

Hans Peter Lehofer\*

## Regulierungsbehörden und Bundesverfassung

Thesenpapier zum Ausschuss 7 des Österreich-Konvents  
20. Oktober 2003

### Vorfrage: Wozu Regulierungsbehörden?

"Regulatoren" sind spezialisierte Behörden, die in Infrastrukturbereichen marktsteuernde und auch marktgestaltende Aufgaben wahrnehmen, vor allem betreffend den Zugang zu Netzen, die Verteilung knapper Ressourcen und die Verhinderung des sektorspezifischen Missbrauchs von Marktmacht; in aller Regel kommen den Regulierungsbehörden auch Aufgaben der Streitentscheidung bzw. Streitschlichtung zwischen Marktteilnehmern zu. Vor allem, aber nicht nur im Übergang von Monopol- zu Wettbewerbsmärkten haben diese Behörden das öffentliche Interesse an funktionierendem Wettbewerb und an der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des jeweiligen Infrastrukturbereichs zu wahren. Die ökonomischen Besonderheiten von Netzwerkinfrastrukturen bedingen Besonderheiten der Behördenorganisation.

Rechtsverbindliche Vorgaben für Regulierungsbehörden ergeben sich aus EU-Richtlinien in den Bereichen elektronische Kommunikation, Energie, Schienenverkehr und Post, in faktischer Hinsicht haben sich international - zumindest auf OECD-Ebene - Standards für Regulierungsbehörden herausgebildet.

Im Kern bestehen folgende wesentliche Anforderungen an Regulierungsbehörden:

- Unabhängigkeit von regulierten Interessen (und von tagespolitischen Überlegungen)
- Effektivität - die Fähigkeit, tatsächlich marktrelevant zu handeln; rasche Verfahrensabläufe und zeitnahe Entscheidungen
- Transparenz - Vorhersehbarkeit des Handelns, Konsultation mit Marktteilnehmern
- Kompetenz - ausreichendes Know-How am relevanten Markt; gute Datenbasis für sachgerechte Entscheidungen
- Rechtsschutz - "independent (judicial) review"

---

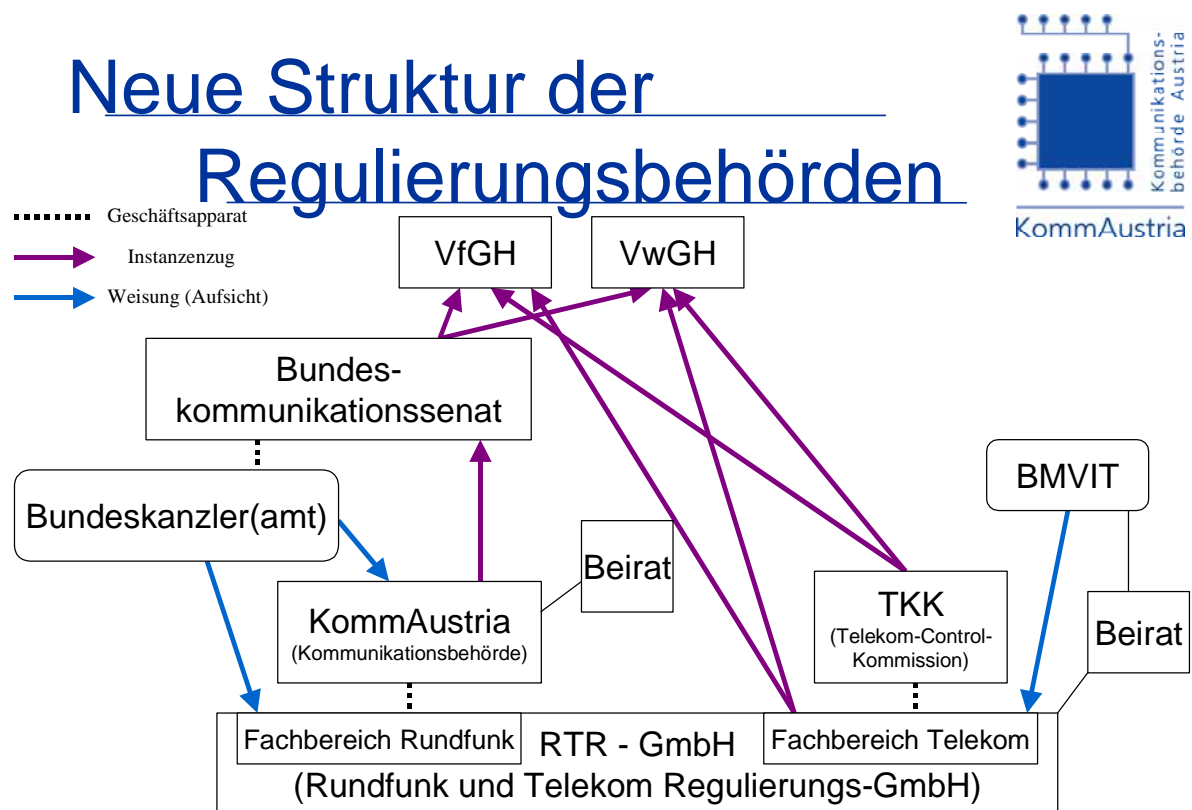
\* Hofrat des Verwaltungsgerichtshofes, zuvor Leiter der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) und Leiter der Rechtsabteilung der Telekom-Control Österreichische Gesellschaft für Telekommunikationsregulierung mbH (seit 1. April 2001: Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH). Lehrbeauftragter für Telekommunikationsrecht an der Universität Wien und für Medien- und Telekommunikationsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien. Dieses Dokument gibt ausschließlich meine persönliche Ansicht wieder.

## Ist es sinnvoll, für Regulatoren einen einheitlichen verfassungsrechtlichen Rahmen zu schaffen?

Warum bedarf es überhaupt einer Verankerung in der Verfassung?

Die bestehende Behördenstruktur ist verfassungsrechtlich weitgehend "abgesichert", sei es durch das "gerade noch"-Erkenntnis des VfGH betreffend die Telekom-Control-Kommission, sei es durch Verfassungsbestimmung (Finanzmarktaufsicht), durch eine Kombination von monokratischer Bundesbehörde (KommAustria) mit privatrechtlich organisierter Geschäftsstelle in jenem Bereich, der vom "gerade nicht mehr"-Erkenntnis des VfGH zur Privatrundfunkbehörde betroffen ist, oder sei es schließlich durch sorgfältige Verteilung von Aufgaben zwischen Art. 133 Z. 4-BVG-Kollegialorganen einerseits und GmbHs andererseits, die zwar beliehen sind, aber nicht mit Kernaufgaben.

An einem Beispiel - so schaut ein vereinfachtes Übersichtsdiagramm über die Struktur der Regierungsbehörden im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste aus:



In der Praxis haben sich diese Modelle trotz der oft schwer nachvollziehbaren Strukturen bewährt - mag sein, dass sie sich noch besser bewährt hätten, wäre eine einfachere Struktur möglich gewesen.

Organisation und Aufgaben von Regulierungsbehörden sind ein Sonderfall im Rahmen der staatlichen Verwaltung; so wie das Regelmodell der staatlichen Verwaltung bedarf auch das Sondermodell einer allgemeinen Grundlegung in der Bundesverfassung.

Im Kern materiell verfassungsrechtliche Fragen werden vor allem in drei Bereichen berührt:

- Unabhängigkeit bzw. die - damit nicht gleichzusetzende! - Weisungsfreiheit
- „Verwaltungsführende Kollegialbehörde“
- Beleihung von Privatrechtssubjekten (Kernbereich)

Unabhängigkeit heißt zuvorderst Unabhängigkeit von Interessen der regulierten Industrie. Solange öffentliches Eigentum - ob Bund, Land oder Gemeinde - an maßgeblichen Unternehmen der regulierten Industrie besteht, ist Unabhängigkeit der Behörde von staatlichen Organwaltern, die Eigentümerinteressen wahrzunehmen haben, rechtlich geboten.<sup>1</sup>

Die Verfassung sollte sich meines Erachtens auf die Festlegung des grundsätzlichen Rahmens beschränken, wobei ich es für zweckmäßig hielte, im Zusammenhang mit den allgemeinen Bestimmungen über die Verwaltung (etwa im Zusammenhang mit Art. 77) eine Bestimmung einzufügen, die es dem einfachen Gesetzgeber ermöglicht, wenn dies zur Erreichung funktionierender Wettbewerbs und/oder zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsvorschriften geboten ist, für bestimmte Wirtschaftssektoren Regulierungsbehörden einzurichten. Diese Regulierungsbehörden wären charakterisiert durch die Spezialisierung auf den konkreten Wirtschaftssektor, eine gegenüber der allgemeinen staatlichen Verwaltung erhöhte Unabhängigkeit (sei es durch Weisungsfreistellung und/oder sonstige organisatorische Maßnahmen), eine erhöhte Bindung an Transparenz- und Konsultationsgebote und gegebenenfalls einen gesonderten Rechtszug.

### Bis zu welchem Detaillierungsgrad soll Verfassungsrecht dem einfachen Gesetzgeber ein einheitliches Modell vorschreiben?

"Regulatory Design" ist nicht Aufgabe des Verfassungsgesetzgebers, sondern des einfachen Gesetzgebers; zu weitgehende Vorgaben würden die notwendige Flexibilität zu stark einschränken. Dies spricht allerdings nicht gegen ein "Modellgesetz", das auch in den Motiven eines vom Österreich-Konvent vorgelegten Verfassungsentwurfs skizziert werden könnte.

Die Bestimmung über Regulierungsbehörden in der Bundesverfassung sollte sich meines Erachtens beschränken auf die Vorgabe der Grundstruktur der Behörden, den Rechtsschutz und die Verantwortlichkeit. Dem einfachen Gesetzgeber sollte ausreichend Handlungsspielraum für die Anpassung an die Erfordernisse der Branche verbleiben, insbesondere sollte es nicht zu einer Beschneidung etwa der administrativen Autonomie funktionierender Modelle kommen.

### Inwieweit sollen Regelungen zwischen den „gerichtsähnlichen Entscheidungsfunktionen der Regulierungsbehörden und ihren „infrastrukturpolitischen“ Lenkungsaufgaben unterscheiden?

Zu unterscheiden sind die Bereiche hoheitlichen Handelns einerseits (ich würde hier statt von "gerichtsähnlichen Funktionen" eher von "behördlichen Funktionen im engeren Sinn" sprechen) und privatwirtschaftlichen Handelns andererseits. Meines Erachtens ist eine

---

<sup>1</sup> Angesichts des Einstimmigkeitsprinzips im Ministerrat - und der vom Ministerrat zu fassenden Beschlüsse im Zusammenhang mit Privatisierungsaufträgen an die ÖIAG - halte ich beispielsweise die Weisungsbindung der RTR, Fachbereich Telekom, an den BMVIT für bedenklich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 Rahmenrichtlinie (2002/21/EG).

Differenzierung hier im wesentlichen nur im Bereich des Verfahrensrechtes geboten, also der zur Anwendung kommenden Normen des Verwaltungsverfahrensrechts (nur) im hoheitlichen Bereich, einschließlich der Überprüfbarkeit der Entscheidungen.

Infrastrukturpolitische Lenkungsarbeiten im tatsächlich politischen Sinne (also in freier nicht unmittelbar durch Rechtsnorm gebundener Gestaltung) sind nicht Domäne der Regulierungsbehörden. Aufgabe der Regulierungsbehörden ist es aber durchaus, die erworbene Kompetenz auch zur Beratung der politischen Organe einzusetzen (Stichwort „Kompetenzzentrum“). Eine sektorspezifische wirtschaftspolitische Beratung der Politik, der Branche, der Konsumenten durch die Regulierungsbehörde ist sinnvoll, gerade weil (und wenn) sie von neutraler Position erfolgen kann und keine spezifischen Interessen verfolgt. Gebunden ist sie dabei an die im Gesetz vorgegebenen Ziele wie etwa für den Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste unter anderem durch § 1 TKG.

### Wo liegen die Grenzen der Herausnahmen von Regulatoren aus der Verwaltungshierarchie?

Regulierungsbehörden sind Teil der Verwaltung; in diesem Sinne steht meines Erachtens nicht ein Herausnehmen aus der Verwaltungshierarchie zur Diskussion, sondern die möglichst zweckmäßige Einbindung, wobei Anpassungen an das Regelmodell der Verwaltung zur Erreichung der besonderen Aufgaben von Regulierungsbehörden vorzunehmen sind.

Vereinfacht dargestellt sind zwei Modelle denkbar:

1. Verbleib der Regulierungsbehörde im Weisungszusammenhang zum Bundesminister, der zwar - zB durch Transparenz- und Begründungspflicht für die Weisung - etwas gelockert, aber im Konfliktfall zwingend bleibt; eine "Aufsichtsfunktion" im Sinne der Aufsicht über Selbstverwaltungskörper wäre denkbar. Kontrolle und Verantwortlichkeit wäre über den Bundesminister weiter gegeben.

In diesem Modell wäre es naheliegend, die bestehenden Kommissionen (Art. 133 Z-4-Behörden) aus der erstinstanzlichen Regulierungstätigkeit herauszunehmen und als ausschließlich zweite Instanz einzurichten, gegebenenfalls unter Nutzung von Synergiemöglichkeiten auf dieser Ebene.

2. Gänzlichliches Ausscheiden der Regulierungsbehörden aus dem Weisungszusammenhang und Unabhängigkeit durch Verfassungsbestimmung; dieser Unabhängigkeit müsste eine Verantwortlichkeit und Kontrolle direkt durch das Parlament, sowie (wie bisher) durch Rechnungshof und Volksanwaltschaft korrelieren. Ziel ist im Sinne des geflügelten Wortes immer: "That no one controls the agency, yet the agency is under control."

### Wie sollte die parlamentarische, rechtliche und budgetäre Kontrolle von Regulatoren gestaltet sein?

Sonderbestimmungen sind nur bei Herausnahme aus dem Weisungs- und Verantwortungszusammenhang zum Bundesminister angebracht. In diesem Fall wären zusätzlich zur expliziten Anordnung der Volksanwaltschafts- und Rechnungshofkontrolle Fragen der parlamentarischen Kontrolle anzusprechen, für die sich das Vorbild des Rechnungshofes anbieten würden.

Ist die derzeitige organisationsrechtliche und haushaltsrechtliche Situation der Regulatoren befriedigend oder scheinen Alternativen wünschenswert? Wenn ja, wie sollten diese Alternativen gestaltet sein?

Im Sinne einer Fortentwicklung sind Anpassungen durchaus denkbar; Systembrüche sind nicht erforderlich.

Wie geht der Regulator mit seiner Unabhängigkeit um – vor allem im Verhältnis zur Wirtschaftspolitik der Bundesregierung und EU?

In diesem Bereich sehe ich keinerlei Probleme: die Regulierungsbehörde ist nicht unabhängig vom Gesetz, und gerade durch entsprechende gesetzliche Vorgaben (bzw. Verordnungen) sind seitens der Politik die wirtschaftspolitischen Ziele umzusetzen. Der Regulator hat wirtschaftspolitische Ziele soweit zu befördern, als sie in Rechtsnormen gegossen seine Aufgaben festlegen. Der Ort der Politik ist die Regierung, nicht die Regulierung.

Wie funktioniert das Zusammenspiel zwischen der Tätigkeit des Regulators als Behörde und der Geschäftsstelle des Regulators?

Meine unmittelbare Wahrnehmung beschränkt sich auf das Zusammenspiel von Telekom-Control-Kommission und RTR (Fachbereich Telekom) bzw. auf KommAustria und RTR (Fachbereich Rundfunk). Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die von Geschäftsstelle und Regulator stets als gemeinsam empfundene Aufgabe immer im Vordergrund stand und nennenswerte Probleme in der Praxis nicht aufgetreten sind. Teilweise wurde in der Branche eher das einheitliche Erscheinungsbild problematisiert.

Welche Tätigkeiten, die vom Regulator erledigt werden, sind dauerhaft zu erledigen, gibt es Bereiche, die wegfallen würden, wenn Wettbewerb in jenem Bereich geschaffen werden konnte?

Klassische Marktaufsicht und die Festlegung von Rahmenbedingungen in Netzwerkindustrien bleibt auch im Wettbewerbsfall als Aufgabe der Regulierungsbehörde. Bis dahin ist es noch ein weiter Weg, und der erste Schritt führt zunächst zur Differenzierung der Instrumente.

## Wie ist das Verhältnis des regulierten Bereichs zum Allgemeinen Wettbewerbsrecht?

Die Zusammenarbeit von Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden nimmt zu und wird weiter zunehmen, eine Aufgabenverteilung bzw. Arbeitsteilung ist erkennbar. Österreich hat noch immer Aufholbedarf bei der Effektivierung des allgemeinen Wettbewerbsrechts; die gerade erst dem Wettbewerb geöffneten Infrastrukturbereiche können nicht auf ex-post-Eingriffe warten.

Mittelfristig ist ein Zusammenwachsen der beiden Bereiche auch in struktureller Hinsicht vorstellbar; da man jedoch im Wettbewerbsrecht wieder einen anderen Weg gegangen ist als im Bereich der Regulierungsbehörden, scheint eine einfache Integration schwierig, aber nicht undenkbar.

## Schlussfolgerungen

Eine Verankerung der Regulierungsbehörden in der Verfassung ist wünschenswert; in der Zwischenzeit werden die Regulierungsbehörden weiterhin versuchen, das zu beweisen, was Yataganas<sup>2</sup> als wesentliches Kriterium für die amerikanischen Agencies betont hat: „Ihre wesentliche Daseinsberechtigung liegt in der praktischen Nützlichkeit und Effektivität.“

Hans Peter Lehofer  
Verwaltungsgerichtshof  
Judenplatz 11, 1014 Wien  
Tel.: (01) 53 1 11 - 292  
[hanspeter@lehofer.at](mailto:hanspeter@lehofer.at)

---

<sup>2</sup> Delegation of Regulatory Authority in the European Union (2001), 22; vgl im Detail auch *Lehofer*, Spezifische Probleme unabhängiger Regulierungsbehörden, in: Österreichische Juristenkommission, Entstaatlichung - Gefahr für den Rechtsstaat, (2002), 192.