

# Vom Wirtschaftsaufsichtsrecht zum Regulierungsverwaltungsrecht?

## Ausgewählte Handlungsformen und Rechtsschutz

Hans Peter Lehofer

### I. „Reportage vom Fest der Begriffe“<sup>1</sup>

Regulierung, Deregulierung, Re-Regulierung, bessere Regulierung – alles schon dagewesen, alles immer noch da. „Regulierungsverwaltungsrecht“ ist die *Eindeutschung* eines Begriffs, den die (vermeintliche) Herkunftssprache gar nicht kennt.

### II. „A thousand twangling instruments“<sup>2</sup>

Regulierung bedient sich vieler Instrumente, nicht nur im Rahmen der klassischen Regulierungsaufgaben von Rechtsetzung einerseits und Entscheidung über strittige Rechte andererseits („rule-making and adjudication“), sondern vor allem auch im Vorfeld solcher formgebundener Handlungen.

*[In meinem Referat spreche ich – auch zur Vermeidung von Überschneidungen mit den anderen Referenten – nur einzelne ausgewählte Aspekte an.]*

#### II.A. „Gegründete Furcht“<sup>3</sup>

Legislative und regulatorische Drohungen sind wesentliches Element jeder Regulierung. Umgekehrt können auch Vorteile in Aussicht gestellt werden – diese Handlungsoption gibt es auch verrechtlicht als „Anreizregulierung“.

#### II.B. „Soll der Geier Vergißmeinnicht fressen?“<sup>4</sup>

Selbstregulierung und Ko-Regulierung oder „regulierte Selbstregulierung“ sind nicht die Wundermittel, als die sie gelegentlich angepriesen werden.

#### II.C. „Countervailing Power“<sup>5</sup>

Nicht nur in der Analyse der von Regulierungsbehörden zu untersuchenden Märkte spielt (Markt-)Gegenmacht eine Rolle. Das Konzept der Regulierungsbehörden selbst ist wesensmäßig darauf angelegt, mit den Marktteilnehmern auch in der Expertise mithalten zu können. Denn: Nur wer den Markt versteht, kann sachgerecht eingreifen. Regulatoren müssen auch den Verlust an Sachverstand in der Zentralverwaltung und sozialpartnerschaftlichen „Think Tanks“ ausgleichen.

#### II.D. „Regulation by Litigation“<sup>6</sup>

Die Durchsetzung der von den Regulierungsbehörden zu wahren öffentlichen Interessen erfolgt auch durch Beteiligung an gerichtlichen Verfahren, vor allem im Wettbewerbsrecht. Mit dem Rückgang sektor-spezifischer Regulierung wird die Bedeutung dieser Verfahren zunehmen.

---

<sup>1</sup> Oswald Wiener, Die Verbesserung Mitteleuropas (1969), LXXXIX.

<sup>2</sup> „Tausend klimpernde Instrumente“; Shakespeare, The Tempest, Act 3, Scene 2.

<sup>3</sup> §§ 870, 875 ABGB.

<sup>4</sup> Hans Magnus Enzensberger, Verteidigung der Wölfe gegen die Lämmer (1957).

<sup>5</sup> John K. Galbraith, American Capitalism: The Concept of Countervailing Power (1952).

<sup>6</sup> Morriss/Yandle/Dorchak, Regulation by Litigation (2009).

### **III. „Wirksame Einspruchsmöglichkeiten“<sup>7</sup>**

Rechtsschutz verlangt zunächst, dass zu schützende Rechte eingeräumt werden. Die klassische Verwaltungsrechtslehre des Wirtschaftsaufsichtsrechts richtet dabei ihren Blick zunächst und fast ausschließlich auf das „der Aufsicht unterworfenen“ Unternehmen. Dieses kann sich gegen Bescheide zur Wehr setzen, in vielen Fällen auch gegen generelle Rechtsnormen. Dagegen sind Warnungen, Drohungen, „Anreize“, Studien, „Masterpläne“ und ähnliches für betroffene Unternehmen schwer angreifbar. Der Charakter des „Regulierungsverhältnisses“ als einer Art Dauerrechtsverhältnis hat dabei zusätzlich Einfluss auf die faktischen Handlungsoptionen.

Im Regulierungsrecht kommt es tendenziell zu einer Öffnung der Rechtsschutzmöglichkeiten insoweit, als verstärkt Interessen anderer Marktteilnehmer als rechtlich geschützte Interessen anerkannt werden. Zudem werden Einflussmöglichkeiten zumindest prozeduraler Natur für Interessenvertretungen oder Vertreter „diffuser Interessen“ geöffnet. Vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts stellt sich für Österreich in diesem Zusammenhang etwa die Frage, ob die „Alles-oder-Nichts“-Parteistellung des AVG in jedem Fall sachgerecht ist.

#### **III.A. „Richter wie Schakale, die dem Löwen die Beute stehlen“?<sup>8</sup>**

Der Standard richterlicher Kontrolle von Regulierungsentscheidungen, vor allem der Entscheidungen unabhängiger Behörden, ist international umstritten. Bürgt die Unabhängigkeit für besonders sorgfältige Entscheidungsfindung, unbeeinflusst von politischen Erwägungen, oder verlangt sie im Gegenteil umso genauere Kontrolle, ist die Behörde doch praktisch niemandem verantwortlich?

#### **III.B. Gemeinschaftsrechtliches Ermessen als neuer Standard?**

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht verwendet in jüngerer Zeit den Begriff des Regulierungsermessens, ausdrücklich „in Anlehnung an die Grundsätze des Planungsermessens“, und scheint damit auf den ersten Blick die Kontrolldichte zurückzunehmen. Tatsächlich dürfte damit aber bloß die Ausfüllung des gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Ermessensspielraums angesprochen sein. Dieses „Gemeinschaftsermessen“ leitet sich wiederum aus der EuGH-Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht her, in der der Kommission „weitgehende Ermessensbefugnisse, die dem komplexen Charakter der wirtschaftlichen, sachlichen und rechtlichen Lage Rechnung tragen“, zugestanden werden. Auch in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wurde dieser gemeinschaftsrechtlich geprägte Ermessensbegriff aufgenommen.

Gemeinschaftsrecht prägt nicht nur den Kontrollstandard, sondern sorgt auch für neue prozedurale Fragestellungen, insbesondere im Bereich der Kooperations- bzw Koordinationsverfahren.

### **IV. Ausblick**

„Regulierungsverwaltungsrecht“ ist letzten Endes wohl nur so etwas wie der verwaltungsrechtliche Ausschnitt des Regulierungsrechts. Um aber – auch im Hinblick auf den Rechtsschutz – ein vollständiges Bild zu gewinnen, reicht der Blick bloß auf einen Teil nicht aus.

---

<sup>7</sup> Fordert zB Art 4 RL 2002/21/EG gegen Entscheidungen von Regulierungsbehörden.

<sup>8</sup> U.S. Supreme Court, 28. April 2009, FCC v. Fox Television Stations, et al. (07-582), zum Standard der „judicial review“ von Regulierungsentscheidungen.