

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

der T... GmbH,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Dolde, Mayen & Partner,  
Rheinauen Carré, Mildred-Scheel-Straße 1, 53175 Bonn -

1. unmittelbar gegen

a) das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. April 2008 - BVerwG 6 C  
16.07 -,

b) das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 8. März 2007 - 1 K 3918/06 -,

c) den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 29. August 2006 - BK 4c-06-001/R -  
,

2. mittelbar gegen

§ 10 Abs. 2 Satz 2, § 11 TKG

hat die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

den Vizepräsidenten Kirchhof  
und die Richter Eichberger,  
Masing

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntma-  
chung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 8. Dezember 2011 einstimmig be-  
schlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

**Gründe:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft insbesondere Fragen der gerichtlichen Kon-  
trolldichte bei der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung nach dem Zwei-  
ten Teil des Telekommunikationsgesetzes (§§ 9 ff. TKG) durch die Bundesnetzagen-  
tur. 1

**I.**

1. Die Beschwerdeführerin betreibt ein Mobiltelefonnetz. Die Präsidentenkammer  
der Bundesnetzagentur legte Ende 2005 fest (vgl. Amtsblatt der Bundesnetzagentur  
2006, S. 2429), dass unter anderem die Beschwerdeführerin „auf den regulierungs-  
bedürftigen relevanten bundesweiten Märkten für Anrufzustellung in einzelnen Mobil-  
telefonnetzen ... über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG“ verfügt. Auf 2

dieser Grundlage erließ eine Beschlusskammer der Bundesnetzagentur am 29. August 2006 eine Regulierungsverfügung (Amtsblatt der Bundesnetzagentur 2006, S. 2271), mit der sie insbesondere der Beschwerdeführerin Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG auferlegte sowie Entgelte der Beschwerdeführerin für Zugangsleistungen gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG der vorherigen Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterwarf.

2. Die Klage der Beschwerdeführerin gegen die Regulierungsverfügung hatte teilweise Erfolg; das Verwaltungsgericht Köln hob mit Urteil vom 8. März 2007 (1 K 3918/06, juris) die Anordnung auf, soweit sie die Entgeltregulierung betraf. 3

3. Das Bundesverwaltungsgericht wies mit Urteil vom 2. April 2008 (BVerwG 6 C 16.07, juris - Parallellfall in BVerwGE 131, 41) die Klage der Beschwerdeführerin insgesamt ab. 4

Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, dass die Regulierungsverfügung gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sei. 5

Der Bundesnetzagentur stehe „ein Beurteilungsspielraum in Bezug auf die von ihr zu verantwortende Marktdefinition und Marktanalyse“ (§§ 10 und 11 TKG) zu. Der Beurteilungsspielraum, den § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG seinem Wortlaut nach ausdrücklich einräume, erstrecke sich unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik und des Normzwecks auf die Marktdefinition und Marktanalyse insgesamt. Höherrangiges Gemeinschaftsrecht erlaube dies nicht nur, sondern gebiete ein solches Normverständnis. Ein Widerspruch zu nationalem Verfassungsrecht bestehe nicht. Daraus folge, dass das Gericht die Überprüfung einer von der Bundesnetzagentur gemäß §§ 10 und 11 TKG vorgenommenen Marktdefinition und Marktanalyse darauf erstrecken, aber auch begrenzen müsse, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten habe, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen sei, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt habe und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt habe. 6

Bei der Prüfung, ob die Zugangsverpflichtung gerechtfertigt sei und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG stehe, habe die Bundesnetzagentur einen sieben Punkte umfassenden Katalog mit weiteren Abwägungsgesichtspunkten zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 TKG). Diese umfassende, durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung könne von der Ermessensbetätigung der Bundesnetzagentur nicht getrennt werden, sondern sei vielmehr Bestandteil des ihr in Anlehnung an das Planungsermessen eingeräumten Regulierungsermessens. Das Regulierungsermessen werde fehlerhaft ausgeübt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden habe, in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden sei, was nach Lage der Dinge in sie habe eingestellt werden müssen, die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden sei oder der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen worden sei, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis stehe. 7

Die Entscheidung, ob eine nachträgliche Entgeltregulierung zur Erreichung der Regulierungsziele ausreiche, sei von der Bundesnetzagentur (vgl. § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG) nach Maßgabe des ihr eingeräumten, vom Gericht auf Abwägungsfehler zu überprüfenden Regulierungsermessens zu entscheiden. 8

Auf der Grundlage dieser Maßstäbe sei die Regulierungsverfügung rechtlich nicht zu beanstanden. 9

## II.

Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer Verfassungsbeschwerde eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 12 Abs. 1 GG. Sie beanstandet, die vom Bundesverwaltungsgericht angelegten Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle, insbesondere bei der Marktdefinition und Marktanalyse nach §§ 10 und 11 TKG, sowie die Überprüfung der Regulierungsverfügung im konkreten Fall genügten nicht der verfassungsrechtlichen Garantie effektiven Rechtsschutzes. 10

Darüber hinaus habe das Bundesverwaltungsgericht auch auf unverhältnismäßige Weise in ihr Grundrecht auf Berufsfreiheit eingegriffen. 11

## III.

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. 12

1. Der Verfassungsbeschwerde kommt keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (vgl. § 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). Insbesondere sind die verfassungsrechtliche Zulässigkeit und Grenzen der Einräumung behördlicher Letztentscheidungsrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt (vgl. jüngst BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 31. Mai 2011 - 1 BvR 857/07 - , NVwZ 2011, S. 1062 <1064 f.> m.w.N.). Neue Fragen grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung werden in diesem Zusammenhang nicht aufgeworfen. 13

2. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung ist auch nicht zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin angezeigt (vgl. § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Eine Verletzung der Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 12 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG, lässt sich nicht feststellen. Insbesondere verstößt das Bundesverwaltungsgericht nicht dadurch gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, dass es bei der Kontrolle der angegriffenen Regulierungsverfügung von einem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbareren Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur bei der Marktdefinition und Marktanalyse nach §§ 10 und 11 TKG ausgeht. 14

a) Soweit das Bundesverwaltungsgericht - wie von der Verfassungsbeschwerde in erster Linie angegriffen - einen Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur bei der Marktdefinition und Marktanalyse annimmt, scheidet eine verfassungsgerichtliche Überprüfung des bundesverwaltungsgerichtlichen Standpunkts am Maßstab des Art. 19 Abs. 4 und des Art. 12 Abs. 1 GG nicht deshalb aus, weil dieser behördliche 15

Spielraum womöglich durch Unionsrecht zwingend vorgegeben ist.

Das Bundesverwaltungsgericht ist allerdings der Auffassung, dass „höherrangiges Gemeinschaftsrecht“ die Einräumung eines Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur bei der Marktdefinition und -analyse nicht nur erlaubt, sondern sogar „gebietet“ (BVerwG, a.a.O. Rn. 17 ff. unter Bezugnahme auf verschiedene Bestimmungen der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste <Rahmenrichtlinie - RRL>, ABl. EG 2002 Nr. L 108, S. 33, mit späteren Änderungen). 16

Es kann hier dahinstehen, ob die Richtlinienbestimmungen so, wie vom Bundesverwaltungsgericht angenommen, auszulegen sind, weil der von ihm den einschlägigen Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes entnommene Beurteilungsspielraum mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 12 Abs. 1 GG in Einklang steht (zu einer entsprechenden Argumentation vgl. BVerfGE 125, 260 <306 f.>). Deshalb bedarf es auch nicht der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV (vgl. dazu BVerfGE 125, 260 <308>) zur Klärung der Frage, ob dem nationalen Gesetzgeber insoweit ein Umsetzungsspielraum verblieben ist. 17

b) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verletzt die Beschwerdeführerin nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG. 18

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 31. Mai 2011 (- 1 BvR 857/07 -, juris) unter Zusammenfassung und Weiterentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen wirksamen Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, insbesondere auch im Hinblick auf die Zulässigkeit und die verfassungsrechtlichen Grenzen behördlicher Letztentscheidungsrechte, ausgeführt: 19

(1) Das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert jedem den Rechtsweg, der geltend macht, durch die öffentliche Gewalt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Damit wird sowohl der Zugang zu den Gerichten als auch die Wirksamkeit des Rechtsschutzes gewährleistet. Der Bürger hat einen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle in allen ihm von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen (vgl. BVerfGE 40, 272 <275>; 113, 273 <310>). Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen. Das schließt eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen und Wertungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens ist, im Grundsatz aus (vgl. BVerfGE 15, 275 <282>; 61, 82 <110 f.>; 84, 34 <49>; 84, 59 <77>; 101, 106 <123>; 103, 142 <156>; BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011, a.a.O. Rn. 68). 20

Die materiell geschützte Rechtsposition ergibt sich allerdings nicht aus Art. 19 21

Abs. 4 Satz 1 GG selbst, sondern wird darin vorausgesetzt (vgl. BVerfGE 61, 82 <110>; 78, 214 <226>; 83, 182 <194 f.>; 84, 34 <49>; stRspr). Neben den verfassungsmäßigen Rechten bestimmt das einfache Recht, welche Rechte der Einzelne geltend machen kann. Der Gesetzgeber befindet unter Beachtung der Grundrechte darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zustehen und welchen Inhalt es haben soll (vgl. BVerfGE 78, 214 <226>; 83, 182 <195>; 113, 273 <310>; 116, 1 <11 f.>; BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011, a.a.O. Rn. 69).

Beruhet die angefochtene Entscheidung auf der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, so ist deren Konkretisierung grundsätzlich Sache der Gerichte, die die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt nachzuprüfen haben. Die Regeln über die eingeschränkte Kontrolle des Verwaltungsermessens gelten nicht ohne weiteres auch für die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (vgl. BVerfGE 7, 129 <154>; 64, 261 <279>; 84, 34 <49 f.>). Dies schließt nicht aus, dass bei der Kontrolle der Verwaltung deren Eigenverantwortung Rechnung getragen und die gerichtliche Kontrolle - wie etwa im Planungsrecht - als eine nachvollziehende Kontrolle ausgestaltet wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011, a.a.O. Rn. 70).

(2) Das Gebot effektiven Rechtsschutzes schließt nicht aus, dass durch den Gesetzgeber eröffnete Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume sowie die Tatbestandswirkung von Exekutivakten die Durchführung der Rechtskontrolle durch die Gerichte einschränken (vgl. BVerfGE 15, 275 <282>; 61, 82 <111>; 84, 34 <50 ff.>; 88, 40 <56>; 103, 142 <157>; 113, 273 <310>). Gerichtliche Kontrolle endet dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt (vgl. BVerfGE 88, 40 <61>; 103, 142 <156 f.>; 116, 1 <18>).

Ob dies der Fall ist, muss sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln sein. Demgegenüber kann es weder der Verwaltung noch den Gerichten überlassen werden, ohne gesetzliche Grundlage durch die Annahme behördlicher Letztentscheidungsrechte die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben. Andernfalls könnten diese „in eigener Sache“ die grundgesetzliche Rollenverteilung zwischen Exekutive und Judikative verändern. Nimmt ein Gericht ein behördliches Letztentscheidungsrecht an, das mangels gesetzlicher Grundlage nicht besteht, und unterlässt es deshalb die vollständige Prüfung der Behördenentscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit, steht dies nicht nur in Widerspruch zur Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG), sondern verletzt vor allem auch das Versprechen wirksamen Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011, a.a.O. Rn. 73 f.).

Auch der Gesetzgeber ist nicht frei in der Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse. Zwar liegt es grundsätzlich in seiner Hand, den Umfang und Ge-

22

23

24

25

halt der subjektiven Rechte der Bürger zu definieren und so mit entsprechenden Folgen für den Umfang der gerichtlichen Kontrolle auch deren Rechtsstellung gegenüber der Verwaltung differenziert auszugestalten. Allerdings ist er hierbei durch die Grundrechte sowie durch das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip und die hieraus folgenden Grundsätze der Bestimmtheit und Normenklarheit gebunden. Will er im Übrigen gegenüber von ihm anerkannten subjektiven Rechten die gerichtliche Kontrolle zurücknehmen, hat er zu berücksichtigen, dass im gewaltenteilenden Staat grundgesetzlicher Prägung die letztverbindliche Normauslegung und auch die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich den Gerichten vorbehalten ist. Deren durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantierte Effektivität darf auch der Gesetzgeber nicht durch zu zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume für ganze Sachbereiche oder gar Rechtsgebiete aushebeln. Die Freistellung der Rechtsanwendung von gerichtlicher Kontrolle bedarf stets eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011, a.a.O. Rn. 75).

Wie im Beschluss des Ersten Senats vom 31. Mai 2011 kann auch hier offen bleiben, ob gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbare Entscheidungsspielräume der Verwaltung ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage von Verfassungs wegen dann zulässig sind, wenn eine weitergehende gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße (so offenbar in den Prüfungsfällen vgl. BVerfGE 84, 34 <50>; 84, 59 <77 f.>). Eine solche Konstellation liegt hier offensichtlich nicht vor. 26

bb) Bei Anwendung dieser Vorgaben ist die Annahme einer Marktdefinition und -analyse umfassenden Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur durch das Bundesverwaltungsgericht gemessen am Maßstab der Rechtsschutzgarantie verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. 27

(a) Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, dass der in § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG der Bundesnetzagentur ausdrücklich für die Bestimmung der Märkte zugebilligte Beurteilungsspielraum sich „auf die Marktdefinition und -analyse insgesamt“ erstreckt. 28

Ob die §§ 10,11 TKG einen Beurteilungsspielraum dieses Umfangs normativ einräumen, ist zunächst eine Frage der Auslegung des einfachen Rechts, die den Fachgerichten vorbehalten und vom Bundesverfassungsgericht nur auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts zu überprüfen ist (vgl. BVerfGE 18, 85 <92 f.>; stRspr). 29

Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Annahme des Beurteilungsspielraums in Auslegung der §§ 10, 11 TKG die verfassungsrechtlichen Grenzen eingehalten, insbesondere weder die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG noch des Art. 12 Abs. 1 GG verkannt und die Bestimmungen auch willkürfrei interpretiert. 30

(b) Das Bundesverwaltungsgericht verwendet bei seiner Auslegung der §§ 10, 11 31

TKG im Hinblick auf die Reichweite des Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur die anerkannten Auslegungsmethoden. Es verweist ausdrücklich auf die Gesetzssystematik und den Normzweck und berücksichtigt den unionsrechtlichen Hintergrund der Bestimmungen (vgl. BVerwG, a.a.O. Rn. 14 ff.).

Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG werden „diese Märkte“ von der Bundesnetzagentur im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt. „Diese Märkte“ sind nach der Gesetzssystematik die für eine Regulierung nach Teil 2 in Betracht kommenden Märkte (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG). Dass ein Markt für eine Regulierung in Betracht kommt, ist, worauf das Bundesverwaltungsgericht abstellt, tatbestandliche Voraussetzung einer Marktfestlegung nach § 10 Abs. 1 TKG. Die Festlegung des relevanten Marktes erfolgt dementsprechend nicht vor Anwendung des sogenannten Drei-Kriterien-Tests des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG. Angesichts dessen ist es jedenfalls vertretbar anzunehmen, dass sich der normativ vorgesehene Beurteilungsspielraum nicht nur auf das Vorliegen der in § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG genannten Kriterien, sondern auch - jedenfalls teilweise - auf die Marktfestlegung nach § 10 Abs. 1 TKG erstreckt (vgl. etwa Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, § 50 Rn. 292). Ohnehin hat die Festlegung der sachlich und räumlich relevanten Märkte ihrerseits im Hinblick auf die Beurteilung der Regulierungsbedürftigkeit zu erfolgen (vgl. etwa Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 10 Rn. 110).

Von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist auch, dass das Bundesverwaltungsgericht aus der gesetzessystematisch engen Verknüpfung von Marktdefinition und Marktbewertung nach § 10 Abs. 1 und 2 TKG auf der einen und Marktanalyse nach § 11 TKG auf der anderen Seite auf einen einheitlichen Beurteilungsspielraum für all diese Vorgänge schließt.

§ 11 Abs. 1 Satz 1 TKG knüpft schon in seinem Wortlaut, auf den das Bundesverwaltungsgericht besonders hinweist, ausdrücklich an § 10 TKG an. Gesetzeswortlaut und Gesetzssystematik lassen sich allerdings keine Gründe dafür entnehmen, weshalb gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 TKG die Prüfung, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht, „im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach diesem Teil in Betracht kommenden Märkte“ erfolgen soll. Auch der Blick auf die Entstehungsgeschichte erschließt dies nicht ohne weiteres. Danach geht die Formulierung auf den Referentenentwurf zum TKG 2004 zurück; dieser sah - anders als der nachfolgende Gesetzentwurf der Bundesregierung (BTDrucks 15/2316) - vor, dass bereits die Marktabgrenzung über die Regulierungsbedürftigkeit entscheidet (und nicht nur darüber, ob der Markt für eine Regulierung in Betracht kommt). Trotz Änderung der Regelungssystematik blieb der Wortlaut der Bestimmung insoweit unverändert, weshalb aus ihm wohl keine weitergehenden Rückschlüsse auf die hinter dieser Verknüpfung stehende gesetzgeberische Zwecksetzung gezogen werden dürfen. Es besteht im Übrigen (weitgehend) Einigkeit, dass die von der Bundesnetzagentur geforderte Marktanalyse im Anschluss an die Marktdefinition zu bewältigen ist (vgl. etwa Schneider, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht,

2010, § 8 Rn. 21, 24).

Gleichwohl lassen sich der Entstehungsgeschichte Anhaltspunkte für die vom Bundesverwaltungsgericht angenommene Reichweite des Beurteilungsspielraums entnehmen. Im Hinblick auf den Beurteilungsspielraum heißt es in dem erwähnten Referentenentwurf: „Welche Märkte die RegTP aufgrund des Fehlens funktionsfähigen Wettbewerbs als regulierungsbedürftig erachtet, unterliegt ihrem Beurteilungsspielraum und ist daher gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar.“ Diese Formulierung findet sich sodann wörtlich im Gesetzentwurf der Bundesregierung (vgl. BTDrucks 15/2316, S. 61), obwohl er bereits die Marktdefinition und die Marktanalyse als eigenständige Verfahrensschritte vorsieht. Das trägt durchaus den Schluss, dass die Verfasser des Gesetzentwurfs von einer erheblichen Reichweite des Beurteilungsspielraums ausgingen. Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens hat diese Frage ausweislich der veröffentlichten Materialien (vgl. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 10. März 2004 <BTDrucks 15/2674>, Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 10. März 2004 <BTDrucks 15/2679> und Plenarprotokoll 15/98, S. 8763 ff.) keine besondere Rolle gespielt.

35

Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts kann sich schließlich auch darauf stützen, dass bei Verabschiedung des Telekommunikationsgesetzes 2004 im Frühjahr 2004 die „Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“ bereits seit Längerem vorlagen und diese Leitlinien in Nr. 22, worauf das Bundesverwaltungsgericht zu Recht hinweist, davon ausgehen, dass - gemeinschaftsrechtlich geboten - der nationalen Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition und der Marktanalyse ein „weitreichender Ermessensspielraum“ - nach deutschem Verwaltungsrecht ein „weitreichender Beurteilungsspielraum“ - zusteht. Es ist davon auszugehen, dass der nationale Gesetzgeber das Telekommunikationsgesetz nicht, jedenfalls nicht ohne entsprechende Begründung, im Widerspruch zu der in den Leitlinien geäußerten Auffassungen der Kommission ausgestalten wollte.

36

(c) Für die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte durch den Gesetzgeber bestehen tragfähige Sachgründe (zu dieser Voraussetzung vgl. BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011, a.a.O. Rn. 75).

37

Die in § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG genannten Kriterien zur Bestimmung der für eine Regulierung in Betracht kommenden Märkte („beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken“, „längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren“ und „Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht“) enthalten, insbesondere im zweiten und dritten Kriterium, sowohl wertende als auch prognostische Elemente, welche die Charakterisierung einer Annahme als „richtig“ oder „falsch“ nicht bezüglich aller Einzelheiten zulassen (vgl. etwa Ellinghaus, CR 2009, S. 87 <89>), weil sie vor allem wesentlich von ökonomischen Einschätzungen abhängen. Ähnliches gilt für die Beantwortung der Frage, ob auf

38

dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht (§ 11 Abs. 1 TKG), zumal sie in engem Zusammenhang mit der Frage steht, ob dieser Markt längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert (§ 10 Abs. 2 Satz 1 TKG). Die erkennbaren Schwierigkeiten einer gerichtlichen Vollkontrolle dieser Tatbestandsmerkmale dürfte der Gesetzgeber zum Anlass nehmen, der Bundesnetzagentur im Rahmen des ihm insoweit zukommenden Gestaltungsspielraums einen entsprechenden Beurteilungsspielraum einzuräumen.

(d) Schließlich ist nicht erkennbar, dass das Bundesverwaltungsgericht mit seinem Verständnis des der Bundesnetzagentur eingeräumten Beurteilungsspielraums den §§ 10, 11 TKG eine Deutung gibt, die den in Art. 19 Abs. 4 GG generell und damit grundsätzlich auch für den Bereich der Marktregulierung nach dem zweiten Teil des Telekommunikationsgesetzes vorausgesetzten wirksamen Rechtsschutz durch die Gerichte aushebelt (zu diesem verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab vgl. wiederum BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 31. Mai 2011, a.a.O. Rn. 75).

39

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Reichweite des Beurteilungsspielraums in §§ 10, 11 TKG so interpretiert, dass die Fachgerichte die Überprüfung einer von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Marktdefinition und -analyse darauf zu erstrecken, aber auch zu begrenzen haben, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat. Ein solches Verständnis der gesetzlichen Regelung belässt den Fachgerichten genügend Möglichkeiten aber in diesem Rahmen auch die Pflicht zu einer substantiellen Kontrolle des behördlichen Handelns. Ein generelles Rechtsschutzdefizit, das mit der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar wäre, ist vor dem Hintergrund des von vornherein durch eine Beurteilungsermächtigung gekennzeichneten Inhalts des subjektiven Rechts danach nicht erkennbar.

40

Im Ergebnis versteht das Bundesverwaltungsgericht vielmehr die subjektive Rechtsstellung der auf dem Telekommunikationsmarkt tätigen Unternehmen bezüglich ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten als durch einen - gesetzlich näher präzisierten - Regulierungsvorbehalt inhaltlich beschränkt; es stellt in diesem Sinne auch ausdrücklich auf Grenzen der materiellrechtlichen Bindung der Exekutive ab (vgl. BVerwG, a.a.O. Rn. 20). Hinsichtlich der streitgegenständlichen Regulierungsentscheidungen haben danach die Telekommunikationsunternehmen, wie hier die Beschwerdeführerin, materiell nur Anspruch auf eine Regulierungsentscheidung, die sich in dem vom Bundesverwaltungsgericht dem Gesetz entnommenen Überprüfungsrahmen hält.

41

cc) Eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG ist auch nicht erkennbar in der konkreten Kontrolle des angegriffenen Beschlusses der Bundesnetzagentur durch das Bundesverwaltungsgericht (ungeachtet der Beachtung des Beurteilungsspielraums auf der

42

Tatbestandsseite und eines planungsähnlichen Ermessens auf der Rechtsfolgenseite der Regulierung). Das Urteil belegt im Gegenteil, dass trotz dieser Einschränkungen der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis in deren Handhabung durch das Bundesverwaltungsgericht ein ausreichendes Maß substantieller gerichtlicher Kontrolle verbleibt, die sowohl Art. 19 Abs. 4 GG als auch Art. 12 Abs. 1 GG (dazu sogleich unter c) genügt, der die Ausgestaltung der subjektiven Rechtsposition der Marktteilnehmer anleitet.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die von der Bundesnetzagentur unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung der Europäischen Kommission vorgenommene Marktdefinition und -analyse konsequent anhand der von ihm umschriebenen Kontrollparameter für den behördlichen Beurteilungsspielraum (a.a.O. Rn. 22-37), ohne dass die Subsumtion Anlass zu durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden gäbe. Dabei übernehmen weder Bundesnetzagentur noch das Bundesverwaltungsgericht die Märkteempfehlung der Kommission ungeprüft. Das Bundesverwaltungsgericht misst ihr auch keine originäre Rechtsverbindlichkeit bei (a.a.O. Rn. 24), sondern behandelt sie unter Berufung auf Art. 15 Abs. 1, 3 RRL und § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG als gesetzliche Vermutung (a.a.O. Rn. 25), deren Berechtigung im konkreten Fall es auch inhaltlich nachgeht (a.a.O. Rn. 27 ff.). Das steht im rechtlichen Ansatz wie in der Durchführung mit Art. 19 Abs. 4 GG in Einklang; eine höhere gerichtliche Kontrolldichte ist angesichts der normativen Einräumung eines Beurteilungsspielraums von Verfassungs wegen insoweit nicht geboten.

43

c) Weder die angegriffenen Entscheidungen noch die zugrunde liegende Rechtslage verletzen die Beschwerdeführerin in Art. 12 Abs. 1 GG.

44

aa) Das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG schützt das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am Markt (vgl. BVerfGE 115, 205 <229> m.w.N.). Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen (vgl. BVerfGE 105, 252 <265>). Dabei schließt die Garantie der freien Berufsausübung auch die Freiheit ein, das Entgelt für berufliche Leistungen mit dem Interessenten auszuhandeln (vgl. BVerfGE 121, 317 <345>).

45

bb) Die Auferlegung der Regulierungsverpflichtungen durch die Bundesnetzagentur und die Bestätigung ihrer Rechtmäßigkeit durch die Gerichte greifen damit in die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführerin ein. Der Eingriff ist auch von erheblichem Gewicht. Denn der Beschwerdeführerin wird insbesondere ein Kontrahierungszwang auferlegt und die Freiheit genommen, Entgelte für Zugangsleistungen nach ihren Vorstellungen zu fordern.

46

Dieser Eingriff ist jedoch gerechtfertigt. Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte nach dem 2. Teil des Telekommunikationsgesetzes verfolgt insbesondere mit dem Schutz der Verbraucherinteressen und der Sicherstellung chancengleichen

47

Wettbewerbs (vgl. §§ 1, 2 Abs. 2 TKG) gewichtige Gemeinwohlziele und erweist sich im Falle der hier angegriffenen Regulierungsverfügung als verhältnismäßig.

Es ist - nicht zuletzt mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (vgl. BTDrucks 15/2316, S. 1, 68) - nicht zweifelhaft, dass der Gesetzgeber das Regulierungsinstrumentarium auch auf die Mobilfunkmärkte erstrecken wollte, obwohl ein staatliches Monopol im Mobilfunkbereich nicht bestanden hatte. Dies ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Dem Gesetz liegt die Vorstellung zugrunde, dass im Telekommunikationssektor insgesamt und nicht nur in ehemaligen Monopolbereichen die Gefahr unzureichender Marktverhältnisse besteht, der nicht allein mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden kann. Angesichts des dem Gesetzgeber zukommenden weiten Einschätzungsspielraums bei der Frage, ob bestimmte Marktbereiche generell einem Regulierungsregime unterworfen werden sollen, besteht kein Anlass zu Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit des nicht auf ehemals monopolistisch strukturierte Märkte beschränkten Anwendungsbereichs des Teils 2 des Telekommunikationsgesetzes, zumal konkrete Regulierungsmaßnahmen vorab die spezifische Marktdefinition und Marktanalyse nach den §§ 10, 11 TKG durch die Bundesnetzagentur voraussetzen und ihrerseits jeweils an strenge Tatbestandsvoraussetzungen gebunden sind.

48

Es ist nicht erkennbar, dass die angegriffene Regulierungsverfügung selbst die Beschwerdeführerin unverhältnismäßig in ihrer Berufsausübungsfreiheit trifft. Ihr Interesse an freier unternehmerischer Betätigung wird durch die Zusammenschaltungs-, Terminierungs- und Kollokationsverpflichtungen nicht übermäßig eingeschränkt, zumal auch sie selbst ein Interesse an der umfassenden Erreichbarkeit ihrer eigenen Mobilfunkkunden haben wird. Die finanziellen Folgen der Verfügung - insbesondere der Genehmigungspflicht für die Entgelte der Zugangsgewährung und Kollokation - erscheinen nicht unangemessen. Namentlich wird der Beschwerdeführerin angesichts des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungserbringung nach § 31 Abs. 1 TKG kein finanzielles Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegt. Ihr wird lediglich ein möglicherweise lukratives Geschäft zulasten der Kunden der anderen Mobilfunknetz- sowie der Festnetzbetreiber unmöglich gemacht.

49

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

50

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

51

Kirchhof

Eichberger

Masing

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 8. Dezember 2011 - 1 BvR 1932/08**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 8. Dezember 2011 - 1 BvR 1932/08 - Rn. (1 - 51), [http://www.bverfg.de/e/rk20111208\\_1bvr193208.html](http://www.bverfg.de/e/rk20111208_1bvr193208.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2011:rk20111208.1bvr193208