

Regulierungsrecht

Rechtsgrundlagen

Kompetenzgrundlagen

Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG („Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“); Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG („Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen“; „Post- und Fernmeldewesen“); Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG („Normalisierung und Typisierung elektrischer Anlagen und Einrichtungen, Sicherheitsmaßnahmen auf diesem Gebiet; Starkstromwegerecht, soweit sich die Leitungsanlage auf zwei oder mehrere Länder erstreckt“); Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG („Elektrizitätswesen“).

Verfassungsrechtliche Bezüge

Bundesverfassungsgesetz, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden, BGBl I 143/1998; BVG Atomfreiheit BGBl I 149/1999.

Europarechtliche Bezüge

Primärrecht

Art 14 AEUV (Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse); Art 34 ff AEUV (Warenverkehrsfreiheit); Art 49 ff AEUV (Niederlassungsfreiheit); Art 56 ff AEUV (Dienstleistungsfreiheit); Art 63 ff AEUV (Kapitalverkehrsfreiheit); Art 101 ff AEUV (Wettbewerbsregeln); Art 114 AEUV (Rechtsangleichung im Binnenmarkt); Art 170 ff AEUV (Transeuropäische Netze).

Sekundärrecht

Telekommunikation

RL 91/287/EWG über das Frequenzband, das für die koordinierte Einführung europäischer schnurloser Digital-Kommunikation (DECT) in der Gemeinschaft vorzusehen ist, ABl L 1991/144, 45; RL 92/13/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe

I. Regelungsgegenstand und -ziele

Die Auseinandersetzung mit dem Thema „Regulierung“ bzw. „Regulierungsrecht“ setzt zunächst Klarheit über den **Begriff der Regulierung** voraus. Im vorliegenden Zusammenhang wird der Begriff in einem engen, wirtschaftsrechtlichen Sinn verstanden: Regulierung beschreibt die **staatliche Einwirkung auf bestimmte Wirtschaftssektoren** mit dem Ziel, **Wettbewerbsbedingungen** zu schaffen bzw. zu erhalten und ein Funktionieren dieser Wirtschaftssektoren im **Interesse der Allgemeinheit** sicherzustellen.

Hinzu kommt, dass sich Regulierung nach dem hier zu Grunde gelegten Begriffsverständnis (nur) auf die sog. **Netzwerkindustrien** bezieht, also auf Wirtschaftszweige, deren Dienste nur auf Basis eines (nicht beliebig duplizierbaren) Netzes erbracht werden können (zB Stromleitungsnetz, Telekommunikationsnetz, Schienennetz). Wegen der typischerweise hohen Investitionen in die für die Leistungserbringung unerlässlichen Netze erschien es dabei auf Grundlage des Konzepts der „**natürlichen Monopole**“ lange Zeit gerechtfertigt, die Bereitstellung der betreffenden netzgebundenen Leistungen monopolistisch, dh. va. durch den Staat selbst oder durch öffentliche Monopolunternehmen, zu organisieren.

Unter dem Druck des EU-Rechts, das nach und nach die **Liberalisierung** (= Abbau staatlicher Vorschriften, die den freien Zugang zu Märkten oder den Wettbewerb behindern) vordem geschützter Märkte forderte, wurden diese Wirtschaftssektoren jedoch schrittweise dem Wettbewerb geöffnet. Wettbewerb kann dabei wegen der Angewiesenheit auf die Netzinfrastruktur va. auf Ebene der über dieses Netz erbrachten Dienste bzw. Dienstleistungen stattfinden, kommt grundsätzlich aber auch als Wettbewerb um das Netz (um Zuerkennung eines zeitlich befristeten Netzmonopols) in Betracht. Die Erbringung der jeweiligen Aufgaben erfolgt sohin nicht mehr durch den Staat, sondern über den Markt. Mittels staatlicher Regulierung der betreffenden Märkte wird dabei sichergestellt, dass das öffentliche Interesse* an einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit den betreffenden Leistungen gewahrt bleibt.

Man spricht in diesem Zusammenhang von einem Wechsel von der staatlichen **Leistungs- bzw. Erfüllungsverantwortung** zur **Gewährleistungsverantwortung**: Der Staat erbringt gewisse Versorgungsleistungen nicht mehr selbst, sondern trifft Vorsorge dafür, dass der Markt die von der Allgemeinheit benötigten Leistungen in bestimmter Qualität und Quantität zur Verfügung stellt. Während früher staatliche Stellen oder öffentliche Unternehmen die erforderlichen Dienste (zB Telekommunikationsleistungen) bereitgestellt haben, soll dies fortan über weite Strecken der Markt leisten. Dass er dies tatsächlich tut, ist Zielsetzung der staatlichen Regulierung; der Staat nimmt seine diesbezügliche Verantwortung maW insb. über die **Instrumente des Regulierungsrechts** wahr.

Das Regulierungsrecht soll entsprechend seiner zentralen Zielsetzungen zusammengefasst also einerseits **funktionsfähigen Wettbewerb in den regulierten Sektoren** schaffen bzw sicherstellen, andererseits für eine **Mindestqualität** der in diesen Wirtschaftssektoren **erbrachten Dienste** sorgen.

Nach klassischem Verständnis ist somit dann von „Regulierung“ die Rede, wenn es um die Beaufsichtigung und rechtliche Steuerung der **netzgebundenen Infrastrukturmärkte**, und zwar konkret der Wirtschaftssektoren **Telekommunikation, Energie (Strom und Erdgas), Post und Schienenverkehr** geht. Demgegenüber wird die Finanzmarktaufsicht, auch wenn es sich ebenfalls um eine sektorspezifische Form der Wirtschaftsaufsicht handelt, idR nicht zum Regulierungsrecht gezählt. Zweifelhaft ist die Abgrenzung beim **Rundfunk** (Hörfunk und Fernsehen).

Das positive Recht legt freilich eine Zuordnung des Rundfunkbereichs zum Regulierungsrecht nahe, zumal das KOG ausdrücklich von „Regulierungsaufgaben“ bzw von der „Regulierungsbehörde“ spricht. Darüber hinaus bezieht sich die für die Weisungsfreistellung der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) (§§ 1 ff KOG) maßgebliche Verfassungsbestimmung auf „Organe zur Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien und zur Förderung der Medien“ (Art 20 Abs 2 Z 5 B-VG).

II. Verfassungsrechtliche Bezüge

1. Kompetenzrechtliche Bestimmungen

Die Kompetenzgrundlage für die Regulierung der **elektronischen Kommunikationsmärkte und des Postmarktes** findet sich in Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG („Post- und Fernmeldewesen“). Gleiches gilt für die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes („Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen“). Die Gesetzgebung und Vollziehung in diesen Angelegenheiten fällt daher dem Bund zu. Da sowohl das „Post- und Fernmeldewesen“ als auch das „Verkehrswesen“ in **Art 102 Abs 2 B-VG** genannt sind, können diese Angelegenheiten durch eigene Bundesbehörden, also in unmittelbarer Bundesverwaltung*, vollzogen werden.

Das **Elektrizitätsrecht** gilt als klassisches Beispiel für eine **Querschnittsmaterie***. Für den Betrieb von Elektrizitätsunternehmen unter versorgungspolitischen Gesichtspunkten ist der Kompetenztatbestand „Elektrizitätswesen, soweit es nicht unter Art. 10 fällt“ (**Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG**) maßgeblich. Zahlreiche Bestimmungen des ElWOG 2010 sind daher Grundsatzbestimmungen des Bundes. Durch die **Verfassungsbestimmung des § 1 ElWOG 2010** wird allerdings die Erlassung, Aufhebung und Vollziehung von Vorschriften, wie sie in näher genannten Bestimmungen dieses Gesetzes enthalten sind, auch in jenen Belangen zur Bundessache erklärt, hinsichtlich derer das B-VG etwas anderes bestimmt. Die in diesen Vorschriften geregelten Angelegenheiten können in unmittelbarer Bundesverwaltung* besorgt werden.

Die gewerbsmäßige **Versorgung mit Gas** ist im Wesentlichen dem Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ (**Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG**) zuzuordnen (→ *Gewerberecht*) und daher in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache. Dementsprechend wird das GWG 2011 weitgehend auf diesen Kompetenztatbestand gestützt.

Schließlich ist im Kontext der Regulierung der Energiewirtschaft auf die **Kompetenzdeckungsklausel** in **§ 1 Abs 1 E-ControlG** zu verweisen. Nach dieser Verfassungsbestimmung sind die Erlassung, Aufhebung sowie die Vollziehung von Vorschriften, wie sie in diesem Gesetz enthalten sind, auch in jenen Belangen Bundessache, hinsichtlich derer das B-VG etwas anderes bestimmt. Die dort geregelten Angelegenheiten können unmittelbar von den im E-ControlG vorgesehenen Einrichtungen besorgt werden.

2. Grundrechtliche Bestimmungen

Auf Grund des Regelungsgegenstandes des Regulierungsrechts sind für die grundrechtliche Beurteilung der einfachgesetzlichen Regelungen sowie des Vollzugshandelns *va* die **Grundrechte des Wirtschaftslebens (Eigentum, Erwerbsfreiheit, Gleichheit)** von Bedeutung.

So hat der VfGH etwa im Zusammenhang mit den gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Voraussetzungen für die **Schließung von Postämtern** betont, dass dem Gesetzgeber bei der Regelung von Eingriffen in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Österreichischen Post AG durch den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** Grenzen gesetzt sind. Der Umstand, dass dem Betreiber von Universaldiensten im Interesse des Funktionierens des Universaldienstes (s VIII.1.) intensivere Beschränkungen als anderen Unternehmen auferlegt werden, stelle für sich allein jedoch keine Verletzung der **Erwerbsfreiheit** oder des **Gleichheitssatzes** dar (VfSlg 18.909/2009). In dieser Entscheidung weist der VfGH auch darauf hin, dass Postdienstleistungen einen wesentlichen Teil der Infrastruktur eines Landes ausmachen. Überträgt der Bund im Rahmen seiner Infrastrukturverantwortung die Erbringung solcher Dienstleistungen an ein privates Unternehmen, so hat dieses auch ein **höheres Maß an Intensität der Wirtschaftsaufsicht** hinzunehmen.

Keinen Verstoß gegen das Eigentumsrecht, die Erwerbsfreiheit und den Gleichheitssatz sah der VfGH in der Verpflichtung der Österreichischen Post AG als Universaldienstbetreiber (s V.3.f.) zum **Austausch der Hausbrief-fachanlagen** bzw zur **Tragung der Kosten** des Austausches. Die angefochtenen Regelungen des PMG waren nach Ansicht des VfGH im öffentlichen Interesse* gelegen, verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt (VfSlg 19.635/2012).

Auch im Fall des Widerspruchs der **Telekom-Control-Kommission** (s X.2.a.) gegen die Haftungsklauseln in den **AGB** eines Mobilfunkbetreibers waren nach Ansicht des VfGH keine verfassungsgesetzlich gewährleisteten

Rechte verletzt. Der behaupteten Verletzung der **Erwerbsfreiheit** hielt der Gerichtshof entgegen, dass eine administrative Kontrolle solcher AGB durch die Regulierungsbehörde dem Kundenschutz und damit dem öffentlichen Interesse* dient. Es liegt im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, bei Abwägung der beteiligten Interessen das Kundeninteresse höher zu bewerten. Da der Abschluss von Verträgen nicht verhindert wird, liegt auch **keine Verletzung des Eigentumsrechts** vor. Dass der Inhalt von Verträgen bestimmten Voraussetzungen entsprechen muss, greift überdies nicht in das Eigentum ein, sondern betrifft die Modalitäten der Erwerbsausübung. Schließlich erachtete der VfGH eine administrative Inhaltskontrolle der Verträge von Anbietern von Telekommunikationsdiensten, also von „Massenverträgen“, als sachlich gerechtfertigt, sodass auch **keine Gleichheitsverletzung** vorlag (VfSlg 17.577/2005).

Im Zusammenhang mit der für das Regulierungsrecht typischen Verpflichtung der Marktteilnehmer (der „Industrie“) zur Beteiligung an der **Finanzierung der Tätigkeit der Regulierungsbehörden** hat der VfGH festgehalten, dass es zwar grundsätzlich zulässig ist, „jene Unternehmen, die als Marktteilnehmer von der Regulierungstätigkeit [...] in erster Linie berührt sind, zur Finanzierung dieser Regulierungstätigkeit heranzuziehen.“ Derartige Finanzierungsregeln sind aber unsachlich und daher verfassungswidrig, wenn die Unternehmen auch Aufgaben finanzieren müssen „die unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt in ihrem Interesse liegen (können), bzw die nicht grundsätzlich alle in Betracht kommenden Interessenten nach dem Maßstab des (objektiven) Interesses erfassen“ (VfSlg 17.326/2004).

Da im Zuge von Regulierungsentscheidungen oftmals über **civil rights** **iSd Art 6 EMRK** abgesprochen wird, muss in diesen Fällen eine Entscheidung durch ein unabhängiges und unparteiisches „Tribunal“* iS dieser Bestimmung sichergestellt sein (zB VfSlg 17.577/2005). Diesem verfassungsrechtlichen Erfordernis wird heute dadurch entsprochen, dass Entscheidungen der Regulierungsbehörden mittels Beschwerde beim VwG bekämpft werden können (s X.1.). In der Vergangenheit waren die Anforderungen aus Art 6 EMRK – neben den Vorgaben des EU-Rechts – ein wesentlicher Grund für die Schaffung (weisungsfreier) kollegialer Regulierungsbehörden mit richterlichem Einschlag (Art 133 Z 4 B-VG aF). Die so entstandene Behördenorganisation wirkt bis heute nach (s sogleich II.3.).

Die den Regulierungsbehörden eingeräumten Ermächtigungen haben typischerweise auch **Informationeingriffe** bei den von der Marktregulierung betroffenen Unternehmen zur Folge (Recht der Regulierungsbehörde auf Einsichtnahme in deren Unterlagen, Pflicht der Unternehmen zur Auskunftserteilung). Dazu hat der VfGH festgehalten, dass derartige Befugnisse die Regulierungsbehörde – als notwendige Basis für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben – grundsätzlich in die Lage versetzen sollen, Kenntnisse über die von ihr zu regulierenden und zu beaufsichtigenden Märkte zu erhalten. Die Regulie-

rungsbehörde muss, insb was das Wissen um die Marktvorgänge anlangt, den von ihr regulierten Unternehmen „auf gleicher Augenhöhe“ begegnen können. Im Lichte dessen hat es der VfGH (im Zusammenhang mit Ermittlungsbefugnissen der E-Control) unter Aspekten des Grundrechts auf → **Datenschutz** (§ 1 Abs 1 DSGVO) auch nicht beanstandet, dass der Gesetzgeber der Regulierungsbehörde einen gewissen Beurteilungsspielraum einräumt, welche Auskünfte sie zur Wahrnehmung ihrer Überwachungs- und Aufsichtsbe-fugnisse konkret für erforderlich hält (VfSlg 19.673/2012).

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass § 5 PMG vor dem Hintergrund der einschlägigen **grundrechtlichen Vorgaben** (Art 10 StGG, Art 8 EMRK, § 1 Abs 1 DSGVO) einen **Schutz des Postgeheimnisses** normiert. Demnach müssen Personen, die Postdienste erbringen, „jede wie immer geartete Mitteilung über Postsendungen“ an andere Personen als an den Absender oder den Empfänger unterlassen, sofern keine gesetzliche Ausnahmeregelung besteht. Wer unter das Postgeheimnis fallende Tatsachen offenbart oder verwertet, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder um einem anderen einen Nachteil zuzufügen, begeht eine **gerichtlich strafbare Handlung** (§ 57 PMG).

3. Verfassungsrechtliche Fragen unabhängiger Regulierungsbehörden

Im Zusammenhang mit der Einrichtung unabhängiger Regulierungsbehörden stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der einfache Gesetzgeber eine Weisungsfreistellung solcher Behörden* vorsehen kann. Während er dazu ursprünglich auf die **Organisationsform der Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag** (Art 133 Z 4 B-VG aF) zurückgreifen musste, stellt nunmehr **Art 20 Abs 2 B-VG** eine weit gefasste Ermächtigung zur Schaffung weisungsfreier Regulierungsbehörden zur Verfügung. Diese Bestimmung erlaubt es, **bestimmte Kategorien von Organen* durch einfaches Gesetz weisungsfrei** zu stellen. So können etwa Organe zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht (Z 4), Organe zur Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien und zur Förderung der Medien (Z 5) sowie Organe, soweit dies nach Maßgabe des Rechts der EU geboten ist (Z 8), von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden.

Da das für den Erdgas- und Elektrizitätsmarkt relevante Richtlinienrecht eine Weisungsbindung der nationalen Regulierungsbehörde gegenüber staatlichen Organen* explizit ausschließt, sind (auch) die Voraussetzungen des Art 20 Abs 2 Z 8 B-VG erfüllt. Für die Weisungsfreistellung der österr Regulierungsbehörde (s X.1. und 2.) ist daher eine einfachgesetzliche Regelung ausreichend (s § 5 Abs 2 E-ControlG). Fraglich ist allerdings, ob es mit Art 20 Abs 2 B-VG vereinbar ist, dass eine an sich weisungsfreie Behörde* in bestimmten Ausnahmefällen an Weisungen eines obersten Organs* gebunden wird (s § 5 Abs 4 E-ControlG).