

Österreich-Konvent; Ausschuss 7
Arbeitspapier der Wirtschaftskammer Österreich
zum Thema „Regulierungsbehörden“

LEITSÄTZE

Weisungs- und Aufsichtsaspekte

1. Durch Gesetz können für Wirtschaftsbereiche, in denen aktuell oder dauernd zu geringer Wettbewerb besteht, weisungsfreie Regulierungsbehörden zur wettbewerbsorientierten Wirtschaftsaufsicht geschaffen werden.
2. Die zuständigen obersten Organe haben zumindest die Aufsichtsbefugnis über diese Behörden auszuüben und den Nationalrat über deren Tätigkeiten zu informieren.
3. Die zuständigen obersten Organe haben das Recht, Verordnungen der Regulierungsbehörden beim VfGH anzufechten.

Rechtsschutzaspekt

4. Als Rechtsschutzorgan gegen Regulierungsentscheidungen könnte das zu schaffende Bundes-Verwaltungsgericht erster Instanz tätig sein.

Ausgliederungsaspekt

5. Die Ansiedlung von Regulierungsbehörden außerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation soll zweifelsfrei möglich sein

ERLÄUTERUNGEN

I. Die österreichischen Regulierungsbehörden

II. Hauptprobleme

III. Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden

- Weisungsfreiheit
- Politische Verantwortlichkeit
- Grad und Form von Unabhängigkeit

IV. Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen

- Effizienz- und "Civil-Rights"- Aspekte
- Lösungsansatz

V. Ausgliederungsaspekte

- Allgemeines
- Lösungsansatz

I. Die österreichischen Regulierungsbehörden

Mit der Rezeption des Gemeinschaftsrechts und der damit einhergehenden Marktöffnung in vormals geschützten Bereichen gelangten auch spezifische Sonder-Wettbewerbsbehörden in die österreichische Rechtsordnung: die Regulierungsbehörden für die Bereiche **Energie, Schiene, Telekom** und **Medien**.

Die organisatorische Regulierungsstruktur ist jeweils doppelt angelegt und besteht in den Bereichen **Energie, Schiene** und **Telekom**

- aus einer aus der staatlichen Verwaltung ausgegliederten Behörden-GmbH inkl. Geschäftsapparat
- sowie aus einer als weisungsfreie "133 Z 4-Behörde" eingerichteten "Control-Kommission", die meist auch als Rechtsmittelbehörde für Entscheidungen der GmbH fungiert.
- Die **Rundfunk**-Regulierungsbehörden sind nicht ausgegliedert und haben gegenläufige Bezeichnungen.

Als solche Behördenpaare sind eingerichtet:

- Die *Energie-Control-GmbH* samt *Energie-Control-Kommission*
- Die *Schienen-Control-GmbH* samt *Schienen-Control-Kommission*
- Die *(Rundfunk u.)Telekom-Regulierungs-GmbH (RTR GmbH)* samt *Telekom-Control-Kommission*
- Die *Kommunikationskommission "KommAustria"* (keine GmbH) mit dem *Bundeskommunikationssenat* als Kontrollbehörde. Die "KommAustria" stützt sich allerdings auf die RTR-GmbH als Geschäftsapparat.
- (Die *Austro-Control-GmbH* ist keine solche Regulierungsbehörde.)

Neben den neuen Regulierungsbehörden gibt es noch die Behörden der Wirtschaftsaufsicht, die teilweise ebenfalls ausgegliedert sind, wie die unabhängige Finanzmarktaufsicht (FMA), oder aber innerhalb der allgemeinen staatlichen Verwaltung angesiedelt sind, wie zB die Bundeswettbewerbsbehörde.

II. Hauptprobleme

Die Regulierungsbehörden neuen Typs finden derzeit keine passende verfassungsrechtliche Grundlage. Sowohl ihre Stellung im Verhältnis zur ("klassischen") allgemeinen Verwaltung als auch zum etablierten Rechtsschutzinstrumentarium (VwGH) wird als unbefriedigend empfunden. Der (einfache) Gesetzgeber behilft sich mit Hilfskonstruktionen von der Art von "133 Z 4-Behörden" bzw. mit Behörden-GmbH u.ä.

Im Zusammenhang mit Regulierungsbehörden sind folgende drei Hauptprobleme zu beachten:

- Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden unter dem Aspekt
 - der Weisungsfreiheit
 - und der politischen Verantwortlichkeit.
- Der Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen.
- Die organisatorische Einrichtung der Regulierungsbehörden.

III. Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden

Eine strikte Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden vom Staat ist nicht zwingend geboten – weder europarechtlich noch nach innerstaatlichem Recht. In der Unabhängigkeit wird freilich ein probates Mittel zur Versachlichung der Regulierungstätigkeit gesehen.

Die entsprechenden RL fordern bloß eine Unabhängigkeit von den Interessen der jeweiligen Betreiber. Nur im Fall, dass der Staat selbst in einem regulierten Markt tätig ist (etwa mit einem Eigenunternehmen oder auch als Mitgesellschafter), muss die Unabhängigkeit auch gegenüber dem Staat gegeben sein. Von der Frage ihrer Unabhängigkeit ist die allfällige "Ausgliederung" einer Behörde grundsätzlich zu trennen.

Weisungsfreiheit

Rechtliche Unabhängigkeit in ihrer strengsten Form ist die Ungebundenheit durch Weisungen. Die österreichische Verwaltung unterliegt einer strikten Weisungsbindung an die obersten Organe (insb. Art. 20 Abs. 1 B-VG). Diese Weisungsbindung kann nach geltendem Verfassungsrecht

- entweder durch eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Weisungsfreistellung (in Form von derzeit etwa 40 Verfassungsbestimmungen im jeweiligen Materiengesetz)
- oder durch die einfachgesetzliche Einrichtung einer weisungsfreien Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag gem. Art. 20 Abs. 2 iVm Art. 133 Abs. 4 B-VG (Derzeit gibt es etwa 140 solcher Behörden; davon rund 30 auf Bundesebene, darunter auch die oben unter I. angesprochenen "**Control-Kommissionen**".)

durchbrochen werden.

Beide Modelle stehen in Diskussion. So tragen die fugitiven Verfassungsbestimmungen zur viel beklagten Unübersichtlichkeit des Verfassungsrechts bei. Aber auch der verstärkten Heranziehung des Behördentyps der sog. 133 Z 4-Behörden wurde seitens des VfGH Einhalt geboten, der ihnen einen bloßen Ausnahmecharakter zubilligt und eine besondere Rechtfertigung einfordert.

Politische Verantwortlichkeit

Das strenge Weisungsprinzip in der österreichischen Verwaltung korreliert mit einer entsprechenden parlamentarischen Verantwortlichkeit der obersten Organe. Lockert man den Weisungszusammenhang, so stellt sich die Frage, ob damit auch – wegen des verringerten Einflusses – der Grad der Verantwortlichkeit abnehmen müsste. ("Man kann nur im Rahmen seiner Ingerenz verantwortlich sein.") Dabei wäre zu beachten, dass jedenfalls für gänzlich unabhängig eingerichtete Regulatoren eine spezifische "politische" Verantwortlichkeit geschaffen werden müsste; eventuell in Gestalt "aufsichtsrats"-ähnlicher Kontrolle.

Grad und Form von Unabhängigkeit

Die den obersten Organen zustehende (verfassungsrechtliche) Leitungsbefugnis besteht aus fünf Elementen:

- der Weisungsbefugnis,
- der Organisationsgewalt,
- der Personalhoheit,
- der Finanzhoheit
- und der Aufsichtsbefugnis

Die Dimension der Unabhängigkeit ist demnach vielschichtig:

- Rechtliche Unabhängigkeit als Weisungsfreiheit (allgemeiner: Freiheit von Fremdsteuerung).
- Organisatorische Unabhängigkeit: eigenständiger Organisationsverband, allenfalls zusammen mit eigenständiger juristischer Person wie beispielsweise derzeit im Rahmen einer GmbH-Lösung.
- Finanzielle Unabhängigkeit: zumindest teilweise Unabhängigkeit vom Staatsbudget etwa durch Umlagenhoheit bzw. Recht zur Einhebung eines Finanzierungsentgelts von den Beaufsichtigten und Regulierten zur Deckung der laufenden Kosten (z.B. § 6 Energie-Regulierungsbehördengesetz).

"Unabhängigkeit" in einem offeneren Sinn liegt aber nicht erst dann vor, wenn alle fünf Elemente erfüllt sind. Unter Zugrundelegung eines weiten Unabhängigkeitsbegriffes wäre zu überlegen, ob nicht bereits einzelne Aspekte ausreichen, um eine zweckmäßige Organisationsstruktur zu gewährleisten.

IV. Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen

Effizienz- und "Civil-Rights"- Aspekte

Bei der Frage des Rechtsschutzes gegen Regulierungsentscheidungen stehen zwei Aspekte im Mittelpunkt:

- Die Effizienz des Rechtsschutzes im Hinblick
 - auf die Verhinderung einer überlangen Verfahrensdauer sowie
 - auf die fachlichen Spezialkenntnisse der Rechtsschutzbehörden.
- Die Erfüllung der Anforderungen der MRK im Hinblick auf "Civil Rights", da Regulierungsentscheidungen nahezu automatisch diese Sphäre berühren.

Überdies finden die derzeit üblichen Konstruktionen der Rechtsschutzbehörden als "133 Z 4-Behörden" vor dem VfGH immer weniger Zustimmung. Außerdem erscheint fraglich, ob die bloße Entsendung eines Richters in eine Kollegialbehörde tatsächlich ausreicht, um die

geforderten Erwartungen zu erfüllen. Auch ist es durchaus zweifelhaft, ob die derzeitige Ansiedlung der Kontrollbehörde beim Geschäftsapparat der Regulierungsbehörde die zweckmäßige Distanz zwischen Kontrollorgan und Kontrolliertem ermöglicht.

Lösungsansatz

Im Zuge der in Aussicht genommenen Neugestaltung der verwaltungsgerichtlichen Organisationsstruktur sind die beiden zuvor erwähnten Aspekte mit zu berücksichtigen. In einem neu zu schaffenden **Bundes-Verwaltungsgericht erster Instanz** wären die Anforderungen an einen effizienten Rechtsschutz in Regulierungsangelegenheiten insbesondere im Hinblick auf den erforderlichen gerichtlichen Sachverstand zu berücksichtigen und eine Art. 6 MRK-konforme Kognition vorzusehen. Konkrete Lösungsvarianten können freilich nur in Zusammenarbeit mit dem **Ausschuss 9** entwickelt werden.

V. Ausgliederungsaspekte

Allgemeines

Wie oben gezeigt, sind die meisten Regulierungsbehörden aus der staatlichen Verwaltung ausgegliedert und in Gestalt eigens geschaffener gesellschaftsrechtlicher GmbH-Surrogate mit den behördlichen Regulierungsaufgaben beliehen worden. Dies ist jedoch keinesfalls zwingend. Im Gegenteil: Der VfGH lässt in seiner aktuellen Judikatur erkennen, dass die angesprochenen Konstruktionen sein Misstrauen wecken, handelt es sich bei der Regulierung doch um eine hoheitliche Tätigkeit reinsten Wassers, deren verfassungsmäßig zulässige Übertragung auf privatrechtsförmige Rechtsträger nicht unumstritten ist.

Denkbar wäre demgemäß auch ein Standpunkt, der eine Ausgliederung von hoheitlichen Aufgaben nicht zulässt. Das hieße allerdings, dass die rege Ausgliederungstätigkeit der letzten Jahre zu einem großen Teil wieder rückgeführt werden müsste.

Lösungsansatz

Eine Rückführung der bereits ausgegliederten Rechtsträger in die Bundesverwaltung erscheint nicht zweckmäßig. Deshalb sollte eine **verfassungsrechtliche Klarstellung** erfolgen, dass auch Rechtsträger außerhalb der allgemeinen staatlichen Verwaltung (behördliche) Verwaltungsgeschäfte führen können.