MEDIENRECHT

08

Beurteilungsspielräume der Landesmedienanstalten

unter besonderer Berücksichtigung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM)

Rechtsgutachten
Prof. Dr. Gerrit Manssen
Universität Regensburg

e-Book

BLM

Beurteilungsspielräume der Landesmedienanstalten

unter besonderer Berücksichtigung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM)

Rechtsgutachten

Von Prof. Dr. Gerrit Manssen, Universität Regensburg, Juni 2020

BLM e-Book Band 08

Herausgeber:
Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)
Heinrich-Lübke-Straße 27
81737 München

Telefon (089) 638080
E-Mail: blm@blm.de
Internet: www.blm.de

Copyright BLM 2020
Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und Vervielfältigung nur mit Genehmigung des Herausgebers

Inhalt

I. Gutachtenauftrag und Forschungsdesign 7

II. Der Stand der Dogmatik zu den Beurteilungs-spielräumen 13

III. Rechtsprechungsanalyse 42

IV. Auswertung der Rechtsprechungsanalyse 102

V. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse 113

Literaturverzeichnis 118

I. Gutachtenauftrag und Forschungsdesign

1. Grundsätzliches Anliegen für den Gutachtenauftrag

Die Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM) hat mit Schreiben vom 8.8.2019 um ein Gutachten zur Rechtfertigung von „Beurteilungsspielräumen" der Landesmedienanstalten, insbesondere der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien, gebeten. Beachtliche Stimmen in der Literatur haben sich für die Einräumung von gerichtlich nicht kontrollierbaren Entscheidungsfreiräumen insbesondere der BLM ausgesprochen.[1] Solche Freiräume allgemein werden im Anschluss an *Otto Bachof* oft mit dem Begriff „Beurteilungsspielräume" umschrieben.[2] Wesentliche Argumente für die Annahme von judikativer Kontrolle freigestellten Entscheidungen speziell im Fall der BLM sind Stellung, Besetzung und Aufgaben des Bayerischen Medienrates (siehe Art. 12 ff. BayMG)[3] sowie die landesverfassungsrechtlich verankerte besondere Stellung der BLM in Ausfüllung von Art. 111a Abs. 2 Satz 1 BV („Rundfunk wird in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrieben."). Dementsprechend bestimmt Art. 2 Abs. 1 BayMG, dass Rundfunk im Rahmen des Bayerischen Mediengesetzes (also außerhalb des klassischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks) in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft der BLM betrieben wird. Korrespon-

---

1 Vgl. etwa *Bornemann*, ZUM 2012, 89 ff.; *Cole*, ZUM 2010, 929 ff.; *G. Kirchhof*, Der Bayerische Medienrat, S. 60 ff.; *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2008, 457 ff.; auch die Gegenauffassung ist allerdings literarisch beachtlich vertreten, siehe etwa *Brandenburg/Lammeyer*, ZUM 2010, 655 ff.

2 Vgl. *Bachof*, JZ 1955, 97 ff. Zur Entwicklung allgemein siehe auch *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 567 ff.

3 Dazu vor allem *G. Kirchhof*, Der Bayerische Medienrat, S. 60 ff.

dierend enthält Art. 10 BayMG die Feststellung, dass die BLM „auch“ (aber eben nicht nur) „Landesmedienanstalt“ sei.[4]

In der Judikatur haben diese Begründungsansätze zuletzt jedoch wenig Anklang gefunden. Vielmehr ist ein Rückzug der Rechtsprechung aus den Beurteilungsspielräumen vor allem im Medienrecht zu konstatieren. So hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts festgestellt, dass der Kommission für Jugendmedienschutz – KJM – (§§ 14 ff. JMStV) keine Beurteilungsspielräume zustünden.[5] Auch die Fachgerichte könnten sich Gewissheit darüber verschaffen, welchen schädlichen Einfluss ein Medium etwa auf Kinder und Jugendliche haben könne.[6] Einen Vorrang gebe es nach § 20 Abs. 3 JMStV nur für die vorangegangenen Entscheidungen der anerkannten Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle nach § 20 Abs. 3 JMStV.[7] Der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM) wurde lange Zeit von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, [8] auch nachdem das Bundesverfassungsgericht in der sog. Josefine-Mutzenbacher-Entscheidung eine intensivere gerichtliche Kontrolle von Indizierungsentscheidun-

---

4 Allgemein zu den Landesmedienanstalten siehe *Fechner*, Medienrecht, Kap. 10 Rn. 198 ff.

5 Siehe BVerwGE 159, 49/60 ff., Rn. 33: Die Annahme eines Verstoßes gegen § 5 JMStV unterliege vollständiger gerichtlicher Kontrolle. Zur KJM allgemein siehe *Ehrlichmann*, Verfassungsmäßigkeit, 2007. Zur Gegenauffassung, also für einen Beurteilungsspielraum der KJM, siehe etwa *Hopf/Braml*, MMR 2009, 153 ff.

6 BVerwG, a. a. O., Rn. 33.

7 BVerwG, a. a. O., Rn. 34.

8 Siehe BVerwGE 91, 211/216 für die eigentliche Abwägungsentscheidung.

gen verlangt hatte.[9] Diese Rechtsprechung ist in jüngerer Zeit aufgegeben worden (Bushido-Entscheidung[10]).

Abgelehnt worden ist die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums auch für das rundfunkrechtliche Trennungsgebot im Falle der Fernsehwerbung.[11] Selbst den Werberichtlinien der Landesmedienanstalten wird kein normkonkretisierender Charakter zuerkannt, es handele sich – so das Bundesverwaltungsgericht – um rein norminterpretierende Verwaltungsvorschriften.[12]

Hingegen wurden der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK, siehe § 36 Abs. 4 RStV) von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein Beurteilungsspielraum für die Feststellung einer „vorherrschenden Meinungsmacht" nach § 26 RStV zuerkannt.[13] Zudem werden in anderen Bereichen – vor allem bei der Regulierung im Telekommunikationsbereich – in den letzten Jahren zunehmend Beurteilungsspielräume der Regulierungsbehörde angenommen.[14]

Für die BLM als Auftraggeberin des vorliegenden Gutachtens stellt sich damit die Frage, aus welchen Gründen in für sie relevanten Rechtsgebie-

---

9 Vgl. BVerfGE 83, 130 ff.

10 BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18, NVwZ 2020, 233 ff. (unten **Nr. 32**) mit Anm. *Beisel*, NVwZ 2020, 241 ff.

11 BVerwG, Urt. v. 14.10.2015 – C 17.14, ZUM 2016, 194 ff., Rn. 37 = E 153, 129 ff. Dazu *Bornemann*, ZUM 2016, 198 ff., siehe auch unten Nr. **22**.

12 BVerwG, a. a. O., Rn. 32 ff.

13 Vgl. zunächst BVerwG, Urt. v. 24.11.2010 – 6 C 16/09, NVwZ-RR 2011, 279 ff. Rn. 41 f., unten **Nr. 12**; weiterhin BVerwG, Urt. v. 29.1.2014 – 6 C 2/13, NVwZ-RR 2014, 473 ff., siehe etwa Rn. 30, unten **Nr. 19**.

14 Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 30.5.2018 – 6 C 4.17, E 162, 202 ff. m. w. Nachw. Ausführlich zu dieser Frage auch *Bosch*, Kontrolldichte, S. 123 ff. Zur Entscheidung siehe unten **Nr. 31**.

ten ein Beurteilungsspielraum abgelehnt, in anderen – möglicherweise verwandten oder aus anderen Gründen „kontrollbedürftigeren“, da „staatsnäheren“ Bereichen – hingegen ein Beurteilungsspielraum anerkannt wird.

2. Forschungsdesign

Literatur und Rechtsprechung zum Thema Beurteilungsspielräume sind kaum mehr überschaubar. Die Problematik ist mehrfach und intensiv monographisch aufgearbeitet worden[15] und Gegenstand einer nahezu unüberschaubaren Anzahl von Einzelbeiträgen in Fachzeitschriften.[16] Es kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht darum gehen zu versuchen, auch nur annähernd eine umfassende Untersuchung aller Aspekte des Themas durchzuführen. Nötig sind vielmehr eine klare Umfangbeschränkung und eine Fokussierung auf ausgewählte Problembereiche.

Dies betrifft zunächst die Fragestellung. Es ist nicht die Aufgabe des vorliegenden Gutachtens, in Ergänzung des vorhandenen Schrifttums die eine oder andere Rechtsauffassung zu bestätigen noch zu widerlegen oder gar zu versuchen, die Diskussion auf neue dogmatische Grundlagen zu stellen. Es geht vielmehr zunächst darum herauszuarbeiten, mit welchen Argumenten die Rechtsprechung derzeit zum einen oder anderen Ergebnis kommt, also Beurteilungsspielräume zuerkennt oder ablehnt.

---

[15] Speziell zum Medienrecht siehe die Dissertation von *Dreyer*, Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz, 2018.

[16] Beispielhaft sei verwiesen auf die Habilitationsschrift aus dem Jahr 2001 von *Eckhard Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum und die dort nachgewiesenen Literaturnachweise. Vgl. weiterhin speziell zum Jugendmedienschutzrecht die Dissertation von *Brunner,* Beurteilungsspielräume, 2005, m. w. Nachw. auf Literatur und Rechtsprechung.

Die vorliegende Untersuchung ist weiterhin – entsprechend dem Gutachtenauftrag – nicht ausschließlich medienrechtlich angelegt. Es geht jedenfalls nicht primär um die Frage, welche rundfunkrechtlichen Gremien bei der Ausübung welcher Befugnisse einen Beurteilungsspielraum haben oder nicht haben. Der Untersuchungsansatz ist vielmehr grundsätzlicher. Es soll gerade auch im Hinblick auf andere Rechtsgebiete die Frage gestellt werden, welche Argumente für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen als tragfähig anerkannt werden und mit welchen Argumenten die BLM möglicherweise in Zukunft „erfolgreicher" agieren könnte als bisher, oder ob man sich eventuell auch von der Vorstellung verabschieden muss, es beständen in relevanter Weise „Beurteilungsspielräume". Möglicherweise ergibt sich auch, dass die Bedeutung von Beurteilungsspielräumen geringer ist als vielfach angenommen wird, weil auf anderen Wegen Gestaltungspielräume der Landesmedienanstalten und insbesondere der BLM erkennbar sind, auch wenn sie nicht als „Beurteilungsspielräume" im klassischen Sinne anzusehen sind. So ist auch zu thematisieren, ob die Frage von „Beurteilungsspielräumen" der richtige Ort ist, um die gewünschten Freiräume gegenüber einem zu starken Zugriff der Judikative in Entscheidungen der BLM abzuwehren.

Auch bezüglich des Rechtsprechungsmaterials ist eine Beschränkung nötig. Die Untersuchung wird sich vornehmlich auf Entscheidungen der letzten 20 Jahre konzentrieren, die in der amtlichen Sammlung des Bundesverwaltungsgerichts abgedruckt sind und mit dem Stichwort „Beurteilungsspielraum" im Stichwortverzeichnis nachgewiesen sind. Die von den Mitgliedern des Gerichts herausgegebene Sammlung bietet die Gewähr dafür, den Blick auf solche Rechtsprechungslinien zu lenken, die vom Gericht selbst als grundlegend angesehen werden. Damit ist eine kleine Unschärfe verbunden, da sich im Laufe der Untersuchung zeigen wird, dass es durchaus vor allem für den Medienbereich relevante Entscheidungen zum Beurteilungsspielraum gibt, die aber unter dem Stichwort „Beurteilungsspielraum" in der amtlichen Sammlung nicht entsprechend

nachgewiesen werden.[17] Sie tauchen dann jedoch regelmäßig unter verwandten Begriffen (etwa dem der „Einschätzungsprärogative“) auf und bleiben insoweit nicht unentdeckt. Sonstige Rechtsprechung auch von anderen Gerichten findet nur am Rande bei besonderem Anlass Berücksichtigung.

Eine abstrakte Vorabdefinition des zu sichtenden Materials bietet den Vorteil, angesichts der Fülle von Literatur und Rechtsprechung ergebnisgelenkte selektive Auswahl zu vermeiden. Die Untersuchung ist ergebnisoffen angelegt. Der Nachteil, dass relativ viele Entscheidungen auftauchen werden, die sich zu Blöcken zusammenfassen ließen, wird durch eine Gesamtschau in der Auswertung ausgeglichen. Um einen korrekten Eindruck über die Entwicklung der Rechtsprechung zu gewinnen, werden die Entscheidungen chronologisch behandelt.

---

[17] Siehe vor allem die Entscheidung BVerwGE 147, 118 ff. („Rotmilan“), die im Stichwortverzeichnis unter „Einschätzungsprärogative“ auftaucht. Weiteres Beispiel: BVerwGE 120, 227 ff., eine Entscheidung, in der es im Kern um Beurteilungsspielräume geht, der Begriff jedoch meist im Sinne von eingeschränkter Kontrolldichte umschrieben wird. Weiterhin sind etwa die Entscheidungen BVerwGE 153, 129 ff. zur Trennung von Werbung und Programm (unten **Nr. 22**), BVerwGE 159, 49 ff. zur vollständigen Überprüfbarkeit von Entscheidungen der KJM (unten **Nr. 28**) und BVerwGE 159, 64 ff. zur Frequenzvergabe durch die BLM (unten **Nr. 29**) im Stichwortverzeichnis nicht unter „Beurteilungsspielraum“ nachgewiesen. Der Grund dürfte darin liegen, dass dort keine grundsätzlich neuen Erkenntnisse zu diesem Thema enthalten sind. Wegen ihres medienrechtlichen Bezugs werden sie gleichwohl in die Untersuchung mit aufgenommen.

II. Der Stand der Dogmatik zu den Beurteilungsspielräumen

1. Allgemeine Grundlagen

Die wissenschaftliche Diskussion um Beurteilungsspielräume im Verwaltungsrecht hat eine gewisse Konstanz.[18] Normbefehle auch im Verwaltungsrecht sind nach Tatbestand und Rechtsfolge zu unterscheiden. Grundsätzlich sind alle Tatbestandsvoraussetzungen tatsächlich und rechtlich vollständig durch die Gerichte überprüfbar (uneingeschränkte Überprüfungspflicht[19]). Dies sei – so die überwiegende Meinung und Rechtsprechung – eine zwingende Konsequenz aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, die eine Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung darstelle.[20] Soweit hingegen der Verwaltung auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen eingeräumt sei, sei die gerichtliche Kontrolle darauf beschränkt, ob ein sog. Ermessensfehler vorliege.[21] Wissenschaftliche Ansätze, wonach diese Unterscheidung aufzugeben und stattdessen von einem einheitlichen Konzept „administrativer Freiräume“ auszugehen sei,[22] sind bisher in der Praxis nicht übernommen worden.

---

18 Vgl. etwa *Brunner*, Beurteilungsspielräume, S. 25 ff.; *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 194 ff. Eine Wiedergabe des Diskussionsstandes in der Rechtsprechung findet sich in BVerwG, NVwZ 2020, 233/234 Rn. 12 ff. Vgl. jüngst auch *Ludwigs*, DÖV 2020, 405 ff.

19 BVerwG, NVwZ 2020, 233/234 Rn. 12.

20 So ausdrücklich BVerwG, NVwZ 2020, 233/234, Rn. 12.

21 Vgl. allgemein *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 324 ff.

22 So vor allem *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, siehe etwa die Zusammenfassung ab S. 509. Siehe weiterhin *Gerlach*, S. 41 ff.

Eine vollständige Überprüfung auf der Tatbestandsseite in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht findet grundsätzlich auch dann statt, wenn das Gesetz sog. unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. Begriffe wie „Treu und Glauben“, „Sittenwidrigkeit“, „Zuverlässigkeit“, „Verunstaltung“,[23] „öffentliches Interesse“ etc. sind grundsätzlich gerichtlich vollständig überprüfbar.[24] Eine vollständige gerichtliche Überprüfung muss wegen der Verfassungsgarantie des Art. 103 Abs. 2 GG zudem immer dann stattfinden, wenn ein Normverstoß bußgeld- oder gar strafbewehrt ist. Dieser Aspekt ist bisher in der Literatur wenig beachtet worden,[25] da das Ordnungswidrigkeitenrecht vor allem in der akademischen Praxis ein Schattendasein führt, das seiner enormen praktischen Bedeutung in keiner Weise entspricht. Angesichts der geringeren Eingriffsschwere der Bußgeldtatbestände im Vergleich mit Strafvorschriften lassen sich zwar gewisse Abstriche an den aus der Verfassung für „echte“ Strafvorschriften abgeleiteten Bestimmtheitsanforderungen machen.[26] Die Beschränkung von Beurteilungsspielräumen durch das Ordnungswidrigkeitenrecht ist aber gleichwohl zwingend. Wenn die ordentlichen Gerichte im Falle von Verstößen dazu aufgerufen sind, eine vollständige tatsächliche und rechtliche Überprüfung vorzunehmen, kann die Kontrollkompetenz der Verwaltungsgerichte bei der Anfechtung von medienaufsichtlichen Verfügungen bei Verstößen gegen auch straf- oder bußgeldbewehrte Vorschriften nicht eingeschränkt sein. Hätte die Norm Unschärfen, die einen Beurteilungsspielraum rechtfertigen würden, könnten sie wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 Abs. 2 GG[27] nicht als Grundlage für Straf- oder

---

23 Zu diesem Standardbeispiel der vollständigen Überprüfbarkeit eines unbestimmten Rechtsbegriffs im Verwaltungsrecht siehe etwa *Manssen*, Stadtgestaltung, S. 168 ff.

24 Siehe statt vieler *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 198.

25 Vgl. allerdings *Dreyer*, Entscheidungen, S. 330 f.

26 Ausführlich dazu *Mitsch*, BLM e-Book 05, S. 16, 40 ff.

27 Dazu *Mitsch*, BLM e-Book 05, S. 16.

Bußgeldbestimmungen dienen.[28] Dies hat vor allem für das Jugendmedienschutzrecht erhebliche Konsequenzen: Die Strafbestimmung des § 23 JMStV sowie die lange Liste von Ordnungswidrigkeiten in § 24 JMStV schließen behördliche Beurteilungsspielräume in diesem Bereich aus.[29] Gleiches gilt für den langen Katalog an Ordnungswidrigkeitstatbeständen in § 49 RStV. Man kann von den für die gerichtliche Kontrolle von Bußgeldbescheiden zuständigen Amtsgerichten (§ 68 Abs. 1 S. 1 OWiG) nur verlangen, dass sich die „Richter am Amtsgericht", die in den Verfahren entscheiden (§ 68 Abs. 1 S. 2 OWiG), nicht leichtfertig über Richtlinien, Satzungen und die Expertisen von Gremien der zuständigen Medienaufsichtsbehörden hinwegsetzen und sich den Grenzen der eigenen Erkenntnisfähigkeit bewusst sind (was in der Praxis nicht immer gut zu funktionieren scheint). Rechtspolitisch dürfte es wünschenswert sein, wenn bei Bußgeldverfahren mit einer grundrechtlichen und finanziellen Dimension wie bei medienaufsichtlichen Verfügungen eine Hochzonung der Zuständigkeit stattfinden würde.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der vollständigen Überprüfbarkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen wird nach überwiegender Auffassung nur dann gemacht, wenn der Gesetzgeber die Verwaltung ausdrücklich zu einer eigenverantwortlichen und damit nur beschränkt überprüfbaren Entscheidung ermächtigt (sog. normative Ermächtigungslehre).[30] Der

---

[28] Siehe dazu *G. Nolte/H. P. Aus*t, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, Art. 103 Rn. 139 f.

[29] Dieser Aspekt kommt vor allem in der Untersuchung von *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2008, 457 ff., in der versucht wird, in weiterem Umfang als bisher anerkannt Beurteilungsspielräume zu begründen, deutlich zu kurz.

[30] Siehe statt vieler *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 362 ff.; *Dreyer*, Entscheidungen, S. 128 ff.; *Proelss*, AöR 136, 402/413; *Schmidt-Aßmann/Schenk*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Einl. Rn. 186 ff.

Beurteilungsspielraum muss „im Gesetz angelegt sein".[31] Dieser Glaube der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft und Rechtsprechung an den Gesetzgeber ist jedenfalls bisher nicht dadurch erschüttert worden, dass die Gesetzgeber in Bund und Ländern nur höchst selten ausdrücklich Beurteilungsspielräume anordnen. Der Ausweg für die Judikative besteht meist darin, im Wege der Gesetzesinterpretation Beurteilungsspielräume zu „identifizieren" (oder auch einfach zu unterstellen), was zu einer ausufernden und teilweise wenig voraussehbaren Kasuistik geführt hat.[32]

Die juristische Dogmatik hilft sich bei der Systematisierung des Rechtsstoffes mit der Annahme von Fallgruppen, die regelmäßig als Anwendungsfälle eines Beurteilungsspielraums angesehen werden:[33]

(1) Prüfungs- und prüfungsähnliche Entscheidungen. Beurteilungsspielräume werden anerkannt für den schulischen und universitären Bereich sowie für Staats- und Laufbahnprüfungen.

(2) Beamtenrechtliche Leistungs- und Eignungsbeurteilungen, vor allem bei der Bewertung der Leistung von Dienstpostenbewerbern.

(3) Höchstpersönliche Akte wertender Erkenntnis. Eine Tendenz zur Anerkennung von Beurteilungsspielräumen besteht vor allem dann, wenn

---

31 So BVerwG, NVwZ 2020, 233/234 Rn. 14. Entgegen der Auffassung von *Beisel*, NVwZ 2020, 241/22 wird man daraus aber nicht schließen können, die bisherige Rechtsprechung zu den Beurteilungsspielräumen sei insgesamt obsolet. „Im Gesetz angelegt" bedeutet nicht „ausdrücklich angeordnet".

32 Siehe etwa die Übersicht bei *W.-R, Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 755 ff.

33 Siehe *Detterbeck,* Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 362 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 37 ff.

Entscheidungen von Gremien getroffen werden, die weisungsunabhängig, staatsfrei und nach besonderen Kriterien zusammengesetzt sind.[34]

(4) Schließlich werden noch Prognose- und Risikoentscheidungen insbesondere im Umwelt- und Wirtschaftsrecht als Fallgruppe genannt, allerdings mit dem Zusatz, eine klare Linie sei nicht erkennbar.[35] Dass es eine klare Linie nicht gibt, gilt aber – die weiteren Ausführungen werden es zeigen – letztlich für alle Fallgruppen.

Sichere Schlüsse auf das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums können aus diesen Kriterien selten gezogen werden. Letztlich handelt es sich um eher grobe Systematisierungsversuche.

2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur möglichen Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte

a) Grundsätzliche Entwicklungslinien

Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu „Beurteilungsspielräumen“ in der Vergangenheit mit gewissen Einschränkungen akzeptiert, gelegentlich aber auch korrigiert.[36] Eine grundsätzliche Neuausrichtung der Rechtsprechung gab es in den 1990er Jahren vor allem im Prüfungsrecht. Unter Hinweis auf die besondere Bedeutung der grundrechtlichen Garantie der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) wurde der Beurteilungsspielraum im Prüfungsrecht deutlich

---

34 Siehe dazu im Einzelnen *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 374. Weiterhin etwa *Brandenburg/Lammeyer*, ZUM 2010, 655/662 ff.

35 *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 376.

36 Ausführlicher *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 36 ff.

reduziert.[37] Er beschränke sich auf prüfungsspezifische Wertungen, nicht erfasst sei hingegen die fachwissenschaftliche Richtigkeitskontrolle.[38]

Diese Korrektur durch das Verfassungsgericht bewirkte eine deutlich stärkere Orientierung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte am Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, die bis heute anhält. Kontrolliert wird, was vernünftigerweise kontrolliert werden kann. Eine Reduktion der Kontrolldichte bedarf – so der Grundansatz der Rechtsprechung – der besonderen Begründung.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 zum Investitionszulagengesetz 1999 wurden die Grundlinien der nunmehr eingeschlagenen Linie bei der gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen vom Bundesverfassungsgericht noch einmal wie folgt zusammengefasst:[39] Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebe dem Bürger einen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle.[40] Daraus folge die Pflicht zu einer vollständigen Nachprüfung angefochtener Verwaltungsakte in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.[41] Dies schließe eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen und Wertungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens sei, im Grundsatz aus.[42] Allerdings bestimme das einfache Recht, welche Rechte der Einzelne geltend machen könne.[43] Gerichtliche Kontrolle reiche nicht weiter als die materiell-rechtliche Bindung der Instanz, deren Ent-

---

37 Vgl. BVerfGE 84, 34 ff. und E 84, 59 ff. Siehe allgemein auch *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 685.

38 BVerfG, jeweils a. a. O.

39 BVerfGE 129, 1 ff.

40 BVerfGE 129, 1/20.

41 BVerfGE 129, 1/20.

42 BVerfGE 129, 1/20 m. w. Nachw.

43 BVerfGE 129, 1/20.

scheidung überprüft werden solle.[44] Der Verwaltung könnten in gewissen Grenzen Letztentscheidungsbefugnisse übertragen werden (Einschätzungs- und Auswahlspielräume).[45] Im Übrigen könne auch bei vom Gesetzgeber anerkannten subjektiven Rechten die gerichtliche Kontrolle zurückgenommen werden, soweit hierfür ein hinreichend gewichtiger Sachgrund bestehe, der die Freistellung von gerichtlicher Kontrolle rechtfertigen könne.[46] Schließlich überlegt das Gericht noch kurz, ob es Bereiche gäbe, bei denen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine gerichtliche Kontrolle aufgrund der Funktionsgrenzen der Rechtsprechung beschränkt sei (etwa bei Prüfungen und Prüfungsentscheidungen), lässt dies aber letztlich offen.[47]

b) „Rotmilan gegen Windenergie“ – neue Rechtsprechung

Eine gewisse Präzisierung der Rechtsprechung ist durch eine vergleichsweise neuere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingetreten.[48] Gegenstand war eine Verfassungsbeschwerde gegen die gerichtliche Abweisung einer Klage gegen die Zulassung von Windenergieanlagen.[49] Gerügt wurde von den Beschwerdeführern u. a. ein Verstoß gegen das Tötungsverbot für besonders geschützte wildlebende Tiere („Rotmilan“) nach § 44 BNatSchG. Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos konnte von den Verwaltungsgerichten jedoch nicht festgestellt werden, da

---

44 BVerfGE 129, 1/22.
45 BVerfGE 129, 1/22 f.
46 BVerfGE 129, 1/23.
47 BVerfGE 129, 1/23.
48 Siehe BVerfGE 149, 407 ff. = BayVBl. 2019, 628 ff. = JZ 2019, 88 ff. m. Anm. *Buchheim*. Vgl. dazu auch *Ludwigs*, DÖV 2020, 405/411.
49 Vgl. letztinstanzlich BVerwGE 147, 118 ff.

es insoweit an naturschutzfachlich allgemein anerkannten standardisierten Maßstäben und rechenhaft handhabbaren Verfahren fehlte.[50]

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist mit diesem Dilemma folgendermaßen umgegangen: Es müsse – so das Bundesverwaltungsgericht in der angegriffenen Entscheidung – den Naturschutzbehörden eine Einschätzungsprärogative eingeräumt werden. Seien mehrere Rechen- oder Ermittlungsmethoden wissenschaftlich vertretbar, bleibe die Wahl der Methode der Behörde überlassen. Wörtlich: „Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative folgt nicht aus einer bestimmten Verfahrensart oder Entscheidungsform, sondern aus der Erkenntnis, dass das Artenschutzrecht außerrechtliche Fragestellungen aufwirft, zu denen es jedenfalls nach dem derzeitigen Erkenntnisstand keine eindeutigen Antworten gibt.“[51] Das Bundesverwaltungsgericht verwendet ausdrücklich den Begriff „Beurteilungsspielraum“,[52] später allerdings – dann auch für das Stichwortverzeichnis der amtlichen Sammlung maßgeblich – den der „Einschätzungsprärogative“. Diese Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ließ sich damit in die herkömmliche Kategorie der Prognose- und Risikoentscheidungen im Umweltrecht einordnen. Auch die herkömmliche Dogmatik wäre überwiegend vom Vorliegen eines „Beurteilungsspielraums“ ausgegangen.

Das gegen diese Entscheidungen angerufene Bundesverfassungsgericht hat die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts im Ergebnis akzeptiert.[53] Die nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG grundsätzlich gebotene vollstän-

---

50 Vgl. auch die Entscheidung der Vorinstanz OVG Magdeburg, BeckRS 2012, 45266.

51 BVerwGE 147, 118 ff. Rn. 15.

52 BVerwGE 147, 118 ff. Rn. 14: naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum.

53 BVerfGE 149, 407 ff.

dige gerichtliche Überprüfung könne eingeschränkt sein, wenn die Anwendung eines Gesetzes tatsächliche naturschutzfachliche Feststellungen verlange, zu denen weder eine untergesetzliche Normierung erfolgt sei noch in Fachkreisen und Wissenschaft allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden existierten.[54] Dann stoße die verwaltungsgerichtliche Kontrolle an Grenzen; es sei der Verwaltungsgerichtsbarkeit objektiv unmöglich, den Sachverhalt vollständig aufzuklären und eine abschließende Überzeugung davon zu gewinnen, ob das Ergebnis der Entscheidung der Behörde richtig oder falsch sei.[55] Die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle ergäben sich nicht daraus, dass der Verwaltung eine „Einschätzungsprärogative“ eingeräumt sei, sondern rührten schlicht daher, dass sich die Richtigkeit der Entscheidung objektiv nicht beurteilen ließe.[56] Das Gericht müsse wie üblich weitestmöglich prüfen und sich von der Plausibilität der behördlichen Entscheidung überzeugen.[57] Die Gerichte seien jedoch nicht verpflichtet, vorhandene Erkenntnislücken zu schließen.[58] Dann müsse das Gericht einer plausiblen Entscheidung der Behörde folgen.[59]

Anders als die bisher wohl überwiegende Meinung sieht das Verfassungsgericht hierin aber keine der Verwaltung eingeräumte „Einschätzungsprärogative“ („Beurteilungsspielraum“), mit der Folge, dass eine gesetzliche Ermächtigung nicht erforderlich sei.[60] Es gehe nicht um eine gewillkürte Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit vom Gericht

---

54 BVerfGE 149, 407 ff, Rn. 16.
55 BVerfGE 149, 407 ff., Rn. 17.
56 BVerfGE 149, 407 ff., Rn. 17.
57 BVerfGE 149, 407 ff., Rn. 17 und 25.
58 BVerfGE 149, 407 ff., Rn 20.
59 BVerfGE 149, 407 ff., Rn. 21.
60 BVerfGE 149, 407 ff., Rn. 23.

auf die Behörde, wie dies bei einem Beurteilungsspielraum der Fall sei, sondern um eine faktische Grenze der gerichtlichen Kontrolle.[61]

Statt von einem „Letztentscheidungsrecht“ kann daher besser von einem „Erstentscheidungsrecht“ gesprochen werden.[62] Die Einschätzung der Behörde sei – so das Bundesverfassungsgericht - maßgeblich, solange sie sich nicht als unplausibel erweise. Wie viele geschützte Tiere einer Windenergieanlage in einem bestimmten Zeitraum zum Opfer fallen, ist danach eine naturwissenschaftliche Fragestellung. Wenn diese Feststellung niemand genau treffen kann, muss die Behörde im Rahmen ihrer Erkenntnismöglichkeiten eine plausible Annahme vornehmen. Gegenstand gerichtlicher Kontrolle ist nur, ob die Annahmen – mangels naturwissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse – plausibel sind. Zu weiteren Sachaufklärungen sind die Gerichte nicht verpflichtet. Geht es hingegen um die Frage, ob das so festgestellte Tötungsrisiko „signifikant“ ist, handelt es sich um die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs.[63] Er ist wegen der Garantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vollständig gerichtlich überprüfbar, es sei denn, es gäbe einen „Beurteilungsspielraum“, für den es allerdings eines hinreichend deutlichen gesetzlichen Anknüpfungspunktes bedürfte.[64]

In grundrechtsrelevanten Bereichen dürfe – und dies ist zweite wesentliche Feststellung des Verfassungsgerichts – der Gesetzgeber der Verwaltung und den Gerichten aber nicht auf Dauer Entscheidungen in einem vom Gericht „fachwissenschaftliches ´Erkenntnisvakuum´“ genannten Bereich überlassen.[65] Vielmehr müssten auf längere Sicht Maßnahmen

---

61 BVerfGE 149, 407 ff., Rn. 23.
62 Zutreffend *Buchheim*, JZ 2019, 92/94.
63 Siehe BVerfGE 148, 407 ff., Rn. 34.
64 BVerfGE 149, 407 ff., Rn. 34.
65 BVerfGE 149, 407 ff., LS 2 und Rn. 24.

vorgesehen und getroffen werden, die für eine „untergesetzliche Maßstabsbildung“ sorgen.[66] In Betracht kommt vor allem eine untergesetzliche Normsetzung oder die Einsetzung fachkundiger Gremien.[67] Die Folgen aus dieser Feststellung sind bisher nicht vollständig absehbar.

3. Versuch einer Kategorienbildung für die weitere Untersuchung

Immerhin führt die neuere Rechtsprechung etwas weg von den reichlich „angestaubten“ bisherigen Kategorien, die auch nur sehr unzulänglich erklären können, wann und warum an bestimmten Stellen „Beurteilungsspielräume“ anzuerkennen sind. Eine Systematisierung von Fallgruppen, die im weiteren Sinne mit dem Thema „Beurteilungsspielräume“ zu tun haben, muss sich zunächst von der Frage leiten lassen, ob und welche subjektiven Rechte überhaupt im Raum stehen. Erst wenn festgestellt ist, welcher subjektivrechtliche Prüfungsmaßstab überhaupt kontrolliert werden muss, stellt sich die Frage nach einem Beurteilungsspielraum. Es lassen sich dann hiervon ausgehend drei Aspekte unterscheiden, die für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums, der auch ein „Erstentscheidungsrecht“ sein kann, von Bedeutung sind:

(1) Um eine Verwaltungsentscheidung verwaltungsgerichtlich zu kontrollieren, muss ein Kontrollmaßstab existieren, und zwar ein solcher, der eine subjektiv-rechtliche Komponente aufweist. Dies kommt in der von der Rechtsprechung ständig wiederholten Feststellung zum Ausdruck, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG möglicherweise verletzte subjektive Rechte nicht gewähre, sondern sie voraussetze. Es muss also subjektive Rechte geben, deren mögliche Verletzung die formelle Rechtsschutzgarantie des

---

66 BVerfGE 149, 407 ff., LS 2 und Rn. 24.

67 *Buchheim*, JZ 2019, 88/95 mit Verweis auf BVerfGE 149, 407 ff., Rn. 24.

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auslöst, bevor der Gesetzgeber diese Kontrolle gegebenenfalls über die Zuerkennung eines „Beurteilungsspielraums“ wieder einschränken kann. Gibt es solche rechtlichen oder tatsächlichen Maßstäbe von vornherein nicht oder haben sie einen rein objektiven Gehalt, hat ein „Betroffener“ auch keinen Anspruch auf tatsächliche oder rechtliche Überprüfung. Solche Fälle sind vor allem dort anzutreffen, wo bestimmte „Faktoren“ von der Verwaltung gesetzt werden, die sich aufgrund der exekutivischen Eigenverantwortlichkeit einer gerichtlichen Kontrolle im Rahmen einer Verletztenklage entziehen. Hierzu gehören etwa die Entscheidungen, wie viele Beamte für welche Aufgabe eingesetzt werden sollen und welche Ämter dafür ausgewiesen werden. Kauft die Bundeswehr neue Panzer, kann sich ein Hubschrauberhersteller nicht gerichtlich darüber beschweren, dass nicht stattdessen Hubschrauber angeschafft werden. Ist eine Beamtenstelle ausgeschrieben worden, kann ein Bewerber nicht gerichtlich rügen, dass nicht drei oder fünf Stellen ausgeschrieben wurden. Selbst wenn es für bestimmte Entscheidungen rechtliche Vorgaben gäbe, lägen sie außerhalb einer möglichen subjektivrechtlichen Erfassung.

(2) Eine zweite „Wurzel“ für exekutive Freiräume besteht darin, dass der Gesetzgeber der Verwaltung zwar rechtliche Maßstäbe vorgibt, aber nur in sehr allgemeiner Art, und zwar dergestalt, dass die genannten Zielvorstellungen kein widerspruchsfreies System bilden und deshalb kein eindeutiges Subsumtionsergebnis ergeben. Dann müssen Präferenzentscheidungen getroffen werden, die nur die Verwaltung durchführen kann. Sie muss kraft gesetzlichen Auftrags darüber entscheiden, mit welchen Maßnahmen welche Ziele verfolgt werden sollen. Eine gerichtliche Kontrolle muss sich vor allem darauf konzentrieren, ob die Zielvorgaben grundsätzlich richtig verstanden worden sind, ob von richtigen tatsächlichen Annahmen ausgegangen wird und ob die Abwägung im Übrigen allgemeinen Maßstäben entspricht. Für den Zuständigkeitsbereich der BLM ergeben sich solche Spielräume in vielfacher Hinsicht. Hierzu zählen

vor allem die Planungsaufgaben der Landeszentrale (z. B. Entwicklung von Konzepten für die Programme privater Anbieter nach § 11 Abs.1 S. 2 Nr. 2 BayMG, Förderung der Verbreitung lokaler und regionaler Fernsehprogramme nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BayMG, Entwicklung von technischen Konzepten für die Rundfunkstruktur nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 BayMG usw.). Weitere Beispiele außerhalb des Medienrechts für solche „Gestaltungsaufträge" zeigen sich vor allem im Bauplanungsrecht (siehe § 1 Abs. 5 und 6 BauGB), im Raumordnungsrecht (§§ 1 ff. ROG) und im Regulierungsrecht (siehe die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG). Oft verschmelzen in diesen Fällen allerdings Tatbestands- und Rechtsfolgenseite. Es kommt dann zur Annahme eines allgemeinen „Planungsermessens" oder „Regulierungsermessens" (siehe auch unten **Nr. 6**),[68] die isolierte Prüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen anhand von allgemeinen gesetzgeberischen Zielsetzungen ist ein eher seltener Fall.[69]

(3) Die dritte Variante sind dann die „echten" Beurteilungsspielräume. Der Gesetzgeber gibt eigentlich ein gesetzliches Entscheidungsprogramm vor, aus dem sich – vor allem unter Zuhilfenahme richterlicher Konkretisierung – ein im Ergebnis eindeutiges Ergebnis ableiten lassen müsste. Gleichwohl überlässt die Rechtsprechung der Exekutive das endgültige „Bestimmungsrecht". Die Reduzierung der Kontrolldichte ist vor dem Hintergrund des formellen Hauptgrundrechts des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG besonders rechtfertigungsbedürftig. Die Reduzierung der Kontrolle muss sich aus einem formellen Gesetz ergeben oder jedenfalls aus einem solchen Gesetz ableitbar sein und in besonderer Weise gerechtfertigt werden. Hierzu gehören vor allem Aspekte der angemessenen Funktionsverteilung von Exekutive und Judikative.

---

[68] Vgl. dazu *Manssen*, in: Manger-Nestler/Gramlich (Hrsg.), S. 176 ff.; *Proelss*, AöR 136, 402 ff.

[69] Anzutreffen etwa bei der Marktdefinition und Marktabgrenzung nach §§ 10, 11 TKG.

4. Abgrenzung zu verwandten oder parallelen Problemfeldern

a) Grundrechtsträgerschaft der BLM und Beurteilungsspielräume

Die Diskussion um die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen ist durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere zum Prüfungsrecht[70] stark grundrechtlich aufgeladen. Je stärker die Grundrechtsrelevanz ist, desto größer ist der (vor allem verfassungsrechtliche) Druck auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Beurteilungsspielräume nach Möglichkeit zu minimieren. Deshalb stellt sich die Frage nach dem grundrechtlichen Hintergrund der Tätigkeit der BLM und dem Schutz der privaten Anbieter von Rundfunkprogrammen in Bayern.

Die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV, wonach Rundfunk in Bayern in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrieben wird, führte zunächst zu der folgerichtigen Annahme, alleiniger Träger der Programmfreiheit für den Bereich des in den 1980er Jahren auch in Bayern aufkommenden Privatrundfunks sei die Landeszentrale.[71] Begründet wurde dies vor allem damit, dass „öffentlich-rechtliche Trägerschaft“ mehr bedeuten müsse als die bloße „Beaufsichtigung“ und „Kontrolle“ von privat betriebenem Rundfunk, der öffentlich-rechtliche Träger – also die BLM – müsse rechtlich und tatsächlich ausreichende Einflussmöglichkeiten auf das Programm haben.[72] Da das Rundfunkwesen unzweifelhaft in der Zuständigkeit der Länder liegt, steht es den Bundesländern frei, „ihre“ Rundfunkordnung zu bestimmen. Für den Freistaat Bayern besteht also eine landesverfassungsrechtliche Fest-

---

70 Siehe oben II.2.

71 Siehe vor allem BayVerfGH 39, 96 ff. Siehe dazu auch *Stettner*, BLM-Schriftenreihe Band 72, S. 12 ff.

72 BayVerfGH 39, 96 ff. und *Bornemann* u. a., Bayerisches Mediengesetz, Art. 2 Rn. 11 ff.

legung auf eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft, das in anderen Bundesländern vorherrschende dualistische System eines Nebeneinanders von öffentlichem und privatem Rundfunk ist für Bayern ausgeschlossen.

Mit dem Beschluss „extra-radio“ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1998 wurde allerdings den privaten Rundfunkanbietern (und Bewerbern um eine rundfunkrechtliche Zulassung) – für manche Autoren und Kenner der bayerischen Rundfunkordnung etwas überraschend und offensichtlich ärgerlich[73] - Grundrechtsschutz nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zuerkannt.[74] Ob damit die vom bayerischen Gesetzgeber in Erfüllung des Auftrages des Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV geschaffene Trägerschaftskonstruktion in Frage gestellt ist[75] oder sich ein Modell finden lässt, welches die bundesverfassungsrechtlichen und landesverfassungsrechtlichen Vorgaben miteinander verbinden kann, ist seitdem Gegenstand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur.[76] Überwiegend wird davon ausgegangen, dass das bayerische Modell mit Bundesverfassungsrecht ver-

---

73 Siehe vor allem *Stettner*, Rundfunkfreiheit in Bayern, BLM-Schriftenreihe Band 51, S. 51 f.: „Montagsentscheidung“, das Bundesverfassungsgericht habe „offensichtlich daneben gezielt und getroffen“. Vgl. weiterhin *Stettner*, BLM-Schriftenreihe Band 53, S. 46 ff., insbesondere S. 53: „grotesk falsche Tatsachenbasis“.

74 BVerfGE 97, 298/311. Vgl. dazu auch *Bethge*, Rundfunkfreiheit in Bayern, BLM-Schriftenreihe Band 51, S. 26 f.; *Möstl*, BLM-Schriftenreihe Band 108, S. 74 ff.; weiterhin *Stettner*, BLM-Schriftenreihe Band 72, S. 109 ff.; *ders*., BLM-Schriftenreihe Band 53, S. 11 ff.;

75 Die Frage wird aufgeworfen von *P. M. Huber*, BayVBl. 2004, 609/609, der die Frage stellt, ob es sich um ein „Potemkin´sches Dorf“ oder „bayerische Verfassungsfolklore“ handelt.

76 Vgl. ausführlich *P. M. Huber*, BayVBl. 2004, 609 ff. Aus der Rechtsprechung des BayVerfGH siehe Entscheidung vom 30.5.2005, VerfGH 58, Nr. 10, S. 137 ff.

einbar sei.[77] Ein denkbarer dogmatischer Lösungsansatz für die Frage, wie sich Grundrechtsträgerschaft von Programmanbietern und Grundrechtsträgerschaft der BLM vertragen, wird darin gesehen, dass die privaten Anbieter quasi an der Grundrechtssubstanz partizipieren, die ihnen die Bayerische Verfassung und das Bayerische Mediengesetz zur Verfügung stellen.[78] In einer solchen maßgeblich von *Bethge* entwickelten und beschriebenen Gedankenwelt „reguliert und verantwortet die BLM Grundrechtssubstanz".[79] Andere plädieren dafür, die Grundrechtsträgerschaft der BLM nach Bundesverfassungsrecht zu verneinen und die aus der bayerischen Verfassung abgeleitete Grundrechtsposition auf das Verhältnis der BLM zum Staat zu beschränken.[80] Der Bayerische Verfassungsgerichtshof schließlich sieht die BLM und die privaten Anbieter als im Grundsatz gleichrangige Grundrechtsträger an, deren Rechtspositionen zu einem möglichst schonenden Ausgleich zu bringen seien.[81]

Unabhängig von der Frage der dogmatischen Verortung der Grundrechtsträgerschaft der BLM reibt sich der jedenfalls formale landesverfassungs-

---

77 Ausführlich dazu *Bornemann u. a.*, Bayerisches Mediengesetz, Einl. S. 18 f. Siehe weiterhin *von Coelln*, BLM-Schriftenreihe Band 108, S. 93 ff. Weiterhin *Krausnick*, in: Meder/Brechmann, Art. 111a Rn. 13.

78 Auch dazu näher *Bornemann u. a.*, Einl. S. 24 f. Eine maßgebliche grundrechtliche Fundierung dieser Auffassung findet sich bei *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Status der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM).

79 Siehe *Bethge*, a. a. O., S. 94. Für die Anerkennung der Grundrechtsträgerschaft der BLM plädiert auch *Cornils*, S. 57; weiterhin *Gundel*, ZUM 2010, 770/779. Gegen eine Grundrechtsträgerschaft nach Bundesverfassungsrecht plädiert *Degenhart*, Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 362 (Stand: Juli 2017).

80 So *Degenhart*, Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 362 (Stand: Juli 2017).

81 So jedenfalls BayVerfH, VerfGH 58, Nr. 10, S. 137 ff.

rechtliche Ausschluss von klassischem Privatrundfunk in Bayern mit den aus dem Bundesverfassungsrecht abgeleiteten Vorgaben.[82] Art. 111a Abs. 2 BV und das deshalb vom bayerischen Gesetzgeber geschaffene Trägerschaftsmodell, das die BLM zum Träger des Privatrundfunks in Bayern macht, ist aus bundesrechtlicher Sicht eher eine „bayerische Besonderheit“ und daher vor allem eine „innerbayerische Angelegenheit“.[83] Es wird daher nach Kräften versucht, Normkonflikte zwischen der Bundes- und der Landesebene zu vermeiden, um einerseits die Gesetzgebungskompetenz des Freistaates Bayern für seine Rundfunkordnung zu akzeptieren, andererseits aber auch der bundesrechtlich, bundesverfassungsrechtlich und bundesverfassungsgerichtlich gespeisten Rechtsprechung zu entsprechen.[84] Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit behandelt in der Folge der „extra-radio“-Entscheidung – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – die BLM im Verhältnis zu den aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG grundsätzlich grundrechtsberechtigten privaten Anbietern als Grundrechtsverpflichtete (Art. 1 Abs. 3 GG),[85] betrachtet die Problematik also durch die bundesverfassungsrechtliche Brille in einem bundesverfassungsrechtlich „passenden“ Schema, das nicht näher auf die bayerischen Verhältnisse zugeschnitten wird.[86] Die Konsequenz ist eine aus

---

82 Siehe auch *Krausnick*, in: Meder/Brechmann, Art. 111a Rn. 12.

83 Vgl. auch *Bornemann u. a.*, Einl. S. 18 f. *Stettner*, Rundfunkfreiheit in Bayern, BLM-Schriftenreihe Band 51, S. 45 f.

84 Vgl. *Stettner*, Rundfunkfreiheit in Bayern, BLM-Schriftenreihe Band 51, S. 54: Die „extra-radio“-Entscheidung sei davon geprägt, sich nicht festzulegen, nicht zu entscheiden und möglichst alle Fragen die entscheidungspraktisch von Bedeutung seien, offen zu lassen.

85 Vgl. *Möstl,* BLM-Schriftenreihe Band 108, S. 81.

86 Jedenfalls bezüglich der herrschenden Sicht auf die bayerische Medienordnung. Der Bayerische VGH (insbesondere ein Senat des BayVGH) befand sich immer schon in einer Oppositionsrolle zum Trägerschaftsmodell, siehe dazu ausführlich *Stettner*, BLM-Schriftenreihe Band 72, u. a. S. 97 ff. und *ders.*, BLM-Schriftenreihe Band 53, S. 15 ff.

„bayerischer“ Sicht geringe Tiefenschärfe der Betrachtung.[87] Die BLM hat im bundesverfassungsrechtlich dominierten Denkschema von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung danach möglicherweise einen ähnlichen Status wie eine Universität, die zwar in eingeschränktem Umfang einerseits als grundrechtsberechtigt angesehen wird (gegenüber dem Staat), andererseits aber auch und vor allem grundrechtsverpflichtet ist (gegenüber Studierenden, Prüflingen etc.).[88]

Auch wenn Einigkeit darüber herrscht, dass das bayerische Rundfunkmodell vom Bundesverfassungsgericht (bisher) nicht als bundesverfassungswidrig verworfen wurde,[89] haben sich durch die Entscheidung in der Sache „extra-radio“ die Koordinaten des Rechtsschutzes grundlegend verändert.[90] Der BLM steht bei Entscheidungen oder Verfügungen, die die Programmgestaltung durch die Programmanbieter betreffen, nicht mehr ein „Zulieferer“ gegenüber, der – zugespitzt formuliert – ähnlich behandelt werden kann wie der Getränkelieferant im Rahmen fiskalischer Hilfsgeschäfte (der sich im Wesentlichen nur auf einen sehr allgemeinen Gleichheitsanspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG und ein paar schwache „wirtschaftliche“ Grundrechte wie Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG berufen kann[91]), sondern ein Akteur, der mit der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG eines der stärksten Grundrechte auf seiner Seite hat, das die deutsche Verfassungsordnung in ihrer Ausprägung durch die Verfas-

---

87 Siehe auch *Bethge*, Rundfunkfreiheit in Bayern, BLM-Schriftenreihe Band 51, S. 25: Die bundesverfassungsrechtlich flächendeckend garantierte Rundfunkfreiheit drohe landesrechtliche Besonderheiten zu „planieren“.

88 Siehe etwa *Manssen*, Staatsrecht II – Grundrechte, Rn. 91 ff.

89 Siehe vor allem *Bethge*, Verfassungsrechtliche Stellung, S. 14. Weiterhin *P. M. Huber*, BayVBl. 2004, 689/690.

90 Ähnlich auch *P. M. Huber*, BayVBl. 2004, 609/612: bundesrechtliche Überlagerung des bayerischen Rundfunkmodells.

91 Hierauf wurde die Beschwerdeführerin von der BLM im extra-Radio-Verfahren noch verwiesen, siehe BVerfGE 97, 298/307.

sungsrechtsprechung kennt. Als Folge wird das Rechtsverhältnis zwischen der BLM und den Programmanbietern rechtsstaatlich so „aufgeladen“, wie es im allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis üblich ist. Die Frage, ob Beurteilungsspielräume anerkannt werden können, steht mit der Anerkennung der Grundrechtsträgerschaft der Rundfunkanbieter unter dem dominanten Einfluss von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und dem von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor allem institutionell verstanden Grundrecht der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.[92] Bundesrechtliche Entscheidungsgrundlage ist vor allem die Verwaltungsgerichtsordnung mit ihrem aus der Verfassung abgeleiteten grundsätzlichen Auftrag zur vollständigen tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung von Entscheidungen sowie die den Programmanbietern zuerkannte Grundrechtsträgerschaft des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Da es bei der Frage des Beurteilungsspielraums nicht um die Zuordnung von Grundrechtspositionen geht, sondern um die gerichtliche Kontrolle der richtigen Zuordnung, dürften – so die Hypothese, die im Weiteren zu überprüfen ist – landesverfassungsrechtlich inspirierte Überlegungen zu einer abgeleiteten oder originären Grundrechtsträgerschaft bzw. der Gedanke, dass die BLM – im Anschluss an *Bethge* – „Grundrechtssubstanz reguliert und verwaltet“,[93] für die Rechtsprechung kein entscheidungsleitender Gesichtspunkt sein, um die Kontrolldichte zurückzunehmen. Die vor allem vom Bundesverfassungsgericht immer wieder betonte besondere Bedeutung der Rundfunkfreiheit für den demokratischen Willensbildungsprozess[94] verlangt – so ist zu erwarten – eine tendenziell intensive Kontrolle und dürfte zudem als tendenzielle Sperre für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen wirken. Ausgangspunkt für den Kontrollauftrag des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist das Vorliegen eines möglicherweise verletzten subjektiven Rechts. Auch wenn den bayerischen Programmanbietern das

---

92 Vgl. etwa *Manssen*, Staatsrecht II, Grundrechte, Rn. 399 ff.

93 So *Bethge*, Verfassungsrechtlicher Status, etwa S. 94.

94 Siehe dazu etwa *Schnaitter*, S. 111 ff.

Grundrecht nur „teilweise“ zustände, würde der rechtliche Mechanismus der vollständigen Kontrolle zunächst ausgelöst, es sei denn, es gäbe Ausnahmen, die eine Abweichung hierfür rechtfertigen könnten, was im Weiteren zu untersuchen sein wird.

Schließlich dürfte auch die für die verfassungsrechtlich Beurteilung von rundfunkrechtlichen Normen wesentliche Unterscheidung, ob eine Norm des Rundfunkrechts „grundrechtsausgestaltend“ oder „grundrechtseinschränkend“ ist, für die Diskussion über Beurteilungsspielräume keine Rolle spielen.[95] Zunächst ist es weitgehend unstreitig, dass die Rundfunkfreiheit ein in weiten Teilen normgeprägtes Grundrecht ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in diversen Rundfunkurteilen immer wieder festgestellt, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen zur angemessenen Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit verpflichtet ist.[96] Dies betraf vor allem den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in bestimmten Aspekten aber auch den Privatrundfunk.[97] Hat sich der Gesetzgeber aber für eine bestimmte „Ausgestaltung“ entschieden, sind solche Normen im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle „Schrankennormen“ gleichgestellt. Subjektive Rechte im Hinblick auf die Kontrolle von medienaufsichtlichen Eingriffen entsprechend dem Maßstab des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG können sowohl aus Ausgestaltungs- wie aus Schrankenregelungen entstehen. Insoweit besteht eine Parallele zum Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 S. 2

---

95 Die Unterscheidung ist allerdings schwierig und bisher nicht in abschließender Weise geglückt.

96 Ausführlich *Degenhart*, Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 367 ff. (Stand: Juli 2017)

97 Anders *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 236, die die gesetzgeberischen Regelungen im Hinblick auf den Privatrundfunk vor allem als Grundrechtseingriffe verstehen wollen. Zutreffend hingegen *Degenhart*, Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 406 (Stand: Juli 2017): Auch privater Rundfunk stehe in der dualen Ordnung unter Ausgestaltungsvorbehalt, mit ausführlichen Nachweisen.

GG. Ob eine Norm inhalts- oder schrankenbestimmend ist, spielt nach ganz einhelliger Auffassung für die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Einschränkungen durch die Exekutive keine Rolle. Denken könnte man daran, ob im Rundfunkrecht im Bereich der Ausgestaltungsgesetzgebung für die untergesetzliche Regelsetzung durch Richtlinien oder Satzungen (siehe §§ 33, 46, 53 RStV) größere Spielräume bestehen als bei Schrankengesetzen. Dies würde für die stärkere Anerkennung von Regelungsspielräumen sprechen, als sie die Rechtsprechung bisher anerkennt,[98] hätte aber für die gerichtliche Kontrolle der Normanwendung ebenfalls keine unmittelbaren Folgen.

b) Landesmedienanstalten als Teil der „Verwaltung"?

Die Diskussion um Beurteilungsspielräume behandelt die Frage, inwieweit der „Verwaltung" ein nicht gerichtlich überprüfbarer Entscheidungsbereich zuzuerkennen ist. Fraglich ist, ob sich im Hinblick auf die Landesmedienanstalten und insbesondere die BLM besondere Aspekte aufgrund ihrer grundsätzlich „staatsfernen" Organisation ergeben.[99] Wegen des Pluralitätsgebotes, das auch den privaten Rundfunk umfasst, sind auch die Landesmedienanstalten „gesellschaftsplural" zu organisieren.[100] Hieraus wird teilweise geschlossen, die Landesmedienanstalten seien nicht Teil der sog. mittelbaren Staatsverwaltung.[101] Noch weitergehend wird sogar versucht, die Landesmedienanstalten soweit aus dem Bereich der „Verwaltung" herauszunehmen, dass auch die Verwaltungsverfah-

---

98 Siehe die Entscheidung des BVerwG zum Schleichwerbungsverbot, unten **Nr. 24**.

99 Allgemein zu den Landesmedienanstalten siehe auch *Fechner*, Medienrecht, Kap. 10 Rn. 194 ff.

100 Siehe etwa *Dörr/Schwartmann*, Medienrecht, Rn. 196.

101 So *Bornemann u. a.*, BayMG, Art. 16 Rn. 15; *Dörr/Schwartmann*, Medienrecht, Rn. 200.

rensgesetze jedenfalls nicht allgemein Anwendung finden sollen (obwohl im Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetz keine Ausnahme für die BLM vorgesehen ist, anders als etwa für den Bayerischen Rundfunk).[102]

Der Begriff der „mittelbaren Staatsverwaltung“ erscheint jedoch zu wenig scharf umrissen, um aus ihm konkrete rechtliche Ableitungen vorzunehmen.[103] Die rechtlich notwendige Ausgestaltung des Rechts der Landesmedienanstalten folgt nicht daraus, ob man sie zur „mittelbaren Staatsverwaltung“ zählt oder nicht. Vielmehr muss umgekehrt überlegt werden, ob angesichts der verfassungsrechtlich notwendigen Ausgestaltung der Landesmedienanstalten von einer eigenen Kategorie im Kanon der öffentlich-rechtlichen Gewalten neben der klassischen „Verwaltung“ ausgegangen werden kann. Leitend für die gesetzliche Ausgestaltung ist der Gedanke der Pluralitätssicherung im Rundfunkbereich, aus dem sich die Notwendigkeit einer staatsfernen Organisation (nur eingeschränkte Rechtsaufsicht, keine Fachaufsicht,[104] Schaffung gesellschaftlich-plural besetzter Entscheidungsgremien) ergibt. Damit sind wesentliche Strukturmerkmale einer klassischen „Verwaltungsbehörde“ aufgehoben. Welche Folgen sich daraus ergeben, ist gleichwohl im jeweiligen Einzelfall zu klären.

Für die spezielle Frage der Beurteilungsspielräume dürfte der Einordnung bzw. der Nichteinordnung der Landesmedienanstalten in die „mittelbare Staatsverwaltung“ zunächst nichts folgen. Zur „öffentlichen Verwaltung“ in einem weiten Sinne wird man die Landesmedienanstalten zählen müs-

---

[102] So etwa *Bornemann u. a.*, BayMG, Art. 16 Rn. 19, mit dann allerdings sehr differenzierter Argumentation bezüglich einzelner Maßnahmen im Verhältnis von BLM und Rundfunkanbietern.

[103] Zutreffend *U. Bumke*, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, S. 46.

[104] Ausführlich zur Beschränkung der Aufsicht auch *G. Kirchhof*, Der Bayerische Medienrat, S. 33 ff.

sen.[105] Die Anstalten sind vom Staat, nämlich vom Gesetzgeber, geschaffene Einrichtungen, die weder zur Rechtsprechung noch zur Legislative noch zur Regierung zählen,[106] aber eindeutig der „deutschen“ bzw. „bayerischen“ Staatsgewalt zurechenbare Einrichtungen sind. Die Mediengesetze begründen ein Sonderrecht dieser Verwaltungseinheiten,[107] so dass Rechtsschutzsuchenden regelmäßig der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nach § 40 VwGO offensteht, was vollkommen unstreitig ist.[108] Für die Problematik von Beurteilungsspielräumen spielt es dann auch keine Rolle, ob die Maßnahmen etwa der BLM als Verwaltungsakte im Sinne von §/Art. 35 VwVfG zu qualifizieren und ob Anordnungen (etwa aufgrund von Art. 16 BayMG) möglicherweise subjektive Rechte tangieren und deshalb die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO vorliegt.[109] Die grundsätzliche Einschlägigkeit des Verwaltungsrechtswegs wird bei dieser Diskussion vorausgesetzt. Bei der Problematik von Beurteilungspielräumen dreht es sich allein um die Frage, ob die verbindliche Subsumtion unter gesetzliche Tatbestandsmerkmale vollständig überprüfbar ist oder nicht. Dabei zeigt sich dann angesichts identischer formeller Vorgaben durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und die Verwaltungsgerichtsordnung kein Unterschied zur Kontrolle klassischer Verwaltungsentscheidungen.

---

[105] Vgl. auch *Bethge*, Rundfunkfreiheit in Bayern, BLM-Schriftenreihe Band 51, S. 35.

[106] Vgl. zu den Schwierigkeiten der Definition von „Verwaltung“ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1 ff.

[107] Zur herrschenden sog. Sonderrechtstheorie *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1324 ff.

[108] Ausnahmen wie etwa im Bereich der Gegendarstellung – vgl. Art. 18 Abs. 4 S. 1 BayMG – bestätigen nur die allgemeine Regel.

[109] Zu dieser Frage im Hinblick auf Art. 16 BayMG etwa *Bornemann u. a.*, BayMG, Art. 16 Rn. 17.

Die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[110] dürfte es zudem ausschließen, aus begrifflichen Einordnungen („Verwaltung“: Ja/Nein) für die gerichtliche Kontrolldichte irgendwelche Folgerungen zu ziehen. Das Gericht betont ausdrücklich, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eine „Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung“ darstelle, die Art und Umfang der gerichtlichen Rechtskontrolle festlege und dadurch die Geltung des Rechts sichere.[111] Dies klingt sehr nach einer starken Verankerung im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 GG), unabhängig davon, wie eng der Bezug zum klassischen Verwaltungsbereich ist. Es erfolgt sogar eine tendenzielle Ablösung von der Fixierung auf Grundrechtsrelevanz, erst recht kommt es nicht darauf an, wie derjenige, der möglicherweise eine Rechtsverletzung vorgenommen hat, seine eigene Stellung im öffentlichen Bereich definiert. Selbst wenn der Beklagte im Verwaltungsprozess – was selten vorkommt, aber denkbar ist – ein Privater wäre, müssten die Verwaltungsgerichte eine vollständige tatsächliche und rechtliche Prüfung vornehmen.

c) Beurteilungsspielräume und anderweitiger Erkenntnisvorrang der öffentlichen Verwaltung

Bereits die Erläuterung der neueren Rechtsprechung zum Thema „Rotmilan vs. Windenergie“[112] hat gezeigt, dass die „Identifizierung“ von Beurteilungsspielräumen nur ein Teilaspekt der richtigen Funktionszuordnung von Judikative und Exekutive ist.[113] Eine nur eingeschränkte Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen existiert zunächst im Bereich von unklaren wissenschaftlichen Zusammenhängen („Erstentscheidungsrecht der Verwaltung“), weiterhin dort, wo eine eindeutige gesetzliche Determinie-

---

[110] Siehe die Bushido-Entscheidung, BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff.
[111] BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 12.
[112] Siehe BVerfGE 149, 407 ff.
[113] Vgl. oben II. 2. b)

rung nicht erfolgt, weil es um letztlich ergebnisoffene Abwägungs- und Entscheidungsprozesse geht.

Von einer Reduzierung der Kontrolldichte theoretisch zu unterscheiden ist auch die Anerkennung von Behördenentscheidungen (bzw. von Entscheidungen anderer Stellen wie der BLM, die möglicherweise nicht als „Behörde“ verstanden werden wollen oder von gemeinsamen Einrichtungen der Landesmedienanstalten wie der KJM) als sog. sachverständige Äußerungen bzw. sachverständige Aussagen.[114] Sachverständige Äußerungen bzw. Aussagen könnten – so die Rechtsprechung – nur dadurch erschüttert werden, dass sie in vergleichbar qualifizierter Weise in Zweifel gezogen würden (Beispiel: Eine Entscheidung der KJM kann durch eine Entscheidung einer anerkannten Einrichtung einer freiwilligen Selbstkontrolle in Frage gestellt werden.).[115] Hierbei geht es zunächst um die Feststellung von Tatsachen, nicht um die Kontrolle der Rechtsanwendung. In der praktischen Handhabung sind beide Institute jedoch vergleichbar. Gerade bei den aus dem Jugendschutzrecht bekannten Rechtsbegriffen erscheint eine scharfe Trennung zwischen dem, was noch dem Bereich der Tatsachenebene zuzuordnen ist, und der rechtlichen Einordnung nicht immer trennscharf möglich.

Die Rechtsprechung stellt zunächst eine bemerkenswerte und wichtige Anerkennung der Tätigkeit der ausdrücklich genannten Einrichtungen wie der KJM dar. Bei näherer Betrachtung handelt es sich aber um ein Prinzip, das auch sonst in der Verwaltungsrechtsprechung regelmäßig – wenn auch oft stillschweigend – angewendet wird. Behörden und sonstige Stellen wie die BLM oder die KJM oder die BPjM sind regelmäßig „sach-

---

[114] Siehe dazu vor allem BVerwGE 159, 49 ff, Rn. 35**.** Weiterhin BVerwGE 91, 211/215 f.; VGH München, NJW 2011, 2678 ff. LS 2, beide zu Entscheidungen der KJM.

[115] Siehe auch dazu BVerwGE 159, 49 ff. Rn. 35.

kundiger“ als die Gerichte. Der natürliche Kompetenzvorrang dieser Stellen ergibt sich einerseits aus der fachlichen Spezialisierung, andererseits aus der weitaus breiteren Personal- und Sachausstattung im Vergleich zur Judikative. Die in der 1. Instanz mit drei Berufsrichtern und zwei Laienrichtern entscheidenden Verwaltungsgerichte haben kein technisches, psychologisches, medizinisches oder sonstiges fachkundiges Personal, um selbst eine einfachere Verwaltungsentscheidung (etwa die Erteilung einer Baugenehmigung) selbst treffen zu können. So sieht die Verwaltungsgerichtsordnung auch nur vor, dass Behördenentscheidungen „kassiert“ werden (Anfechtungsklagen nach § 42 Abs. 1 VwGO, siehe § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO) oder dass Verpflichtungen zu Entscheidungen oder Feststellungen vorgenommen werden (siehe für die Verpflichtungsklage § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).

Die Gerichte sind also für ihre Entscheidungen in eigentlich allen Bereichen auf externen Sachverstand angewiesen, und dies ist zuerst und vor allem der Sachverstand der Behörden und sonstigen Stellen, deren Maßnahmen beklagt werden. Dabei reduziert sich die Kontrolle regelmäßig auf die vom Kläger vorgebrachten Argumente. Der in § 86 VwGO niedergelegte Untersuchungsgrundsatz wird in der Praxis nicht in dem Sinne angewendet, dass stets eine vollständige Überprüfung der Verwaltungsentscheidung stattfindet.[116] Vielmehr wird nur das geprüft, was auch substanziell beanstandet wird, es sei denn, das Gericht erkennt sozusagen beiläufig einen Fehler, der nicht zu übersehen ist. Wenn die Rechtsprechung nun bestimmte Behördenentscheidungen ausdrücklich als sachkundig hervorhebt, vor allem, weil – etwa im Fall der KJM – ein pluralistisch besetztes und fachkundiges Gremium entschieden hat, wird damit nur das noch einmal hervorgehoben, was allgemeine Praxis ist. Es wird allerdings auch ausdrücklich die besondere Kompetenz bestimmter Be-

---

[116] Ausführlicher *Manssen*, in: Stange (Hrsg.), S. 63 ff.

hörden hervorgehoben und damit quasi der zweiten Gewalt ein Erstzugriff bei der Konkretisierung von möglicherweise unbestimmten Gesetzesbegriffen zuerkannt.

Für die Gerichte ist die Anerkennung von behördlichen Äußerungen als „sachverständig“ funktional von ähnlicher Bedeutung wie die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums. Das Gericht kann der Einschätzung der Behörde folgen. Gegenüber der Anerkennung von Beurteilungsspielräumen hat die ausdrückliche Anerkennung der besonderen Sachverständigkeit der beklagten Stelle allerdings einige wichtige Vorteile. Zunächst bleibt eine vollständige Überprüfung als Ziel erhalten, sodass der Garantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG entsprochen wird. Die Gerichte setzen sich nicht von vornherein der Kritik aus, grundgesetzlich vorgeschriebene Kontrollaufgaben nicht zu erfüllen, sie brauchen nicht aus dem Gesetz abzuleiten, warum es einen Beurteilungsspielraum geben soll und sie brauchen sich nicht mit der Frage befassen, ob denn die gesetzliche Anordnung des Beurteilungsspielraums überhaupt verfassungsgemäß ist. Weiterhin behält das Gericht die Möglichkeit, die Angelegenheit selbst zu entscheiden, während bei fehlerhaften Entscheidungen im Rahmen eines Beurteilungsspielraums zurückverwiesen werden muss, weil eine kompetenzielle Entscheidungssperre vorliegt. Das Gericht dürfte bei Vorliegen eines Beurteilungsspielraums nicht selbst entscheiden.

Die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen ist also aus Sicht eines Rechtsprechungsorgans oft unnütz riskant. Kontrolliert das Gericht zu wenig, verstößt es gegen Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, kontrolliert es zu stark, missachtet es den gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsvorrang der Exekutive. Die Anerkennung der Auffassung der beklagten Stelle durch die Gerichte als besonders sachkundig eröffnet hingegen Flexibilität, sowohl in Ausfüllung des Auftrages auf vollständige Überprüfung als auch hinsichtlich der Anerkennung eigener Erkenntnis- und Kompetenzgrenzen. Die ausdrückliche „Sachverständigkeitsanerkennung“ ist also quasi

die kleine Schwester der Beurteilungsspielräume, die sehr viel unproblematischer aktiviert werden kann, um die besonderen Kompetenzbereiche der Verwaltung zu akzeptieren. Es ist deshalb – als Prognose für die folgende Rechtsprechungsanalyse – zu erwarten, dass die Gerichte Beurteilungsspielräume nur dort annehmen, wo sie nicht „unterschreiben" wollen, dass es sich um die einzige und richtige Entscheidung handelt, sie aber auch an dem Zustandekommen des Ergebnisses nichts zu beanstanden haben (oder doch etwas zu beanstanden haben und die Entscheidung deshalb aufheben und zurückverweisen).

d) Beurteilungsspielräume und Richtlinien

Eine Besonderheit des deutschen Medienrechts besteht darin, dass die öffentlichen Akteure (etwa die Landesmedienanstalten) die gesetzliche Aufgabe und Befugnis haben, „Richtlinien" zu erlassen. Es handelt sich um ein klassisches Steuerungsinstrument für Programminhalte.[117] So erlassen die Landesmedienanstalten nach § 33 RStV (demnächst § 67 MStV) „gemeinsame Richtlinien" zur näheren Ausgestaltung der §§ 25, 31 und 32 (Meinungsvielfalt, Sendezeit für unabhängige Dritte, Programmbeirat). Interessanterweise hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Qualifikation von Richtlinien als „nur" norminterpretierend oder darüber hinausgehend als „normkonkretisierend" die Einordnung davon abhängig gemacht, ob ein „Beurteilungsspielraum" bestände; nur dann käme eine Einordnung als normkonkretisierend in Betracht.[118]

Dieser Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, als bei Vorliegen eines Beurteilungsspielraums die Möglichkeit besteht, die Ausfüllung dieses

---

[117] Siehe *Hesse*, Rundfunkrecht, S. 5, *Bornemann/Erdemir*, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, § 15 JMStV, Rn. 25 (im Erscheinen).

[118] BVerwG, NVwZ-RR 2016, 773 Rn. 16.

Spielraums durch „Richtlinien“ zu regeln. Dem Umkehrschluss, den das Bundesverwaltungsgericht offensichtlich zieht, wird man allerdings widersprechen müssen.[119] Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich Richtlinienermächtigungen ins Gesetz aufnimmt, die zudem von einer quasi maximal hochgezonten Stelle („die Landesmedienanstalten“, also von allen gemeinsam) erlassen werden müssen, dann spricht dies deutlich für eine Normkonkretisierungskompetenz.[120] Es wäre jedenfalls je nach Zusammenhang genau zu hinterfragen, welcher Spielraum den richtliniengebenden Stellen nach der gesetzlichen Konzeption eingeräumt ist. So haben im Umweltrecht etwa die technischen Anleitungen (TA-Luft oder TA-Lärm) durchaus rechtssatzähnliche Funktionen.[121] Die frühere Auffassung, wonach es sich lediglich um Erkenntnishilfen im Sinne von „antizipierten Sachverständigengutachten“ handeln soll, ist weitgehend aufgegeben worden. Sie wurde vor allem dem Umstand nicht gerecht, dass die festgelegten Werte nicht auf rein wissenschaftlichem Wege ermittelt werden, sondern vielfach Kompromisscharakter haben, um einen Ausgleich zwischen emittierenden Anlagen und Schutzinteressen herbeizuführen.

Gleichwohl ist das Thema „Richtlinien im Rundfunkrecht“ ein eigenes Feld der rechtsdogmatischen Diskussion und daher von dem der Beurteilungsspielräume zu trennen. Bei Beurteilungsspielräumen geht es um Einzelfälle, bei Richtlinien um generelle und abstrakte Regelsetzung. Richtlinien (und Satzungen) sind ein Mittel, um eine eingeräumte Autonomie in der Steuerung eines Bereiches umzusetzen, während es bei Beurteilungsspielräumen um die Kontrolle der Rechtsanwendung geht.

---

[119] Vgl. auch *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 104 ff.

[120] Zu den Technischen Anleitungen auf der Grundlage von § 48 BImSchG siehe auch *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 104 f.

[121] Vgl. allgemein etwa *Kloepfer/Durner*. Umweltschutzrecht, Rn. 9.

III. Rechtsprechungsanalyse

1. Beurteilungsspielraum im Soldatenrecht – BVerwGE 103, Nr. 2, S. 4 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Die nach dem Forschungsdesign (Beschränkung auf die letzten 20 Jahre in der amtlichen Sammlung des Bundesverwaltungsgerichts) erste Entscheidung zum Beurteilungsspielraum betrifft das Soldatenrecht. Der Antragsteller wurde aus einem Auslandseinsatz aus dienstlichen Gründen vorzeitig zurückversetzt, wogegen er sich wendet, auch mit Hilfe der Gerichte. Der personalführenden Stelle wird von der Rechtsprechung in zweifacher Weise ein Beurteilungsspielraum eingeräumt: Ist die Einsatzbereitschaft der aufnehmenden Dienststelle merklich tangiert (1.) und kann kein anderer gleich geeigneter Soldat für den Dienstposten eingesetzt werden (2.)?[122] Dem Wehrdienstgericht müssten zwar die Auswahlüberlegungen dargelegt werden, das Ergebnis des Eignungsvergleichs unterliege aber nur beschränkter gerichtlicher Kontrolle.[123]

b) Analyse und Bewertung

Es gibt im vorliegenden zwar einen rechtlichen Beurteilungsmaßstab, das „dienstliche Bedürfnis“, das Voraussetzung für eine Versetzung ist. Dass ein dienstliches Bedürfnis besteht, hängt aber von „Faktoren“ ab, die außerhalb des subjektiven Rechtskreises des Soldaten liegen. Es ist Sache der Bundeswehr zu entscheiden, welche Aufgaben sie zu erfüllen gedenkt und wie viel Personal sie dafür einsetzen will.

---

[122] BVerwGE 103, 4 ff. LS 5.
[123] BVerwGE 103, 4 ff., LS 6 und 7.

Beim zweiten Teil der Entscheidung, dem Vergleich der Eignung zweier Soldaten, ist eine subjektiv-rechtliche Komponente eher erkennbar („Warum ich und nicht der andere?“). Oft geht es bei solchen Eignungsvergleichen darum, dass mehrere Bewerber sich für eine bestimmte Stelle interessieren, in der vorliegenden Entscheidung hingegen um die Frage, ob nicht ein anderer Soldat die Aufgabe übernehmen konnte. Hier gibt die Rechtsprechung der Bundeswehr ein nur eingeschränkt überprüfbares „Bestimmungsrecht“. Der rechtliche Maßstab würde eine vollständige gerichtliche Überprüfbarkeit nicht ausschließen, es käme aber zu einer die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr beeinträchtigenden übermäßigen Verrechtlichung von Personalentscheidungen. Damit verlangt auch eine funktionsgerechte Gewaltenteilung hier eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle.

c) Übertragbarkeit auf die BLM

Die Anerkennung der Beurteilungsspielräume in der besprochenen Entscheidung ist in jeder Hinsicht einleuchtend. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsprechung, der Bundeswehr zu erklären, wie sie ihre Aufgaben zu erfüllen hat. Dafür gibt es keine subsumierbaren Normen.

Versucht man eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Tätigkeit der BLM, könnte etwa an die Programmverantwortlichkeit gedacht werden. Sie ist im gesetzlich vom Bayerischen Mediengesetz vorgegebenen Rahmen Angelegenheit der BLM. Wo dieser Rahmen endet, ist aber genau streitig, vor allem dann, wenn es um – aus der Sicht der Rechtsprechung – „Eingriffe in die Programmfreiheit“ geht, bei der die BLM möglicherweise von der Ausübung von Programmmitverantwortung ausgehen würde. Zudem muss deutlich unterschieden werden zwischen planerischen Entscheidungen, bei denen Entscheidungsspielräume nach herr-

schender Auffassung quasi begriffsnotwendig sind,[124] und Tätigkeiten im Rahmen der Medienaufsicht, die punktuell und auf geeigneter rechtlicher Grundlage für Eingriffe erfolgen müssen. Dies führt zurück auf die Zuordnung der Grundrechtspositionen, von der die Frage des Beurteilungsspielraums im weiteren Sinne auch abhängt. Die besondere Grundrechtsposition der Programmanbieter geht weit über den Schutz der Stellung von Soldaten im Rahmen eines Dienstverhältnisses hinaus. Darum ist eine solche Rechtsprechung, die vor allem Fälle im „besonderen Gewaltverhältnis“ betrifft, für die BLM kaum analogiefähig.

2. Kein Beurteilungsspielraum für Fehlzeiten im Wehrpflichtrecht – BVerwGE 107, Nr. 29, 245 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Es geht in der Entscheidung um die Frage, ob die Verpflichtung eines Wehrdienstpflichtigen zur Ableistung des Grundwehrdienstes wegen „Mitwirkung im Katastrophenschutz“ erloschen ist. Die entsprechende gesetzliche Vorschrift lautet (§ 13a Abs. 2 Satz 1 WPflG):

> *Wehrpflichtige, die sich vor Vollendung des 23. Lebensjahres mit Zustimmung der zuständigen Behörde auf mindestens vier Jahre zum ehrenamtlichen Dienst als Helfer im Zivilschutz oder Katastrophenschutz verpflichtet haben, werden nicht zum Wehrdienst herangezogen, solange sie als Helfer im Zivilschutz oder Katastrophenschutz mitwirken.*

---

[124] Siehe etwa aus dem Planungsrecht BVerwGE 34, 301/304; 48, 56/59: Mit der Befugnis zur Planung sei zwangläufig eine planerische Gestaltungsfreiheit verbunden.

Leitsatz 2 der Entscheidung lautet dann: „Die Frage, ob trotz festzustellender Fehlzeiten des Helfers noch von einer tatsächlichen Mitwirkung im Katastrophenschutz auszugehen ist, unterliegt nicht dem Beurteilungsspielraum der Katastrophenschutzorganisation“.

b) Analyse und Bewertung

Das Rechtsproblem bestand in der Frage, ob das Technische Hilfswerk (nicht rechtfähige Bundesanstalt, siehe § 1 THW-Gesetz) als Katastrophenschutzorganisation einen Beurteilungsspielraum bezüglich der Frage hatte, ob eine hinreichende tatsächliche Mitwirkung vorgelegen hat, mit der Folge, dass die Wehrpflicht dadurch erloschen war. Die Frage wird klar verneint. Es wird dann ein genauer Maßstab für die Anwendung der Norm richterrechtlich vorgegeben. Von einer Mitwirkung im Sinne der gesetzlichen Vorschriften könne nicht mehr gesprochen werden, wenn die Fehlzeiten eines Helfers ein Drittel der Gesamtzahl der Dienstveranstaltungen innerhalb eines halben Jahres überschreiten würden.

Der Senat konkretisiert also richterrechtlich das gesetzliche Tatbestandsmerkmal „Mitwirkung“ dahingehend, dass jeweils auf einen Halbjahreszeitraum und auf ein Drittel der Veranstaltung abzustellen sei. Das mag sachgerecht sein, warum aber auf halbe Jahre und auf ein Drittel und nicht ein Viertel oder die Hälfte der Dienstzeiten abzustellen ist, erschließt sich nicht unmittelbar. Trotz der Offenheit der gesetzlichen Vorgaben wird ein Beurteilungsspielraum des THW nicht anerkannt. Letztlich geht es erneut um funktionale Aspekte. Die Aufgabenerfüllung des THW hängt von der Kontrolldichte nicht ab. Aber die Wehrgerechtigkeit und eine dem Gleichheitssatz entsprechende Anrechnung von Leistungen im Katastrophenschutz auf die Wehrpflichtzeiten muss gewährleistet sein. Die dafür notwendigen Wertungen kann ohne funktionale Friktionen auch das Gericht vornehmen, was es dann auch macht.

Anders als im Fall 1 zur Versetzung eines Soldaten besteht eine hohe Grundrechtsrelevanz. Es bleibt bei einer vollständigen Überprüfbarkeit, weil es hinreichenden Gründen für eine Kontrollverschiebung mangelt bzw. grundrechtliche Gründe (Belastungsgleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG) dagegen sprechen.

c) Übertragbarkeit auf die BLM

Es bestätigt sich hier die Erkenntnis, die bereits allgemein herausgearbeitet wurde: Hohe Grundrechtsrelevanz verlangt hohe Kontrolldichte. Übertragen auf das Medienrecht: Werden Maßnahmen der BLM gegenüber den Anbietern im Rahmen der Medienaufsicht als Eingriffe in die Programmfreiheit verstanden, scheidet wegen der überragenden Bedeutung der Meinungsfreiheit für ein demokratisches Staatswesen die Annahme eines Beurteilungsspielraums aus.

3. Beurteilungsspielraum im Bereich der Vogelschutzrichtlinie – BVerwGE 117, Nr. 20, S. 149 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Im Rahmen der Anfechtung eines Planfeststellungsbeschlusses für eine Bundesstraße war die Frage zu klären, ob Art. 4 Abs. 1 Satz 4 der Europäischen Vogelschutz-Richtlinie[125] den Bundesländern einen Beurteilungsspielraum für die Identifizierung europäischer Vogelschutzgebiete eröffnet. Die Frage wird vom Gericht bejaht. Die Begründung besteht zunächst in einem Hinweis auf entsprechende Urteile des Europäischen

---

[125] Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. vom 26.1.2010, L 20/7.

Gerichtshofs.[126] Weiterhin wird darauf verwiesen, dass die Identifizierung von Vogelschutzgebieten auch im Sinne einer Netzbildung erfolgen soll.

Auf das Ergebnis der Entscheidung hat die Annahme eines Beurteilungsspielraums allerdings keinen Einfluss. Die zuständigen Behörden hatten sich von naturschutzfremden Erwägungen wirtschaftlicher Art leiten lassen.[127] Dies war rechtswidrig, gleichgültig ob mit oder ohne Beurteilungsspielraum.

b) Analyse und Bewertung

Dass das Europäische Recht den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum bei der Identifizierung von bestimmten Gebieten zum Vogelschutz einräumt, bedeutet nicht zwingend, dass auch innerstaatlich der Verwaltung ein entsprechender Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Bemerkenswert ist aber, dass diese Frage in der Entscheidung nicht angesprochen wird. Die Vorlage des europäischen Richtlinienrechts wird also quasi 1:1 umgesetzt. Der Beurteilungsspielraum für die Mitgliedstaaten führe zu einem Beurteilungsspielraum für die Verwaltung.

Diese „Vorgabe“ des Richtlinienrechts erscheint dem Senat auch vernünftig, da vom europäischen Richtlinienrecht eine „Netzbildung“ angestrebt werde. Die Entscheidung, eine Meldung zum Vogelschutzgebiet abzugeben, hat also in gewissem Rahmen auch planerische Aspekte. Solche Planungsentscheidungen werden allgemein als „final“ programmiert verstanden, sie folgen nicht einem kausalen Wenn-dann-Schema. Es können deshalb bei isolierter Betrachtung geeignete Gebiete auch nicht gemeldet werden, wenn sie nicht zu einer Netzbildung beitragen, umgekehrt

---

[126] BVerwGE 117, 149/155 m. w. Nachw.
[127] BVerwGE 117, 149/156.

können weniger geeignete Gebiete gemeldet werden, wenn dadurch das Netz geschlossen wird.

c) Übertragbarkeit auf die BLM

Planungsrechtliche Entscheidungen führen zu einer geringeren Kontrolldichte, weil es an einer eindeutigen normativen Programmierung fehlt und daher die Verwaltung das Recht zu einer Planungs- bzw. Gestaltungsentscheidung hat. Medienrechtlich übersetzt: Dort, wo die BLM zu Planungsentscheidungen aufgerufen ist (Programmplanung/technische Verbreitung), bestehen „Beurteilungsspielräume“ oder besser formuliert „Gestaltungsspielräume“, die mangels eindeutiger gesetzgeberischer Determinierung der Entscheidung gerichtlich nur beschränkt überprüft werden können.

4. Zuverlässigkeit im Luftverkehrsrecht – BVerwGE 121, Nr. 25, S. 257 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Streitgegenständlich war eine Sicherheitsüberprüfung nach § 29d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des Luftverkehrsgesetzes (LuftVG) i. V. m. § 5 Abs. 1 der Verordnung zur Regelung des Verfahrens der Zuverlässigkeitsprüfung auf dem Gebiet des Luftverkehrs (Luftverkehrs-Zuverlässigkeitsüberprüfungsverordnung – LuftVZÜV). Dem Kläger wurde – vereinfacht – die Zuverlässigkeit (mehr als 10 Jahre nach der Deutschen Wiedervereinigung) abgesprochen, da er zu „DDR-Zeiten“ Inoffizieller Mitarbeiter für Sicherheit des Ministeriums für Staatssicherheit (MfS) war.[128] Ein Beurteilungsspielraum

[128] Zu dieser Entscheidung siehe etwa *Liebler*, jurisPR-BVerwG 3/2004 Anm. 4.

der Luftfahrtbehörde für die Beurteilung der Zuverlässigkeit wurde vom Bundesverwaltungsgericht verneint. Im Ergebnis wurde dem Kläger Recht gegeben.

b) Analyse und Bewertung

Das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums wird zunächst mit der Begründung verneint, es liege keiner der Fälle vor, in denen sich auch im Bereich der gebundenen Verwaltung Kontrollrestriktionen ergeben könnten.[129] Verwiesen wird dabei auf eine Entscheidung zum Gebührenrecht, in welchem noch einmal zusammengefasst wurde, wann die Behörde einen Beurteilungsspielraum habe:[130] unwiederholbare Situationen wie bei bestimmten Prüfungsentscheidungen, höchstpersönliche Wertungen, etwa bei dienstlichen Beurteilungen, pluralistisch zusammengesetzte weisungsfreie Gremien.[131] Es folgt ein Hinweis auf die Grundrechtsrelevanz: Das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG stehe inmitten.[132] Es besteht daher ein Anspruch auf Erlaubniserteilung und somit auch auf vollständige gerichtliche Überprüfung gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.[133] Es handele sich zudem um einen mit § 35 Abs. 1 GewO vergleichbaren Fall, auch dort werde bei der gerichtlichen Überprüfung der Zulässigkeit davon ausgegangen, dass die Entscheidung der Behörde vollständig überprüfbar sei.[134]

---

[129] BVerwGE 121, 257/261.

[130] BVerwGE 120, 227/231. Im Register des Bandes ist das Wort „Beurteilungsspielraum“ nicht aufgeführt, es taucht auch im Text nicht auf. Das Gericht spricht nur allgemein von einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung.

[131] BVerwGE 120, 227/231 f.

[132] BVerwGE 121, 257/261.

[133] BVerwGE 121, 257/261.

[134] BVerwGE 121, 257/261.

Mit der Erteilung der Sicherheitsbescheide für Angehörige der Bundeswehr, von der der Zugang zu Verschlusssachen abhängig sei, sei der Fall nicht vergleichbar.[135] Bei Soldaten gehe es um ein Element der dienstlichen Eignung, bei Eignungsfragen bestehe ein nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum.[136]

c) Einordnung

Ein Anlass für diese Untersuchung sind unterschiedliche Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, bei denen – vor allem im Medienrecht – prima facie ähnliche Sachverhalte im Hinblick auf das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums unterschiedlich bewertet werden. Die Entscheidung zur Zuverlässigkeit im Luftverkehrsrecht zeigt, dass eine solche Judikatur auch in anderen Bereichen anzutreffen ist. Bei Zuverlässigkeitsentscheidungen lassen sich hinreichend exakte Kontrollmaßstäbe entwickeln, die eine vollständige Überprüfung ermöglichen. Die besonderen Gründe, die im Soldaten- oder Beamtenverhältnis für die Beurteilung der Zuverlässigkeit im Hinblick auf sicherheitsrelevante Tätigkeiten für die Annahme eines Beurteilungsspielraums in ständiger Rechtsprechung genügen (siehe dazu auch die später ergangenen Entscheidungen unter **Nr. 13** und **Nr. 21**), werden in einem ähnlichen Sachverhalt außerhalb eines öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses nicht anerkannt. Entscheidend dafür ist nicht die Fassung der gesetzlichen Tatbestände („Zuverlässigkeit“), auch nicht die entscheidende Stelle (staatliche Behörden

---

[135] BVerwGE 121, 257/262.

[136] BVerwGE 121, 257/262. Der Beurteilungsspielraum bezüglich der dienstlichen Eignung wird noch einmal bestätigt in BVerwGE 128, 329/332: Da „Eignung“,“Befähigung“ und „Leistung“ unbestimmte Rechtsbegriffe wertenden Inhalts seien, stehe dem zuständigen Vorgesetzten bei der Entscheidung über die Eignung eines Soldaten für eine bestimmte Verwendung ein Beurteilungsspielraum zu.

in allen Fällen), sondern letztlich die Grundrechtsrelevanz. Ein Soldat muss sich aufgrund der Besonderheiten seines Soldatenverhältnisses mit einem geringeren Maß an gerichtlicher Kontrolle zufriedengeben als jemand, der in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis mit dem Staat oder einem Privaten steht, der in irgendeiner Weise öffentliche Aufgaben wahrnimmt.

5. Weinrecht – BVerwGE 129, Nr. 4, S. 27 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Der Rechtsstreit betrifft die Verpflichtung der zuständigen Behörde, einem Wein eine amtliche Prüfnummer zu erteilen. Voraussetzung dafür ist nach den gesetzlichen Vorgaben „Fehlerfreiheit“ des Weins im Hinblick auf Aussehen, Geruch und Geschmack. Dazu wird eine „Sinnenprüfung“ durch eine Kommission von mehreren Sachverständigen durchgeführt.

Ursprünglich hatte das Bundesverwaltungsgericht einen Beurteilungsspielraum abgelehnt.[137] Die Sinnenprüfung durch die zuständige Kommission sei für die Behörde letztlich nicht verbindlich.[138] Diese erste Entscheidung vom 25. November 1993 wurde sehr ausführlich begründet. Die Änderung der Rechtsprechung in der Entscheidung von 2007[139] wird maßgeblich mit unionsrechtlichen Vorgaben gerechtfertigt, die allerdings 1993 in vergleichbarer Weise gegeben waren: Eine Kommission müsse aus unionsrechtlichen Gründen mit der organoleptischen Prüfung „beauftragt“ werden, damit wäre es nicht vereinbar, wenn die eigentliche Prüfungsentscheidung nicht den Kommissionen, sondern den zuständigen

---

[137] BVerwGE 94, 307 ff.
[138] BVerwGE 94, 307/313.
[139] BVerwGE 129, 27 ff.

Verwaltungsbehörden obliege.[140] Es bestehe also eine Bindung der Behörde an die Entscheidung der sachverständig besetzten Kommission.

b) Analyse und Bewertung

Für den hier gesteckten Untersuchungsrahmen ist zunächst wichtig festzustellen, dass das Bundesverwaltungsgericht durchaus bereit ist, seine Rechtsprechung zu ändern, ohne dass es grundsätzliche Rechtsänderungen gegeben hätte. Zum Zweiten zeigt die Entscheidung die Bedeutung, die der Zusammensetzung der „sachverständigen Gremien" zukommt.[141] Sie waren im konkreten Fall mit Vertretern der Wein- und Schaumweinwirtschaft, der Verwaltung, der Weinbauberatung und des Verbraucherschutzes besetzt. Die Entscheidung konnte zudem zwingend nur durch Sachverständige getroffen werden.[142] Schließlich hat die Entscheidung über die Qualität deutliche Elemente einer Prüfungsentscheidung, die sich mit zeitlichem Abstand (Veränderung des Weines) immer weniger nachvollziehen lässt.[143] Letztlich werden also mehrere Argumente kombiniert, um eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung vor der Garantie des Art. 19 Abs. 4 S.1 GG zu rechtfertigen.

Das Bundesverwaltungsgericht kommt also bei wesentlich gleicher Rechtslage und gleichen Argumenten 1993 zum einen (kein Beurteilungsspielraum) und 2007 zum anderen Ergebnis (Anerkennung eines Beurteilungsspielraums). Letztlich ist die Anerkennung einer eingeschränkten Kontrolldichte jedenfalls in diesem Bereich Kasuistik und folgt keinem wirklich eindeutigen Prüfprogramm. Die jeweiligen Argumente

---

[140] BVerwGE 129, 27 ff. Rn. 30.

[141] Zur Bedeutung dieses Elementes für die BLM siehe etwa *G. Kirchhof*, Der Bayerische Medienrat, durchgehend.

[142] BVerwGE 129, 27 ff. Rn. 36.

[143] BVerwGE 129, 27 ff. Rn. 36.

werden so verwendet, wie sie für das gewünschte Ergebnis benötigt werden.

c) Einordnung

Insgesamt ist die jüngere, einen Beurteilungsspielraum anerkennende Entscheidung allerdings einleuchtend. Die Bewertungen durch die sachverständig besetzten Gremien sind möglicherweise Jahre später nicht mehr gerichtlich nachvollziehbar. Die gerichtliche Überprüfung stößt an Funktionsgrenzen. Die Sachverständigenausschüsse sind gerade für die „Sinnenprüfung“ des Weins eingerichtet, dem würde ein Verständnis nicht gerecht, das ihre Entscheidung als reine sachverständige Äußerung qualifizieren würde. Damit ist die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums überzeugend.

Es handelt sich um die im Rahmen dieser Analyse erste positive Entscheidung zu einem „echten“ Beurteilungsspielraum. Eine vollständige Prüfung wäre denkbar und wurde vorher durchgeführt. Unionsrechtliche Vorgaben, die Nichtwiederholbarkeit des Prüfergebnisses und das besondere sachverständige Gremium helfen aber bei der Bejahung eines Beurteilungsspielraums. Die Grundrechtsrelevanz der Entscheidung ist allerdings gering. Es geht „nur“ um Erwerbsinteressen im Rahmen einer Berufsausübungsregelung (Art. 12 Abs. 1 GG).

d) Übertragbarkeit auf die BLM

Einerseits erscheint eine Übertragung der Rechtsprechung auf die BLM denkbar, weil auch dort ein besonderes Gremium (der Medienrat) in wesentlichen Fragen zur Entscheidung berufen ist und diese pluralistische Besetzung als ein wesentliches Argument für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums hervorgehoben wird. Dieser Schluss wird auch in

der Literatur gezogen.[144] Die Besetzung des Gremiums sichert in beiden Bereichen nicht nur Fachkompetenz, sondern auch eine Berücksichtigung der wesentlichen, in Betracht kommenden Interessen für die Entscheidung.

Andere Elemente der Entscheidung sind für eine Übertragung weniger geeignet. Sind bestimmte Medieninhalte Gegenstand einer medienrechtlichen Entscheidung etwa einer Landesmedienanstalt, ergeben sich keine Probleme mit der „Konservierung“ des Inhaltes. Was sich ändern mag, sind die gesellschaftlichen Anschauungen oder unter Umständen die wissenschaftlichen Bewertungsmaßstäbe, was jedoch nicht untypisch für eine gerichtliche Überprüfung ist. Das Prozessrecht löst diese Frage über den richtigen Entscheidungszeitpunkt, der bei einer Anfechtungsklage in der Regel der Moment der abschließenden Behördenentscheidung ist.[145] Die gerichtliche Entscheidung mag später auf geänderten gesellschaftlichen Anschauungen und Wertvorstellungen beruhen. Das Produkt, das betrachtet wird, ist aber in konservierter Form vorhanden und ändert sich nicht. Die Entscheidung bietet also ein mögliches Argument für Entscheidungsspielräume im Medienaufsichtsrecht, kann aber nicht quasi 1:1 übertragen werden.

6. Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen – BVerwGE 130, Nr. 6, S. 39 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist ein Rechtsstreit darüber, ob die Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur) verpflichtet war, der Deutschen Telekom AG weitere Regulierungsverpflichtungen zum Schutz von Wett-

---

[144] Siehe vor allem *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2008, 457 ff.
[145] Zum Meinungsstand *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 29 ff.

bewerbern aufzuerlegen. Das gesetzliche Entscheidungsprogramm nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) ist komplex. Vor allem werden von der Regulierungsbehörde umfassende Abwägungen verlangt (siehe vor allem § 21 Abs. 1 S. 2 TKG), die dann die Grundlage für eine Ermessensentscheidung bilden.

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass die durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung nicht von der anschließenden Ermessensbetätigung zu trennen sei.[146] Hinzu kommen weitere Erwägungen: Die Regulierungsbehörde handele durch besonders sachverständig besetzte Beschlusskammern in einem besonderen Verwaltungsverfahren (§§ 132 ff. TKG). Es handele sich um eine gestaltende Aufgabe ohne feste normative Vorgaben.[147] Eine vollständige Kontrolle der unbestimmten Rechtsbegriffe stoße an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung.[148]

b) Analyse und Bewertung

Letztlich zeigen sich in diesem Bereich des Regulierungsrechts ähnliche Strukturen wie im Bauplanungsrecht.[149] Die Behörde ist zu einer umfassenden Abwägungs- und Gestaltungsentscheidung aufgerufen. Es müssen verschiedenste Belange und Vorgaben berücksichtigt und zu einem Ausgleich gebracht werden. Es ist konsequent, dass die Rechtsprechung die gerichtliche Kontrolldichte in diesem Bereich auf die Überwachung des äußeren Rahmens der Regulierungsentscheidungen beschränkt, weil

---

[146] BVerwGE 130, 39 ff. Rn. 29.

[147] BVerwGE 130, 39 ff. Rn. 30.

[148] BVerwGE 130, 39 ff. Rn. 29. Zu dieser Entscheidung vgl. etwa *Attendorn*, DVBl. 2008, 1408 ff.

[149] Vgl. dazu auch *Manssen*, in: Manger-Nestler/Gramlich (Hrsg.), S. 169/178 f.

auch mit Hilfe richterrechtlicher Konkretisierung ein eindeutiges einzig richtiges Ergebnis nicht ermittelt werden kann.[150]

Hinzu kommt eine Determinierung durch Richtlinienrecht (die sog. Zugangsrichtlinie).[151] Auch insoweit gibt das Unionsrecht einen vielleicht nicht zwingenden, aber doch deutlichen Impuls im Hinblick auf die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen.[152]

Schließlich ist die Grundrechtsrelevanz der Problematik nicht sehr hoch. Es geht um Rechtsbeziehungen zwischen der Deutschen Telekom (einem Konzern mit dem Staat als immer noch wesentlichem Anteilseigner) und Konkurrenten, auch regelmäßig Kapitalunternehmen. Der personale Bezug der Entscheidung ist somit gering.

Die Überlegungen zum Beschlusskammerverfahren sind ergänzender Natur und sollen das eigentlich unabweisbare Ergebnis nur abstützen: Das umfassende Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur lässt sich weder durch gesetzliche Vorgaben eindeutig determinieren, noch ist es gerichtlich vollständig überprüfbar.

7. Bekanntgabe einer Telefonüberwachung an den Betroffenen – BVerwGE 130, Nr. 18, S. 180 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

In der Entscheidung geht es u. a. um die Frage, wann dem Kläger die Überwachung seines Telefonverkehrs mitzuteilen war, die im Rahmen von Maßnahmen der Terrorbekämpfung erfolgt war. Die Pflicht zur Mittei-

---

[150] So bereits *Manssen*, in: Manger-Nestler/Gramlich (Hrsg.), S. 169/178 f.
[151] BVerwGE 130, 39 ff. Rn. 30.
[152] Kritisch dazu *Ludwigs*, RdE 2013, 297 ff.

lung folgt aus § 12 des sog. G 10. Von einer Mitteilung kann danach nur abgesehen werden, solange die Gefährdung des Zwecks der Beschränkung nicht ausgeschlossen werden kann oder solange der Eintritt von übergreifenden Nachteilen für den Bund oder ein Land absehbar ist.

Das Gericht geht von einer eingeschränkten Überprüfbarkeit des richtigen Zeitpunktes der Beschränkung aus.[153] Argumente für die Annahme eines Beurteilungsspielraums waren: Es war von Gesetzes wegen ein besonderes Verwaltungsorgan zuständig (sog. G 10-Kommission), da die Entscheidung von „wertenden Elementen“ bestimmt sei. Zudem ergebe sich aus § 15 Abs. 7 S. 2 G 10 eine stark subjektiv formulierte Entscheidungskompetenz: „Hält die Kommission eine Mitteilung für geboten, ist diese unverzüglich vorzunehmen.“ Solange die Kommission Zweifel bezüglich der Zweckgefährdung habe, sei diese zu unterlassen.[154]

b) Analyse und Bewertung

Die Entscheidung spielt vor dem Hintergrund des internationalen Terrorismus („9/11“). Das Gericht zeigt – verständlicherweise – keine Neigung, in extrem sicherheitsrelevanten Fragen den „Besserwisser“ zu spielen. Anders gesprochen: Vorrangiger Entscheidungsgesichtspunkt ist die primäre Einschätzung der Sicherheitsbehörden für die Frage, wann ohne Gefährdung des Zwecks der Beschränkung des Grundrechts der Fernmeldefreiheit eine Mitteilung an die Betroffenen erfolgen kann.

Unterstützt wird diese Auffassung durch die subjektive Formulierung in § 15 Abs. 7 S. 2 G 10. Hier zeigt sich eine Parallele zum Medienrecht. So ist etwa in § 18 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 4 JuSchG eine entsprechende sub-

---

[153] BVerwGE 130, 180 ff. Rn. 43.
[154] BVerwGE 130, 180 ff. Rn. 44.

jektive Formulierung zu finden („nach Einschätzung der Bundesprüfstelle“). Solche subjektiven Formulierungen erleichtern es den Gerichten, Beurteilungsspielräume anzuerkennen, ohne dass sich sicher sagen ließe, dass die Gerichte eine solche Konsequenz ziehen würden oder müssten. Denn die Formulierung „nach Einschätzung der Bundesprüfstelle“ kann auch so verstanden werden, dass damit eine kompetenzielle Abgrenzung gemeint ist: nach Auffassung der Bundesprüfstelle, unabhängig von einer strafgerichtlichen Entscheidung.[155]

Die Grundrechtsrelevanz des Vorgangs der Telefonüberwachung lässt im Laufe der Zeit nach. Er ist zunächst sehr hoch (Eingriff in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG im Hinblick auf aktuelle Telekommunikationsvorgänge), verliert im Zeitablauf für den Betroffenen aber an Relevanz. Es geht nur noch um die Mitteilung, dass eine Überwachung in der Vergangenheit stattgefunden hat und auch nur dann, wenn sicherheitsrelevante Verhaltensänderungen oder Erkenntnisse für den Betroffenen daraus nicht mehr folgen dürften. Es wäre damit zwar vorstellbar, eine vollständige gerichtliche Überprüfung vorzunehmen und richterrechtlich den angemessenen Zeitraum zu bestimmen. Der Begriff „unverzüglich“ im Bürgerlichen Recht (§ 121 BGB) ist auch vollständig justiziabel (wie eigentlich alle zivilrechtlichen Begriffe, die von der Rechtsprechung im Bürger-Bürger-Verhältnis immer vollständig subsumiert werden müssen). Im vorliegenden Fall wird hiervon aber abgesehen. Terrorabwehrrecht gehört – so wird man die Entscheidung interpretieren müssen – zum Kernbereich exekutivischer Tätigkeit, die nur beschränkt gerichtlich überprüfbar ist.

---

[155] Hierfür spricht systematisch vor allem § 18 Abs. 5 JuSchG: Zwingende Aufnahme in die Liste, wenn ein strafbarer Inhalt von einem Gericht rechtskräftig festgestellt ist.

8. Beurteilungsspielraum bei Marktdefinition und Marktanalyse im Telekommunikationsrecht – BVerwGE 131, Nr. 5, S. 41 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen gegenüber einem marktbeherrschenden Unternehmen durch die Regulierungsbehörde. Es handelt sich bei der Marktdefinition um einen der seltenen Fälle, in denen das Gesetz selbst einen Beurteilungsspielraum vorsieht (§ 10 Abs. 2 S. 2 TKG).

> *„Diese Märkte werden von der Bundesnetzagentur im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt."*

Erneut wird davon ausgegangen, dass das Unionsrecht einen Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde verlange.[156] Das besondere Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse nach §§ 10, 11 TKG mit der vorgeschriebenen Kooperation und Koordination zur Kommission (siehe Art. 7 Abs. 2 Rahmenrichtlinie – RRL) lasse einen Beurteilungsspielraum europarechtlich notwendig erscheinen.[157]

Ein Widerspruch zu nationalem Verfassungsrecht wird in der Einräumung eines Beurteilungsspielraums nicht gesehen. Die Pflicht zur gerichtlichen Überprüfung ende dort, wo das materielle Recht der Verwaltungsbehörde in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlange, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben.[158] Zusätzlich wird noch auf die bekannten Argumente verwiesen,

---

[156] BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 18. Zu dieser Entscheidung siehe auch *Franzius*, DVBl. 2009, 409 ff.

[157] BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 18.

[158] BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 20.

es gehe um „wertende Elemente“, zuständig sei zudem ein Verwaltungsorgan mit besonderer fachlicher Legitimation (Beschlusskammer).[159]

b) Analyse und Bewertung

Marktabgrenzungen und -analysen sind nicht per se richterrechtlich unkontrollierbar. Dies zeigt ein Vergleich mit dem Kartellrecht, wo eine vollständige gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Kartellbehörden zur Marktabgrenzung durch die Kartellgerichte stattfindet.[160] Daher ist § 10 Abs. 2 S. 2 TKG tatsächlich ein Fall eines „echten“ Beurteilungsspielraums.

Andererseits sind die europarechtlichen Überlegungen und Überformungen auffällig und einsichtig: Die vorgeschriebene Berücksichtigung der Märkteempfehlungen der Kommission (§ 10 Abs. 2 S. 3 TKG) lässt sich nationalrechtlich sinnvoll nur mit der Anerkennung eines Beurteilungsspielraums umsetzen, da sonst die nationalen Gerichte inzident die Empfehlungen überprüfen müssten. Hier besteht ein Unterschied zur Überformung des nationalen Medienrechts etwa durch die AVMD-Richtlinie.[161] Art. 30 der AVMD-Richtlinie enthält zwar ebenfalls Regelungen zum Rechtsschutz, aber keinen Hinweis auf eine eingeschränkte Kontrolldichte. Die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für audiovisuelle Mediendienste (ERGA) erlässt anders als im Telekommunikationsrecht keine Vorgaben, die die nationalen Stellen zu beachten hätten. Ein europä-

---

[159] BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 20.

[160] Siehe *Bornkamm*, ZWeR 2010, 34/36; *Proelss*, AöR 136, S. 402/417. Verwiesen wird regelmäßig auf die Entscheidung „Fensterglas II“, BGHZ 49, 367/369. Vgl. auch *J. Koch*, ZWeR 2005, 380/394.

[161] https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1808.

ischer Regulierungsverbund wie im Bereich der Telekommunikation[162] ist im allgemeinen Medienrecht bisher nicht entstanden. Es lässt sich derzeit auch nicht von einer allgemeinen Tendenz zur Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle durch das Unionsrecht sprechen.[163] Hinzu kommt im Telekommunikationsrecht die enge Verwobenheit der Entscheidungen im Rahmen von Marktdefinition und Marktanalyse mit den dann im Rahmen des Regulierungsermessens zu treffenden Regulierungsverfügungen. Es geht anders als im klassischen Kartellrecht nicht um die nachträgliche Kontrolle eines Marktgeschehens, sondern um eine zukunftsgerichtete Gestaltung des Telekommunikationsmarktes (siehe auch § 1 TKG).

Bezüglich der Grundrechtsrelevanz ergeben sich kaum andere Gesichtspunkte als bei der unter **Nr. 6** besprochenen Entscheidung. Es geht um Beziehungen von Kapitalunternehmen zueinander ohne besonderen personalen Bezug zu natürlichen Personen.[164] Im Regulierungsrecht zeigt sich bereits an dieser Stelle eine gewisse Sonderdogmatik. Die dort auftauchenden und zu lösenden Kontrollprobleme sind spezifisch, einerseits wegen des besonderen Regulierungsauftrages der Bundesnetzagentur, andererseits wegen der unionsrechtlichen Vorgaben. Argumente für eine Anerkennung von Beurteilungsspielräumen im klassischen Medienrecht lassen sich hieraus kaum entnehmen. Die Entscheidung entspricht der Linie der Entscheidung unter **Nr. 6.**

---

[162] Siehe dazu etwa *Hermeier*, Regulierungsverbund, 2009.

[163] Siehe *Ludwigs*, DÖV 2020, 405/413.

[164] Je „personenbezogener“ eine Maßnahme ist, desto strenger ist die Kontrolle auch durch das Verfassungsgericht. Zum Ausdruck kommt dies etwa beim „mittleren Maßstab“ im Rahmen der Prüfung des Gleichheitssatzes, siehe *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 903.

9. Beurteilungsspielräume im Wahlrecht – BVerwGE 132, Nr. 15, 179 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Bei der Entscheidung geht es um die Einteilung von Wahlgebieten für die Kommunalwahl nach dem Landesrecht von Sachsen-Anhalt. Das Bundesverwaltungsgericht erkennt nur einen sehr engen Beurteilungsspielraum an. Die Heranziehung der Sachkriterien für die Einteilung und deren Gewichtung (neben der Einwohnerzahl z. B. auch die Ortsstruktur) sei gerichtlich vollständig überprüfbar.[165] Erst bei der abschließenden Entscheidung über die Einteilung der Wahlbereiche stehe den Behörden ein Beurteilungsspielraum zu.

b) Analyse und Bewertung

Das Gericht nimmt eine gerichtliche Kontrolle der Einteilung der Wahlkreise vor, soweit sie überhaupt möglich ist. Eine exakte Vorgabe für die Einteilung kann sich aus dem Gesetz nie ergeben, irgendwo gibt es einen Entscheidungsspielraum bei der räumlichen Aufteilung, denn irgendwo muss eine erste Grenze bestimmt werden. Wegen der überragenden Bedeutung des Grundsatzes der Wahlgleichheit (Art. 28 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 38 Abs. 1 GG) kommt es jedoch dazu, dass das Gericht die Vorgaben für den Zuschnitt der Wahlkreise so intensiv prüft, wie es funktional nur irgendwie geht. Eine Grenze der Überprüfbarkeit ist erst dann erreicht, wenn es um originäres Verwaltungshandeln geht, was nicht Aufgabe der Gerichte sein kann. Um eine Metapher zu verwenden: Auch wenn das Recht verlangt, dass Tortenstücke gleich groß sein müssen, kann nicht das Gericht entscheiden, wo die Torte angeschnitten wird. Das muss die Verwaltung entscheiden. Welchen Spielraum man bezüglich der

---

[165] BVerwGE 132, S. 166 ff. Rn. 57 f.

gleichen Größe der Tortenstücke jedoch akzeptieren kann, ist bereits wieder eine gerichtlich vollständig überprüfbare Entscheidung. Damit unterstreicht die Entscheidung die bisher gefundenen Resultate. Es wird zwar im Ergebnis ein (kleiner) Beurteilungsspielraum anerkannt, aber nur dort, wo die Anerkennung aus funktionaler Perspektive absolut unvermeidbar ist. Die Entscheidung bestätigt, dass in für Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte sensiblen Bereichen (Grundsatz der Wahlgleichheit) die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen weitgehend ausscheidet.

10. Auslandsverwendungszuschläge - BVerwGE 134, Nr. 8, S. 108 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist die Festsetzung der Höhe eines Auslandsverwendungszuschlages nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AuslVZV. Er hängt ab von der Frage, inwieweit ein im Ausland eingesetzter Beamter einer besonderen Belastung bzw. Gefährdung ausgesetzt ist bzw. war. Die Einschätzung unterliegt der vollständigen gerichtlichen Überprüfung (so das BVerwG).[166]

b) Analyse und Bewertung

Die Entscheidung ist insoweit interessant, als das Gericht relativ deutlich heraushebt, was der eigentliche Grund für die mögliche Annahme eines Beurteilungsspielraums wäre; es reiche nicht aus, dass eine rechtliche Würdigung auf der Grundlage eines komplexen Sachverhaltes zu treffen sei; hinzukommen müsse, dass die Gerichte die Aufgabe, die entschei-

---

[166] BVerwGE 134, 108 ff., LS. 1.

dungsrelevanten Umstände festzustellen und rechtlich zu bewerten, selbst dann nicht bewältigen könnten, wenn sie im gebotenen Umfang auf die Sachkunde der Verwaltung zurückgreifen oder sich auf andere Weise sachverständiger Hilfe bedienen könnten.[167] Es geht also alleine um die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung. Ein Gericht kann ohne Probleme und ohne Beeinträchtigung der exekutiven Aufgabenerfüllung im Nachhinein eine Belastungsstufe bestimmen. Erneut verdrängt der Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG alle anderen Argumente. Die Gerichte überprüfen eine Verwaltungsentscheidung vollständig, wenn sie sich das zutrauen. Ein Übergriff in den Vorbehaltsbereich der Exekutive kann in solchen rein finanziellen Fragen der persönlichen Besoldung einzelner Bediensteter nicht gesehen werden.

Als weiteres kleineres Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten: Bei Ex-ante-Betrachtungen wird eher ein Beurteilungsspielraum anerkannt als bei Ex-post-Entscheidungen.

11. Verkehrsbedürfnisse – BVerwGE 135, 199 ff.

a) Sachverhalt und Analyse

Die Entscheidung bestätigt die bisherige Rechtsprechung zur Auslegung von § 13 Abs. 2 PBefG:

> *(2) Beim Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen ist die Genehmigung zu versagen, wenn*
>
> *1. der Verkehr auf Straßen durchgeführt werden soll, die sich aus Gründen der Verkehrssicherheit oder wegen ihres Bauzustandes hierfür nicht eignen,*

---

[167] BVerwGE 134, 108 ff., Rn. 11.

2. der beantragte Verkehr ein ausschließliches Recht im Sinne von Artikel 2 Buchstabe f der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verletzt, das von der zuständigen Behörde nach § 8a Absatz 1 in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unter Beachtung der in § 8a Absatz 8 genannten Voraussetzungen gewährt wurde,

3. durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden, insbesondere

a) der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann,

b) der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben wahrnehmen soll, die vorhandene Unternehmen oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen,

c) die für die Bedienung dieses Verkehrs vorhandenen Unternehmen oder Eisenbahnen bereit sind, die notwendige Ausgestaltung des Verkehrs innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde festzusetzenden Frist und, soweit es sich um öffentlichen Personennahverkehr handelt, unter den Voraussetzungen des § 8 Absatz 3 selbst durchzuführen oder

d) der beantragte Verkehr einzelne ertragreiche Linien oder ein Teilnetz aus einem vorhandenen Verkehrsnetz oder aus einem im Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Absatz 3 festgelegten Linienbündel herauslösen würde.

Satz 1 Nummer 2 und 3 gilt nicht für den Personenfernverkehr (§ 42a Satz 1).

Bei der Bewertung von Verkehrsbedürfnissen und ihrer befriedigenden Bedienung im Sinne des § 13 Abs. 2 PBefG stehe der zuständigen Be-

hörde – so der Senat - ein Beurteilungsspielraum zu.[168] Das Gericht bestätigt dabei die bisherige Rechtsprechung.[169] Es gehe um eine planerische Verwaltungsentscheidung, die nicht nur prognostische, sondern auch verkehrs- und raumordnungspolitische Wertungen verlange.[170] Die exekutivische Eigenverantwortlichkeit folgt also aus der nicht eindeutigen Ergebnisprogrammierung durch den formellen Gesetzgeber, eine typische Struktur von Planungsnormen. Das vom Gericht beschriebene mehrstufige System der Vergabe[171] spricht für die Richtigkeit eines planerischen Grundverständnisses.

Die Grundrechtsrelevanz der Entscheidungen ist tendenziell überschaubar, es geht zwar um eine Bedarfsplanung, aber nur im Rahmen einer Berufsausübungsregelung.

12. Medienkonzentrationskontrolle I – BVerwGE 138, Nr. 19 S. 186 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Streitig war die Erteilung einer rundfunkkonzentrationsrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 26 RStV. Zuständig für die Erteilung war die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (die sog. KEK, §§ 29 S. 3 i. V. m. 26 Abs. 4 RStV). Die Vorschrift des § 26 RStV lautet:

---

[168] BVerwGE 135, 198 ff. Rn. 35.
[169] Vgl. BVerwGE 82, 260 ff.
[170] BVerwGE 82, 260/265.
[171] BVerwGE 135, 198 ff. Rn. 17 ff.

Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen

(1) Ein Unternehmen (natürliche oder juristische Person oder Personenvereinigung) darf in der Bundesrepublik Deutschland selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen bundesweit im Fernsehen eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, es sei denn, es erlangt dadurch vorherrschende Meinungsmacht nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen.

(2) [1]Erreichen die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 vom Hundert, so wird vermutet, daß vorherrschende Meinungsmacht gegeben ist. [2]Gleiches gilt bei Erreichen eines Zuschaueranteils von 25 vom Hundert, sofern das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, daß der dadurch erzielte Meinungseinfluß dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 vom Hundert im Fernsehen entspricht. [3]Bei der Berechnung des nach Satz 2 maßgeblichen Zuschaueranteils kommen vom tatsächlichen Zuschaueranteil zwei Prozentpunkte in Abzug, wenn in dem Unternehmen zurechenbaren Vollprogramm mit dem höchsten Zuschaueranteil Fensterprogramme gemäß § 25 Abs. 4 aufgenommen sind; bei gleichzeitiger Aufnahme von Sendezeit für Dritte nach Maßgabe des Absatzes 5 kommen vom tatsächlichen Zuschaueranteil weitere drei Prozentpunkte in Abzug.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet sich aus folgenden Gründen für das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums der KEK: Die Beurteilung der vorherrschenden Meinungsmacht nach § 26 RStV hänge bei geringer gesetzlicher Determination von einer komplexen Bewertung ab, die die besonders sachverständigen (§ 35 Abs. 3 RStV) und an Weisungen nicht

gebundenen (§ 35 Abs. 6 S. 1 RStV) Mitglieder der KEK in einem dafür eigens vorgesehenen Verfahren durch Mehrheitsbeschluss (§ 37 Abs. 1 RStV) vorzunehmen hätten.[172]

b) Analyse und Bewertung

Die Annahme eines Beurteilungsspielraums beim Vollzug von § 26 Abs. 1 RStV ist unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechungslinien einigermaßen überraschend. Insbesondere konkretisiert § 26 Abs. 2 RStV das vom Gesetzgeber gewollte Entscheidungsprogramm deutlich. Die Norm des § 26 RStV ist kaum weniger bestimmt und nicht in höherem Maße „vage“ als beispielsweise § 11 Abs. 3 BauNVO, wo es vergleichbare Vermutungsregelungen für die Annahme möglicher schädlicher Auswirkungen von großflächigen Einzelhandelsbetrieben gibt, ohne dass sich bisher die Idee durchgesetzt hätte, dort einen Beurteilungsspielraum anzuerkennen. Ungewöhnlich ist es auch, eine Vermutungsregel mit einem Beurteilungsspielraum zu verknüpfen. Vermutungsregelungen verteilen letztlich materielle Beweislasten. Dies spricht eher dafür, eine vollständige gerichtliche Kontrollierbarkeit anzunehmen.[173]

Letztlich ist für das Bundesverwaltungsgericht wohl die besondere Stellung der KEK als fachkundig besetztes Gremium das entscheidende Argument. Ob dies ausreicht, um der KEK einen Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, erscheint aber zweifelhaft. Von einer „pluralistischen“ Besetzung lässt sich kaum sprechen, es handelt sich bei der KEK eher um ein Sachverständigengremium (vgl. die in § 35 Abs. 5 RStV geregelte Zusammensetzung der KEK: Sachverständige aus dem Bereich des Rundfunk- und Wirtschaftsrechts sowie Vertreter der Landesmedienan-

---

[172] BVerwGE 138, 186 ff. Rn, 42 a. E.

[173] Grundsätzlich zustimmend hingegen *Hain/Wierny*, K&R 2012, 645 ff.

stalten). Die KEK ist also weniger legitimiert einen die Allgemeininteressen wahrenden Interessenausgleich herbeizuführen als etwa der Bayerische Medienrat. Zudem stellt sich die Frage, warum – wenn man der KEK einen Beurteilungsspielraum einräumt – nicht bei anderen fachkundigen Gremien – etwa bei der KJM oder der BPjM – ebenfalls ein Beurteilungsspielraum angenommen wird. Die KJM ist vergleichbar der KEK „sachverständig“ besetzt (siehe § 14 Abs. 3 JMStV, die Vorschrift spricht ausdrücklich von „Sachverständigen“). Die Bundesprüfstelle kann man sogar in gewissem Rahmen als „plural“ bezeichnen, da Vertreter zu berufen sind, die mutmaßlich ganz unterschiedliche Interessen im Hinblick auf eine Indizierung haben (siehe § 19 Abs. 2 JuSchG). Ein Grund für die „Privilegierung“ der KEK bei der gerichtlichen Überprüfbarkeit liegt möglicherweise darin, dass die KEK einen vergleichsweise engen Zuständigkeitsbereich hat, während der Aufgabenbereich anderer Gremien tendenziell sehr viel weiter ist (vor allem bei den Beschlusskammern der Bundesnetzagentur). Ist ein Gremium nur für eine bestimmte Art von Entscheidungen zuständig, scheint dies also dafür zu sprechen, dass die Rechtsprechung bereit ist, ihm dann auch einen Beurteilungsspielraum einzuräumen. Dies korrespondiert mit der Entscheidung zum Weinrecht (**Nr. 5**), wo es ebenfalls um eine sehr enge Fragestellung handelt, die das zuständige Gremium zu beantworten ist.

Auf die Anerkennung des Beurteilungsspielraums kam es im Übrigen im konkreten Fall nicht an, weil die KEK die Maßstäbe des § 26 Abs. 2 RStV ohnehin falsch interpretiert hatte. Der Beurteilungsspielraum „nützte“ der entscheidenden Stelle also nichts, weil die Entscheidung vom Senat trotzdem nicht akzeptiert wurde. Hinsichtlich der grundrechtlichen Betroffenheit geht es zwar im weiteren Sinne um den Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG, konkret jedoch meist um wirtschaftliche Interessen der um Konzentration bemühten Unternehmen. Damit ist auf der Betroffenenseite, also beim Antragsteller, eher ein schwaches Grundrecht

einschlägig (Art. 12 Abs. 1 GG), das, da es meist um Kapitalunternehmen geht, auch nur einen abgeschwächten personalen Bezug aufweist.

Insgesamt bleibt die Begründung für die Annahme eines Beurteilungsspielraums „dünn“ und eigentlich nicht überzeugend. Sie zeigt aber, dass unzureichend begründete und nicht plausible Entscheidungen auch dann nicht „halten“, wenn ein Beurteilungsspielraum anerkannt wird. Denn auch in solchen Fällen kann die gerichtliche Kontrolle relativ engmaschig ausfallen.

13. Sicherheitsrisiko im Soldatenrecht – BVerwGE 140, Nr. 34 S. 384 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist die Feststellung eines Sicherheitsrisikos im Rahmen einer erweiterten Sicherheitsüberprüfung durch den Geheimschutzbeauftragten des Bundesministeriums für Verteidigung. Das Gericht bestätigt die bisherige Rechtsprechung, dass dem Geheimschutzbeauftragten ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum für seine Einschätzung zustehe.[174] Es gehe um eine Eignungsprüfung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG. Schon daraus folgt nach den allgemeinen Regeln ein Beurteilungsspielraum der personalführenden Stelle.[175] Hinzu kommt, dass nach den Regelungen des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes (SÜG) eine besondere Zuständigkeit einer besonderen Stelle, nämlich des Geheimschutzbeauftragten, vorgesehen ist (also keine Zuständigkeit der eigentlichen Personalverwaltung, siehe § 3 Abs. 1 S. 3 SÜG).[176] Dessen Entscheidung binde unter anderem die

[174] BVerwGE 140, 384 ff. Rn. 24.
[175] BVerwGE 140, 384 ff. Rn. 26.
[176] BVerwGE 140, 384 ff. Rn. 28.

personalbearbeitenden Stellen (§ 14 Abs. 3 S. 1 und 2 SÜG). Die Einräumung eines Beurteilungsspielraums folge schließlich daraus, dass das Gesetz „im Zweifel“ einen Vorrang der Sicherheitsinteressen anordne (§ 14 Abs. 3 SÜG), was auf einen Beurteilungsspielraum hinweise.[177]

> *(3) Die zuständige Stelle entscheidet, ob ein Sicherheitsrisiko vorliegt, das der sicherheitsempfindlichen Tätigkeit der betroffenen Person entgegensteht. Die Bewertung der übermittelten Erkenntnisse erfolgt auf Grund einer am Zweck der Sicherheitsüberprüfung orientierten Gesamtwürdigung des Einzelfalles, insbesondere im Hinblick auf die vorgesehene Tätigkeit. Im Zweifel hat das Sicherheitsinteresse Vorrang vor anderen Belangen. § 6 Abs. 1 und 2 ist zu beachten.*

Die Frage, ob zusätzlich auch unter den Aspekten der Aufgabenerfüllung der Bundeswehr und des verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraums des Bundesministers der Verteidigung ein Beurteilungsspielraum folge, bleibt offen.[178]

b) Analyse und Bewertung

Das Gericht sucht zunächst im Sinne der sog. normativen Ermächtigungslehre nach einer gesetzlichen Ableitung der eingeschränkten Kontrolldichte. Die Suche endet nur beschränkt erfolgreich, denn die diversen Regelungen des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes enthalten keine eindeutige Anordnung eines Beurteilungsspielraums. Es gibt nach Auffassung des Senats aber genügend weitere Argumente, vor allem werde bei

---

[177] BVerwGE 140, 384 ff. Rn. 29 und 32.
[178] BVerwGE 140, 384 ff. Rn. 33.

der Eignungsprüfung nach Art. 33 Abs. 2 GG regelmäßig ein Beurteilungsspielraum angenommen.

Letztlich kann man sich aber des Eindrucks nicht erwehren, dass sich der Senat schlicht davor scheut, sich in prognostische sicherheitsrechtliche Entscheidungen im Soldaten- (oder auch Beamten-)recht einzumischen (erneut: Terrorabwehr als Vorbehaltsbereich der Exekutive, Zurückhaltung der Judikative bei Ex-ante-Entscheidungen). Man erkennt dort einen Vorrang der Exekutive an, die auch die Verantwortung für die Richtigkeit ihrer Prognosen übernehmen muss. Allerdings gab es auch eine Rechtsprechung eines anderen Senats, der von einer vollständigen gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Entscheidung ausging.[179] Dieser Senat hat seine Rechtsprechung später jedoch aufgegeben und sich dieser Entscheidung angepasst (Anpassung der Rechtsprechung des für das Beamtenrecht zuständigen Senats an die Rechtsprechung des Wehrdienstsenats, siehe **Nr. 21**).

14. Aufwendungen im Jugendhilferecht – BVerwGE 145, S. 1 ff. Nr. 1

a) Sachverhalt und Entscheidung

Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich in der Entscheidung mit § 36a Abs. 1 SGB VIII. Die Vorschrift lautet:

> *(1) Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe trägt die Kosten der Hilfe grundsätzlich nur dann, wenn sie auf der Grundlage seiner Entscheidung nach Maßgabe des Hilfeplans unter Beachtung des Wunsch- und Wahlrechts erbracht wird; dies gilt auch in den Fällen, in denen Eltern durch das Familiengericht oder Jugendli-*

[179] Siehe BVerwG, Buchholz 402.8 § 5 SÜG Nr. 24 Rn. 36 ff.

> *che und junge Volljährige durch den Jugendrichter zur Inanspruchnahme von Hilfen verpflichtet werden. Die Vorschriften über die Heranziehung zu den Kosten der Hilfe bleiben unberührt.*

Auffällig ist erneut die subjektive Formulierung im Gesetz („auf der Grundlage seiner Entscheidung"). Das Gericht schließt vor allem hieraus, dass die gerichtliche Kontrolle wegen der Steuerungsverantwortung des Jugendhilfeträgers beschränkt sei.[180] Der Jugendhilfeträger sei nicht nur „Zahlstelle", sondern auch Leistungsträger,[181] er könne also mitentscheiden, welche Hilfen aufgrund eines kooperativen pädagogischen Entscheidungsprozesses erbracht werden sollen.[182] Die Entscheidung selbst erhebe nicht den Anspruch objektiver Richtigkeit.[183]

b) Analyse und Bewertung

Interessant ist zunächst, dass subjektive Formulierungen im Gesetz („nach Auffassung des …") für das Gericht ein wichtiges Indiz für die Annahme eines Beurteilungsspielraums zu sein scheinen. Weiterhin geht es auch in dieser Entscheidung um eine angemessene Funktionsverteilung zwischen Exekutive und Judikative. Die Erstellung eines angemessenen Konzepts zur Umsetzung der gesetzlichen Zielvorstellungen gehört zum originären Zuständigkeitsbereich der Exekutive. Die Behörde hat eine planende bzw. gestaltende Funktion. Anders gesprochen: Die Behörde ist nicht nur Kontrolleur, sondern Akteur.

---

[180] BVerwGE 145, 1 ff. Rn. 31.
[181] BVerwGE 145, 1 ff. Rn. 31.
[182] BVerwGE 145, 1 ff. Rn. 31.
[183] BVerwGE 145, 1 ff. Rn. 32.

15. Kosten effizienter Leistungsbereitstellung im Postrecht - BVerwGE 146, Nr. 23, S. 325 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Es geht in der Entscheidung um die Auslegung der §§ 20, 21 PostG, konkret um die Frage, ob zur Genehmigung gestellte Entgelte sich an den „Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung“ orientieren, wie es das Gesetz vorschreibt. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind ein Kernbegriff des gesamten Regulierungsrechts. Mit seiner Hilfe soll verhindert werden, dass bisherige Monopolunternehmen (Deutsche Post AG, Deutsche Telekom AG) Kunden oder Wettbewerbern überhöhte Entgelte für bestimmte Leistungen in Rechnung stellen, die sie nur aufgrund einer besonderen Marktmacht durchsetzen können.

Der Senat zieht einen Beurteilungsspielraum nicht generell, sondern allenfalls im Hinblick auf abgrenzbare Teilaspekte in Betracht.[184] Ohne dass an dieser Stelle auf die Einzelheiten der Kostenberechnung eingegangen werden muss, lässt sich feststellen, dass der Senat alle geltend gemachten Kostenpositionen auf seine Plausibilität überprüft, also die Gemein-, Sach- und Personalkosten, vergleichbar einer Rechnungsprüfungsstelle.

Einen Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur) gäbe es nur dort, wo es um die Abwägung gegenläufiger Regulierungsziele sowie durch ökonomische Wertungen und Prognosen geprägte Elemente der Kostenkontrolle gehe.[185]

---

[184] BVerwGE 146, 325 ff. Rn. 31 f.
[185] BVerwGE 146, 325 ff., Rn. 31.

b) Analyse und Bewertung

Die Entscheidung bewegt sich in dem Rahmen, den bereits die unter **Nr. 8** aufgezeigte Entscheidung zur Marktabgrenzung und -analyse aufgezeigt hat. Soweit eine Kontrolle der Entscheidung des Regulierers möglich ist, wird kontrolliert. Ob es wirklich zu den Aufgaben eines Revisionssenats gehört, sich mit einzelnen Personal- oder Sachkostenansätzen zu befassen, muss man schon fast bezweifeln. Das Vorgehen des Senates zeigt aber, wie ernst der Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG genommen wird. Erst dort, wo sich die gesetzlichen Maßstäbe quasi verlieren, kommt es zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraums.

16. Konkretisierung eines statusrechtlichen Amtes – BVerwGE 147, Nr. 3 S. 20 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist ein beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit.[186] Eine Bewerberin fühlte sich durch ein zu detailliertes Anforderungsprofil für eine zu besetzende Stelle in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Die an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung bei der Vergabe eines beamtenrechtlichen Amtes ist auf das statusrechtliche Amt bezogen und darf grundsätzlich nicht anhand der Anforderungen eines konkreten Dienstpostens erfolgen.[187] Ausnahmen hierfür dürften – so das Gericht – nur gemacht werden, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben eines Dienstpostens zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzt, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringt und sich in angemessener Zeit auch nicht verschaffen

---

[186] Kritisch zu der Entscheidung etwa *Bracher*, DVBl. 2018, 65 ff.
[187] BVerwGE 147, 20 ff. LS 1

kann. Diese Voraussetzungen hat der Dienstherr darzulegen, sie unterliegen der vollständigen gerichtlichen Kontrolle.

b) Analyse und Bewertung

Die Entscheidung betrifft ein Sonderproblem des öffentlichen Dienstrechts. Das deutsche Beamtenrecht beruht auf dem Laufbahnprinzip. Danach ist grundsätzlich jeder Beamte, der eine bestimmte Laufbahnbefähigung erworben hat, als geeignet anzusehen, einen konkret-funktionalen Dienstposten entsprechend seinem Statusamt oder entsprechend dem nächsthöheren Statusamt auszuüben. Eine am konkreten Dienstposten orientierte Ausschreibung führt zur Gefahr einer ad-personam-Ausschreibung, was mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht vereinbar wäre. Dieser offensichtlichen Missbrauchsgefahr begegnet die Rechtsprechung mit einem strengen Kontrollmaßstab, dem Dienstherrn wird kein Beurteilungsspielraum bezüglich möglicher Ausnahmen von der Regel zuerkannt. Die Entscheidung liegt auf der Linie der Rechtsprechung, die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen vor allem davon abhängig zu machen, wie hoch die Grundrechtsrelevanz der Entscheidung ist.[188]

Davon zu unterscheiden ist die Auswahlentscheidung selbst. Hier gilt das Prinzip der „Bestenauswahl“, also ein eindeutiger rechtlicher Maßstab. Hier wird traditionell dem Dienstherrn ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.[189]

---

[188] Art. 33 Abs. 2 GG ist zwar ein sog. grundrechtsgleiches Recht, auf eine Unterscheidung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten wird im Rahmen dieses Beitrags aber verzichtet, da hieraus soweit erkennbar keine sachlichen Unterschiede folgen.

[189] Vgl. *Jachmann-Michel/A.-B. Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 33 Rn. 22.

17. Gesundheitliche Eignung – BVerwGE 147, Nr. 27, S. 244 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist eine von einem öffentlichen Dienstherrn abgelehnte Einstellung als Beamter wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung. Neben Art. 33 Abs. 2 GG war vor allem § 9 BeamtStG maßgeblich:

> *Ernennungen sind nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen.*

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung wird ein Beurteilungsspielraum des Dienstherrn in diesem Bereich verneint.[190] Ein Beurteilungsspielraum müsse normativ angelegt sein, d. h. sich durch Normauslegung ermitteln lassen.[191] Zudem müsse die Bestimmung des Bedeutungsgehalts einer Rechtsnorm so vage oder ihre fallbezogene Anwendung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle wegen der hohen Komplexität oder der besonderen Dynamik der geregelten Materie an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stoße.[192] Es reiche nicht aus, dass eine rechtliche Würdigung auf der Grundlage eines komplexen Sachverhaltes zu treffen sei.[193] Hinzukommen müsse, dass die Gerichte ihre Kontrollaufgabe selbst dann nicht bewältigen könnten, wenn sie in

---

[190] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 24 m. w. Nachw. Zustimmend dazu *Rittig*, DÖV 2014, 1054 ff.
[191] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 25.
[192] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 25.
[193] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 25.

gebotenem Umfang auf die Sachkunde der Verwaltung zurückgreifen oder sich auf andere Weise sachverständiger Hilfe bedienen könnten.[194]

Es wird dann folgendermaßen unterschieden: Es gebe einen Spielraum des Dienstherrn für die Bestimmung der gesundheitlichen Anforderungen, aber keine Einschränkung der Kontrolldichte bei der Beurteilung der daran anknüpfenden gesundheitlichen Eignung.[195] Dagegen bestände für die vergleichende Entscheidung der fachlichen Eignung von Bewerbern ein Beurteilungsspielraum des Dienstherrn.[196]

b) Analyse und Bewertung

Bis zu der Entscheidung des Senats galt die Eignungsfeststellung im Beamtenrecht als eine der typischen und unstreitigen Fälle eines Beurteilungsspielraums. Mit dem Begriff „Eignung“ wurde allerdings ein weiter Bereich an Anforderungen an den Bewerber abgedeckt, insbesondere betraf der Begriff sowohl gesundheitliche als auch fachliche Aspekte, die zudem durch Anforderungen bestimmt wurden, die im Kernbereich der Verantwortung des Dienstherrn lagen. Daher sind eine Differenzierung und Präzisierung angebracht. Obwohl es um die Auslegung der identischen Norm (§ 9 BeamtStG) geht, besteht bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung unter Zugrundlegung der Anforderungen, die der Dienstherr aufgestellt hat, kein Beurteilungsspielraum.

Weitere bemerkenswerte Aspekte der Entscheidung sind folgende: Die sog. normative Ermächtigungslehre wird herangezogen,[197] obwohl es in den zugrundeliegenden Normen eigentlich keinen Hinweis auf eine Kon-

---

[194] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 25.
[195] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 25.
[196] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 29.
[197] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 25.

trollverschiebung zugunsten der Exekutive gibt und es auch gar nicht erklärbar wäre, warum bei identischen Normen einmal ein Beurteilungsspielraum angenommen wird und einmal nicht. Zum Zweiten wird ein Beurteilungsspielraum auch bei prognostischen Entscheidungen verneint. Die gelegentlich vorgenommene Gleichsetzung von Prognosespielraum und Beurteilungsspielraum wird als unzutreffend erkannt. Prognosen beinhalten zwar eine zukunftsbezogene Ungewissheit, können aber gleichwohl richtig oder falsch sein, und die Richtigkeit bzw. Falschheit ist auch gerichtlich überprüfbar, nämlich danach, ob Prognosebasis und Prognosemethode zutreffend sind. Eine erhebliche Bedeutung misst der Senat schließlich dem Umstand zu, dass die Verweigerung der Verbeamtung wegen gesundheitlicher Einschränkungen in hohem Maße grundrechtssensibel ist. Ein Ausschluss von der Verbeamtung trotz gegebener fachlicher Eignung stelle eine Einschränkung der durch Art. 33 Abs. 2 GG geschützten Zugangsmöglichkeit dar, die einer subjektiven Berufswahlschranke im Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG entspreche.[198] Damit folgt der Senat einer bekannten Entscheidungslinie. Je grundrechtssensibler ein Bereich ist, desto weniger ist die Rechtsprechung bereit, Beurteilungsspielräume anzuerkennen.

18. Kosten effizienter Leistungsbereitstellung im Telekommunikationsrecht, hier: Anlagevermögen – BVerwGE 148, Nr. 5 S. 48 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

In der Entscheidung geht es erneut um die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“, diesmal konkret für die Bestimmung des Wertes des Anlagevermögens der Deutschen Telekom AG im Rahmen der telekom-

---

[198] BVerwGE 147, 244 ff. Rn. 18.

munikationsrechtlichen Entgeltgenehmigung gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 TKG 2004. Da das Gesetz keine Vorgaben enthält, wie man ein Anlagevermögen bewertet, wird ein – allerdings auf plausible und erschöpfende Argumentation überprüfbarer – Beurteilungsspielraum anerkannt.[199]

b) Analyse und Bewertung

Die telekommunikationsrechtliche Entgeltregelung ist in hohem Maße unionsrechtlich vorgeprägt. Den Regulierungsbehörden wird unionsrechtlich ein Entscheidungsspielraum eingeräumt, das Unionsrecht verhält sich jedoch nicht zu der Frage, wie die Entscheidung des Regulierers nationalrechtlich zu überprüfen ist.[200] Dies erfolgt daher nach nationalen Maßstäben. Mangels hinreichender gesetzlicher Vorgaben für ökonomische Detailfragen bleibt quasi keine andere Wahl, als der Regulierungsbehörde einen Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, der zunächst nach den üblichen Grundsätzen rechtlich überprüft wird.[201] Zusätzlich werden der Regulierungsbehörde noch besondere Begründungsanforderungen auferlegt, etwa dergestalt, welcher Kostenmaßstab der Verfolgung bestimmter Regulierungsziele am ehesten gerecht wird.[202] Die weitgehend fehlende gesetzliche Terminierung wird also verfahrensrechtlich flankiert.

Die Entscheidung bewegt sich aber letztlich auf bekannten Pfaden. Gibt es kein eindeutiges ökonomisches Modell für die Beantwortung bestimmter regulierungsrechtlicher Fragestellungen, muss die Behörde jedenfalls nachvollziehbar darlegen und begründen, welchem Modell gefolgt wird. Hieraus allgemeine Folgerungen für die Dogmatik des Beurteilungsspielraums zu ziehen, erscheint schwierig. Letztlich geht es um eine sehr spe-

---

[199] Ausführlicher *Hölscher*, N&R 2014, 58 ff.
[200] Siehe auch BVerwGE 148, 48 ff. Rn. 33.
[201] BVerwGE 148, 48 ff. Rn. 33.
[202] BVerwGE 148, 48 ff. Rn. 36.

zifische regulierungsrechtliche Problematik im Schnittbereich von Recht und Ökonomie.

19. Medienrechtliche Konzentrationskontrolle II – BVerwGE 149, Nr. 4 S. 52 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Es handelt sich um eine erneute Entscheidung zu einer begehrten medienrechtlichen Unbedenklichkeitsentscheidung (siehe oben **Nr. 12**). Das Gericht bestätigt einen Beurteilungsspielraum der KEK.[203] Nähere Ausführungen dazu fehlen allerdings. Die Entscheidung der KEK wird wegen nichtzutreffender Interpretation der Regelbeispiele des § 26 Abs. 2 RStV erneut aufgehoben.[204]

b) Analyse und Bewertung

Die Entscheidung bringt für den hier interessierenden Bereich kaum neue Erkenntnisse. Ein Beurteilungsspielraum wird anerkannt, „nützt“ der KEK allerdings erneut nichts, weil die Entscheidung auch unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums nicht zu halten war.

---

[203] BVerwGE 149, 52 ff. Rn. 29.

[204] Zu dieser Entscheidung siehe etwa *Hain*, K&R 2014, 92 ff.; *Paal*, AfP 2014, 389 ff.

20. Beamtenrechtliche Beurteilungen – BVerwGE 150, Nr. 29, S. 359 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Das Gericht bestätigt in dieser Entscheidung ohne nähere Begründung, dass eine Entscheidung des Dienstherrn darüber, ob und in welchem Grad ein Beamter die für sein Amt und für seine Laufbahn erforderliche Befähigung und fachliche Leistung aufweist, ein von der Rechtsordnung dem Dienstherrn vorbehaltener Akt wertender Erkenntnis sei.[205] Die gerichtliche Nachprüfung sei dementsprechend auf die „üblichen" Beurteilungsfehler beschränkt.

Woraus sich die gesetzliche Anordnung des Vorbehalts des Dienstherrn genau ergeben soll, wird nicht erläutert. Die Entscheidung bestätigt also nur das, was schon bisher immer angenommen worden ist.

b) Analyse und Bewertung

Die Entscheidung gibt Anlass, die Einordnung von Prüfungsentscheidungen klarzustellen. Letztlich enthalten Prüfungs- oder Bewertungsordnungen rechtliche Vorgaben, aus denen sich eine „richtige" Entscheidung ergibt. Hier zeigen sich aber funktionale Grenzen der Rechtsprechung, die zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraums führen, vor allem die fehlende Möglichkeit der Gerichte, Vergleiche zwischen Kandidaten oder Prüflingen anzustellen.

---

[205] BVerwGE 150, 359 ff. Rn 14.

21. Sicherheitsüberprüfung im Beamtenrecht – BVerwGE 153, Nr. 4, S. 36 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Es geht erneut (siehe bereits **Nr. 13**) um eine Entscheidung über das Vorliegen eines Sicherheitsrisikos nach §§ 5, 14 Abs. 3 SÜG.[206] Es wird angenommen, dass der zuständigen Stelle ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zustehe.[207] Der Senat ändert seine eigene Rechtsprechung und folgt der Auffassung des Wehrdienstsenats.

b) Analyse und Bewertung

Der Meinungswandel des Senats wird wie folgt erklärt: Die bisherige Begründung, es handele sich um eine gerichtlich überprüfbare Prognose im Bereich der Gefahrenabwehr, reiche für sich nicht aus und werde dem wertenden, auf besondere Sachkunde beruhenden, ein Sicherheitsrisiko abschätzenden Charakter der Entscheidung nicht gerecht.[208]

Dies ist nicht sehr aussagekräftig. Grundsätzlich sollten Behörden immer „besonders sachkundig“ sein. Ein Sicherheitsrisiko ist auch in anderen Bereichen regelmäßig abzuschätzen, sei es im Polizei-, im Umwelt- oder im Gewerberecht. Es handelt sich also um eine schlichte Meinungsänderung, möglicherweise motiviert dadurch, im Bereich des Gerichts zu einer einheitlichen Linie zu kommen.

c) Einordnung

Es wird ein klassischer Beurteilungsspielraum anerkannt.

---

[206] Vgl. auch *Warg*, NVwZ 2016, 331 f.
[207] BVerwGE 153, 36 ff. LS. 2.
[208] BVerwGE 153, 36 ff. Rn. 30.

22. Trennung von Werbung und Programm – BVerwGE 153, Nr. 13, S. 129 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand dieser – in der amtlichen Sammlung nicht unter dem Stichwort „Beurteilungsspielraum“ nachgewiesenen – Entscheidung ist eine medienaufsichtliche Beanstandung bezüglich der Erkennbarkeit der Werbung als solcher (§ 7 Abs. 3 S. 1 RStV) und ihrer eindeutigen Absetzung (Trennung) vom Programm (§ 7 Abs. 3 S. 3 RStV).[209] Ein Beurteilungsspielraum der Landesmedienanstalten wird ausdrücklich und direkt in einem Leitsatz verneint (LS. 5). Auch die Befugnis der Landesmedienanstalten, nach § 46 RStV gemeinsame Richtlinien für die Durchführung des § 7 zu erlassen, begründe keinen Beurteilungsspielraum, es handele sich nicht um normkonkretisierende Vorschriften,[210] also letztlich „nur“ um norminterpretierende Vorschriften.[211] Ein Beurteilungsspielraum müsse im Gesetz angelegt sein, d. h. sich durch Auslegung ermitteln lassen.[212] Für einen Beurteilungsspielraum spreche es, falls in hohem Maße wertende Elemente maßgeblich seien, die einem pluralistisch zusammengesetztem Kollegialorgan übertragen seien oder wenn keine Steuerung durch ein abstrakt-generelles Regelwerk möglich sei, weil die Entscheidung von individuellen Einschätzungen und Erfahrungen geprägt sei.[213] Die Erkennbarkeit von Werbung und die Trennung von Werbung und Programm könne jedoch auch ein Gericht – ggf. mit sachverständiger Hilfe – nachvollziehen.

---

[209] Zu der Entscheidung siehe auch *Bornemann*, ZUM 2016, 198 ff.
[210] BVerwGE 153, S. 129 ff. Rn. 32.
[211] Kritisch vor allem dazu *Bornemann*, ZUM 2016, 198/199.
[212] BVerwGE 153, S. 129 ff. Rn. 35.
[213] BVerwGE 153, S. 129 ff. Rn. 35.

b) Analyse und Bewertung

Die Entscheidung unterstreicht einmal mehr, dass das zuständige „Normprogramm“, also die Befugnisnorm, darüber entscheidet, ob ein Beurteilungsspielraum vorliegt oder nicht. Welches Gremium zur Entscheidung berufen ist, vor allem die Frage, ob es pluralistisch oder sachkundig besetzt ist, ist nach der von der Rechtsprechung vertretenen Linie von nachgeordneter Bedeutung. Der Bewertungsvorgang ist wiederholbar, er erfolgt ex post, die Grundrechtsrelevanz (Programmfreiheit) ist hoch, letztlich gibt es kein entscheidendes Argument für einen Beurteilungsspielraum.

Dass die Kompetenz zum Erlass von Richtlinien nach § 46 RStV mehr oder weniger vom Tisch gewischt wird, wenn es um die Frage von Entscheidungsspielräumen geht, ist allerdings nicht überzeugend. Es wird nicht hinreichend gewürdigt, dass solche ausdrücklichen Ermächtigungen kaum eine Berechtigung hätten, wenn sie nicht auch in gewissem Rahmen mehr als norminterpretierende Funktion hätten. Wenn der Gesetzgeber sich die Mühe gibt, die Richtlinienermächtigung ausdrücklich ins Gesetz hineinzuschreiben, wenn er besondere Zuständigkeiten und Verfahren vorsieht, die die inhaltliche Qualität der Richtlinie absichern, dann muss die Bedeutung der Richtlinie eine andere sein als eine schlichte Norminterpretation. Erstaunlich ist auch, dass das Gericht offensichtlich keinen Anlass sieht, die Richtlinien wenigstens als Erkenntnishilfen heranzuziehen.[214] Das Gericht hat also quasi mit der Ablehnung von Beurteilungsspielräumen die Richtlinien – drastisch formuliert – gleich mit entsorgt.

---

[214] Möglicherweise war dies im konkreten Fall nicht nötig, weil die Klage ohnehin abgewiesen wurde.

c) Übertragbarkeit auf die BLM

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts betrifft einen Fall aus Rheinland-Pfalz. Da die BLM im Kreis der Landesmedienanstalten wegen der landesverfassungsrechtlichen Regelung des Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV für sich einen Sonderstatus beansprucht, wäre die Frage aufzuwerfen, ob im Hinblick auf den Privatrundfunk in Bayern dieselben Grundsätze gelten. In Frage stellen ließe sich dies mit dem Argument, die BLM sei programmverantwortlich; ob eine hinreichende „Trennung“ vorliege, sei gegebenenfalls von der Programmkonzeption abhängig und damit auch von der Entscheidung der BLM.

Damit wäre aber im Hinblick auf das Problem der Beurteilungsspielräume nichts gewonnen. Würde man einer solchen Argumentation folgen, ginge es wiederum um die Zuordnung der Programmfreiheit und damit der Grundrechtspositionen. Wäre die Produktion dem Bereich der Eigenverantwortlichkeit der BLM zuzuordnen, ginge es nicht um einen einseitigen Eingriff in Grundrechte der Programmanbieter. Schon bei einer Art gemeinsamen Verantwortlichkeit oder von der BLM „verwalteter Grundrechtssubstanz“ stellt sich die Frage der richtigen Zuordnung. Sie müsste im Streitfall gerichtlich geklärt und dann auch vollständig überprüft werden. Folgt die Rechtsprechung der bayerischen Sichtweise der Programmträgerschaft oder -verantwortlichkeit oder -mitverantwortlichkeit der BLM nicht, ist nicht die Verneinung eines Beurteilungsspielraums „falsch“, sondern die Zuordnung der materiellen Grundrechtsposition.

23. Kosten effizienter Leistungsbereitstellung, hier: Stundensätze – BVerwGE 153, Nr. 25 S. 265 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung[215] ist erneut die Prüfung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach §§ 31, 35 TKG (siehe auch bereits oben **Nr. 15**). Dieses Mal geht es konkret um die Höhe der Stundensätze für bestimmte Arbeiten, die das regulierte Unternehmen seinen Wettbewerbern in Rechnung stellen will. Anders als in der unter **Nr. 15** besprochenen Entscheidung wurde in diesem Fall ein Beurteilungsspielraum verneint.[216] Bei der Bestimmung der Kosten in Bezug auf die Ermittlung der Stundensätze, die den genehmigten Entgelten zugrunde liegen, verfüge die Bundesnetzagentur nicht über einen Beurteilungsspielraum. Weder die Unschärfe des Begriffs „Effizienz“ noch die besondere „Sachnähe“ der Bundesnetzagentur reichten für sich genommen aus, um Einschränkungen der gerichtlichen Prüfungsdichte zu rechtfertigen.[217] Die Überprüfung der Effizienz des Ressourceneinsatzes setze eine Analyse der der Leistung zugrunde liegenden Prozesse und den anschließenden Abgleich mit dem „Profil“ der eingesetzten Ressourcen und insbesondere mit den sonstigen Aufgaben des dort tätigen Personals voraus. Diese Ermittlungen könne ein Verwaltungsgericht auf der Grundlage der Erläuterungen der Bundesnetzagentur und ggf. der Unterstützung durch Sachverständige uneingeschränkt selbst nachvollziehen.[218] Auf die besondere Sachkunde der Mitglieder der Beschlusskammer und die Entscheidung in

---

[215] Vgl. auch die Anmerkung von *Heinickel*, NVwZ 2016, 393 f.
[216] BVerwGE 153, S. 265 ff. LS. 2.
[217] BVerwGE 153, 265 ff. Rn. 15.
[218] BVerwGE 153, 265 ff. Rn. 29.

einem förmlichen und mit entsprechenden Verfahrensgarantien ausgestatteten Verwaltungsverfahren komme es nicht an.[219]

b) Analyse und Bewertung

Der Vergleich mit der unter **Nr. 15** angeführten Entscheidung ist aufschlussreich. Die rechtliche Grundlage der Entscheidung ist identisch, maßgeblich ist die Auslegung des Begriffs der effizienten Leistungsbereitstellung vor allem in den §§ 35, 31 TKG. Die zur Entscheidung berufene Stelle ist erneut die zuständige Beschlusskammer, ein fachkundig besetztes Gremium. Die grundrechtlichen Vorgaben sind ebenfalls gleich, es geht um die Regulierung eines bisherigen Monopolisten (Deutsche Telekom AG) zugunsten der Wettbewerber und im Sinne der sonst im Gesetz vorgegebenen Regulierungsziele. Trotzdem: Anders als bei der Bestimmung des Anlagevermögens gibt es nach Auffassung des Senats keinen Beurteilungsspielraum. Der Grund dafür ist offensichtlich: Die Bestimmung von angemessenen Stundensätzen für bestimmte durchzuführende Arbeiten lässt sich einigermaßen verplausibilisieren. Das traut sich der Senat also selbst zu. Hingegen gab es keine eindeutige Antwort darauf, wie das Anlagevermögen eines ehemaligen Monopolisten wirtschaftlich bewertet werden kann. Dann muss sich auch das Gericht zurückhalten und der Behörde quasi den Vorrang bei der Entscheidung einräumen.

Der Senat lotet also die Grenzen der eigenen Erkenntnismöglichkeiten aus. Wo er sie beschränkt sieht, wird ein Beurteilungsspielraum anerkannt, wo er meint, die Entscheidung könne auch von Richtern getroffen werden, kommt es zu einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle. Letztlich sind also die funktionalen Erkenntnisgrenzen der Rechtsprechung jeden-

---

[219] BVerwGE 153, 265 ff. Rn. 30.

falls im Regulierungsrecht das entscheidende Argument für oder gegen die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums.

24. Schleichwerbungsverbot – BVerwGE 155, Nr. 21, S. 270 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist ein Bescheid der BLM gegenüber einem Rundfunkanbieter, wonach dieser gegen das Schleichwerbungsverbot nach § 7 Abs. 7 S. 1 RStV verstoßen habe.[220] Die Anfechtungsklage gegen den Bescheid wurde abgewiesen, die Revision hiergegen hatte keinen Erfolg. Das Gericht äußert sich zur Frage eines Beurteilungsspielraums dahingehend, dass die Auslegung und Anwendung des Schleichwerbungstatbestandes vollständiger gerichtlicher Kontrolle unterliege.[221] Um eine Einschränkung der Überprüfung seitens der Verwaltungsgerichte anzunehmen, fehle es wie auch sonst bei den werberechtlichen Vorschriften an der „besonderen Komplexität der Entscheidungsfindung als einem hinreichend gewichtigen Sachgrund".[222]

b) Analyse und Bewertung

Die Entscheidung kam nicht überraschend. Die Verbote des § 7 Abs. 7 RStV müssen schon deshalb hinreichend bestimmt sein, weil ein Verstoß nach § 49 Abs. S. 1 Nr. 7 bis 9 RStV bußgeldbewehrt ist. Dies verträgt

---

[220] Zur Abgrenzung von Schleichwerbung und Produktplazierung etc. siehe etwa *Jäger*, GRURPrax 2017, 372 ff. Zu § 7 RStV siehe weiterhin *Bornemann*, in: BeckOK InfoMedienR, RStV § 7 Rn. 26 f.

[221] BVerwGE 155, 270 ff. Rn. 16.

[222] BVerwGE 155, 270 ff. Rn. 16.

sich – wie bereits ausgeführt – nicht mit einem behördlichen Einschätzungs- oder Beurteilungsspielraum. Zudem gibt es zu diesen Verboten auch hinreichend Rechtsprechung und Literatur, die ein eindeutiges Subsumtionsergebnis ermöglichen.[223] „Leider“ (jedenfalls aus der Sicht der BLM) ist damit auch die rechtliche Einordnung der Richtlinien nach § 46 RStV erneut bestätigt worden.[224] Sie können jedenfalls dort, wo eine unmittelbare Bußgeldbewehrung besteht, nur norminterpretierenden, nicht hingegen normkonkretisierenden Charakter haben.[225] Auch für den Bereich von Satzungen und Richtlinien nach § 46 i. V. m. § 8a RStV hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof den Gestaltungsspielraum eng gesteckt.[226] Es gebe keine autonome Regelungsbefugnis,[227] die verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage sei „schmal“.[228] Ob man damit der Intention der Landesgesetzgeber entspricht, muss man bezweifeln. Immerhin sind auch norminterpretierende Richtlinien für die betroffenen Medienunternehmen eine Orientierungshilfe. An die Gerichte ist zudem die Erwartung heranzutragen, dass die Richtlinien als in besonderem Maße sachkundig angesehen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Es entspricht nicht der gesetzgeberischen Konzeption, wenn Richtlinen als „nur norminterpretierend“ quasi unbeachtet gelassen werden. Sie sollten auch dann, wenn man bei der Einordnung als „norminterpretierend“ bleibt, als eine wichtige Entscheidungshilfe betrachtet werden.

---

[223] Vgl. etwa auch BVerwGE 150, 169 ff. zur Produktplatzierung.

[224] Grundsätzlich und ausführlich hierzu *Cornils*, BLM-Schriftenreihe Band 100, S. 1 ff.

[225] BVerwGE 155, 270 ff. Rn. 16 a. E.

[226] BayVGH, ZUM-RD 2010, 102 ff.

[227] BayVGH, ZUM-RD 2010, 102/108.

[228] BayVGH, ZUM-RD 2010, 102/109. Kritisch vor allem *Bornemann*, ZUM 2012, 89 ff., *ders*., in: Bornemann/Erdemir, § 15 Rn. 26 ff.

25. Kosten effizienter Leistungserstellung, Kapitalverzinsung – BVerwGE 156, Nr. 5, S. 75 ff.

Im Rahmen einer telekommunikationsrechtlichen Entgeltgenehmigung für Mietleitungen und Carrier-Festverbindungen erkennt der Senat wie bei den Entscheidungen Nr. **15** und **23** für die Bestimmung der angemessenen Kapitalverzinsung einen „punktuellen" Beurteilungsspierlaum der Bundesnetzagentur an (bestätigt in der Entscheidung **Nr. 27**).

26. Dienstliche Beurteilung im Beamtenrecht – BVerwGE 157, Nr. 27 S. 366 ff.

Gegenstand der Entscheidung war die gerichtliche Überprüfung einer dienstlichen Beurteilung im Beamtenrecht. Das Gericht bestätigt den grundsätzlichen Beurteilungsspielraum des Dienstherrn beim Vollzug von § 21 BBG.[229] Der Dienstherr bestimmte die fachlichen und persönlichen Anforderungen des Amtes und habe daher eine „immanente" Beurteilungsermächtigung.[230] Ansonsten beschäftigt sich die Entscheidung vor allem mit Verfahrensfragen (4-Augen-Prinzip, Begründungen etc.), die keine allgemeine Bedeutung für die Anerkennung von Beurteilungsermächtigungen haben.

27. Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, hier: Anlagevermögen – BVerwGE 158, Nr. 13, S. 301 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist erneut ein regulierungsrechtliches Problem. Die Bundesnetzagentur hatte bei der Bestimmung der Entgelthöhe für genehmigungspflichtige Leistungen des früheren Monopolisten

---

[229] BVerwGE 157, 366 ff. Rn. 15.
[230] BVerwGE 157, 366 ff. Rn. 17.

Deutsche Telekom AG nicht mehr wie in vorherigen Entgeltperioden den Brutto-Wiederbeschaffungspreis, sondern auf der Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Kosten) die Restbuchwerte zugrunde gelegt. Die rechtlichen Grundlagen sind identisch wie bei **Nr. 15, 18**, **23, 25** und **27**. Es geht um die Auslegung des Begriffs der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung".

Der Senat wiederholt die Erkenntnisse aus den vorherigen Entscheidungen. Es gebe keinen umfassenden Beurteilungsspielraum. Gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Entscheidungsspielräume der Regulierungsbehörde seien nur dort anzuerkennen, wo diese in den gesetzlichen Maßstabsnormen für abgrenzbare Teilaspekte, die in besonderer Weise durch das Erfordernis einer Abwägung gegenläufiger Rechtspositionen geprägt würden, angelegt seien.[231] Es handele sich um einen „punktuellen behördlichen Beurteilungsspielraum".[232] Der Wechsel der Berechnungsmethode war zwar grundsätzlich vom Beurteilungsspielraum des Regulierers gedeckt, das Beurteilungsermessen aber aus Gründen, die hier nicht relevant sind, unrichtig ausgeübt worden.[233]

b) Analyse und Bewertung

Aus dem Telekommunikationsgesetz lässt sich nicht entnehmen, ob für die Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungserstellung das Anlagevermögen nach dem Wiederbeschaffungswert oder dem Restbuchwert zu bestimmen ist. Theoretisch könnte der Senat sagen, diese oder jene Methode sei richtig, also quasi als eine Art Oberökonom auftreten. Er tut dies aus guten Gründen nicht. Es geht zunächst nur um einen Interes-

---

[231] BVerwGE 158, 301 ff. Rn. 14.
[232] BVerwGE 158, 301 ff. Rn. 14.
[233] BVerwGE 158, 301 ff. Rn. 31.

senausgleich zwischen Kapitalunternehmen, mittelbar um Versorgungssicherheit, Wettbewerb und Endkundenpreise. Die Entscheidungssituation ist singulär, es droht keine Ungleichbehandlung von Unternehmen, in einer solchen Situation ist die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums richtig.

28. Kein Beurteilungsspielraum der KJM – BVerwGE 159, 49 ff.

Der Entscheidung lag ein Rechtsstreit zwischen einer privaten Rundfunkanbieterin und einer Landesmedienanstalt zu Grunde. Der Senat nutzt dies zu grundsätzlichen Ausführungen dazu, ob beim Vollzug von § 5 JMStV durch die KJM/die Landesmedienanstalt (siehe § 14 Abs. 2 JMStV) ein Beurteilungsspielraum besteht.[234] Dies wird vereint.[235] Die KJM als eine mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattete Stelle habe sich mit dem Verhältnis widerstreitender Verfassungsgüter zueinander zu befassen (Rundfunkfreiheit einerseits und Jugendschutz andererseits) und sich Gewissheit über die Eignung entwicklungsbeeinträchtigender Angebote zu verschaffen. Dies habe uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle zu unterliegen.[236] Aus § 20 Abs. 3 JMStV, wonach die Befugnis der KJM zur Überprüfung vorangegangener Entscheidungen der anerkannten Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle beschränkt sei, folge nichts anderes. Die Vorschrift sei allein Ausdruck des Vorrangs der Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle, ein Beurteilungsspielraum im Hinblick auf § 5 JMStV sei daraus nicht ableitbar.[237] Die Entscheidungen

---

[234] Zum Ordnungskonzept des JMStV siehe auch *Dreyer*, Entscheidungen, S. 254 ff., zur Frage der Beurteilungsspielräume *ders*., S. 364 ff.
[235] BVerwGE 159, 49 ff. Rn. 33 ff.
[236] BVerwGE 159, 49 ff. Rn. 33.
[237] BVerwGE 159, 49 ff. Rn. 34.

der KJM seien allerdings „sachverständige Aussagen".[238] Sie könnten nur erschüttert werden, wenn der Rundfunkveranstalter sie „in vergleichbarer Weise" in Zweifel ziehen könne.[239]

Die Begründung, warum die KJM nicht über einen Beurteilungsspielraum verfügt, beschränkt sich auf die Feststellung, eine solche Beschränkung ergebe sich nicht aus dem Gesetz.[240] Möglicherweise deshalb ist die Entscheidung im Stichwortverzeichnis auch gar nicht unter „Beurteilungsspielraum" nachgewiesen.

29. Frequenzvergabe durch die BLM – BVerwGE 159, 64 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand dieser – ebenfalls nicht unter dem Stichwort „Beurteilungsspielraum" nachgewiesenen – Entscheidung ist eine Frequenzvergabe nach den damals geltenden Regelungen des Bayerischen Mediengesetzes.[241] Der BLM wird nach der insoweit maßgeblichen Interpretation des bayerischen Landesrechts durch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof der BLM ein Ermessens- und Gestaltungsspielraum zuerkannt.[242] Dies wird vom Bundesverwaltungsgericht unter Betonung der damit verbundenen rechtsstaatlichen Sicherungen (Vorprägung der Entscheidung

---

238 BVerwGE 159, 49 ff. Rn. 35.
239 BVerwGE 159, 49 ff. Rn. 35.
240 BVerwGE 159, 49 ff. Rn. 34.
241 Art. 25 und 26 des Bayerischen Mediengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2003, GVBl. S. 799.
242 BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 16.

durch formellgesetzliche Vorgaben, weiterhin Pflicht zur Abwägung) akzeptiert.[243]

b) Analyse und Bewertung

Der Entscheidung ist im Hinblick auf die Anerkennung von gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielräumen der BLM zuzustimmen. Auch mit einer sehr extensiven richterlichen Rechtsfortbildung wäre es nicht möglich gewesen, aus den abstrakten gesetzlichen Vorgaben die eine gesetzlich gewollte und damit allein richtige Entscheidung abzuleiten. Dies fügt sich in die allgemeine Dogmatik ein. Gerichtliche Kontrolle kann nur stattfinden, wenn es materiellrechtliche Vorgaben gibt.[244] Solche Vorgaben sind im Hinblick auf die Verteilung knapper Frequenzen im Rundfunkbereich kaum formulierbar, es kann kein alleiniges „Richtig“ geben, sondern eine Spanne an vertretbaren Entscheidungen unter Abwägung der jeweils im Raum stehenden Interessen von potentiellen Interessenten. Damit besteht ein hinreichender Sachgrund für ein administratives Letztentscheidungsrecht.[245]

c) Gerichtliche Kontrolle und Stellung der BLM

Während sich die Ausführungen zur gerichtlichen Kontrolle vollständig in die allgemeine Dogmatik und Rechtsprechung einfügen und daher kaum größere allgemeine Bedeutung haben, sind einige andere Feststellungen des Senates für die BLM von speziellem Interesse. Die Erste betrifft die Frage der Grundrechtsträgerschaft. Diese stehe den „bayerischen Programmanbietern“ zu.[246] Möglicherweise muss man zwischen den Zeilen

---

[243] BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 17.
[244] BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 20.
[245] BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 20 f.
[246] BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 10.

hinzulesen: „und nicht der BLM." Es seien die privaten Anbieter, die ungeachtet der gesetzlichen Veranstaltereigenschaft der BLM die Kernfunktion des Rundfunks, nämlich die Programmgestaltung, tatsächlich wahrnähmen.[247] Die Landeszentrale sei den Anbietern gegenüber ausschließlich grundrechtsverpflichtet.[248] Die vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof anerkannte Grundrechtsberechtigung der BLM[249] wird damit relativ kühl als irrelevant angesehen, was etwas die bereits geäußerte Vermutung bestätigt, dass der durch Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV und das Bayerische Mediengesetz beschrittene Sonderweg („Trägermodell") auf der bundesrechtlichen Ebene durch die Einordnung in allgemeine Kategorien unkenntlich wird.[250]

Die immer wieder vertretene Idee, die BLM sei aufgrund ihres Organisationsmodells quasi als Mitanbieter von Rundfunkveranstaltungen zu Eingriffen in die Programmfreiheit berechtigt,[251] wurde auch vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof sehr deutlich zurückgewiesen.[252] Die Programmgestaltungsfreiheit von Rundfunkveranstaltern verwehre es der BLM, ohne eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung aus inhaltli-

---

[247] BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 12. Bestätigt etwa durch BVerwG, Beschl. v. 6.11.2018 – 6 B 47/18 und dazu *Hahn*, https://www.juris.de/perma?d=jpr-NLBV000004219.

[248] BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 14. Ebenso BVerwG, NVwZ 2015, 1364 ff. Rn. 24.

[249] BayVerfGH, NVwZ 2006, 82 ff. Vom Bundesverfassungsgericht wurde die Frage bisher offengelassen, siehe BVerfGE 97, 298/314.

[250] Siehe auch die Überlegungen oben II. 4 b).

[251] Siehe dazu vor allem *Möstl*, BLM-Schriftenreihe Band 108, S. 61 ff. mit ausführlichen Nachweisen vor allem auf die Entwicklung der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs.

[252] Vgl. BayVGH, MMR 2018, 340 ff. Bei Abschluss des Gutachtens lag eine Entscheidung des BayVerfGH im Verfahren Vf. 8-VI-19 über die Verfassungsbeschwerde der Landeszentrale noch nicht vor.

chen Gründen unmittelbar selbst gegen einzelne Formate einer genehmigten Fernsehsendung vorzugehen und eine entsprechende Änderung des Programms zu verlangen.[253]

Neben diesen „bitteren Tropfen“ enthält die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aber auch einen „süßen“. Die Ermächtigung der Landeszentrale zu einer Abwägungsentscheidung im Bereich der Rundfunkfreiheit sei maßgeblich deshalb verfassungsrechtlich zulässig, weil die Landeszentrale „staatsfern“ organisiert sei.[254] Das Gericht beruft sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach eine Verteilungsentscheidung durch staatliche Behörden verfassungswidrig wäre.[255]

30. Beamtenrechtliche Beurteilung – BVerwGE 161, Nr. 18, S. 240 ff.

Der Senat bestätigt in der Entscheidung noch einmal die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle von beamtenrechtlichen Beurteilungen.[256]

---

[253] BayVGH, MMR 2018, 340 ff. LS. 1. Im gleichen Sinne hatte auch die 1. Instanz entschieden, siehe VG München, ZUM-RD 2015, 344 ff. Zum Versuch der Verteidigung des bayerischen Rundfunkmodells gegen diese völlig eindeutige Rechtsprechung siehe *Möstl*, BLM-Schriftenreihe Band 108, S. 61 ff.

[254] BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 16 f.

[255] BVerwGE 159, 64 ff. Rn. 17 mit Verweis auf BVerfGE 73, 118/182 ff. und E 90, 60/89.

[256] BVerwGE 161, 240 ff. Rn 31.

31. Kosten effizienter Leistungsbereitstellung im Regulierungsrecht, Regulierungsmethode – BVerwGE 162, Nr. 15, S. 202 ff.

Die Entscheidung betrifft die Frage, ob bestimmte Entgelte einer ex-ante oder einer ex-post-Regulierung unterzogen werden dürfen. Der Senat wiederholt im Anschluss an seine Entscheidungen, die bereits unter Nr. **15, 23, 25**, **27 und 31** erläutert worden sind, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Entgeltregulierung keinen umfassenden, sondern nur einen punktuellen Beurteilungsspielraum habe. Die Wahl des geeigneten Kontrollmaßstabs sei bereits eine Frage des Regulierungsermessens.[257]

32. Zum Abschluss: „Bushido“ – BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff.

a) Sachverhalt und Entscheidung

Geklagt wurde gegen die Indizierung eines Studioalbums des Rappers „Bushido“. Das Album wurde aufgrund einer Entscheidung der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM) durch das aus 12 Personen bestehende Gremium der BPjM indiziert und in Teil A der Liste der jugendgefährdenden Medien eingetragen.

Das Berufungsgericht[258] war davon ausgegangen, der BPjM stehe bei der Entscheidung ein Beurteilungsspielraum zur Verfügung. Dieser Beurteilungsspielraum, den die Rechtsprechung bisher anerkannt hatte,[259]

---

[257] BVerwGE 162, 202 ff. Rn. 31.
[258] Siehe OVG Münster, BeckRS 2018, 15921.
[259] Vgl. BVerwGE 91, 211/215 ff. und NJW 1997, 602.

wurde vom BVerwG in dieser Entscheidung „kassiert".[260] Die Annahme eines Beurteilungsspielraums sei mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG unvereinbar.

b) Analyse und Bewertung

Interessant ist der Einstieg, den das BVerwG in seiner Begründung wählt. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vermittele ein subjektives Recht, das die Anrufung der Gerichte zur Durchsetzung materieller Rechtspositionen des Einzelnen gegen die vollziehende Gewalt gewährleiste; die Vorschrift stelle eine „Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung dar, die Art und Umfang der gerichtlichen Rechtskontrolle festlege und dadurch die Geltung des Rechts sichere".[261] Das Prinzip der grundsätzlich vollständigen Kontrolle wird also extrem „hoch" aufgehängt, eine „Grundsatznorm der gesamten Rechtsordnung". Damit wird eine enorme Begründungslast aufgebaut für alle Versuche, die gerichtliche Kontrolle über die Annahme eines Beurteilungsspielraums zu reduzieren.

Es folgen dann weitgehend bekannte Ausführungen zum Verständnis von Beurteilungsspielräumen.[262] Die Annahme eines Beurteilungsspielraums sei vor allem dann berechtigt, wenn das gesetzlich vorgegebene Entscheidungsprogramm vage sei und sich seine fallbezogene Anwendung als besonders schwierig erweise, weil eine Vielzahl von Bewertungsfaktoren ermittelt, gewichtet und in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden müssen, wofür zudem schwer kalkulierbare Prognosen angestellt werden müssten.[263] Interessant ist, dass an dieser Stelle das Argument eines besonders fachkundig besetzten Gremiums nicht auftaucht. Vielmehr erfolgt im Weiteren eine ausdrückliche Relativierung dieses Arguments.

---

[260] Kritisch dazu etwa *Beisel*, NVwZ 2020, 241 ff.
[261] BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 12.
[262] BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 13 f.
[263] BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 15.

Die bisherige Rechtsprechung, die einen Beurteilungsspielraum anerkannt hatte, werde deshalb aufgegeben, weil die Abwägung von Interessen des Jugendschutzes und der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) „für sich genommen jedenfalls als nicht übermäßig schwierig“ anzusehen sei.[264] Die besondere Ausstattung des Zwölfer-Gremiums der BPjM, d. h. seine pluralistische, für eine besondere Sachkunde Gewähr bietende Besetzung, die Weisungsunabhängigkeit der Mitglieder und die Notwendigkeit einer qualifizierten Mehrheit für die Indizierung reiche im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht aus, um dem Gremium einen Beurteilungsspielraum zuzuerkennen.[265]

Dass im vorliegenden Fall eine Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Jugendschutz erforderlich ist, führt nach Auffassung des Senates ebenfalls nicht zur Anerkennung des Beurteilungsspielraums.[266] Insoweit ist terminologisch zu beachten, dass es sich um eine sog. nachvollziehende Abwägung handelt, nicht um eine sog. gestaltende Abwägung.[267] Nachvollziehende Abwägungen, wie man sie auch im öffentlichen Baurecht kennt (etwa bei der Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben im sog. Außenbereich), führen zu einer eindeutigen Ja/Nein-Entscheidung (Bauvorhaben zulässig oder unzulässig, Indizierung erfolgt oder erfolgt nicht). Eine vollständige gerichtliche Kontrolle ist hierbei üblich.

Schließlich bestätigt das Gericht noch einmal die bereits bekannte Linie, Äußerungen von sachverständig besetzten Gremien nach den Regeln eines Sachverständigenbeweises zu behandeln.[268] Wenn keine substan-

---

[264] BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 19.
[265] BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 19.
[266] BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 37.
[267] Zur Unterscheidung siehe *Manssen*, in: Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Teil 4 Rn. 270 ff.
[268] Vgl. BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 56.

ziellen Einwände erhoben werden, werden entsprechende tatsächliche Feststellungen bzw. erstellte Prognosen und Einschätzungen als zutreffend angenommen (vorliegend im Hinblick auf die Vorbildwirkung der Figur „Sonny Black“ für gefährdungsgeneigte Minderjährige).[269]

[269] BVerwG, NVwZ 2020, 233 ff. Rn. 59.

IV. Auswertung der Rechtsprechungsanalyse

1. Kontinuität oder Diskontinuität

Die Analyse der Rechtsprechung der letzten 20 Jahre zeigt zunächst, dass es keine vollständig gesicherten Grundlagen dafür gibt, wann die Rechtsprechung einen Beurteilungsspielraum im engeren Sinne anerkennt und wann nicht. Hierauf weisen schon die verschiedenen Rechtsprechungsänderungen hin. In den Entscheidungen zum Weinrecht (**Nr. 5**), zur gesundheitlichen Eignung im Beamtenrecht (**Nr. 17**) und zur Sicherheitsüberprüfung im Beamtenrecht (**Nr. 21**) gab es bei mehr oder weniger gleichbleibender Rechtslage Rechtsprechungsänderungen, mal in die eine, mal in die andere Richtung. Ursächlich für solche Schwankungen in der Rechtsprechung ist, dass die Judikative vom Gesetzgeber so gut wie nie (Ausnahme: Marktabgrenzung und Markanalyse nach § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG, siehe **Nr. 8**) eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung erhält, ob ein gerichtlich nur beschränkt überprüfbarer behördlicher Entscheidungsfreiraum anzuerkennen ist oder nicht. Die Rechtsprechung hilft sich deshalb damit, die Besonderheiten der jeweiligen Entscheidung herauszuarbeiten, und zwar immer im Sinne einer Gesamtschau.

2. Der Einfluss des Regulierungsrechts auf die Lehre vom Beurteilungsspielraum

Einen sehr breiten Raum in der Rechtsprechung zur den Beurteilungsspielräumen spielt das Regulierungsrecht, insbesondere in den Bereichen Telekommunikationsrecht und Postrecht (**Nr. 6, 8, 15, 18, 23, 25, 27, 31**). Hier entwickelt sich allerdings eine Sonderdogmatik. Zunächst werden unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite und Ermessensentscheidungen auf der Rechtsfolgenseite in einer Zusammenschau als

„Regulierungsermessen“ verstanden. Die Normen im Postgesetz und im Telekommunikationsgesetz unterscheiden sich zudem von den meisten anderen Rechtsgrundlagen dadurch, dass es nicht um eine Ja/Nein-Entscheidung geht. Während bei den Diskussionen um Sicherheitsüberprüfungen, gesundheitliche Eignung, Medienkonzentrationskontrolle, Gefährdung öffentlicher Verkehrsbedürfnisse etc. die Gerichte eine positive oder negative Entscheidung der Verwaltung entweder bestätigen oder aufheben können, kann im Regulierungsrecht oft nur ein mehr oder weniger breiter Antwortspielraum definiert werden. Deutlich wird dies vor allem beim Ansatz des richtigen Zinssatzes für eingesetztes Kapital. Die eine richtige Antwort kann es dort kaum geben, es sei denn, die Gerichte würden sehr extensiv richterliche Rechtsfortbildung betreiben und sich selbst an die Stelle des Regulierers stellen, was nicht einer adäquaten Funktionsabgrenzung entsprechen würde.

Aus dem Regulierungsrecht lässt sich also ableiten, dass die Gerichte den Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sehr ernst nehmen und mögliche Entscheidungsfreiräume der Verwaltung so eng definieren wie nur irgend möglich. Auffällig ist dies vor allem in der Entscheidung **Nr. 23** zu den angemessenen Stundensätzen. Auch wenn die Zahl der Entscheidungen zu diesem Bereich zunimmt, lässt sich keine Tendenz erkennen, dass damit insgesamt neuer Raum für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen entsteht.

3. Die Bedeutung der Grundrechte

Die Erfahrungen aus dem Regulierungsrecht eignen sich noch aus einem weiteren Grund nicht zur Übertragung auf das klassische Medien- und vor allem Medienaufsichtsrecht. Die positive Annahme von Beurteilungsspielräumen erfolgt durchgehend in grundrechtlich „niederschwelligen“ Bereichen. Viele Entscheidungen, die einen Beurteilungsspielraum bejahen,

betreffen das Beamten- und Soldatenrecht, also Personen, die in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ stehen und grundrechtlich mehr an Einschränkungen akzeptieren müssen als Personen im Staat-Bürger-Verhältnis (siehe **Nr. 1, 10, 13, 20, 21, 26, 30**). Die zweite große Gruppe sind die Regulierungsentscheidungen. Hier geht es regelmäßig um Verfügungen, die zum Teil noch in Bundesbesitz befindliche ehemalige Monopolisten betreffen (Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG), die in einem eher „schwachen“ Grundrecht betroffen werden, nämlich der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. „Nur“ die Berufsfreiheit betroffen ist auch bei der Anerkennung von Beurteilungsspielräumen im Weinrecht (**Nr. 5**) und im Personenbeförderungsrecht (**Nr. 11**). Selbst bei den Entscheidungen zur rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle (**Nr. 12** und **19**) geht es vor allem um einen Beurteilungsspielraum im Schutzbereich der Berufsfreiheit, nämlich der fusionswilligen Unternehmen.

Bei nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sehr viel „wertigeren“ Grundrechten wie dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) werden mögliche Beurteilungsspielräume von vornherein nicht anerkannt (Wehrpflichtrecht **Nr. 2**) oder sie reduzieren sich auf ein absolut unabdingbares Maß (Wahlrecht **Nr. 9**).

Es erscheint daher schwer vorstellbar, dass das Bundesverfassungsgericht im Bereich der Medienaufsicht Beurteilungsspielräume anerkennen würde, die unmittelbar Art. 5 Abs. 1 GG und vor allem die Programmfreiheit von Anbietern betreffen. Die besondere Bedeutung gerade der Kommunikationsgrundrechte ist vom Verfassungsgericht immer wieder hervorgehoben worden und in der praktischen Rechtsanwendung auch kein Lippenbekenntnis. Die Bushido-Entscheidung aus neuerer Zeit (**Nr. 32**) bestätigt diese Einschätzung nachdrücklich.

4. Der Einfluss des EU-Rechts

Auffällig ist, dass in Konstellationen, in denen EU-rechtliche Vorgaben eine Rolle spielen, eher Beurteilungsspielräume anerkannt werden als bei rein nationalen Sachverhalten. Beispiele hierfür sind die Entscheidungen zur Vogelschutzrichtlinie (**Nr. 3**) sowie die regulierungsrechtlichen Entscheidungen, die durchgehend unionsrechtlich vorgeprägt sind (**Nr. 6, 15, 18, 23, 25, 27, 31**). Ursächlich hierfür ist einerseits das unionale Sekundärrecht selbst, das die Berücksichtigung bestimmter Vorgaben durch die Verwaltungsbehörden tendenziell ohne vollständige gerichtliche Kontrolle verlangt, andererseits aber auch die ohnehin großzügigere Anerkennung von Beurteilungsspielräumen in anderen Rechtsordnungen im Bereich der Europäischen Union.

5. „Besondere Stellen“ als Entscheidungskriterium

Als ein Hinweis auf vorliegende Beurteilungsspielräume wird es häufig angesehen, dass besondere Gremien für die Entscheidung zuständig sind, insbesondere wenn sie weisungsunabhängig, staatsfrei und nach besonderen Kriterien zusammengesetzt sind (vgl. oben II 1.). In der Tat taucht dieses Argument gelegentlich auf, etwa bei der Entscheidung zum Weinrecht (**Nr. 5**), teilweise aber auch in den regulierungsrechtlichen Entscheidungen (siehe **Nr. 6**). Von besonderer Bedeutung war es wohl bei den die KEK betreffenden und dort den Beurteilungsspielraum bejahenden Entscheidungen (**Nr. 12** und **19**). Ein allgemeiner Grundsatz ergibt sich hieraus jedoch nicht. Der Zuständigkeitsbereich der KEK ist „schmal“, er beschränkt sich auf die medienrechtliche Konzentrationskontrolle. Ähnliches gilt für das Gremium in der Entscheidung zum Weinrecht (**Nr. 5**). Die für die „Sinnenprüfung“ nach den gesetzlichen Vorgaben zuständige Kommission ist genau hierfür eingerichtet worden. Es wäre kaum verständlich, wenn ihr trotz ihrer gesetzlich zugewiesenen besonde-

ren Zuständigkeit nur die Funktion zukäme, für die spätere gerichtliche Prüfung eine Art Sachverständigengutachten zu erstellen.

Hingegen sind nach § 132 TKG die Beschlusskammern der Bundesnetzagentur für die Entscheidungen in den Bereichen Marktregulierung, Zugangsregulierung, Entgeltregulierung und besondere Missbrauchsaufsicht zuständig (§§ 9 bis 43 TKG), also für eine Fülle von möglichen Maßnahmen. Daher kommt es auf die konkrete Befugnisnorm an, es wird stets nur ein „punktueller Beurteilungsspielraum“ anerkannt, sogar bei der Auslegung eines identischen Tatbestandsmerkmals wie den „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“. Dort wird mal ein Beurteilungsspielraum anerkannt, ein anderes Mal nicht (siehe **Nr. 23**, kein Beurteilungsspielraum bei der Festlegung von Stundensätzen). An anderen Stellen werden Beurteilungsspielräume anerkannt, ohne dass eine besondere Stelle tätig geworden wäre (vor allem im Beamtenrecht). Im Sicherheitsüberprüfungsrecht wird zwar eine besondere Stelle tätig (der Geheimschutzbeauftragte, siehe **Nr. 13**), die „Stelle“ ist aber weder pluralistisch, noch weisungsfrei, noch staatsfern.

Für das Medienrecht bedeutet das, dass die oft fachkundige, pluralistische, weisungsfreie bzw. staatsferne Besetzung von Gremien wie der KJM, BPjM, KEK und KEF trotz vielfach weiter Entscheidungszuständigkeiten[270] für sich allein nicht zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraums führen kann. Entsprechende Versuche in der Literatur greifen zu kurz. Maßgeblich ist die anzuwendende Norm, insbesondere die angewendete Befugnisgrundlage und ihr „Umfeld“. Die für die Entscheidung zuständige Stelle ist für die Rechtsprechung nur ein zusätzliches Argument, wenn die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums – dieser Eindruck drängt sich auf – eigentlich schon feststeht.

---

[270] Zum Normprogramm der Entscheidungen der KJM nach dem JMStV siehe *Dreyer*, Entscheidungen, S. 336 ff.

6. Funktionsgerechte Aufgabenverteilung

Die Rechtsprechungsanalyse hat weiterhin ergeben, dass nur in sehr seltenen Fällen normative Hinweise auf einen Beurteilungsspielraum zu finden sind. Neben vereinzelten ausdrücklichen Anordnungen wie bei § 10 Abs. 2 S. 2 TKG werden oft versubjektivierte Gesetzesformulierungen so verstanden, dass daraus ein Beurteilungsspielraum folgen solle (z. B. bei der G-10 Kommission, siehe **Nr. 7**).

Der eigentliche und meist nicht ausdrücklich genannte Grund für die Anerkennung oder Nichtanerkennung von Beurteilungsspielräumen besteht jedoch darin, eine richtige Funktionszuordnung der Aufgaben der Judikative und der Exekutive vorzunehmen. Das aus Sicht der Rechtsprechung überragend wichtige formelle Hauptgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verpflichtet die Judikative dazu, nur in besonderen Fällen von einer vollständigen tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung abzusehen. Erweist es sich als schlicht nicht praktikabel, aus einer Norm ein eindeutiges Ergebnis abzuleiten (siehe die Entscheidungen zum Wahlrecht, **Nr. 9** oder zum Regulierungsrecht), bleibt der Rechtsprechung schon deshalb keine andere Wahl, als einen Beurteilungsspielraum (oder Gestaltungsspielraum) anzuerkennen. Eine bewusste Rücknahme der Kontrollkompetenz im Sinne eines Beurteilungsspielraums im eigentlichen Sinne hingegen zeigt sich fast nur bei hoch sicherheitsrelevanten Fragen nach dem Sicherheitsüberprüfungs- oder dem G 10-Gesetz (**Nr. 13** und **Nr. 7**). Dort scheut die Rechtsprechung zu Recht davor zurück, selbst die Verantwortung für Folgen zu übernehmen, die etwa Terrorgefahren hervorrufen könnten. Alle Fragen, die die Gerichte aber nach eigener Einschätzung auch gegebenenfalls mit Hilfe von Sachverständigen und deren Gutachten selbst entscheiden können, stehen für die Annahme eines Beurteilungsspielraums nicht zur Verfügung. Die einzigen „Ausreißer“ im Rahmen der hier vorliegenden Rechtsprechungsanalyse sind die Entscheidungen zur Medienkonzentrationskontrolle (**Nr. 12** und **19**). Die dort er-

folgte Annahme eines Beurteilungsspielraums der KEK fügt sich in die sonstigen Linien in der Rechtsprechung nicht recht ein.

7. Für die Rechtsprechung nicht relevante Aspekte

a) Die BLM als Grundrechtsträger

Ein Aspekt, der für eine Freistellung der BLM von einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle spricht, ist prima facie die aus Art. 111a BV abgeleitete und vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof grundsätzlich anerkannte[271] Grundrechtsträgerschaft der BLM als Trägerin des Privatrundfunks in Bayern.[272] Grundsätzlich müssten aufgrund der bundesstaatlichen Zuständigkeit des Freistaates Bayern für „seine" Medienordnung hieraus Konsequenzen für Freiräume der BLM auch im Bereich der Programmgestaltung bzw. Programmbeeinflussung folgen. Die Grundrechtsträgerschaft der BLM nach bayerischem Verfassungsrecht wird jedoch derzeit durch die Annahme der Rechtsprechung vor allem der Verwaltungsgerichtsbarkeit relativiert. Gegenüber Rundfunkanbietern falle der BLM – außerhalb der planerischen Aufgaben der Anstalt, also dort, wo sie „hoheitlich" gegen Programmanbieter vorgeht – die Rolle einer hoheitlichen Medienaufsichtsbehörde zu (siehe oben **Nr. 29**). Damit werden für die BLM bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle die gleichen Regeln angewendet wie für alle anderen Landesmedienanstalten auch. Eine Sonderbehandlung bei der gerichtlichen Kontrollintensität könnte nur aus der Anerkennung der Programmträgerschaft der BLM folgen, und zwar nur mit dem Umweg über die Verneinung subjektiver Rechte der Pro-

---

[271] Vgl. dazu BayVerfGH, NVwZ 2006, 82 ff.

[272] Dazu vor allem *Bethge*, BLM-Schriftenreihe Band 98, S. 19 ff. Vgl. weiterhin *dens.*, BLM-Schriftenreihe Nr. 51, S. 19 ff.; *Stettner*, BLM-Schriftenreihe Band 51, S. 43 ff. In diese Richtung auch *G. Kirchhof*, Der Bayerische Medienrat, durchgehend.

grammanbieter. Solange die Rechtsprechung den zentralen Punkt des Trägerschaftsmodells zwar formell („bayerische Besonderheit“), nicht aber auch inhaltlich akzeptiert, stattdessen das landesrechtliche Konzept durch bundesrechtliche Vorgaben „überspielt“ und die BLM behandelt wie andere „auch“ Grundrechtsberechtigte, die aber auch grundrechtsverpflichtet sind, gelten – insoweit folgerichtig – die allgemeinen, aus Art.19 Abs. 4 S. 1 GG abgeleiteten Grundsätze. Nur wenn es keine subjektiven Rechte gäbe, die private Rundfunkanbieter gegenüber der BLM geltend machen könnten, wäre dieser Automatismus aufgehoben. Dies weist zurück auf die Frage, ob die BLM sich auch bundesverfassungsrechtlich und ausschließlich auf das Grundrecht der Rundfunkfreiheit berufen kann. Soweit dies nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Bundesrecht nicht in Einklang steht, fehlt der wesentliche Baustein für die Anerkennung einer Sonderstellung der BLM im Bereich der gerichtlichen Kontrolle. Die grundsätzlich vollständige Kontrolle von Entscheidungen der BLM gegenüber Programmanbietern vor allem bei Verfahren im Hinblick auf die Programmgestaltung könnte nur unterbleiben, wenn es insoweit an einem subjektiven Recht der Programmanbieter fehlen würde, also durch eine Rückkehr zum Rechtszustand vor der „extra-radio“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[273].

Die „bayerische“ Sicht auf die BLM als „Grundrechtsträger“ ist landesverfassungsrechtlich konsequent, erscheint bundesweit aber immer schwerer vermittel- und durchsetzbar. Es gibt schlicht zu viele Gegenargumente. Jedenfalls gibt es kein Entrinnen vor Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Dass die BLM – anders als andere Landesmedienanstalten – beim Vollzug eines unter allen Ländern abgeschlossenen Staatsvertrages, dessen Anwendung mit dem Ziel einer bundeseinheitlichen Auslegung sogar revisibel ist

---

[273] BVerfGE 97, 298 ff.

(siehe etwa § 22 JMStV, § 48 RStV), von der Rechtsprechung vom aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG abgeleiteten Anspruch auf vollständige gerichtliche Überprüfung ganz oder teilweise suspendiert würde, erscheint auf absehbare Zeit nicht erwartbar. Jedenfalls bräuchte man für die Stützung einer solchen Auffassung einen expliziten Vorbehalt in den zugrundeliegenden Staatsverträgen. § 64 S. 2 RStV, wonach die Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages für Anbieter nach bayerischem Recht „entsprechend" Anwendung finden, ließe zwar vom Wortlaut her eine Berücksichtigung von Besonderheiten zu. § 64 S. 1 RStV enthält bezüglich der Finanzierung der BLM aus Rundfunkbeiträgen eine wichtige Sonderregelung (mit Folgewirkungen etwa dergestalt, dass das Verbot des § 43 S. 2 RStV in Bayern keine Anwendung findet). Weitere ausdrückliche Ausnahmen sind aber nicht aufgeführt. Die Gesamtkonzeption der Vorschrift spricht nicht eindeutig genug für eine Sonderbehandlung der BLM im Vergleich mit anderen Landesmedienanstalten. Wenn dies gewollt wäre, müsste dies aus Gründen der Normklarheit deutlicher zum Ausdruck gebracht werden.

„Beurteilungsspielräume" (oder besser „Gestaltungsspielräume") der BLM ergeben sich allerdings in den Bereichen, in denen nicht „repressiv" gegen von Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Anbieter vorgegangen wird, sondern in denen die BLM für Planungs- und Gestaltungsaufgaben zuständig ist (etwa bei der technischen Verbreitung von Programmen, siehe Nr. **29** oder bei der Programmplanung). Dafür kommt es allerdings auf eine mögliche Grundrechtsträgerschaft nicht an, sondern nur auf die staatsferne Ausgestaltung der Anstaltsorganisation, die bei der BLM durch die pluralistische Besetzung des Medienrates gegeben ist.[274] Die eingeschränkte Kontrolle folgt aus allgemeinen Regeln, nämlich daraus, dass die zugrunde liegenden Normen kein eindeutiges Subsumtionsergebnis liefern kön-

[274] Dazu ausführlich *G. Kirchhof*, Der Bayerische Medienrat, durchgehend.

nen und gilt damit für andere Landesmedienanstalten regelmäßig genauso.

b) Neues Verständnis medienrechtlicher Befugnisse und ihrer rechtlichen Einordnung

Die Dynamik der Entwicklung im Medienbereich stellt besondere Anforderungen an die Weiterentwicklung des Medienrechts. Während früher das Rundfunkrecht fast ausschließlich ein Recht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten war, hat sich dieses Rechtsgebiet über den zentralen Zwischenschritt der Zulassung privater Rundfunkanbieter mittlerweile fast zu einem Jedermann-Recht entwickelt. Ohne großen technischen und finanziellen Aufwand können über das Internet Beiträge verbreitet werden, die verfassungsrechtlich als „Rundfunk“ qualifiziert werden können. Der in Vorbereitung befindliche Medienstaatsvertrag versucht gerade, hieraus die notwendigen gesetzgeberischen Konsequenzen zu ziehen.

Es stellt sich daher vor allem im Medienrecht die Frage, ob und inwieweit die bisher und auch in diesem Gutachten angewendeten Kriterien einer Überprüfung bedürfen und ob eine Abkehr von bisherigen Einordnungen nötig ist.[275] Muss also das Medienrecht komplett neu gedacht werden, weg von klassischen Überlegungen aus dem Staat-Bürger-Verhältnis und hin zu einer Ausgestaltungs- und Steuerungsperspektive mit der Konsequenz, dass bisherige Denkfiguren wie die grundsätzlich vollständige tatsächliche und rechtliche Überprüfung von Entscheidungen der zuständigen öffentlichen Stellen zu modifizieren sind?[276]

Die von den entsprechenden Autoren angestoßene Diskussion kann an dieser Stelle nicht umfassend weitergeführt werden. Dieser Beitrag muss

---

[275] Siehe dazu vor allem *Bornemann*, ZUM 2012, 89 ff.

[276] Vgl. in diese Richtung schon frühzeitig *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2008, 457 ff.

sich mit der Feststellung begnügen, dass die Rechtsprechung genau den umgekehrten Weg geht. Medienrecht bzw. Rundfunkrecht wird mehr und mehr in klassische rechtsstaatliche Strukturen und Denkmodelle zurückgeholt.[277] Ausdruck dafür ist vor allem die Bushido-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.[278] Eine der bisher im allgemeinen Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht als Beispiel für Beurteilungsspielräume in einem besonderen Fall angenommene Fallgruppen[279] ist entfallen. Es gibt in der analysierten Rechtsprechung jedenfalls keine Hinweise auf eine neue medienrechtliche Sonderdogmatik und es gibt auch keine erkennbaren Ansätze, die Rolle der Verwaltung oder der Landesmedienanstalten im Sinne einer Abkehr von einer anwendungsorientierten Interpretationswissenschaft zu einer rechtssetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft umzuinterpretieren.[280]

---

[277] Anders das Petitum von *Bornemann*, ZUM 2012, 89/89: Befreiung des Medienrechts aus der Präponderanz des allgemeinen Staats- und Verwaltungsrechts.

[278] Siehe BVerwG, Urteil vom 30.10.2019 - 6 C 18.18.

[279] Siehe dazu die Entscheidung der Vorinstanz, OVG Münster Urteil v. 16.5.2018 – 19 A 2001/16, Rn. 64 ff.

[280] Zusammenfassend zu diesen Ansätzen der sog. neuen Verwaltungswissenschaft siehe etwa *Hellgardt*, S. 45.

V. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1a) Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts befasst sich nach einer Analyse der Entscheidungen der letzten 20 Jahre nach wie vor in intensiver Weise mit dem Thema „Beurteilungsspielräume“. Wegen der von der Rechtsprechung mittlerweile übereinstimmend angenommenen überragenden Bedeutung des formellen Hauptgrundrechts des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sind Entscheidungen von Verwaltungsbehörden bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen vollständig in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht von den Gerichten nachzuprüfen. Ausnahmen zu diesem Grundsatz gibt es, sie werden oft unter dem Begriff „Beurteilungsspielraum“ zusammengefasst. Dahinter verbergen sich jedoch unterschiedliche Probleme und Fallgestaltungen, von naturwissenschaftlichen Kenntnislücken („Rotmilan-Entscheidung“) über planungsrechtliche Entscheidungen mit nur teilweiser rechtlicher Determinierung bis hin zu einer echten Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle trotz möglicher vollständiger gerichtlicher Überprüfung (echte Beurteilungsspielräume oder Beurteilungsspielräume im engeren Sinne).

2a) Eine in der Rechtsprechung anerkannte Einschränkung des Grundsatzes der vollständigen gerichtlichen Überprüfung ergibt sich dann, wenn eine eindeutige normative Programmierung nicht gegeben ist, weil die Behörden in gestaltender und zukunftsorientierter Weise eine Auswahl zwischen mehreren möglichen Auslegungsergebnissen – meist kombiniert mit mehreren möglichen Rechtsfolgen – zu treffen haben. Referenzgebiet hierfür ist in der Rechtsprechung der letzten Jahre das Regulierungsrecht. Es erinnert strukturell an das Bauplanungsrecht. Die gerichtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen konzentriert sich dabei auf die Rechtsfolgenseite, da unbestimmte Rechtsbegriffe und offene

Rechtsfolgen meist als Ausdruck eines umfassenden Regulierungsermessens verstanden werden. Die Verwaltung hat in solchen Fällen einen vom Gesetzgeber eingeräumten Entscheidungsspielraum, der sich deutlich aus dem Gesetz ergibt. Eine Kontrollbeschränkung auf der Tatbestandsseite bleibt die Ausnahme und wird nur dort angenommen, wo ein eindeutiges Auslegungsergebnis aus der Norm nicht ableitbar ist (sog. punktueller Beurteilungsspielraum vor allem bei den sog. Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung).

b) Für die Landesmedienanstalten und insbesondere die BLM gibt die Rechtsprechung zum Regulierungsrecht dort Orientierung, wo die Landesmedienanstalten selbst Planungs- und Gestaltungsaufgaben erfüllen, ohne bereits konkret in die Programmgestaltung einzuwirken (etwa bei der Vergabe von Frequenzen, Zuteilung knapper Ressourcen). Dort sind ihre Entscheidungen darauf zu überprüfen, ob sie den Anforderungen genügen, die auch bei ähnlich strukturierten Entscheidungen im Planungs- oder Regulierungsrecht zu beachten sind.

c) „Beurteilungsspielräume“ im Planungs- oder Regulierungsrecht sind aber keine echten Kontrollverschiebungen zwischen Exekutive und Judikative. Der Prüfungsauftrag der Judikative aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG endet an einer bestimmten Stelle, weil die Gesetze kein Prüfprogramm enthalten, wonach nur eine bestimmte Entscheidung richtig ist, vielmehr nur eine „finale Programmierung“ erfolgt ist, die mehrere „richtige“ Entscheidungen zulässt. Dann folgt insoweit aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auch kein Rechtsschutzauftrag.

3a) Von Beurteilungsspielräumen im engeren bzw. eigentlichen Sinne lässt sich nur dann sprechen, wenn bei vorhandenen (oder im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelbaren) rechtlichen Maßstäben eine

Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle eintritt. Eine solche Reduzierung ist in doppeltem Maße rechtfertigungsbedürftig: Der Gesetzgeber muss in verfassungskonformer Weise einen Beurteilungsspielraum eingeräumt haben und die Verwaltungsgerichtsbarkeit darf ihre Kontrolle nur in verfassungskonformer Weise beschränken. Da die Gesetzgeber meistens darauf verzichten, Beurteilungsspielräume ausdrücklich anzuordnen, liegt das verfassungsrechtliche „Risiko“ bei der Annahme von Beurteilungsspielräumen bei den Gerichten, die deshalb nur sehr restriktiv davon Gebrauch machen, Beurteilungsspielräume aus den normativen Grundlagen abzuleiten.

b) Grundvoraussetzung für eine Reduzierung der Kontrolldichte im Sinne eines Beurteilungsspielraums ist eine tendenziell geringe Grundrechtsrelevanz. Die anerkannten Fallgruppen betreffen regelmäßig das Beamten- oder Soldatenrecht („besondere Gewaltverhältnisse“) oder wirtschaftliche Betätigungen, bei denen „nur“ die Berufsausübungsfreiheit im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG betroffen ist. Bei Eingriffen in von der Rechtsprechung mit höherer materieller Wertigkeit eingestufte Grundrechte wie die Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 Abs. 1 GG) oder dier Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) muss man wegen der besonderen Grundrechtsrelevanz davon ausgehen, dass Beurteilungsspielräume tendenziell nicht anerkannt werden, soweit dies aus Sicht der Judikative irgendwie vermeidbar ist. Die vollständige gerichtliche Kontrolle ist die notwendige Kehrseite der hohen Grundrechtsrelevanz der Tätigkeit der Medienaufsicht. Die neuere Entscheidung in der Causa „Bushido“ bestätigt diese Tendenz (kein Beurteilungsspielraum der BPjM).

c) Gelegentlich scheuen die Gerichte vor einer vollständigen Kontrolle in stark sicherheitsrelevanten Bereichen zurück (Terrorabwehr). Oft dienen dafür subjektive Formulierungen („nach Auffassung des Geheimschutzbeauftragten“ o. ä.) als Begründungselement. Letztlich akzeptieren die Gerichte in diesem Bereich aber vor allem einen Kernbereich an exekuti-

vischer Verantwortung, der – auch aus Gründen des Geheimschutzes – oft einer vollständigen gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich ist.

d) Ob eine für eine Entscheidung zuständige Stelle fachkundig bzw. pluralistisch und/oder weisungsfrei besetzt ist (wie etwa der Bayerische Medienrat), spielt für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung nur eine nachgeordnete Rolle. Die Verwaltungsbehörden und insbesondere auch die Landesmedienanstalten sind in ihrem Zuständigkeitsbereich in einer rechtsstaatlichen Verwaltung grundsätzlich als besonders fachkundig anzusehen. Dies akzeptieren die Gerichte grundsätzlich auch, etwa indem Entscheidungen der KJM als besondere sachverständige Äußerungen eingestuft werden. Die Gerichte sind gegenüber der Exekutive nach dem Eindruck der hier erfolgten Rechtsprechungsanalyse nicht „übergriffig“. Man sollte die Bedeutung von Beurteilungsspielräumen auch deshalb nicht überschätzen, weil trotz Beurteilungsspielraums nicht hinreichend plausible Entscheidungen gleichwohl aufgehoben werden können (vgl. die KEK-Entscheidungen). Auch bei beamtenrechtlichen Entscheidungen zeigt sich, dass eigentlich anerkannte Beurteilungsspielräume nichts „nützen“, wenn die Entscheidung begründungsmäßig nicht überzeugend ist.

4. Die für den bayerischen Rechtskreis aufgrund von Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV angenommene Grundrechtsträgerschaft der BLM könnte eine Einschränkung der Kontrolldichte nach sich ziehen, soweit daraus abgeleitet werden kann, dass sich die Anbieter gegenüber der BLM nicht oder im konkreten Fall nicht auf Grundrechte berufen können. Dann würde es an der Grundvoraussetzung für die strikte Beachtung des Grundsatzes der vollständigen Überprüfbarkeit von Entscheidungen mit grundrechtseingreifendem Charakter fehlen, denn Art. 19 Abs 4 S. 1 GG setzt ein subjektives Recht voraus, welches möglicherweise verletzt sein kann. Dafür bedürfte es allerdings einer eindeutigen Zuweisung der Grundrechtsträ-

gerschaft im Bereich des Privatrundfunks in Bayern an die BLM. Schon jegliche Vorstellung von Kooperation oder Mitverantwortung würde die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und damit den Kontrollauftrag der Gerichte auslösen.

Fazit: Die BLM verfügt über wesentliche gerichtlich nicht kontrollierbare Entscheidungsspielräume im planerischen Bereich (Frequenzplanung, Programmplanung etc.). Klassische Beurteilungsspielräume, also die Reduktion der gerichtlichen Kontrolle in einem gesetzlich determinierten Bereich, können im Verhältnis zu den Programmanbietern regelmäßig nicht angenommen werden. Unbefriedigend ist der derzeitige Stand der Rechtsprechung zu Richtlinien- und Satzungsermächtigungen. Die dort verbreitete Sichtweise, die erlassenen Vorschriften seien weitgehend „nur“ norminterpretierend, soweit keine Beurteilungsspielräume vorlägen, ist nicht überzeugend.

Regensburg, 24.6.2020 Prof. Dr. Gerrit Manssen

Literaturverzeichnis

Attendorn, Thorsten, Das Bundesverwaltungsgericht, die Bundesnetzagentur und die Sinnenprüfung – planerische Gestaltungsfreiheit bei der Zugangsanordnung nach § 21 TKG?, DVBl. 2008. 1408 ff.

Beisel, Daniel, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18/18, NVwZ 2020, 233 ff., in: NVwZ 2020, 241 ff.

Bethge, Herbert, Der verfassungsrechtliche Status der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM), BLM-Schriftenreihe Band 98, 2. Auflage 2011.

Bethge, Herbert, Rundfunkfreiheit in Bayern, BLM-Schriftenreihe Band 51, 1998, S. 19 ff.

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Herausgegeben von Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, Loseblatt.

Bornemann, Roland, Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 14. Oktober 2015 – BVerwG 6 C 17.14, in: ZUM 2016, 198 ff.

Bornemann, Roland, Zur Rechtsnatur rundfunkrechtlicher Richtlinien, ZUM 2012, 89 ff.

Bornemann, Roland/von Coelln, Christian/Hepach, Stefan/Himmelsbach, Gero/Gundel, Jörg, Bayerisches Mediengesetz, Loseblatt, Stand: 47. Ergänzungslieferung Februar 2020.

Bornemann, Roland/Erdemir, Murad (Hrsg.), Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 2017.

Bornkamm, Joachim, Richterliche Kontrolle von Entscheidungen im deutschen und europäischen Kartellverwaltungsverfahren, ZWeR 2010, 34 ff.

Bosch, Klaas, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, 2010.

Bracher, Christian-Dietrich, Art. 33 Abs. 2 GG und die Organisationsgewalt des Dienstherrn, DVBl. 2019, 1353 ff.

Bracher, Christian-Dietrich, Zur Ausrichtung der Auswahlentscheidung für Beförderungsdienstposten auf das Amt im statusrechtlichen Sinne, DVBl. 2018, 65 ff.

Brandenburg, Christoph/Lammeyer, Philipp, Steht der Kommission für Jugendmedienschutz ein Beurteilungsspielraum zu?, ZUM 2010, 655 ff.

Brunner, Stephan, Beurteilungsspielräume im neuen Jugendmedienschutzrecht – eine nicht mehr vorhandene Rechtsfigur?, 2005.

Buchheim, Johannes, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 595/14, JZ 2019, 88 ff., in: JZ 2019, 92 ff.

Bull, Hans Peter/Mehde, Veit, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Auflage 2015.

Bumke, Ulrike, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, Verfassungs- und organisationsrechtliche Überlegungen zur Rechtsstellung einer verselbständigten Verwaltungseinheit, 1995.

Coelln, Christian von, Zum Spielraum der Länder bei der Rundfunkgesetzgebung: der bayerische Sonderweg und das Grundgesetz, in: BLM-Schriftenreihe Band 108, S. 93 ff.

Cole, Mark D., Zum Beurteilungsspielraum der KJM bei der Bewertung von Jugendmedienschutzfragen, ZUM 2010, 929 ff.

Cornils, Matthias, Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, BLM-Schriftenreihe Band 100, 2011.

Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 18. Auflage 2020.

Dörr, Dieter/Schwartmann, Rolf, Medienrecht, 6. Auflage 2019.

Dreyer, Stephan, Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz, Untersuchung der spielraumprägenden Faktoren gesetzgeberischer und behördlicher Entscheidungen mit Wissensdefiziten, 2018.

Ehrlichmann, Jessica, Die Verfassungsmäßigkeit der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) und ihrer Tätigkeit, 2007.

Fechner, Frank, Medienrecht, 20. Auflage 2019.

Franzius, Claudio, Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? Zum behördlichen Gestaltungsauftrag nach §§ 21, 30 TKG, DVBl. 2009, 409 ff.

Gerlach, Jens, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, Die Lehre vom einheitlichen administrativen Entscheidungsspielraum und ihre Ausprägungen im Kartellvergaberecht, 2018.

Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P. (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 28. Edition, Stand: 1.5.2020.

Grupp, Klaus, Rechtsschutz gegen Gremienentscheidungen, in: Sommermann, Karl-Peter (Hrsg.), Gremienwesen und staatliche Gemeinwohlverantwortung, S. 133 ff, 2001.

Gundel, Jörg, Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen Rundfunksendungen?, ZUM 2010, 770.

Hahn, Carsten, Anmerkung zu BVerwG 6. Senat, Beschluss vom 06.11.2018 – 6 B 47/18, Keine Grundrechtsberechtigung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Verhältnis zu privaten Programmanbietern, in: https://www.juris.de/perma?d=jpr-NLBV000004219.

Hain, Karl-Eberhard, Vielfaltssicherung am Ende? Zugleich Kommentar zu BVerwG, Urteil vom 29.1.2014 – 6 C 2.13, K&R 2014, 547 ff.

Hain, Karl-Eberhard/*Wierny, Thomas*, Austrockung der Vielfaltssicherung im bundesweiten Fernsehen?, K&R 2012, 645 ff.

Heinickel, Caroline, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 25.11.2015 – 6 C 39/14, NVwZ 2016, 387 ff., in: NVwZ 2016, 393 f.

Hellgardt, Alexander, Regulierung und Privatrecht, 2016.

Hermeier, Guido, Der Europäische Regulierungsverbund im EG-Rechtsrahmen für Telekommunikation, 2009.

Hesse, Albrecht, Rundfunkrecht, 3. Auflage 2003.

Hopf, Kristina/Braml, Birgit, Eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit des Beurteilungsspielraums der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM), MMR 2009, 153 ff.

Huber, Peter-Michael, Das bayerische Rundfunkmodell im Lichte seiner verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen, BayVBl. 2004, 609 ff.

Hölscher, Frank, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 25.09.2013 (6 C 13.12; N&R 2014, 46) – Zur Frage der Regulierung der Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen, N&R 2014, 58 ff.

Jachmann-Michel, Monika/Kaiser, Anna-Bettina, Art. 33 GG, in: Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2, Artikel 20 – 83, Kommentar, 7. Auflage 2018.

Jäger, Manuel, Schleichwerbung, Produktplazierung und Senderverträge, GRURPrax 2017, 372 ff.

Kirchhof, Gregor, Der Bayerische Medienrat: zwischen öffentlicher Hand und Gesellschaft – Sein Auftrag, seine Zusammensetzung sowie die Grenzen der Aufsicht und der richterlichen Kontrolle, BLM-Schriftenreihe Band 104, 2017.

Kloepfer, Michael/Durner, Wolfgang, Umweltschutzrecht, 3. Auflage 2020.

Koch, Jens, Beurteilungsspielräume bei der Anwendung des Art. 81 III EG, ZWeR 2005, 380 ff.

Kopp, Ferdinand, siehe Schenke, Wolf-Rüdiger.

Liebler, Stefan, Luftverkehrsrechtliche Zuverlässigkeit (§ 29d LuftVG) nach MfS-Tätigkeit, jurisPR-BVerwG 3/2004 Anm. 4.

Ludwigs, Markus, Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte, Dogmatische Grundlagen, verfassungsrechtlicher Rahmen und europarechtliche Herausforderungen, DÖV 2020, S. 405 ff.

Ludwigs, Markus, Regulierungsermessen: Spielräume gerichtlich eingeschränkter Kontrolle im Regulierungsrecht, RdE 2013, 297 ff.

Manssen, Gerrit, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozeß, in: Stange, Gustav-Adolf u. a. (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit und öffentliches Recht - Aufbau und Bewährung - in Mecklenburg-Vorpommern, 1997, S. 63 -69.

Manssen, Gerrit, Öffentliches Baurecht, in: Becker, Ulrich/Kempen, Bernhard/Heckmann, Dirk/Manssen, Gerrit, Öffentliches Recht in Bayern, 7. Auflage 2018,

Manssen, Gerrit, Rechtsstaatlich-demokratische Aspekte von Regulierungsstrukturen, -verfahren und -institutionen, in: Manger-Nestler, Cornelia/Gramlich, Ludwig (Hrsg.), Kontinuität und Wandel bei europäisierten Aufsichts- und Regulierungsstrukturen, 2016, S. 169 ff.

Manssen, Gerrit, Staatsrecht II, Grundrechte, 17. Auflage 2020.

Manssen, Gerrit, Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften, 1990.

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage 2017.

Meder, Theodor/Brechmann, Winfried (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 6. Auflage 2020.

Mitsch, Wolfgang, Verfassungskonformität des Bußgeldtatbestandes in § 49 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 des Rundfunkstaatsvertrages und Gesetzeskonformität der Bußgeldbestimmungen in § 13 der Gewinnspielsatzung der Landesmedienanstalten, BLM e-Book Band 05, 2012.

Möstl, Markus, Vom monistischen zum hinkend dualen Rundfunkmodell: das landesverfassungsrechtliche Rechtsformmonopol öffentlich-rechtlicher Trägerschaft, BLM-Schriftenreihe Band 108, 2019, S. 61 ff.

Nolte, Georg/Aust, Helmut Philipp, Art. 103 Abs. 2 GG, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018.

Paal, Boris P., Vielfaltssicherung und Konzentrationskontrolle nach dem RStV, Zugleich Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 29.1.2014 – 6 C 2.13, AfP 2014, 469 ff.

Pache, Eckhard, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung, 2001.

Peine, Franz-Joseph/Siegel, Thorsten, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage 2020.

Proelss, Alexander, Das Regulierungsermessen – eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts? AöR 136 (2011), S. 402 ff.

Rittig, Steffen, Die neuen Maßstäbe des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der gesundheitlichen Eignung von Beamten und die prozessualen Folgen, DÖV 2014, 1054 ff.

Rossen-Stadtfeld, Helge, Beurteilungsspielräume der Medienaufsicht, ZUM 2008, 457 ff.

Schenke, Wolf-Rüdiger (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 24. Auflage 2018 (zit.: *Kopp/Schenke*).

Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 16. Auflage 2019.

Schnaitter, Marcus, Möglichkeiten und Grenzen der Ausgestaltung des Programmauftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2008.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar (Loseblatt), Stand: Februar 2019.

Stettner, Rupert, Die Stellung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien im Rundfunksystem nach dem Bayerischen Mediengesetz, BLM-Schriftenreihe Band 53, 1999.

ders., Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, Die Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte zum Bayerischen Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetz (MEG) und zum Bayerischen Mediengesetz (BayMG), BLM-Schriftenreihe Band 72, 2002.

ders., Rundfunkfreiheit in Bayern – Programmverantwortung im Spannungsfeld zwischen Verfassung und rundfunkgerechter Gestaltung, BLM-Schriftenreihe Band 51, 1998, S. 43 ff.

Warg, Gunter, Anmerkung zu BVerwG, Beschl. v. 17.9.2015 – 2 A 9/14, NVwZ 2016, 327 ff., in: NVwZ 2016, 331 f.