschaftsrecht. Derzeit arbeitet sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der MLU (Prof. Dr. Winfried Kluth) und promoviert zu einem regulierungsrechtlichen Thema.

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

XCV

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2014

Umschlaggestaltung: pixzicato GmbH Hannover, Horst Stöllger

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-094-9

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	7
A. Einleitung . . . . .	9
B. Aktuelle Rechtslage . . . . .	10
I. TKG . . . . .	10
II. EnWG . . . . .	11
C. Ausgewählte Rechtsschutzfragen . . . . .	13
I. Klagebefugnis Dritter . . . . .	13
1. Regelung im TKG . . . . .	13
2. Regelung im EnWG . . . . .	15
a) Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen . . . . .	15
b) Verletzung subjektiver Rechte . . . . .	17
c) Ergebnis . . . . .	18
II. Gerichtliche Kontrolldichte . . . . .	19
1. Das Regulierungsermessen . . . . .	19
a) Grundsätzliche Erwägungen . . . . .	20
b) Gerichtlicher Prüfungsmaßstab . . . . .	21
2. Letztentscheidungsbefugnisse bei der Entgeltregulierung . . . . .	22
a) TKG . . . . .	22
aa) Wortlaut . . . . .	22
bb) Geschichte . . . . .	23
cc) Systematik . . . . .	23
dd) Telos . . . . .	25
ee) Ergebnis . . . . .	27

---

c) EnWG.....	27
aa) Allgemeine Erwägungen .....	27
bb) Vertiefung .....	28
cc) Ergebnis .....	30
III. Geheimnisschutz im gerichtlichen Verfahren.....	30
1. § 138 TKG.....	30
2. § 84 EnWG .....	32
D. Fazit.....	34
Literaturverzeichnis .....	35



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABL.	Amtsblatt
Alt.	Alternative
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
Art.	Artikel
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Az.	Aktenzeichen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BNetzA	Bundesnetzagentur
BNAG	Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BTOElt	Bundestarifordnung Elektrizität
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
ders. / dies.	derselbe / dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DV	Die Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f. / ff.	der/die folgende / die folgenden
GG	Grundgesetz
grds.	grundsätzlich
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hs.	Halbsatz
i.R.d.	im Rahmen des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)

---

JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KartellR	Kartellrecht
LRegB	Landesregulierungsbehörde
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
N&R	Netzwirtschaften & Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
RegB	Regulierungsbehörde(n)
Rn.	Randnummer
RRL	Rahmenrichtlinie
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
Slg.	Sammlung
StromNEV	Stromnetzentgeltverordnung
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
VA	Verwaltungsakt
VG	Verwaltungsgericht
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Themenheft zur Zeitschrift Gewerbearchiv)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschafts- recht
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZRL	Zugangsrichtlinie

## A. Einleitung

Der Begriff „Regulierung“ umfasst das „hoheitliche Handeln, mit dem die Verwaltung auf einen Wirtschaftssektor [...] einwirkt, um sowohl Bedingungen für Wettbewerb zu schaffen und aufrechtzuerhalten als auch anstelle einer staatlichen Eigenvornahme die Gemeinwohlsicherung im betreffenden Sektor [...] zu garantieren“<sup>1</sup>. Regulierungsrecht ist auch Privatisierungsfolgenrecht, denn in den Bereichen der Daseinsvorsorge (Energie, Telekommunikation, Post, Eisenbahn) kompensiert der Staat durch entsprechende Regelungen seinen Verzicht auf Leistungserbringung in monopolgeprägten Strukturen und deren Übernahme durch Private.<sup>2</sup> Insbesondere in den Netzwirtschaften kann die Schaffung von Wettbewerb nicht allein dem Marktgeschehen überlassen werden. Die Netze, bspw. Strom- oder Festnetzleitungen, stellen natürliche Monopole dar. Solche liegen vor, wenn Netze sich aus technischen, ökonomischen sowie ökologischen Gründen nicht duplizieren lassen: Der Bau und Unterhalt mehrerer konkurrierender Netze wäre hier zu teuer und volkswirtschaftlich nicht sinnvoll, nur ein einzelnes Netz kann Kostengünstigkeit und Versorgungssicherheit gewährleisten.<sup>3</sup> In diesen Monopolstrukturen kann aber kein fairer Wettbewerb entstehen, wenn nicht der Staat steuernd eingreift.

Eine wichtige Rolle bei der Schaffung von Wettbewerb spielt vor allem die Regulierung der Netznutzungsentgelte, die die Netznutzer an die Netzbetreiber zahlen müssen. Im Folgenden soll daher die Entgeltregulierung im Energie- und TK-Sektor untersucht werden, wobei sich die Betrachtungen auf das Strom- und das Telefonfestnetz beschränken. Dabei ist insbesondere auf die Klagebefugnis Dritter, also der Netznutzer, die gerichtliche Kontrolldichte und den Geheimnisschutz im gerichtlichen Verfahren einzugehen. Zuvor soll die geltende Rechtslage in beiden Rechtsgebieten zusammengefasst werden.

---

1 *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 7 Rn. 58.

2 *Knauff*, *VerwArch* 2007, 382 (383f.); *Frenzel*, *JA* 2008, 868 (869).

3 *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 19 Rn. 15.

## B. Aktuelle Rechtslage

Entscheidend für die Schaffung von Wettbewerb im Bereich natürlicher Monopole ist der Netzzugang. Da sich der Aufbau konkurrierender Netze nicht rentiert, ist es unerlässlich, dass die Konkurrenten des Netzbetreibers die Möglichkeit bekommen, das bestehende Netz zu nutzen. Zugangs- und Entgeltregulierung sind dabei im TK- und im Energiesektor unterschiedlich geregelt. Diese Betrachtung beschränkt sich auf Entgelte im Zusammenhang mit Zugangsverpflichtungen.

### I. TKG<sup>4</sup>

Allen Maßnahmen der BNetzA im TK-Bereich geht gemäß §§ 10, 11 TKG eine Marktdefinition und -analyse voraus, um Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf bestimmten Märkten herauszufiltern und zu untersuchen, ob wirksamer Wettbewerb besteht. Kommt die RegB zu dem Ergebnis, dass dieser fehlt, verpflichtet sie das marktbeherrschende Unternehmen durch eine Regulierungsverfügung nach § 13 TKG zu einem bestimmten Verhalten. Die Regulierung erfolgt hier also asymmetrisch und sektorspezifisch.<sup>5</sup> Die Regulierungsverfügung ergeht als Beschlusskammerentscheidung der BNetzA in Form eines VA, § 132 I 1, 2 TKG.

Inhaltlich kommt die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen gemäß § 21 TKG in Betracht. Wird dem marktmächtigen Unternehmen eine Zugangsverpflichtung auferlegt, unterliegen die Netznutzungsentgelte nach § 30 I 1 TKG grds. der Ex-ante-Einzelgenehmigung. Die Genehmigungserteilung ist gemäß § 35 III TKG als gebundene Entscheidung zu erteilen, wenn die Entgelte keinen Preismisbrauch gemäß § 28 TKG darstellen und gemäß § 31 I 2 TKG die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung nicht übersteigen. Der regulierte Netzbetreiber darf nur die genehmigten Entgelte verlangen, § 37 I TKG. Vertragliche Abweichungen sind also nicht möglich. Die Entgeltgenehmigung ist somit ein privatrechtsgestaltender VA.<sup>6</sup>

---

4 Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958) geändert worden ist.

5 *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 592; *Schneider*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 8 Rn. 15.

6 *Bulla*, in: Schmidt/Vollmöller, Kompendium, § 11 Rn. 92.

Abweichend davon kann die BNetzA die Entgelte einer nachträglichen Regulierung im Wege der Missbrauchsaufsicht nach § 38 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele des § 2 TKG zu erreichen, § 30 I 2 TKG. Die Überprüfung erfolgt dann nur am Maßstab des § 28 TKG. Sofern die BNetzA bei der nachträglichen Regulierung einen Preismissbrauch feststellt, erklärt sie die erhobenen Entgelte für unwirksam und kann den Maßstäben des § 28 TKG entsprechende Entgelte anordnen, § 38 IV 1, 2 TKG.

Besondere Bedeutung hat das Konsistenzgebot des § 27 II 1 TKG, wonach die BNetzA darauf achten soll, dass die Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind. Die Auswirkungen der einzelnen Regulierungsmaßnahmen aufeinander sind also zu analysieren und in der Entscheidung zu berücksichtigen.<sup>7</sup>

Gegen Maßnahmen der BNetzA im Bereich des TK-Rechts ist gemäß § 40 I 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Erstinstanzlich ist daher das VG Köln zuständig. Gemäß § 137 III TKG ist gegen dessen Entscheidungen im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung nur die Revision zum BVerwG zulässig.

## II. EnWG<sup>8</sup>

§ 20 I 1 EnWG schreibt vor, dass die Betreiber von Energieversorgungsnetzen jedermann diskriminierungsfrei Netzzugang gewähren müssen. Die Zugangsverpflichtung und die Entgeltregulierung richten sich an alle Netzbetreiber.

Nach § 23a EnWG findet eine Ex ante-Genehmigung der geplanten Netzentgelte durch die RegB statt. Zuständig ist gemäß § 54 I EnWG in der Regel die BNetzA, in den Grenzen des § 54 II EnWG die LRegB. Maßstäbe und Methoden für die Bestimmung der Netzentgelte finden sich in § 21 EnWG sowie in der auf Grundlage der Verordnungsermächtigung des § 24 EnWG erlassenen StromNEV<sup>9</sup>. Danach werden die Entgelte kostenorientiert gebildet. Das genehmigte Entgelt stellt aber nur einen Höchstpreis dar, § 23a I 2 EnWG. Eine Unterschreitung ist möglich, muss aber generell und für alle Netznutzer erfolgen.<sup>10</sup> Es handelt sich um

---

7 *Holznapel/Enaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, Rn. 270.

8 Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das durch Artikel 1 u. 2 des Gesetzes vom 20. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2730) geändert worden ist.

9 Stromnetzentgeltverordnung vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2225), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1690) geändert worden ist.

10 *Britz*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 23a Rn. 8.

einen privatrechtsbezogenen VA, der auf das Rechtsverhältnis von Netzbetreiber und Netznutzer einwirkt.<sup>11</sup>

Seit dem 1.1.2009 wird die Ex ante-Genehmigung vermehrt durch die Anreizregulierung nach § 21a EnWG abgelöst, bei der die RegB für die Netznutzungsentgelte auf Grundlage der Kosten des Netzbetreibers (§ 6 ARegV<sup>12</sup>) Obergrenzen für die Gesamterlöse des Netzbetreibers aus den Netzentgelten vorgibt, die Effizienzvorgaben berücksichtigen, § 21a II 1 EnWG i.V.m. § 4 I ARegV. Dabei wird für jeden Netzbetreiber eine Erlösobergrenze bestimmt.<sup>13</sup> Dies erfolgt nach § 32 I Nr. 1 ARegV durch Festlegung gemäß § 29 I EnWG.<sup>14</sup> Hauptanliegen der Anreizregulierung ist die Schaffung von Effizienzanreizen bei gleichzeitigem Erhalt des Qualitätsniveaus.<sup>15</sup> Eine Regulierungsperiode dauert jeweils fünf Jahre, § 3 II ARegV. Im Falle der Anreizregulierung entfällt gemäß § 23a I EnWG die Entgeltgenehmigung. Stattdessen wandelt der Netzbetreiber die Erlösobergrenzen nach § 17 I 1 ARegV in Netzentgelte um.

Gegen Entscheidungen der RegB ist die Beschwerde vor dem für ihren Sitz zuständigen OLG zulässig, § 75 I, IV EnWG. Im Fall der BNetzA ist also das OLG Düsseldorf zuständig. Es handelt sich um eine abdrängende Sonderzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit. Als Revisionsinstanz ist im Rahmen der Rechtsbeschwerde der BGH zuständig, § 86 I EnWG. Das Verfahren ist dem KartellR nachgebildet. So finden sich in den §§ 63ff. GWB fast wortgleiche Vorschriften, weshalb in Rechtsprechung und Literatur häufig Bezüge zwischen den Rechtsgebieten hergestellt werden.<sup>16</sup>

11 *Sauerland*, RdE 2007, 153 (153).

12 Anreizregulierungsverordnung vom 29. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2529), die durch Artikel 7 des Gesetzes vom 20. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2730) geändert worden ist.

13 *Hummel*, in: Danner/Theobald, Energierecht II, ARegV, § 4 Rn. 12.

14 Auf den Streit um die Rechtsnatur der Festlegung kommt es im Rahmen dieser Arbeit nicht an, sodass er hier außer Betracht bleiben soll.

15 *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, Kap. 4 Rn. 23.

16 So bspw. *Britz*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 9 Rn. 156, zur Frage der Kontrolldichte.

## C. Ausgewählte Rechtsschutzfragen

Eine Besonderheit des Regulierungsrechts ist die Tripolarität der Rechtsverhältnisse: Entscheidungen der RegB ergehen zwar im subordinationsrechtlichen Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Staat, haben aber auch immer eine Bedeutung für das Verhältnis von Netzbetreiber und Netznutzer.<sup>17</sup> Daraus ergeben sich Besonderheiten für den Rechtsschutz.

### I. Klagebefugnis Dritter

Die im Rahmen der Entgeltregulierung ergriffenen Maßnahmen der RegB richten sich unmittelbar an den Netzbetreiber. Der Netznutzer ist davon nur mittelbar betroffen. Dennoch kann es Konstellationen geben, in denen dieser ein Interesse daran hat, in Bezug auf Entgeltregulierungsmaßnahmen gerichtlich gegen die RegB vorzugehen. In Betracht kommt einerseits eine Verpflichtungssituation, in der der Netznutzer die RegB gerichtlich verpflichten lassen will, Maßnahmen im Bereich der Entgeltregulierung vorzunehmen. Andererseits ist eine Anfechtungssituation denkbar, in der der Dritte die genehmigten Entgelte bzw. den festgelegten Höchstpreis für zu hoch hält und deren Aufhebung erreichen möchte. In beiden Fällen ist fraglich, welche Anforderungen an die Klagebefugnis zu stellen sind.

#### 1. Regelung im TKG

Die Entscheidungen der BNetzA im Rahmen der Entgeltregulierung ergehen gemäß § 132 I 2, 3 TKG als VA. Die Streitigkeiten werden vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen. Die Klagebefugnis richtet sich daher nach den Anforderungen des § 42 II VwGO. Der Kläger muss die Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte geltend machen.<sup>18</sup> Nach der Schutznormtheorie liegt ein subjektiv-öffentliches Recht vor, wenn eine zwingende Rechtsvorschrift nicht nur dem öffentlichen Inter-

---

<sup>17</sup> Kühling/Hermeier, N&R 2007, 146 (146).

<sup>18</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn. 59.

esse, sondern auch dem Interesse des Einzelnen zu dienen bestimmt ist,<sup>19</sup> also drittschützenden Charakter hat. Dabei muss sich aus der Rechtsnorm ergeben, dass sie einen abgrenzbareren Personenkreis erfassen soll,<sup>20</sup> wobei es auf die Anzahl der umfassten Personen nicht ankommt.<sup>21</sup> Zu prüfen ist also, ob die Vorschriften des TKG über die Entgeltregulierung drittschützenden Charakter haben.

Durch die TKG-Novelle von 2004 haben die wettbewerblichen Ziele eine deutliche Individualisierung im Vergleich zum alten Recht erfahren.<sup>22</sup> § 27 I TKG bestimmt die Verhinderung der missbräuchlichen Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zum Ziel der Entgeltregulierung. Alle Vorschriften des dritten Abschnitts des TKG sollen die Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens vor überhöhten Preisen aufgrund dessen Monopolstellung schützen. § 27 I TKG ordnet daher für alle folgenden Normen einen drittschützenden Charakter an.<sup>23</sup>

Wenn bereits privatrechtliche Netznutzungsvereinbarungen zwischen Netzbetreiber und Netznutzer bestehen,<sup>24</sup> kommt die privatrechtsgestaltende Wirkung der Einzelgenehmigung gemäß § 37 I, II TKG und die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung gemäß § 35 V 1 TKG hinzu. Die Entgeltgenehmigung wirkt somit unmittelbar auf das privatrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer. Diese Wirkung ist durch die explizite Regelung des § 37 II TKG nicht mehr nur wirtschaftlicher Reflex, sondern gesetzgeberisch gewollte Rechtsfolge.<sup>25</sup>

Auch das Europarecht spricht für den drittschützenden Charakter der Vorschriften. Art. 4 I RRL<sup>26</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten, Rechtsbehelfe für jeden, der von der Entscheidung einer nationalen RegB betroffen ist, zur Verfügung zu stellen. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes erfordert, dass Entscheidungen einer innerstaatlichen Verwaltungsbehörde vor Gericht angefochten werden können.<sup>27</sup>

19 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 8.

20 *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn. 84.

21 *Windthorst*, WiVerw 2011, 196 (204).

22 *Attendor*, MMR 2008, 444 (446).

23 *Schuster/Ruhle*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 27 Rn. 18.

24 *Reimann*, Entgeltregulierung, S. 323; *Schuster/Ruhle*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 28 Rn. 116.

25 *Müller*, in: Spindler/Schuster, Medien, § 27 TKG Rn. 5.

26 Richtlinie 2002/21/EG vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33), zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/140/EG vom 25. November 2009 (ABl. L 337 vom 18.12.2009, S. 37).

27 *Helmes*, CR 2006, 583 (587).



Der geschützte Personenkreis ist durch § 27 I TKG hinreichend bestimmt. Darüber hinaus lässt sich aus der zugrundeliegenden Regulierungsverfügung, die auch Marktdefinition und -analyse enthält, feststellen, welche Wettbewerber im Einzelfall betroffen sein können, sodass Individualisierungsmerkmale vorliegen, um eine hinreichende Abgrenzung von der Allgemeinheit zu erreichen.<sup>28</sup> Dies lässt sich auch für die Missbrauchstatbestände des § 28 I 2 Nr. 2, 3 TKG feststellen, auf die § 35 III TKG ausdrücklich verweist. Diese stellen auf die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeit „anderer Unternehmen“ bzw. die Einräumung von Vorteilen gegenüber „anderen Nachfragern“ ab, was für die erforderliche Individualisierung ausreicht.<sup>29</sup>

Die Vorschriften des TKG über die Entgeltregulierung haben daher drittschützenden Charakter und begründen subjektive Rechte der Netznutzer. Diese können sich im Rahmen einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage in Bezug auf Entgeltregulierungsmaßnahmen der RegB darauf berufen und sind somit nach § 42 II VwGO klagebefugt.

## 2. Regelung im EnWG

Die Beschwerdebefugnis ist in § 75 II, III 1 EnWG abweichend von § 42 II VwGO geregelt. Es lassen sich zwei Gruppen von Fallkonstellationen bilden: Die, in denen es ausreicht, dass der Beschwerdeführer die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen geltend machen kann, und die, in denen er sich auf die Möglichkeit einer Verletzung subjektiver Rechte berufen muss.

### a) Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen

Nach § 75 II EnWG steht den am Verfahren vor der RegB Beteiligten eine formalisierte Beschwerdebefugnis im Rahmen der Anfechtungsbeschwerde zu.

Die Beteiligung am regulierungsbehördlichen Verfahren ist geregelt in § 66 II EnWG. Neben dem Antragsteller und dem Unternehmen, gegen das sich das Verfahren richtet, ist nach Nr. 3 Alt. 1 der Vorschrift auf Antrag auch eine Beiladung weiterer Personen durch die RegB möglich, wenn deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden. Ausreichend ist, dass es sich dabei um wirtschaftliche Interessen handelt.<sup>30</sup> Auf eine Verletzung subjektiver Rechte kommt es

---

28 *Attendor*, MMR 2008, 444 (447).

29 *BVerwG NVwZ* 2011, 623 (624).

30 *Britz*, in: *Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht*, § 9 Rn. 157.

im Rahmen der Beiladung nicht an, sodass die damit verbundene formalisierte Beschwerdebefugnis aus § 75 II EnWG geringeren Anforderungen unterliegt als die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO. Die Beiladung steht gemäß § 66 II Nr. 3 Alt. 1 EnWG grds. im Ermessen der RegB, sodass kein Anspruch auf eine Beiladung besteht.<sup>31</sup> Eine Ausnahme besteht nur bei einer notwendigen Beiladung.<sup>32</sup> Gemäß § 13 II 2 VwVfG ist der Dritte auf Antrag beizuladen, wenn der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für ihn hat, ihn also unmittelbar in seinen Rechten verletzen kann.<sup>33</sup>

Überwiegend wird angenommen, dass der Beschwerdeführer zusätzlich zu der formalisierten Beschwerdebefugnis eine Beschwer als besonderes Rechtsschutzinteresse geltend machen muss. In formeller Hinsicht ist erforderlich, dass seinem Antrag nicht in voller Höhe entsprochen wurde.<sup>34</sup> Materiell soll es ausreichen, dass seine wirtschaftlichen Interessen berührt werden.<sup>35</sup> Da in materieller Hinsicht also keine anderen Anforderungen als für die einfache Beiladung bestehen, soll die Beschwer im Folgenden außer Betracht bleiben.

Nach Ansicht des BGH kommt eine Beschwerdebefugnis wegen der Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen auch unabhängig von der Beteiligung in Betracht: Unter Hinweis auf die fusionskartellrechtliche Rechtsprechung zu § 63 II GWB im *pepcom*-Beschluss<sup>36</sup> führt er aus, dass ein Dritter in erweiternder Auslegung des § 75 II EnWG auch dann beschwerdebefugt sei, „wenn in seiner Person die subjektiven Voraussetzungen für eine Beiladung vorliegen, sein Beiladungsantrag allein aus verfahrensökonomischen Gründen abgelehnt worden ist und er geltend machen kann, durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen zu sein“.<sup>37</sup> Dafür reichen bereits erhebliche wirtschaftliche Interessen aus.<sup>38</sup> Die Übertragung erscheint angesichts der wortgleichen Formulierung der Normen möglich. In Teilen der Literatur stößt diese „Entformalisierung“ der Beschwerdebefugnis allerdings auf Ablehnung.<sup>39</sup> Darauf soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

Die Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG berührt die wirtschaftlichen Interessen des Netznutzers. Zwar handelt es sich lediglich um Höchstpreise, sodass ein

31 *Sauerland*, RdE 2007, 153 (158).

32 *Hanebeck*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 66 Rn. 12.

33 *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 13 Rn. 40.

34 *Salje*, EnWG, § 75 Rn. 30.

35 *Peters*, Rechtsschutz, S. 170.

36 BGHZ 169, 370.

37 BGH RdE 2009, 185 (186).

38 BGHZ 169, 370 (376).

39 *Bien*, ZNER 2007, 295 (298f.); *Preedy*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 75 Rn. 5.

niedrigeres Entgelt vereinbart werden kann, doch wird dadurch der Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des Vertrages Grenzen gesetzt.

b) Verletzung subjektiver Rechte

Unter Hinweis auf die Effektivität des Rechtsschutzes wird die Parallelvorschrift zu § 75 II EnWG, § 63 II GWB, als nicht abschließend betrachtet.<sup>40</sup> Der nicht-beteiligte Dritte ist demnach auch ohne vorherige Beteiligung unter den Voraussetzungen des § 42 II VwGO beschwerdebefugt.<sup>41</sup> Sofern man dies auf § 75 II EnWG übertragen möchte, setzt die Beschwerdebefugnis des Nichtbeteiligten voraus, dass die Entgeltregulierungsvorschriften des EnWG Drittschutz gewähren.

Gleiches gilt für die Verpflichtungsbeschwerdebefugnis: Nach der überwiegenden Auffassung<sup>42</sup> enthält § 75 III 1 EnWG hierfür eine Sonderregelung.<sup>43</sup> Der Beschwerdeführer muss danach einen Rechtsanspruch auf eine beantragte, aber abgelehnte oder unterlassene Entscheidung der RegB geltend machen. Entscheidend ist also, ob der Beschwerdeführer geltend machen kann, durch die Ablehnung oder Unterlassung in einem subjektiven Recht verletzt zu sein.<sup>44</sup>

Der drittschützende Charakter des § 23a EnWG ist indes fraglich: Die Entgeltgenehmigung wirkt nicht privatrechtsgestaltend, sondern erschöpft sich in der Bestimmung eines Höchstpreises, der zivilrechtlich umgesetzt wird und nicht dem Schutz des einzelnen Netznutzers, sondern der Förderung der gemeinsamen Nutzerinteressen durch Förderung des Wettbewerbs dient.<sup>45</sup> Der Anspruch auf das Netzentgelt beruht auf dem Vertrag zwischen Netzbetreiber und Netznutzer, in dem gemäß § 23a II 2 EnWG auch niedrigere Entgelte vereinbart werden könnten, sodass ein privatautonomer Gestaltungsspielraum verbleibt, der im Rahmen einer Billigkeitskontrolle nach § 315 III BGB von den Zivilgerichten überprüft werden kann.<sup>46</sup> Ob diese Gestaltungsspielräume angesichts der schlechten Verhandlungsposition der Netznutzer in der Praxis eine Rolle spielen, ist unklar.<sup>47</sup> Die Entgelt-

---

40 *Salje*, EnWG, § 75 Rn. 26.

41 *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 63 Rn. 22f.

42 *Theobald/Zenke/Ochsenfabrt*, in: Schneider/Theobald, Energiewirtschaft, § 20 Rn. 15; *Preedy*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 75 Rn. 8.

43 A.A. *Peters*, Rechtsschutz, S. 172ff., der in § 75 Abs. 3 EnWG nur die Untätigkeitsklage geregelt sieht. Die Verpflichtungsklage sei hingegen ebenfalls in § 75 Abs. 2 EnWG geregelt.

44 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Peters*, Rechtsschutz, S. 176, der für die materielle Beschwerde im Rahmen der Verpflichtungsklage fordert, dass der Beschwerdeführer einen Anspruch auf die beantragte Verfügung geltend macht, um eine uferlose Ausweitung der Beschwerdebefugnis Dritter zu verhindern.

45 OLG Düsseldorf, RdE 2008, 86 (87).

46 *Sauerland*, RdE 2007, 153 (154f.).

47 *Schneider*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 22 Rn. 14.

genehmigung stellt die Ausgangsbasis der Vertragsverhandlungen dar, sodass sich das letztlich vereinbarte Entgelt allenfalls geringfügig unter dem genehmigten befinden wird.<sup>48</sup>

Allerdings zeigt die Gesetzesbegründung, dass auch der Gesetzgeber nicht vom drittschützenden Charakter der Norm ausging: Die Vorschriften über die Entgeltregulierung sind nur vor dem Hintergrund des Wettbewerbsziels und des Ziels der Versorgungssicherheit auszulegen.<sup>49</sup> Zudem kannte der Gesetzgeber bei der Neuregelung des EnWG die ablehnende Rechtsprechung des BVerwG zum Drittschutz im Rahmen des § 12 BTO/Elt, der Vorbild des § 23a EnWG war,<sup>50</sup> und hätte daher in der Gesetzesbegründung einen entsprechenden Hinweis angebracht, wenn er § 23a EnWG Drittschutz hätte beimessen wollen.<sup>51</sup>

In Bezug auf die Anreizregulierung stellt sich die Frage, ob § 4 ARegV, der die Maßstäbe der Erlösobergrenzen regelt, drittschützenden Charakter aufweist. Hier gilt das zu § 23a EnWG Gesagte entsprechend: Die Festlegung der Obergrenze wirkt nicht privatrechtsgestaltend, sondern verhindert nur, dass der Netzbetreiber Entgelte verlangt, die die Obergrenze überschreiten.<sup>52</sup> Darüber hinaus fließen die individuellen Interessen der Kunden nicht in die aus verschiedenen Bestandteilen errechneten Erlösobergrenzen ein.<sup>53</sup> Die Anreizregulierung dient dem Zweck, einen „Als-ob-Wettbewerb“ unter den Energienetzbetreibern zu schaffen,<sup>54</sup> nicht dem Schutz einzelner Netznutzer. § 21a EnWG und § 4 ARegV haben daher keine drittschützende Wirkung.

Selbst wenn man von der Möglichkeit einer Beschwerdebefugnis Nichtbeteiligter über den Wortlaut des § 75 II EnWG hinaus ausginge, lägen demnach die Voraussetzungen des § 42 II VwGO für Anfechtungs- bzw. des § 75 III 1 EnWG für Verpflichtungsbeschwerden nicht vor.

### c) Ergebnis

Im Rahmen der Entgeltregulierung kommt eine Beschwerdebefugnis des Dritten nur in den Fällen in Betracht, in denen er als Beteiligter am regulierungsbehördlichen Verfahren gemäß § 75 II EnWG oder, wenn man dem BGH folgt, nach den Grundsätzen des *pepcom*-Beschlusses anfechtungsbeschwerdebefugt ist.

48 *Kühling/Hermeier*, N&R 2007, 146 (151).

49 BT-Drs. 15/3917, S. 48 zu § 1.

50 *Salje*, EnWG, § 23a Rn. 11.

51 *Sauerland*, RdE 2007, 153 (157).

52 *Hardach*, Anreizregulierung, S. 387f.

53 *Hardach*, Anreizregulierung, S. 388.

54 *Pielow*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Verwaltungsrecht, § 22 Rn. 110.

## II. Gerichtliche Kontrolldichte

Trotz ihrer Bindung an Recht und Gesetz aus Art. 20 III GG räumt der Gesetzgeber der Verwaltung Entscheidungsspielräume ein, damit sie ihre Aufgaben flexibel und sachangemessen erfüllen kann.<sup>55</sup> Fraglich ist die gerichtliche Kontrolle der in diesem Rahmen getroffenen Verwaltungsentscheidungen. Während grundsätzlich in rechtlicher Hinsicht die Verwaltungsgerichte das „letzte Wort“ haben, wird der Verwaltung durch solche Spielräume ein „Letztentscheidungsrecht“ gewährt.<sup>56</sup> Einigkeit besteht darüber, dass jede Verwaltungshandlung der vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt und Unterschiede nur in der Kontrolldichte bestehen.<sup>57</sup> Administrative Letztentscheidungsbefugnisse begründen zwar einen Gestaltungsauftrag der Verwaltung, führen aber nicht zur Freistellung von Kontrolle, sondern nur von einer Subsumtions- zur Abwägungskontrolle.<sup>58</sup>

Im allgemeinen Verwaltungsrecht unterscheidet man die Einräumung von Ermessen auf Rechtsfolgenseite, unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielräumen auf Tatbestandsseite und Koppelungsvorschriften, die beides miteinander kombinieren.<sup>59</sup> Darüber hinaus wird bei komplexen und abwägungsintensiven Planungsvorgängen ein Planungsermessen angenommen, wenn die Verwaltung die Aufgabe erhält, schöpferisch und gestalterisch tätig zu werden und ihr durch das Gesetz nur eine richtlinienartige Orientierung vermittelt wird.<sup>60</sup> Anstelle der konditional formulierten Normen tritt hier meist eine finale Normstruktur.<sup>61</sup>

### 1. Das Regulierungsermessen

Im Regulierungsverwaltungsrecht trifft die RegB vielfach ebenfalls Entscheidungen, die auf einem Abwägungsvorgang beruhen. Die Dynamik vieler Regulierungsbereiche und die Häufigkeit komplexer fachlicher Beurteilungen legen die Annahme administrativer Gestaltungsspielräume näher als im allgemeinen Verwaltungsrecht.<sup>62</sup> Es stellt sich daher die Frage nach einem behördlichen Letztentscheidungs-

---

55 *Vofskuble*, JuS 2008, 117 (117).

56 *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 5f.

57 *Vofskuble*, JuS 2008, 117 (117).

58 *Franzius*, DVBl. 2009, 409 (412).

59 *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 7, 26, 48.

60 *Stober*, in: *Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 31 Rn. 71.

61 *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 63.

62 *Schneider*, in: *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, § 22 Rn. 24.

dungsrecht bzw. der gerichtlichen Kontrolldichte. Das BVerwG greift dafür zum Teil auf die Figur des „Regulierungsermessens“ zurück.<sup>63</sup> Diskutiert wird, ob ein übergreifendes Regulierungsermessens für alle Entscheidungen im Bereich des Regulierungsverwaltungsrechts besteht. Zudem ist zu klären, an welchem Maßstab Entscheidungen der RegB gerichtlich überprüft werden, wenn man von einer Einschränkung der Kontrolldichte ausgeht.

a) Grundsätzliche Erwägungen

Für ein umfassendes Regulierungsermessens spricht, dass es sich bei der Regulierung nicht um reinen Gesetzesvollzug handelt, sondern um eine Gestaltungsaufgabe, die maßgeblich durch eine politische Komponente geprägt wird.<sup>64</sup> Regulierung rückt damit in die Nähe von Planungsrecht und -ermessen. Die Erfüllung der ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgaben verlange von der RegB ein eigenständiges Tätigwerden, für das ihr durch das Gesetz Handlungsspielräume eingeräumt würden, die ihr, aber gerade nicht den Gerichten, Gestaltungsmöglichkeiten geben sollten.<sup>65</sup>

Gegen die Annahme eines umfassenden Regulierungsermessens wird vorgebracht, dass es erst recht der Kontrolle durch die Gerichte bedürfe, wenn der Gesetzgeber aufgrund der marktspezifischen Situationsbezogenheit der Regulierung nicht in der Lage sei, die Regulierungsbedürfnisse in vollziehbare, konditionale Normen zu fassen.<sup>66</sup> Zudem sei es angesichts der Vielgestaltigkeit der behördlichen Aufgaben gar nicht möglich, von einem einheitlichen Regulierungsermessens auszugehen.<sup>67</sup> Darüber hinaus dürfe auch der Gesetzgeber die effektive Kontrolle der Verwaltung nicht durch zu zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume für gesamte Rechtsgebiete aushebeln.<sup>68</sup>

In der Tat lässt sich kaum von einem übergreifenden Regulierungsermessens sprechen. Eine Beurteilungsermächtigung darf immer nur soweit reichen, wie es die Aufgabe erfordert.<sup>69</sup> Nach der normativen Ermächtigungslehre ist für jede Norm durch Auslegung gesondert zu prüfen, ob der Gesetzgeber der Verwaltung bewusst einen Beurteilungsspielraum eingeräumt hat.<sup>70</sup> Dabei spricht das „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ zugunsten der vollen Überprüfbarkeit behördlicher Ent-

63 BVerwGE 130, 39 (48).

64 *Knauff*, VerwArch 2007, 382 (403).

65 *Knauff*, VerwArch 2007, 382 (403).

66 *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005 (1009).

67 *Mayen*, in: Verhandlungen des 66. DJT II/1, Referat, S. O65; *Attendorn*, MMR 2009, 238 (238f.).

68 BVerfG NVwZ 2011, 1062 (1065).

69 *Mayen*, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 137 Rn. 38.

70 *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 34.

scheidungen gegen die Annahme eines Regulierungsermessens.<sup>71</sup> Das macht das Vorliegen eines gerichtlich nicht überprüfbaren Entscheidungsspielraumes begründungsbedürftig. Bestimmte Faktoren indizieren das Vorliegen einer Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung. Dazu gehören die Eigenart des betroffenen Sachbereichs, die Struktur der Norm, die Dichte des behördlichen Entscheidungsprogramms, die besondere organisatorische und verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung sowie die begrenzte Leistungsfähigkeit der Gerichte.<sup>72</sup>

#### b) Gerichtlicher Prüfungsmaßstab

Wenn die Einzelnormanalyse zu dem Ergebnis kommt, dass der Verwaltung ausnahmsweise ein Regulierungsermessen zusteht, stellt sich die Frage, anhand welcher Maßstäbe die Verwaltungsentscheidung überprüft werden soll. Das BVerwG zieht hierfür in ausdrücklicher Bezugnahme auf das Planungsermessen die Abwägungsfehlerlehre heran.<sup>73</sup> Dies ist angesichts der Tatsache, dass das Regulierungsermessen durch einen Abwägungsvorgang in einer einheitlichen Verwaltungsentscheidung gekennzeichnet ist, der sich der klassischen Zuordnung zu Tatbestand oder Rechtsfolge entzieht,<sup>74</sup> auch konsequent. Ein Ausgleich verschiedener öffentlicher und privater Interessen im Wege der Abwägung ist auch Kennzeichen des Planungsrechts.<sup>75</sup> Eine analoge Übernahme der gesamten Planungsrechtsdogmatik wäre allerdings verfehlt.<sup>76</sup> Dabei würde der wesentliche Unterschied von Gesamtplanung und Regulierung ignoriert: Planung ist Ausdruck weitreichender Gestaltungs- und Strukturierungsansprüche des Staates, während Regulierung durch Marktöffnung wirksamen Wettbewerb zwischen Privaten ermöglichen und gerade keine Planwirtschaft begründen soll.<sup>77</sup>

Das Regulierungsermessen wird daher fehlerhaft ausgeübt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), nicht alle relevanten Belange berücksichtigt wurden (Abwägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt (Abwägungsfehlschätzung) oder der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen wurde, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).<sup>78</sup>

---

71 Proelß, AöR 136, 402 (414).

72 Proelß, AöR 136, 402 (415) m.w.N.

73 BVerwGE 131, 41 (62).

74 Wieland, DÖV 2011, 705 (707).

75 Maurer, Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 63.

76 Eifert, ZHR 2010, 449 (460f.).

77 Gärditz, NVwZ 2009, 1005 (1008).

78 BVerwGE 131, 41 (62).

## 2. Letztentscheidungsbefugnisse bei der Entgeltregulierung

Im Folgenden sollen exemplarisch einige Vorschriften aus dem TK- und Energie-recht darauf untersucht werden, ob sie der Behörde Letztentscheidungsbefugnisse verleihen.

### a) TKG

Im Bereich des TKG soll § 30 I 2 TKG betrachtet werden, der durch die TKG-Novelle 2012 einige Änderungen erfahren hat.

Demnach kann die BNetzA anstelle der Ex ante-Genehmigung von Entgelten die nachträgliche Missbrauchsaufsicht anordnen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. § 30 I 2 TKG ist eine Koppelungsvorschrift, bei der der unbestimmte Rechtsbegriff des „Ausreichens“ mit einer Ermessensentscheidung kombiniert wird. Hierbei bildet die Abwägung einen Bestandteil der Ermessensentscheidung: Wenn die Behörde zu dem Ergebnis kommt, dass die nachträgliche Missbrauchsaufsicht als weniger intensiver Eingriff „ausreicht“, ist es aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, dass sie dennoch im Rahmen ihres Ermessens die Ex ante-Genehmigung anordnet.<sup>79</sup> Das BVerwG spricht in Bezug auf § 21 I TKG von einem „untrennbaren Bestandteil des Regulierungsermessens“.<sup>80</sup> Auch im Rahmen des § 30 I 2 TKG geht es ohne nähere Begründung davon aus, dass die „Entscheidung, ob eine nachträgliche Entgeltregulierung zur Erreichung der Regulierungsziele ausreicht, [...] von der Bundesnetzagentur nach Maßgabe des ihr eingeräumten, vom Gericht auf Abwägungsfehler zu überprüfenden Regulierungsermessens zu entscheiden“ ist.<sup>81</sup> Diese bloße Feststellung greift zu kurz. Ob § 30 I 2 TKG der BNetzA ein Regulierungsermessen einräumt, muss anhand der juristischen Auslegungsmethoden beurteilt werden:

#### aa) Wortlaut

§ 10 II 2 TKG räumt der BNetzA ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum ein. Ein solcher Hinweis fehlt in der Vorschrift des § 30 I 2 TKG, sodass dem Wortlaut ein Regulierungsermessen nicht zu entnehmen ist.

<sup>79</sup> So auch unter Hinweis auf die europarechtlichen Vorgaben *Ludwigs*, JZ 2009, 290 (296f.).

<sup>80</sup> BVerwGE 130, 39 (48).

<sup>81</sup> BVerwGE 131, 41 (73).



*bb) Geschichte*

Der Wortlaut des gesamten § 30 TKG wurde durch Art. 1 Nr. 22 des Gesetzes vom 3.5.2012 (BGBl. I S. 958) geändert. § 30 I 2 TKG lautete bis dahin:

„Abweichend von Satz 1 *soll* die Bundesnetzagentur solche Entgelte dann einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 unterwerfen, wenn [...] 3. diese Maßnahme zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 ausreicht.“<sup>82</sup>

In Bezug auf die „Soll“-Vorschrift bestand die Auffassung, dass der Gesetzgeber dadurch den Gestaltungsspielraum der BNetzA einschränken wollte.<sup>83</sup> Mit der Neuregelung verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die bisher gesetzlich vorstrukturierte Entscheidung hinsichtlich der Art der Entgeltregulierung in Hinblick auf den europarechtlich vorgesehenen Ermessensspielraum der RegB ergebnisoffen auszugestalten.<sup>84</sup> Über den Umfang der gerichtlichen Kontrolldichte ist damit nichts ausgesagt. Vielmehr wollte der Gesetzgeber hier offensichtlich den Anforderungen der Europäischen Kommission genügen, die Art. 8 I ZRL<sup>85</sup> so auslegt, dass gesetzliche Vorstrukturierungen der Ermessensentscheidung der RegB europarechtswidrig seien.<sup>86</sup>

*cc) Systematik*

In systematischer Hinsicht ist zunächst zu klären, ob das Europarecht eine bestimmte Kontrolldichte vorschreibt. Der EuGH hat klargestellt, dass die Verteilung der Kompetenzen zwischen Verwaltung und Gerichten Sache des nationalen Rechts ist und nur die Wahrung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes gewährleistet sein muss.<sup>87</sup> Auch aus den relevanten Richtlinien ergibt sich keine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte. Die ZRL räumt den nationalen RegB zwar Entscheidungsspielräume ein, bezieht sich dabei aber auf das Verhältnis zur Legislative und will die legislative Vorsteuerung der behördlichen Entscheidung verhindern.<sup>88</sup> Die RRL fordert in Art. 4 I 1 gerade einen effektiven Rechtsschutz,

---

82 Hervorhebung durch Verfasserin.

83 *Franzius*, DVBl. 2009, 409 (411).

84 BT-Drs. 17/5707, S. 60 zu Nummer 22.

85 Richtlinie 2002/19/EG vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7).

86 Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 12.4.2005 (C [2005] 1196) i.R.d. Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 2004/2221, zitiert nach *Koenig/Neumann/Senger*, MMR 2006, 365 (365f.).

87 EuGH Slg. 2008, I-2931, Rn. 170.

88 *Ludwigs*, DV 2011, 41 (69).

kann also nicht so interpretiert werden, dass er den Individualrechtsschutz durch die Rücknahme gerichtlicher Kontrolle einschränkt.<sup>89</sup>

Weiterhin stellt sich die Frage nach der Vergleichbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht. Zwar spricht die Tatsache, dass die behördlichen Entscheidungen in beiden Rechtsgebieten Prognosen und Wertungen voraussetzen und jeweils wettbewerbliche Ziele verfolgt werden,<sup>90</sup> dafür, das allgemeine Wettbewerbsrecht vergleichend heranzuziehen. Allerdings erfolgen im KartellR immer nur punktuelle Eingriffe in die unternehmerische Freiheit unter der Annahme, dass der Markt sich selbst ordnen kann, während das Regulierungsrecht den Markt gerade erst schaffen muss.<sup>91</sup> Aufgrund dieser verschiedenen Ansätze kann das Entgeltregulierungskonzept des TKG nicht mit der Preismissbrauchsaufsicht des KartellR verglichen werden, sodass sich daraus keine Rückschlüsse auf die Kontrolldichte im TK-Sektor ziehen lassen.

Schließlich ist zu prüfen, ob aus der Systematik des TKG eine behördliche Letztentscheidungskompetenz in Bezug auf § 30 I 2 TKG folgt. § 10 II 2 TKG räumt der BNetzA ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum ein. Das Fehlen einer solchen Formulierung in der hier betrachteten Vorschrift spricht also grds. gegen die Annahme einer Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte. Allerdings sehen §§ 10 II und 30 I 2 TKG sehr ähnliche Wertungen vor. Durch die nachträgliche Entgeltregulierung werden gemäß § 38 I TKG die Missbrauchstatbestände des § 28 TKG zum Kontrollmaßstab für die Entgelte. Diese sind aber an der Vorschrift des § 19 IV GWB ausgerichtet<sup>92</sup> und entstammen somit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht. Auch gemäß § 10 II 1 TKG hat die BNetzA zu prüfen, ob auf den betrachteten Märkten das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreicht, um dem Marktversagen entgegenzuwirken. Im Ergebnis geht es also sowohl im Rahmen des § 10 II TKG als auch des § 30 I 2 TKG um die Frage, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht als Kontrolle ausreicht. Es handelt sich daher in materieller Hinsicht um eine gleichgelagerte Entscheidung, was die Annahme eines Beurteilungsspielraumes im Rahmen des § 30 I 2 TKG nahelegt.<sup>93</sup>

Selbiges könnte sich aus der Bezugnahme auf die Regulierungsziele nach § 2 TKG ergeben. Die Frage, ob die nachträgliche Missbrauchsaufsicht zur Erreichung dieser Ziele „ausreicht“, erfordert eine Prognoseentscheidung. Zwar reicht der prognostische Einschlag allein nicht aus, um Letztentscheidungsbefugnisse der Ver-

---

89 Gärdtitz, NVwZ 2009, 1005 (1007).

90 Attendorn, DVBl. 2008, 1408 (1411).

91 Masing, in: Verhandlungen des 66. DJT I, Gutachten D, S. D154f.

92 BT-Drs. 15/2316, S. 67 zu § 26.

93 Heun/Jenny, CR 2007, 287 (292).

waltung zu begründen,<sup>94</sup> doch kommt hinzu, dass die BNetzA im Rahmen der Entgeltregulierung einen angemessenen Ausgleich der gegenläufigen Ziele des § 2 TKG herstellen soll, wozu es eines wertenden Vergleiches bedarf.<sup>95</sup> In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber die Entscheidung über die Reichweite einer sektorspezifischen Entgeltregulierung der BNetzA übertragen hat und nicht mehr (wie noch im TKG 1996) vorwegnimmt, sodass sich die Verpflichtungen der Netzbetreiber nicht nach dem Gesetz, sondern nach der getroffenen Verwaltungsentscheidung richten.<sup>96</sup> Dadurch wird der BNetzA ein Gestaltungsspielraum eingeräumt.<sup>97</sup> Zudem stellt sich die gesamte Marktregulierung eher als „aktive Marktbegleitung“ denn als einzelne Marktintervention dar, was durch eine nur punktuell erfolgende gerichtliche Vollkontrolle geradezu konterkariert würde.<sup>98</sup>

Die Systematik der Vorschrift spricht daher für einen gerichtlich nicht vollständig überprüfbaren Entscheidungsspielraum der BNetzA.

#### *dd) Telos*

Für die Entscheidungen im Rahmen der Entgeltregulierung sind gemäß § 132 I 1 TKG die Beschlusskammern der BNetzA zuständig. Diese setzen sich nach § 132 II TKG aus drei Personen mit Laufbahnbefähigung für den höheren Dienst zusammen, wobei mindestens ein Mitglied die Befähigung zum Richteramt haben muss. Bislang ist es üblich, jede Beschlusskammer mit jeweils einem Juristen, Ökonomen und Absolventen eines Ingenieurstudienganges zu besetzen, um möglichst umfassende Fachkenntnisse zur Verfügung zu haben.<sup>99</sup> Durch die Ausgestaltung als Kollegialorgane soll eine von Meinungsvielfalt getragene, ausgewogene Entscheidungsfindung erreicht werden.<sup>100</sup> Zur Erfüllung ihrer Aufgaben erhält die BNetzA zudem fortlaufend wissenschaftliche Unterstützung, § 125 II TKG. Die Entscheidung wird gemäß § 135 III 1 TKG in der Regel auf Grund einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung getroffen. Das Verfahren erhält dadurch besonderen, justizähnlichen Charakter.<sup>101</sup>

---

94 BVerfGE 88, 40 (60).

95 *Ludwigs*, JZ 2009, 290 (296).

96 *Mayen*, NVwZ 2008, 835 (836).

97 *Knauff*, VerwArch 2007, 382 (403).

98 *Eifert*, ZHR 174, 449 (463ff.).

99 *Attendorn*, in: Beck'scher TKG-Komm, § 132 Rn. 11.

100 OVG Münster, CR 2004, 197 (198).

101 *Ludwigs*, JZ 2009, 290 (296).

Gegen eine Letztentscheidungsbefugnis würde die Weisungsfreiheit der Behörde sprechen, da die richterliche Überprüfung dann erst recht angezeigt wäre.<sup>102</sup> Die BNetzA ist aber als Teil der Verwaltung weisungsabhängig und hierarchisch gegliedert.<sup>103</sup> Die Beschlusskammern bilden unselbstständige Organisationseinheiten der Behörde „Bundesnetzagentur“.<sup>104</sup> Als Bundesoberbehörde<sup>105</sup> muss diese zur Sicherstellung der demokratischen Legitimation den Weisungen des zuständigen Bundesministers unterstellt sein.<sup>106</sup>

Als weiteres Argument für einen nur begrenzt überprüfbaren Handlungsspielraum der BNetzA werden die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung herangezogen.<sup>107</sup> In der Tat verfügen die Beschlusskammern der BNetzA durch ihre Besetzung und die wissenschaftliche Unterstützung über besondere Fachkenntnisse. Ohne weiteres wäre es aber möglich, dass sich die zur Entscheidung berufenen Gerichte durch die Hinzuziehung von Sachverständigen in gleicher Weise Kenntnisse verschaffen, wie sie die Beschlusskammern der BNetzA durch die Fachkompetenzen der Abteilungen erhalten.<sup>108</sup> Auch im KartellR obliegt den Behörden die Überwachung komplexer, dynamischer Märkte und dennoch findet eine gerichtliche Vollkontrolle statt.<sup>109</sup> Allerdings muss man anerkennen, dass das Regulierungswissen der BNetzA durch die stetige Entwicklung und fortlaufende wissenschaftliche Unterstützung über das hinausgeht, was Gerichte und Sachverständige leisten können.<sup>110</sup> Hinzu kommt, dass die BNetzA durch das Konsistenzgebot des § 27 II TKG dazu angehalten ist, die Entgeltregulierungsmaßnahmen zeitlich und inhaltlich aufeinander abzustimmen. Auch zwischen den Beschlusskammern müssen gemäß § 132 IV TKG entsprechende Abstimmungen vorgenommen werden. Eine solche umfassende Bewertung der einzelnen Entgeltregulierungsmaßnahmen, insbesondere vor dem Hintergrund eines einheitlichen Regulierungskonzeptes, kann von den Gerichten in einzelnen, nur punktuell nachvollziehenden Entscheidungen nicht geleistet werden. Ziel der Ausnahme in § 30 I 2 TKG ist es, Überregulierung zu verhindern.<sup>111</sup> Die Beurteilung einer solchen Überregulierung setzt aber gerade eine Abstimmung der einzelnen Regulierungsmaßnahmen voraus.

102 Proelß, AöR 136, 402 (422).

103 Attendorn, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 132 Rn. 12f.

104 Mayen, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 132 Rn. 6.

105 § 1 S. 2 BNAG.

106 Bulla, in: Schmidt/Vollmöller, Kompendium, § 11 Rn. 27.

107 BVerwGE 130, 39 (48).

108 Helmes, CR 2006, 583 (585).

109 Attendorn, DVBl. 2008, 1408 (1413).

110 Eifert, ZHR 2010, 449 (468f.).

111 Groebel/Seifert, in: Säcker, TKG, § 30 Rn. 20.

Der Telos der Vorschrift spricht also dafür, der BNetzA im Rahmen des § 30 I 2 TKG eine Letztentscheidungsbefugnis einzuräumen.

*ee) Ergebnis*

Die angestellten Erwägungen sind geeignet, eine Ausnahme von der grundsätzlich stattfindenden Vollkontrolle zu begründen. Die BNetzA trifft im Falle des § 30 I 2 TKG eine einheitliche Gesamtermessensentscheidung, bei der die Abwägung Bestandteil der Ermessensentscheidung ist.<sup>112</sup> Die Gerichte können diese im Rahmen des Regulierungsermessens getroffene Entscheidung nur anhand der Abwägungsfehlerlehre überprüfen.

c) EnWG

Anders als das BVerwG steht der BGH der Annahme eines nur eingeschränkt überprüfbaren Gestaltungsspielraumes der RegB eher ablehnend gegenüber.<sup>113</sup> Im Folgenden sollen zunächst die allgemeinen Bedenken gegen die Annahme eines Regulierungsermessens im Rahmen der Entgeltregulierung dargestellt und dann beispielhaft an zwei Vorschriften vertieft werden.

*aa) Allgemeine Erwägungen*

Im Gegensatz zum TKG sind die Entgeltregulierungsvorschriften des EnWG als „normale“ konditional konstruierte Ermächtigungsvorschriften formuliert, die nicht an allgemeine Zielbestimmungen anknüpfen.<sup>114</sup> Es fehlt also an einer finalen Normstruktur, die eine besondere Gestaltungsaufgabe der RegB verdeutlichen könnte.

Das Energierecht weist im Vergleich zu anderen Netzwirtschaften eine sehr hohe Normierungsdichte auf, die Spielräume der Verwaltung von vornherein begrenzt.<sup>115</sup> Regeln und Pflichten der Marktteilnehmer und der RegB werden weitgehend durch das EnWG und zugehörige Verordnungen bestimmt.<sup>116</sup> Hier liegt ein weiterer Unterschied zum TK-Recht, in dem die Regulierungsverfügung der BNetzA konstitutiv für die Verpflichtungen marktmächtiger Unternehmen ist.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> *Ludwigs*, JZ 2009, 290 (296f.).

<sup>113</sup> So bspw. BGHZ 172, 368 (382) zur Frage des Auskunftsverlangens.

<sup>114</sup> *Burgi*, DVBl. 2006, 269 (275).

<sup>115</sup> *Kühling/Hermeier*, N&R 2007, 146 (151f.).

<sup>116</sup> *Eifert*, ZHR 2010, 49 (465).

<sup>117</sup> Siehe oben, C. II. 2. a) cc).

Auch dass die BNetzA gemäß § 59 I 1 EnWG durch Beschlusskammern entscheidet, kann nicht als Argument zur Bejahung von Spielräumen der Verwaltung herangezogen werden, da dies auf die LRegB nicht zutrifft.<sup>118</sup> Dass aber der BNetzA aufgrund der Einrichtung von Beschlusskammern Beurteilungsspielräume entstehen, die den LRegB nicht zustehen sollen, kann nicht überzeugen.<sup>119</sup>

Hauptgrund für die Ablehnung des Regulierungsermessens ist § 83 V EnWG, der darauf abstellt, ob die RegB von ihrem Ermessen „fehlbaren Gebrauch“ gemacht hat. Dieser dehnt durch den Wortlaut („insbesondere“) die gerichtliche Kontrolle im Vergleich zu § 114 VwGO aus.<sup>120</sup> § 84 V EnWG entspricht wörtlich dem § 71 V 1 GWB, dessen Zweck eine umfassende Verrechtlichung der behördlichen Entscheidung ist, um zu verhindern, dass für die Unbestimmtheit zahlreicher Ermächtigungen im GWB auch noch der „Preis der Unkontrollierbarkeit“ gezahlt wird, indem die gerichtliche Kontrolle vor Beurteilungs- und Ermessensspielräumen Halt macht.<sup>121</sup> Letztlich folge aus § 71 V 1 GWB, dass es keine gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Ermessens- oder Beurteilungsspielräume gebe.<sup>122</sup> Gleiches muss dann auch für die wortgleiche Bestimmung im EnWG gelten. Die Übernahme der Formulierung legt nahe, dass der Gesetzgeber die im KartellR mögliche Zweckmäßigkeitüberprüfung auf das Energierecht übertragen wollte.<sup>123</sup> Zudem zeigt der Vergleich mit § 71 V GWB, dass der Gesetzgeber den Ausnahmetatbestand des § 71 V 2 GWB gerade nicht ins EnWG übernommen hat. Nach dieser Vorschrift ist die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Nachprüfung durch das Gericht entzogen. § 71 V 2 GWB entfaltet also ausdrücklich eine Letztentscheidungsbefugnis der Behörde. Dass der Gesetzgeber dies nicht übernommen hat, zeigt, dass er keine Ausnahmen von der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit der behördlichen Entscheidung schaffen wollte.<sup>124</sup>

### bb) Vertiefung

Trotz der Vorbehalte gegen behördliche Letztentscheidungsbefugnisse nehmen die RegB solche im Rahmen der kostenorientierten Entgeltbestimmung für sich in Anspruch. Gemäß § 23a II 1 EnWG ergeht die Entgeltgenehmigung als gebundene Entscheidung. Maßstab ist nach § 21 II 1 EnWG, dass sie auf der Grundlage der

118 *Salje*, EnWG, § 59 Rn. 13.

119 *Hardach*, Anreizregulierung, S. 154.

120 *Klose*, in: Wiedemann, Kartellrecht, § 54 Rn. 105.

121 *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 71 Rn. 37.

122 *Bechtold*, in: Bechtold, GWB, § 71 Rn. 20.

123 *Hardach*, Anreizregulierung, S. 154.

124 *Preeby*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 83 Rn. 20.

Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, gebildet werden. Diese Anforderungen werden in der StromNEV konkretisiert. Im Folgenden soll exemplarisch anhand von zwei Vorschriften gezeigt werden, weshalb die Auffassung der RegB nicht überzeugen kann.

Gemäß § 3 I 5 Hs. 2 StromNEV „können gesicherte Erkenntnisse über das Planjahr“ bei der Kostenermittlung berücksichtigt werden. Die RegB leiten daraus sowohl einen Ermessens- als auch einen Beurteilungsspielraum für sich ab.<sup>125</sup> Gegen einen Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite ist hingegen einzuwenden, dass ein unüberwindbarer Wissensvorsprung der Behörde bei der Frage, wann Erkenntnisse gesichert sind, gegenüber einem sachverständig beratenen Gericht nicht zu erkennen ist.<sup>126</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum die Gerichte nicht selbst Kriterien dafür entwickeln können sollten, wie Plankosten zu belegen sind.<sup>127</sup> Die Tatsache, dass Prognosen und Wertungen vorgenommen werden müssen, reicht für sich genommen nicht aus.<sup>128</sup> Die Annahme eines Ermessensspielraumes geht ebenfalls fehl. Adressat der Vorschrift ist der Netzbetreiber, der die Entgeltkalkulation vornimmt, sodass sich aus der Formulierung „können [...] berücksichtigt werden“ kein Ermessensspielraum der Behörde ergibt.<sup>129</sup>

Gemäß § 5 II StromNEV, der wegen der Verweisung in § 6 I 1 ARegV auch für die Anreizregulierung gilt, dürfen Fremdkapitalzinsen maximal in der Höhe „kapitalmarktüblicher Zinsen für vergleichbare Kreditaufnahmen“ eingestellt werden. Zum Teil wird diesbezüglich ein Beurteilungsspielraum der RegB bejaht.<sup>130</sup> Die Beurteilung, welchen Fremdkapitalzins der Netzbetreiber hätte zahlen müssen, wenn er sich den entsprechenden Betrag auf dem Kapitalmarkt hätte beschaffen müssen, ist hingegen frei von prognostischen Einschätzungen, politischen Wertungen oder planerischen Erwägungen.<sup>131</sup> Insbesondere die Vorgaben des Verordnungsgebers<sup>132</sup> ermöglichen eine eindeutige Bestimmung der kapitalmarktüblichen Zinsen durch die Behörde.<sup>133</sup> Angesichts der engen Voraussetzungen des § 5 II StromNEV scheidet auch ein Vergleich mit den Vorschriften des TKG im Bereich

---

125 *Missling*, in: Danner/Theobald, Energierecht II, StromNEV, § 3 Rn. 47.

126 *Gussone*, ZNER 2007, 266 (269).

127 *Hardach*, Anreizregulierung, S. 149.

128 *Burgi*, DVBl. 2006, 269 (275).

129 *Missling*, in: Danner/Theobald, Energierecht II, StromNEV, § 3 Rn. 47.

130 OLG Koblenz Kartellsenat, Beschluss vom 04.05.2007, Az. W 595/06 Kart, Rn. 130.

131 BGH ZNER 2008, 222 (225).

132 BR-Drs. 245/05, S. 33: „Als kapitalmarktüblicher Zinssatz kann der auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogene Durchschnitt der Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten angesehen werden.“

133 *Gussone*, ZNER 2007, 266 (270).

der Bestimmung des Fremdkapitalzinssatzes aus.<sup>134</sup> Hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Kreditaufnahmen besteht kein Grund, weshalb die Gerichte diese Umstände nicht mit sachverständiger Hilfe selbst beurteilen können sollten.<sup>135</sup>

### cc) Ergebnis

Die Ausführungen haben ergeben, dass dem EnWG keine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte in Bezug auf die Entgeltregulierung zu entnehmen ist.

## III. Geheimnisschutz im gerichtlichen Verfahren

Für Maßnahmen der Entgeltregulierung müssen der RegB umfangreiche Informationen über die Unternehmen zur Verfügung stehen. Viele dieser Informationen können den Status von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen haben. Das sind alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein besonderes Interesse hat.<sup>136</sup> Kommt es zu einem gerichtlichen Verfahren über die Entgelte, sind diese Informationen unerlässlich, um den Gerichten zu ermöglichen, die Entscheidung der RegB nachzuvollziehen und rechtlich zu bewerten. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unterliegen aber als Vermögenswerte und ausschlaggebende Faktoren für die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen dem Schutz der Art. 12 I, 14 I GG – mit ihrer Offenlegung verlieren sie sowohl ihren spezifischen Vermögenswert als auch den in ihnen verkörperten Wettbewerbsvorteil.<sup>137</sup> Insofern ist das grundrechtlich geschützte Interesse des Unternehmens an deren Geheimhaltung mit dem Interesse an effektivem Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG und dem Recht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG abzuwägen. Für das allgemeine Verwaltungsrecht ist diese Frage in § 99 VwGO geregelt, der für das TK- und das Energierecht modifiziert wird.

### 1. § 138 TKG

Die Vorlage- und Auskunftspflicht der BNetzA in tk-rechtlichen Gerichtsverfahren ist in § 138 I TKG geregelt. Durch die Novelle vom 3.5.2012 erhielt die Regelung

---

134 BGH ZNER 2008, 222 (225).

135 *Mesic/Schlack/Steinbeck*, ZNER 2008, 191 (196).

136 BVerfG NVwZ 2006, 1041 (1042).

137 *Von Danwitz*, DVBl. 2005, 597 (600).



umfassende Änderungen. Der Gesetzgeber sah sich dazu aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 4 RRL<sup>138</sup> veranlasst, nach der das zuständige Gericht uneingeschränkt über sämtliche Informationen, die der Regulierungsentscheidung zugrunde lagen, verfügen können müsse.<sup>139</sup>

Gemäß § 138 I 1 TKG hat die BNetzA, abweichend von der Vorgängervorschrift und § 99 I 2 VwGO, die Möglichkeit, Unterlagen als geheimhaltungsbedürftig zu kennzeichnen. Die BNetzA kann das Gericht dadurch auf ein möglicherweise betroffenes Geheimhaltungsinteresse aufmerksam machen.<sup>140</sup> In Abweichung von § 99 I 2 VwGO ist nicht die oberste Aufsichtsbehörde, sondern gemäß § 138 I 1 TKG die BNetzA zuständig. Dies führt zu einer Prozessbeschleunigung, weil die Aufsichtsbehörde sich nicht in den Vorgang einarbeiten muss.<sup>141</sup>

Es obliegt dem Gericht der Hauptsache, die Möglichkeit der Berührung von Geheimhaltungsinteressen zu prüfen<sup>142</sup> und die betroffenen Beteiligten darüber zu informieren, dass die BNetzA die Unterlagen vorgelegt hat, § 138 I 2 TKG. Der Beteiligte hat dann die Möglichkeit, einen Antrag nach § 138 II 1 TKG zu stellen, damit das Gericht der Hauptsache in einem In-Camera-Zwischenverfahren (§ 138 III 2 TKG) darüber entscheidet, ob das weitere Hauptsacheverfahren in camera durchgeführt werden soll, § 138 II TKG, indem die Geltung der §§ 100, 108 I 2, II VwGO für das Hauptsacheverfahren aufgehoben wird. § 138 TKG eröffnet damit erstmalig in der deutschen Rechtsordnung die Möglichkeit eines In-Camera-Hauptsacheverfahrens.<sup>143</sup>

Auch hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit ergibt sich eine Besonderheit im Vergleich zu § 99 II VwGO. Das in dieser Vorschrift vorgesehene Zwischenverfahren vor dem OVG führt zu erheblichen Verfahrensverzögerungen.<sup>144</sup> Aus diesem Grund ist nach der Regelung des § 138 TKG das Gericht der Hauptsache für die Entscheidung im Zwischenverfahren zuständig. Dadurch ist es nicht erforderlich, dass sich ein anderer Spruchkörper in die häufig komplexe Materie einarbeitet, was die Entscheidungsfindung beschleunigen kann.<sup>145</sup>

Für die Entscheidung im Zwischenverfahren ist nach § 138 II 2 TKG eine Interessenabwägung ausschlaggebend, wobei der Gesetzgeber auch die Frage der Ent-

---

138 EuGH Rs. C-438/04, Slg. 2006, I-6675 Rn. 40.

139 BT-Drs. 17/5707, S. 86 zu Nr. 98.

140 Götz, N&R 2012, 215 (219).

141 Holznapel, MMR 2003, 513 (515).

142 Götz, N&R 2012, 215 (219).

143 Götz, N&R 2012, 215 (215).

144 Ohlenburg, NVwZ 2005, 15 (17).

145 Wissmann/Krull, in: Wissmann, Telekommunikationsrecht, Kap. 18 Rn. 79.

scheidungserheblichkeit beachtet wissen möchte.<sup>146</sup> Auch ob andere Möglichkeiten der Sachaufklärung bestehen, ist aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu berücksichtigen.<sup>147</sup>

Nach der Regelung des § 138 II 1, 2 TKG werden durch die Entscheidung im Zwischenverfahren nur die Beteiligtenrechte der §§ 100, 108 I 2, II VwGO für das Hauptsacheverfahren ausgeschlossen, die geheim gehaltenen Informationen sind aber für die Entscheidung in der Hauptsache vollumfänglich verwertbar. Sie dürfen aus den Entscheidungsgründen nicht erkennbar sein, und die Mitglieder des Gerichts sind zur Geheimhaltung verpflichtet, § 138 II 3, 4 TKG.

§ 138 TKG 2012 stellt damit eine völlig neuartige Regelung dar. Sie macht es möglich, sämtliche relevante Informationen im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes in die Entscheidung einzubeziehen, ohne dass ein Beteiligter seine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenlegen muss.<sup>148</sup> Damit wird ein optimaler Ausgleich der widerstreitenden Interessen gefunden.

## 2. § 84 EnWG

Nach § 84 II 1 EnWG hängt das Akteneinsichtsrecht für Akten der RegB von ihrer Zustimmung ab. Zuständig ist also auch hier im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung nicht die oberste Aufsichtsbehörde. Gemäß § 84 II 2 EnWG ist die Zustimmung zu versagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist. Ein Ermessensspielraum besteht also nicht. Die Unterlagen dürfen der Entscheidung in der Hauptsache dann nur insoweit zugrunde gelegt werden, als ihr Inhalt vorgetragen wurde, § 84 II 3 EnWG. § 84 II 4 EnWG ermöglicht dem Gericht der Hauptsache, die Offenlegung dieser Tatsachen anzuordnen. Dabei ist zuvor der davon Betroffene anzuhören. Die Offenlegung darf nur dann erfolgen, soweit es für die Entscheidung darauf ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Sache das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt. Die Geheimnisöffnung ist also in jedem Fall nur subsidiär in Erwägung zu ziehen.<sup>149</sup> Indem die Zuständigkeit anders als bei § 99 II VwGO beim Beschwerdegericht liegt, kann eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden.<sup>150</sup>

---

146 BT-Drs. 17/5707, S. 87 zu Nr. 98.

147 Götz, N&R 2012, 215 (220).

148 Götz, N&R 2012, 215 (221).

149 Knauff, VerwArch 2007, 382 (407).

150 Knauff, VerwArch 2007, 382 (407).

Bleibt es bei der Geheimhaltung der Informationen, sind diese im Hauptsacheverfahren grds. nicht verwertbar, § 84 II 3 EnWG. Unter Umständen ist dadurch, insbesondere wenn es sich um entscheidungserhebliche Unterlagen handelt, eine sachliche Kontrolle der Regulierungsmaßnahmen nicht möglich.<sup>151</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob nicht auch für Verfahren im Bereich des Energierechts die Möglichkeit eines In-Camera-Hauptsacheverfahrens bestehen muss.<sup>152</sup> Da die gleiche Problematik auch in Bezug auf das TKG 2004 bestand, ist zu erwägen, die Grundsätze des § 138 TKG auch auf andere regulatorische Verfahren zu übertragen.<sup>153</sup>

---

151 *Masing*, in: Verhandlungen des 66. DJT, Gutachten D, S. D172; *Schneider*, in: Fehling/Ruffert, § 22 Rn. 31.

152 *Masing*, in: Verhandlungen des 66. DJT, Gutachten D, S. D172.

153 *Herrmann/Bosch*, N&R 2007, 79 (81) zur entsprechenden Rechtsprechung des BVerwG; *Götz*, N&R 2012, 215 (221).

## D. Fazit

Die Betrachtungen haben gezeigt, dass die Besonderheiten des Regulierungsverwaltungsrechts sich auch auf den Rechtsschutz auswirken. Das allgemeine Verwaltungsprozessrecht bedarf deshalb einiger Modifikationen, um den Unterschieden gerecht zu werden.

Ob darüber hinaus die Einführung eines allgemeinen Regulierungsverwaltungsrechts, das die sektorspezifischen Regelungsstrukturen zusammenfasst, sinnvoll und geboten ist, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden.<sup>154</sup> Angezeigt ist es aber, zumindest die Rechtswege einander anzugleichen, um einen Gleichlauf der Rechtsprechung im TK- und Energiebereich zu erreichen. Es ist nicht überzeugend, mit der BNetzA auf der einen Seite eine einheitliche, neue Verwaltungsbehörde zu schaffen, auf der anderen Seite aber den Rechtsweg zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit aufzuteilen.<sup>155</sup> Für eine Zuweisung an die Verwaltungsgerichte spricht, dass es sich beim Regulierungsverwaltungsrecht trotz der Nähe zum Wettbewerbsrecht eben gerade um Verwaltungsrecht handelt.<sup>156</sup> Die Verwaltungsgerichte sind auf die Kontrolle staatlichen Handelns spezialisiert.<sup>157</sup> Soweit dagegen eingewandt wird, dass die ordentlichen Gerichte von ihrer kartellrechtlichen Erfahrung profitieren,<sup>158</sup> so darf nicht übersehen werden, dass das für den TK-Sektor erstinstanzlich zuständige VG Köln sich mittlerweile ebenso umfassende Kenntnisse aneignen konnte.<sup>159</sup> Zudem gehen die Regulierungszwecke über die bloße Wettbewerbsgewährleistung hinaus.<sup>160</sup> Es spricht daher nichts dagegen, auch im Bereich des Energierechts den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen.

---

154 Zustimmend *Masing*, in: Verhandlungen des 66. DJT I, Gutachten D, S. D58; ablehnend *Storr*, DVBl. 2006, 1017 (1026).

155 *Proelß*, AöR 136, 402 (418).

156 *Knauff*, VerwArch 2007, 382 (408); *Proelß*, AöR 136, 402 (418).

157 *Masing*, in: Verhandlungen des 66. DJT I, Gutachten D, S. D165f.

158 *Kübling/Hermeier*, N&R 2007, 146 (153).

159 *Ellinghaus*, MMR 2004, 293 (295).

160 *Storr*, DVBl. 2006, 1017 (1025); *Masing*, in: Verhandlungen des 66. DJT I, Gutachten D, S. D164.

## Literaturverzeichnis

- Attendor, Thorsten: Das Bundesverwaltungsgericht, die Bundesnetzagentur und die Sinnenprüfung – planerische Gestaltungsfreiräume bei der Zugangsanordnung nach § 21 TKG?, DVBl. 2008, 1408–1417.
- Ders.: Das „Regulierungsermessen“, Ein deutscher „Sonderweg“ bei der gerichtlichen Kontrolle tk-rechtlicher Regulierungsentscheidungen?, MMR 2009, 238–241.
- Ders.: TK-Zugangsregulierung und Drittschutz, Können Wettbewerber weitergehende belastende Anordnungen gegen das regulierte Unternehmen einklagen?, MMR 2008, 444–449.
- Bechtold, Rainer (Hrsg.): Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 6. Auflage, München, 2010.
- Bien, Florian: Die Drittanfechtungsbeschwerde im EnWG – Konsequenzen aus dem *pep-com*-Beschluss des BGH?, ZNER 2007, 295–299.
- Britz, Gabriele/Hellermann, Johannes/Hermes, Georg (Hrsg.): EnWG, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, München, 2008.
- Burgi, Martin: Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl. 2006, 269–277.
- Danner, Wolfgang/Theobald, Christian (Hrsg.): Energierecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftliche relevante Rechtsregelungen, Band 2: Ia. Europäisches Energierecht, Ib. Rechtsfragen des Handels mit Energie, Finanzinstrumenten und Zertifikaten, II. Wettbewerbsrecht, III. Energiepreisrecht, IV. Allgemeine Anschluss- und Versorgungsbedingungen, V. Atomrecht, Kommentar, Stand: Mai 2011 (70. Ergänzungslieferung), München, 2011.
- Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, Heidelberg (u.a.), 2012.
- Eifert, Martin: Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, ZHR 174 (2010), 449–485.
- Ellinghaus, Ulrich: Regulierungsverfahren, gerichtlicher Rechtsschutz und richterliche Kontrolldichte im neuen TKG, MMR 2004, 293–297.
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin/New York, 2010.
- Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.): Regulierungsrecht, Tübingen, 2010.
- Franzius, Claudio: Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? – Zum behördlichen Gestaltungsauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach §§ 21, 30 TKG –, DVBl. 2009, 409–416.
- Frenzel, Eike Michael: Das Regulierungsverwaltungsrecht als öffentliches Recht der Netzwirtschaften, JA 2008, 868–874.
- Gärditz, Klaus Ferdinand: „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, NVwZ 2009, 1005–1011.
- Geppert, Martin/Piepenbrock, Hermann-Josef/Schütz, Raimund/Schuster, Fabian (Hrsg.): Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, München, 2006.

- Götz, Andreas: Die Evolution des Geheimnisschutzes im Regulierungsverwaltungsprozess, Ein Beitrag zu § 138 TKG i.d.F. der TKG-Novelle 2012, N&R 2012, 215–221.
- Gussone, Peter: Beurteilungsspielräume bei der Regulierung der Netzentgelte – Grenzen für die gerichtliche Kontrolle?, ZNER 2007, 266–271.
- Hardach, Felix: Die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze, Baden-Baden, 2010.
- Helmes, Patrick: Wirksamer und effizienter Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten in Marktregulierungsverfahren? Eine Untersuchung der Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der BNetzA nach verfassungs- und europarechtlichen Maßstäben, CR 2006, 583–590.
- Heun, Sven-Erik/Jenny, Valerian: Keine Entgeltregulierung für Mobilfunknetzbetreiber? Das Dilemma der Urteile des VG Köln zur Aufhebung der von der BNetzA den Mobilfunknetzbetreibern nach § 30 Abs. 1 TKG auferlegten Entgeltgenehmigungspflichten, CR 2007, 287–293.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, München, 2007.
- Herrmann, Danielle/Bosch, Tobias: Anmerkung zum Beschluss des BVerwG vom 9. Januar 2007 – 20 F 1.06, N&R 2007, 79–81.
- Holznapel, Bernd: Rechtsschutz und TK-Regulierung im Referentenentwurf zum TKG, Neue Ansätze für eine Verfahrensbeschleunigung, MMR 2003, 513–517.
- Holznapel, Bernd/Enaux, Christoph/Nienhaus, Christian: Telekommunikationsrecht, Rahmenbedingungen – Regulierungspraxis, 2. Auflage, München, 2006.
- Knauff, Matthias: Regulierungsverwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, VerwArch 2007, 382–409.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Rasbach, Winfried: Energierecht, 3. Auflage, Baden-Baden, 2013.
- Koenig, Christian/Neumann, Andreas/Senger, Marion: Gesetzliche Ausgestaltung des regulierungsbehördlichen Ermessens im Telekommunikationsrecht, MMR 2006, 365–369.
- Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger/Schenke, Ralf Peter: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Auflage, München, 2011.
- Kühling, Jürgen/Hermeier, Guido: Die Rechtsprechung im Regulierungsgefüge des EnWG 2005, Eine erste Bilanz mit Blick auf die Effektivität des Rechtsschutzes, N&R 2007, 146–153.
- Ludwigs, Markus: Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, 290–297.
- Ders.: Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur independent agency? Europarechtliche Anstöße und verfassungsrechtliche Grenzen, DV 2011, 41–74.
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München, 2011.
- Mayen, Thomas: Das planungsrechtliche Abwägungsgebot im Telekommunikationsrecht, Dargestellt am Beispiel des § 21 TKG, NVwZ 2008, 835–842.
- Mesic, Jadran/Schlack, Ulrich/Steinbeck, David: Netzentgeltgenehmigungen: Verwaltungsrechtliche und prozessuale Grundsätze, ZNER 2008, 191–196.
- Ohlenburg, Anna: Geheimnisschutz im Verwaltungsprozess – Die Modifikation des § 99 II VwGO in § 138 TKG, NVwZ 2005, 15–19.
- Peters, Carsten: Rechtsschutz Dritter im Rahmen des EnWG, Baden-Baden, 2008.
- Proelß, Alexander: Das Regulierungsermessen – eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, AöR 136 (2011), 402–427.
- Reimann, Cindy: Zielsetzung, Rechtfertigung und Verfahren der Entgeltregulierung nach dem TKG, Berlin, 2003.

- Ruthig, Josef/Storr, Stefan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, Heidelberg (u.a.), 2011.
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 1. Auflage, Frankfurt am Main, 2006.
- Salje, Peter: Energiewirtschaftsgesetz, Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970), Kommentar, Köln (u.a.), 2006.
- Sauerland, Thomas: Sind die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes über die Entgeltregulierung drittschützend?, RdE 2007, 153–158.
- Scheurle, Klaus Dieter/Mayen, Thomas (Hrsg.): Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München, 2008.
- Schmidt, Reiner/Vollmöller, Thomas (Hrsg.): Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin (u.a.), 2007.
- Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.): Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, München, 2011.
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band I, Gutachten, München, 2006.
- Dies.: Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), München, 2006.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7. Auflage, München, 2008.
- Stober, Rolf/Kluth, Winfried (Hrsg.): Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 12. Auflage, München, 2007.
- Storr, Stefan: Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, DVBl. 2006, 1017–1026.
- Von Danwitz, Thomas: Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Recht der Regulierungsverwaltung, DVBl. 2005, 597–605.
- Voßkuhle, Andreas: Grundwissen: Öffentliches Recht – Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), JuS 2008, 117–119.
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.): Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, München, 2008
- Wieland, Joachim: Regulierungsermessen im Spannungsfeld zwischen deutschem und Unionsrecht, DÖV 2011, 705–714.
- Windthorst, Kay: Drittschutz im Telekommunikationsrecht, WiVerw 2011, 196–205.
- Wissmann, Martin: Telekommunikationsrecht, Praxishandbuch, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 2006.

Die Regulierung des Telekommunikations- und Energiemarktes verfolgt primär das Ziel, wirksamen Wettbewerb in den monopolgeprägten Netzwirtschaften zu schaffen, der ohne das Eingreifen des Staates hier nicht entstehen kann. Diesem Zweck dient auch die Regulierung der Netznutzungsentgelte, welche die Netznutzer an die Netzbetreiber entrichten müssen. In diesem Zusammenhang ergibt sich ein besonderes tripolares Rechtsverhältnis: Die Entscheidungen der Regulierungsbehörde ergehen zwar nur gegenüber dem Netzbetreiber, haben aber auch Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer. Daraus entwickeln sich interessante Fragen für den Rechtsschutz, die in der vorliegenden Arbeit untersucht werden. Im Vordergrund stehen dabei die Klagebefugnis der Netznutzer, die gerichtliche Kontrolldichte sowie der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im gerichtlichen Verfahren.

Die Untersuchung beginnt mit der Darstellung der aktuell geltenden Rechtslage im Telekommunikations- und Energiesektor

in den für die Betrachtung relevanten Grundzügen. Darauf aufbauend erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Anforderungen, die an die Klagebefugnis Dritter nach dem TKG und nach dem EnWG zu stellen sind. Dabei wird insbesondere vertieft auf die Bedeutung der formalisierten Beschwerdebefugnis nach § 75 II EnWG eingegangen. Dem schließt sich eine Analyse der gerichtlichen Kontrolldichte an. Hier werden zunächst die Überlegungen zu einem übergreifenden „Regulierungsermessen“ für den gesamten Bereich des Regulierungsverwaltungsrechts vorgestellt, bevor exemplarisch ausgewählte Vorschriften aus dem TKG und dem EnWG darauf untersucht werden, ob sie der Regulierungsbehörde ein Letztentscheidungsrecht zuerkennen und so die gerichtliche Kontrolldichte einschränken. Der letzte Teil der Arbeit widmet sich dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im gerichtlichen Verfahren. Dabei stehen die Vorschriften in § 138 TKG und § 84 EnWG im Fokus.