



Arbeiterkammer Wien

constitutional
thinking
beyond
borders

Priv.-Doz. Dr.

[Konrad Lachmayer](#)

Meldemannstraße 18/1.03

1200 Vienna // Austria

+43 676 5665992

konrad@lachmayer.eu

www.lachmayer.eu

REGULATIE

REGULierungsbehörden

**Analyse der
demokraTIErechtlichen Rahmenbedingungen**

Priv.-Doz. Dr. Konrad Lachmayer

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary	4
Autor der rechtswissenschaftlichen Analyse	7
1. Einleitung	8
A. Zur demokratischen Dimension der Regulierungsbehörden	8
B. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen innerhalb des Europäischen Verfassungsverbundes	12
C. Demokratierechtliche Analysekriterien	13
2. Energierechtliche Regulierung im Lichte demokratischer Vorgaben	16
A. Einleitung	16
B. Institutionell-personelle Legitimation	19
C. Prozedurale Legitimation und Transparenz	23
D. Inhaltliche Legitimation, Verantwortung & rechtsstaatliche Kontrolle	25
E. Rechtsakte und Instrumente	28
F. Schlussfolgerungen	31
3. Telekommunikationsrechtliche Regulierung im Lichte demokratischer Vorgaben	34
A. Einleitung	34
B. Institutionell-personelle Legitimation	36
C. Prozedurale Legitimation und Transparenz	41

D. Inhaltliche Legitimation, Verantwortung & rechtsstaatliche Kontrolle	43
E. Schlussfolgerungen	47
4. Demokratische Problemstellungen	49
A. Allgemeines	49
B. Personelle Legitimation	50
C. Inhaltliche Legitimation	51
D. Rechtsstaat und Rechtsschutz (Prozedurale Legitimation)	54
E. Gesamtbewertung	56
Bibliografie	58

Executive Summary

Ausgangspunkt

Regulierungsbehörden lassen sich nicht in traditionelles Organisationsrecht iS der österreichischen Verfassung einbetten und sind durch spezifische Merkmale charakterisiert. Dazu zählt die Form ihrer Unabhängigkeit vom Staat, oftmals verbunden mit Ausgliederung aus dem staatlichen Organisationsgefüge, die Aufteilung in unterschiedliche Organe etwa in eine monokratisch-exekutive Behörde und eine kollegiale-gerichtsähnliche Behörde, die Ausstattung mit starken rechtlichen Kompetenzen (bis hin zur Erlassung von Verordnungen) und schließlich die Gewährung besonderer Freiräume vom Legalitätsprinzip, etwa in Form von Ermessensspielräumen.

Der rechtliche Grund für diese Konzeption der Regulierungsbehörden außerhalb des verfassungsrechtlichen Organisationsgefüges ist im Recht der Europäischen Union zu finden, wobei (immer weniger) Spielräume zur innerstaatlichen Ausgestaltung bestehen. Die Regulierungsbehörden nehmen derzeit eine funktionelle Zwitterstellung zwischen österreichischer Institution und europäischem Organ ein. Sie weisen bereits signifikante Merkmale einer EU-Agentur auf. Die europarechtliche Notwendigkeit der Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden bezieht sich auf die Marktteilnehmer und ist insoweit auch ernst zu nehmen. Die zunehmend geforderte Unabhängigkeit vom Staat, sei es von der Gesetzgebung, der Verwaltung, ja sogar von richterlicher Kontrolle, verringert jedoch die Möglichkeiten demokratischer Kontrolle.

Daraus entsteht das Problem, dass das Verwaltungshandeln dieser Behörden nur mehr zum Teil in das traditionelle Konzept der demokratischen Legitimation von Verwaltung im österreichischen Sinne eingebettet werden kann. Allein der Sachverstand der Regulierungsbehörden reicht als Quelle für eine demokratische (und eben nicht technokratische) Legitimation und Kontrolle jedenfalls nicht aus.

Schlussfolgerungen

Regulierungsbehörden sind eine Rechtsfigur des EU-Rechts. Sie entwickeln sich zunehmend aus dem in Österreich bestehenden Verwaltungskonzept hinaus. Eine Differenzierung zwischen Staat und Privat wird immer schwieriger; es bestehen Regulierungs-GmbHs im Staatseigentum ebenso wie öffentlich-rechtliche Regulierungs-Anstalten, die mit Vorstand und Aufsichtsrat ausgestattet sind.

Die Aufgaben der Regulierungsbehörden reichen jenseits der Gewaltenteilung von Rechtssetzung (Mitwirken an Gesetzentwürfen; Verordnungsrechte) über die Verwaltungsführung bis hin zur Rechtsprechung. Eine adäquate Einordnung in die Staatsfunktion „Verwaltung“ ist daher nicht mehr möglich. Sie lassen sich somit nicht mehr den Formen der Gewaltenteilung einer Staatsgewalt zuordnen, sondern sind als gewaltenverbindende Organisation iS des EU-Rechts zu verstehen. Schließlich sind Regulierungsbehörden zunehmend staatlich entkoppelt und an europäische Institutionen angebunden.

Eine besondere Auffälligkeit bei Analyse der demokratischen Legitimation und Kontrolle im Regulierungsrecht ist die sektorspezifische Vorgehensweise bzw. der Mangel an einem einheitlichen Standard. Die formelle Verfassungswidrigkeit einzelner Organe wird durch Bestimmungen im Verfassungsrang „geheilt“. Dies bringt jedoch eine verfassungsrechtlich bedenkliche Einschränkung der Kontrollkompetenz des VfGH mit sich.

Handlungsoptionen

Zur Hebung der demokratischen Legitimation sollte ein einheitliches Konzept der demokratischen Legitimation und Kontrolle von Regulierungsbehörden angestrebt werden. Dabei sollten aus den jeweiligen sektorspezifischen Regelungen die positiven Elemente zu einem österreichischen Standard zusammengeführt werden.

Dies kann durch folgende Maßnahmen erreicht werden:

a) Stärkung der personellen Legitimation

- Einschränkung von Unvereinbarkeiten durch cooling on/off-Perioden;
- Schaffung klarer Verantwortlichkeiten der Organmitglieder;
- Involvierung des Parlaments bei Bestellung bzw Veröffentlichung bei Abberufung von bestimmten (hauptberuflichen) Organmitgliedern;
- Beschränkung der Wiederwahl;
- Transparenz bezüglich der Mitglieder der Organe.

b) Stärkung der inhaltlichen Legitimation

- Gesetzesbindung;
- Auseinandersetzung mit Aufsichtsbefugnissen des Aufsichtsministeriums/der Aufsichtsbehörde – Pflicht zur Aufsicht und Stärkung durch personelle Ressourcen;
- Beschränkung der Regulierungsbehörden – keine Auslagerung von Zusatzaufgaben

c) Stärkung der prozedurale Legitimation

- Reduktion der verfassungsrechtlichen Sonderbestimmungen: Schaffung eines einheitlichen Konzepts österreichischer Regulierungsbehörden;
- Reduktion der vollziehenden Verordnungen, die zu einer Einschränkung des individuellen Rechtsschutzes führen: Einführung einer „Bescheidverordnung“;
- Verbesserung der Verfahrenstransparenz.

Autor der rechtswissenschaftlichen Analyse

Priv.-Doz. Dr. Konrad Lachmayer



Priv.-Doz. Dr. Konrad Lachmayer ist selbstständiger Wissenschaftler in Wien. Er lehrt als Privatdozent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und forscht als Akademischer Rat am Institut für Rechtswissenschaften der ungarischen Akademie der Wissenschaften. Forschungsschwerpunkte bestehen im Europäischen Verwaltungsverbund, im Internationalen und Vergleichenden Verfassungsrecht sowie im Datenschutz- und Polizeirecht.

Dr. Lachmayer studierte Rechtswissenschaft an der Universität Wien und verbrachte Forschungsaufenthalte an der University of Cambridge, dem Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, an der Central European University in Budapest sowie am Europakolleg Hamburg. Im Jahr 2010 wurde Konrad Lachmayer die Venia aus Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht verliehen.

Kontakt: konrad@lachmayer.eu; www.lachmayer.eu

Demokratierechtliche Analyse der österreichischen Regulierungsbehörden

Konrad Lachmayer

1. Einleitung

A. Zur demokratischen Dimension der Regulierungsbehörden

Regulierungsbehörden kommt eine besondere Stellung im Aufbau der staatlichen Verwaltung in Österreich zu. Sie lassen sich nicht in traditionelles Organisationsrecht einbetten und sind durch spezifische Merkmale charakterisiert. Dazu zählen etwa eine Form von Unabhängigkeit vom Staat, die oftmals mit einer Form der Ausgliederung¹ verbunden ist, die Aufteilung in unterschiedliche Organe,² etwa in eine monokratisch-exekutive Behörde und eine kollegiale-gerichtsähnliche Behörde, die Ausstattung mit starken rechtlichen Kompetenzen (bis hin zur Erlassung von Verordnungen) und schließlich die Gewährung besonderer Freiräume im Legalitätsprinzip, etwa in Form von Ermessensspielräumen.³ Der rechtliche Grund für diese Konzeption der Regulierungsbehörden ist regelmäßig im Recht der Europäischen Union zu finden,⁴ wobei (immer weniger) Spielräume zur innerstaatlichen Ausgestaltung bestehen. Mit all den genannten Besonderheiten ist allerdings verbunden, dass diese nicht dem traditionellen Konzept der demokratischen Legitimation von Verwaltung im österreichischen Sinne entsprechen. Zum Teil hat der Verfassungsgesetzgeber für die Regulierungsbehörden Grundlagen geschaffen, zum Teil wurden verfassungsgesetzliche Sonderbestimmungen geschaffen. Die Frage nach der demokratischen Legitimation bleibt nichtsdestoweniger

¹ Zum Begriff der Ausgliederung siehe *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht IV (2009) 52ff.

² *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 269f.

³ *Fuchs*, Zur „Regulierungsautonomie“ nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011, 943.

⁴ *Stöger*, Gedanken zur institutionellen Autonomie der Mitgliedsstaaten am Beispiel der neuen Energieregulierungsbehörden, ZÖR 2010, 247.

bestehen und zeigt das Einwirken eines europäischen Verwaltungs- und damit auch Demokratiekonzepts in die nationalstaatlichen Verfassungen.

Die rechtliche Konzeption von Regulierungsbehörden wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion, die einen besonderen Schwerpunkt auf Fragen der demokratischen Legitimation legt, in den letzten 15 Jahren immer wieder aufgeworfen⁵. Oftmals werden die Fragen der demokratischen Legitimation von Regulierungsbehörden als unproblematisch angesehen. Paradigmatisch äußert sich etwa *Bernhard Müller* wie folgt zu der demokratischen Legitimation der Regulierungsbehörden:

„Wie gerade nachgewiesen, kann kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass die Regulatoren über ein angemessenes Gesamtniveau an Verwaltungslegitimation verfügen. Durch die regelmäßige Erneuerung der Personallegitimation durch die Ernennung neuer Mitglieder des Kollegiums wird personelle demokratische Legitimation vermittelt. Die Unabhängigkeit vor unsachlichen (tages)politischen Einflüssen und Interventionismus von außen im Verein mit dem diskursiven Entscheidungsprozess durch das Kollegialprinzip und dem besonderen Sachverstand in TCK, ECK und SCK schafft eine hohe Bindung an den im Gesetz manifestierten Willen des Volks und folglich eine angemessene sachlich inhaltliche demokratische Legitimation. Diese wird durch den Verwaltungsrechtsschutz, der für die Gesetzesbefolgung sorgt, und Transparenz verstärkt. Durch die angemessene ministerielle Aufsicht ist es möglich, die Verantwortlichkeit des zuständigen Ministers – freilich in einer neuen Deutung – aufrechtzuerhalten und so die Brücke zum unmittelbar vom Volk gewählten Parlament zu schlagen.“⁶

In der Rsp des VfGH spielten Fragen der demokratischen Legitimation von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, wie etwa der Telekom-Control

⁵ Siehe zu Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag bereits *Grabenwarter*, Die demokratische Legitimation weisungsfreier Kollegialbehörden in der staatlichen Verwaltung. Zur Zulässigkeit der Entsendung von Organwaltern durch nicht demokratisch legitimierte Einrichtungen, in Haller ua (Hrsg) Staat und Recht. FS Winkler (1997) 271; siehe auch Leitl, Regulierungsbehörden im österreichischen Recht [2006] 160ff). Hervorzuheben ist aus jüngerer Zeit etwa die Monographie von *B. Müller*, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2011).

⁶ *Müller*, ebenda, 392.

Kommission, eine besondere Rolle (siehe VfSlg 15.427/2000). Der VfGH rechtfertigte die Telekom-Control Kommission wie folgt:

„Die Einrichtung der Telekom-Control-Kommission als weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag iSd Art133 Z4 B-VG ist angesichts der Eigenart des ihr zugewiesenen Sachbereiches noch zulässig. Handelt es sich doch bei den Regulierungsaufgaben im Bereich der Telekommunikation um einen weitgehend neuen Verwaltungsbereich, dessen Bewältigung einerseits nicht nur juristischen und wirtschaftlichen, sondern in hohem Maß auch technischen Sachverstand und andererseits regelmäßig die Entscheidung über ‚civil rights‘ in jenem Sinn erfordert, den der EGMR diesem Begriff des Art6 EMRK beilegt.“

In dieser literarischen Stellungnahme kommt ebenso wie in der Rsp des VfGH ein technokratisches Demokratieverständnis zum Ausdruck. Auf dieses nimmt nun auch der mit der Verfassungsnovelle BGBl I 2008/2 eingeführte Art 20 Abs 2 B-VG Bezug, womit das demokratische Konzept der österreichischen Verwaltung grundlegend geändert wird, indem Art 20 Abs 2 B-VG die weisungsfreie Verwaltung gleichwertig neben die weisungsgebundene Verwaltung stellt:

„Durch Gesetz können Organe

1. zur sachverständigen Prüfung,
 2. zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie zur Kontrolle in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens,
 3. zur Entscheidung in oberster Instanz, wenn sie kollegial eingerichtet sind, ihnen wenigstens ein Richter angehört und ihre Bescheide nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen,
 4. mit Schieds-, Vermittlungs- und Interessenvertretungsaufgaben,
 5. zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht,
 - 5a. zur Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien und zur Förderung der Medien,
 6. zur Durchführung einzelner Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts,
 7. zur Durchführung und Leitung von Wahlen, oder,
 8. soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist,
- von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden.

Durch das Landesverfassungsgesetz können weitere Kategorien weisungsfreier Organe geschaffen werden. Durch Gesetz ist ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten, und – soweit es sich nicht um Organe gemäß den Z 2, 3, 5a und 8 handelt – das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abuberufen.“

Trotz dieser Öffnung des österreichischen Verständnisses hierarchischer Verwaltungsführung hin zu einem unabhängigen Regulierungsbehördenmodell im Rahmen des europäischen Verfassungs- und Verwaltungsverbundes⁷ sind Fragen der demokratischen Legitimation iSd demokratischen Grundprinzips nicht irrelevant geworden, sondern haben sich verschoben.

Daher soll in weiterer Folge die demokratische Legitimation von Regulierung im Bereich des Telekommunikationsrechts und des Energierechts (mit spezifischem Schwerpunkt auf Elektrizitätsrecht) untersucht werden.⁸ Ausgangspunkt dabei sind die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, wie sie sich innerhalb des Europäischen Verfassungsverbundes darstellen (siehe sogleich unter B.). Darauf aufbauend lassen sich Kriterien der demokratischen Legitimation entwickeln, die als Maßstab für die weitere Analyse dienen (siehe sogleich unter C.).

⁷ Siehe *Holoubek*, Vom Wirtschaftsaufsichtsrecht zum Regulierungsverwaltungsrecht, ÖJT GA I/1 (2009); siehe grundlegend zum Verfassungs- und Verwaltungsverbund *Mayrhofer*, Das Kooperationsverhältnis im staatlichen Unionsverfassungsrecht, FS Korinek (2010) 373; *ders*, Von den nationalen Verwaltungen zum europäischen Verwaltungsverbund, in Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg), Der europäische Verwaltungsverbund (2011) 23.

⁸ Siehe folgende grundlegende Rechtsvorschriften im Energierecht: Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 – EIWOG 2010, BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2013/174; Energie-Control-G – E-ControlG BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2013/174 sowie im Telekommunikationsrecht: KommAustria-Gesetz – KOG BGBl I 2001/32 idF BGBl I 2013/84. Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003 BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2013/96.

B. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen innerhalb des Europäischen Verfassungsverbundes

Ausgangspunkt der Analyse der demokratischen Legitimation von Regulierungsbehörden in Österreich ist der Europäische Verfassungs- und Verwaltungsverbund.⁹ Durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und die damit verbundene Volksabstimmung über eine Gesamtänderung der österreichischen Bundesverfassung wurden die Grundprinzipien der österreichischen Verfassung, insbesondere auch das demokratische und das rechtsstaatliche Grundprinzip, grundlegend verändert.¹⁰ Damit hat sich das österreichische Verfassungs- und Verwaltungsrecht den europäischen Rechtsstrukturen geöffnet und mit diesen auch verbunden.

In Hinblick auf die Regulierungsbehörde wurde somit ein europäisches Verwaltungskonzept in Österreich integriert und auch in der österreichischen Verfassung gem Art 20 Abs 2 B-VG manifestiert. Darüber hinaus finden sich noch sonderverfassungsrechtliche Bestimmungen, die das Konzept absichern. Es wäre allerdings verkürzend, würde man damit eine vollständige Aufgabe des österreichischen verfassungsgesetzlich vorgesehenen Verwaltungsrechtsdenkens annehmen. Im Gegenteil besteht vielmehr ein Zusammenspiel zwischen europäischem und innerstaatlichem Verfassungsrecht. Dies gilt auch in Hinblick auf die Kriterien der Analyse von demokratischer Legitimation im Regulierungsrecht.¹¹

⁹ Siehe *Mayrhofer*, Das Kooperationsverhältnis im staatlichen Unionsverfassungsrecht, FS Korinek (2010) 373; *ders*, Von den nationalen Verwaltungen zum Europäischen Verwaltungsverbund, in: ÖVG (Hrsg), Der Europäische Verwaltungsverbund (2010) 23.

¹⁰ *Lachmayer*, Zur Relevanz des Europäischen Verfassungsverbundes für die österreichische Bundesverfassung, ÖVwBl 2013, H 1, 2 und *Öhlinger*, Die Transformation der Verfassung, JBl 2002, 2; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 160.

¹¹ Siehe etwa *N.Raschauer / Schilchegger*, Organisationsrechtliche Probleme der neuen Energieregulierungsbehörden, JBöffR 2011, 235.

C. Demokratierechtliche Analysekriterien

Eine Überprüfung an demokratierechtlichen Maßstäben muss an der österreichischen Verfassung im Rahmen des Europäischen Verfassungs- und Verwaltungsverbands ansetzen. Regulatoren sind daher an einem eigenständigen Maßstab innerhalb der Verwaltungsorgane zu messen. Nichtsdestoweniger sind die rechtssetzenden, rechtsvollziehenden und rechtssprechenden Aufgaben von Regulierungsbehörden bei der Beurteilung derselben zu berücksichtigen. Als Elemente einer demokratischen Legitimation kommen primär personelle und inhaltliche Kriterien in Frage.

Als personelle demokratische Legitimation werden jene Elemente angesehen, die sich auf die Legitimation der involvierten Personen beziehen. Dabei stehen Bestellung, Zeitdauer im Amt und Abbestellung (Verantwortlichkeit) im Vordergrund. In diesem Zusammenhang sind aber etwa auch Fragen der Unvereinbarkeit von Relevanz. Über die personelle Komponente der Legitimation hinaus spielen Fragen der inhaltlichen Legitimation eine Rolle. Diese kann entweder durch die Weisungsbindung in einem hierarchischen System erreicht werden, wenn die Weisungsbefugten in besonderer Weise einer demokratischen Legitimation oder Kontrolle unterliegen, oder aber durch Aufsichtsmodelle, wie dies im Rahmen der Regulierungsbehörden zu tragen kommt.

Die inhaltliche Bindung wird auch durch Gesetzesbindung iSd Art 18 B-VG vermittelt, wobei hier bei Regulierungsbehörden graduelle Abschwächungen durch Ermessensspielräume bestehen. Dabei spielt auch die Ausgestaltung der rechtlichen Instrumentarien und die rechtliche Wirkung dieser Instrumente eine besondere Rolle. Je weitergehend und rechtlich intensiver diese eingreifen, umso größere Anforderungen sind an die demokratische Legitimation zu stellen. Neben den starken Elementen der demokratischen Legitimation verstärken auch Transparenz, öffentliche Diskussion und Partizipation in Verfahren die Legitimation. Auf diese Elemente ist in Hinblick auf Regulierungsbehörden besonders zu achten, da die starken Elemente deutlich reduziert sind.

Über die personell-institutionelle Legitimation und die inhaltliche Legitimation hinaus sind für die demokratische Legitimation auch Elemente einer prozeduralen Legitimation durch Verfahren von Relevanz. Durch die Ausgestaltung des Verfahrens wird zum einen die Gesetzesbindung konkretisiert, zum anderen darüber hinaus auch die Möglichkeit innerhalb eines Verfahrens eröffnet, demokratische Elemente, wie etwa die Transparenz und Öffentlichkeit des Verfahrens oder die Partizipation und Repräsentation der Öffentlichkeit, verstärkt einzusetzen.

Schließlich können neben den input-orientierten Legitimationsaspekten auch output-orientierte Legitimationselemente (unabhängige Sachentscheidung, Sachverstand, Rationalität, Effizienz etc.) berücksichtigt werden. Es gilt allerdings zu betonen, dass technokratische Legitimationselemente nicht vollständig input-bezogene Legitimationskriterien substituieren können.¹² Insoweit ist die Betonung des Sachverstandes zu relativieren. Die bloße Betonung des Sachverstandes birgt die Gefahr in sich, die damit verbundenen rechtspolitischen Entscheidungen zu verdecken, die mit sog. „Sachentscheidungen“ verbunden sind.

Da das europäische Demokratiemodell¹³ sowohl in Rechtssetzung und -vollziehung – neben eigenständigen Elementen – auch auf demokratischen Strukturen der Mitgliedsstaaten aufbaut, gilt es auch durch europäischen Einfluss innerstaatliche Demokratieelemente aufrechtzuerhalten, um damit auch die europäische Demokratiekonzeption zu stärken.

Ausgehend von diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben im europäischen Verwaltungsverbund sollen die Akteure, die Verfahren und das Rechtsinstrumentarium der österreichischen Regulierungsbehörden im Energie- und Telekommunikationsrecht auf ihre demokratierechtlichen Dimensionen hin analysiert werden. Differenziert nach den Modellen der energierechtlichen Regulierung (siehe sogleich unter 2.) und der

¹² Siehe zur Problematik der Technokratie *Lachmayer*, Technokratische Rechtssetzung Privater, *juridikum* 2013, 109.

¹³ Siehe *von Bogdandy*, Grundprinzipien, in *ders/Bast* (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht*² (2009) 13 (62ff).

telekommunikationsrechtlichen Regulierung (3) werden Stärken und Schwächen innerhalb der demokratischen Rahmenbedingungen ausgearbeitet.

2. Energierechtliche Regulierung im Lichte demokratischer Vorgaben

A. Einleitung

Bei Betrachtung der energierechtlichen Regulierungsbehörden steht die Umsetzung des dritten Binnenmarktpakets in Österreich im Vordergrund. Vom sog. „österreichischen Modell“ der Regulierungsbehörden (Control-GmbH plus Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag) wurde die Energieregulierung auf ein Anstaltsmodell umgestellt, das die Kollegialbehörde integriert.¹⁴ Die Regulierungsbehörde E-Control – „Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft“ – ist gem § 2 E-ControlG als „eine Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit eingerichtet“ und besteht gem § 5 Abs 1 E-ControlG aus drei Organen: dem Vorstand (1.), der Regulierungskommission (2.) und dem Aufsichtsrat. Es wurden daher im Rechtsträger E-Control unterschiedliche Behörden geschaffen, die aufgrund der einen Rechtspersönlichkeit europarechtlich als eine einheitliche Behörde verstanden werden.¹⁵ Die österreichische Aufteilung spiegelt jedenfalls die europäische Agenturkonzeption wider.¹⁶ In Hinblick auf die demokratische Legitimation ist zu betonen, dass das Anstaltsmodell – ebenso wie das GmbH-Modell – noch keine demokratische Legitimation vermittelt. Die gesetzliche Einrichtung ist als institutionelles Element demokratischer Legitimation hervorzuheben.

§ 5 Abs 2 E-ControlG sieht eine Weisungsfreistellung der Organe der E-Control vor. Nur ausnahmsweise besteht eine Weisungsbindung an Weisungen des Wirtschaftsministers in den Fällen des § 5 Abs 4 E-ControlG. Die EB der RV verweisen hinsichtlich der einfachgesetzlich vorgesehenen Weisungsfreistellung auf Art 20 Abs 2 B-VG: „Art. 20 Abs.

¹⁴ *Holoubek*, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in Storr (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2012) 99 (101ff).

¹⁵ Siehe dazu *Potacs / Rogatsch*, Energiewirtschaftsrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht³ II (2013) 853 (885f); aA *Raschauer / Schilchegger*, Organisationsrechtliche Probleme der neuen Energieregulierungsbehörden, JBÖffR 2011, 235 (251ff).

¹⁶ *C. Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1103.

2 bietet dem einfachen Gesetzgeber die Möglichkeit, Organe zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht oder – wenn dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist – weisungsfrei einzurichten“.¹⁷ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Verweises auf Art 20 Abs 2 B-VG ist allerdings nicht geklärt und in der Literatur umstritten.¹⁸ Nachdem die Anwendung des Art 20 Abs 1 B-VG („Weisungsbindung“) laut hM bei ausgegliederten Rechtsträgern nicht zur Anwendung kommt, sondern nur die aus dem Organisationskonzept der Verfassung entwickelten äquivalenten Vorgaben (entwickelt und entfaltet in der Rsp des VfGH zu Beleihungen¹⁹), stellt sich die Frage, inwieweit sich ausgegliederte Rechtsträger in Hinblick auf die Weisungsfreistellung überhaupt auf Art 20 Abs 2 B-VG berufen können. *Holoubek* weist darauf hin, dass es sich bei der E-Control als Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit eben um keine organisationsrechtlich staatliche Behörde, sondern um einen ausgegliederten, beliehenen Rechtsträger handelt. Ob sich diese auf die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten der Weisungsfreistellung berufen können ist damit fraglich.²⁰

Dies mit gutem Grund: Die Ausgliederung von staatlichen Strukturen bedeutet für sich genommen bereits eine stärkere Distanz zur staatlichen Verwaltungsorganisation. Wird diese in weiterer Folge noch weisungsfrei, sind genau jene Kriterien, die bei Beliehenen den Zusammenhang zum Staat herstellen (etwa das Ingerenzprinzip²¹), unterlaufen. Der hinter dem Organisationskonzept der Verfassung stehende Grund für die Einschränkungen der Beleihung liegt in der demokratischen Legitimation und der rechtsstaatlichen Kontrolle.²² Wenn also Weisungsfreistellung mit Ausgliederung zu einer neuen Form staatsunabhängiger Verwaltungstätigkeit führen soll, dann bedeutet dies eine besonders verdünnte Form demokratischer Legitimation. Durch die

¹⁷ Siehe RB 994 BlgNR, 24. GP, 31. Siehe Art 20 Abs 2 Z 4, 8 B-VG.

¹⁸ Siehe zur Debatte mwN *Holoubek*, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in Storr (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2012) 99 (108ff).

¹⁹ Siehe mwN *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Ausgliederungsdebatte, Juristische Blätter 2007, 750.

²⁰ Siehe kritisch etwa auch *C. Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1200ff.

²¹ Siehe dazu etwa *Horner*, Ausgliederung und Ingerenz: Verfassungsrechtliche und (sonder) gesellschaftsrechtliche Aspekte der Einflussnahme auf ausgegliederte Rechtsträger (2004).

²² *Lachmayer*, Juristische Blätter 2007, 750.

Verfassungsbestimmung des § 21 E-ControlG wird die Aufgabenübertragung verfassungsrechtlich abgesichert und so der Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof entzogen.

In Hinblick auf die Novelle BGBl I 2008/2 ist allerdings davon auszugehen, dass diese über das bloße Regel-Ausnahme-Verhältnis der bisherigen Bestimmungen des Art 20 Abs 1 und Art 20 Abs 2 B-VG hinausgeht. Auf diese Weise wurde das Organisationskonzept der Verfassung grundlegend verändert und die Möglichkeit zur weisungsfreien Verwaltungsführung generell eröffnet.²³ Bestätigung findet diese Öffnung auch in den europarechtlichen Vorgaben zum Regulierungsmodell, die eine besondere Form der Unabhängigkeit vom Staat einfordern und gleichzeitig eine breitflächige Aufgabenübertragung vorsehen.²⁴ Die Konsequenz dieser verfassungsrechtlichen Beurteilung für die E-Control ist folgende: Art 20 Abs 2 B-VG kommt zwar nicht direkt, aber sinngemäß im Rahmen der E-Control zur Anwendung. Die Formen der demokratischen Legitimation werden verschoben und nicht mittels Weisungsbindung, sondern mittels angemessenen Aufsichtsrechts vermittelt. Schließlich sind auch alle anderen Möglichkeiten zur Optimierung demokratischer Legitimation auszuschöpfen, um ein angemessenes Legitimationsniveau der Regulierungsbehörden zu erreichen. Im Rahmen des europäischen Unionsrechts stellen die Regulierungsbehörden als von der staatlichen Verwaltung herausgelöste Behörden bereits eine Schnittstelle zu den europäischen Agenturen im Regulierungsrecht dar und sind daher als hybride Organisationseinheiten zwischen europäischem und staatlichem Recht zu begreifen.²⁵

Daher sind die Aufgaben und die organisationsrechtliche Ausgestaltung der E-Control und ihrer Organe auf die institutionell-personelle Legitimation (B.), die prozedurale Legitimation durch Verfahren (C.), die inhaltliche Legitimation und Gesetzesbindung (D.) sowie auf die Ausgestaltung der rechtlichen Instrumentarien hin zu überprüfen (E.).

²³ Siehe *Lachmayer*, Zwischen Ordnung und Chaos. Von der Notwendigkeit der Verfassungsbereinigung und der Illusion des Inkorporationsgebotes, *Journal für Rechtspolitik* 2007, 200.

²⁴ Siehe *Holoubek*, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in Storr (Hrsg), *Neue Impulse für die Energiewirtschaft* (2012) 99 (120ff).

²⁵Ebenda, 127.

B. Institutionell-personelle Legitimation

- Der Vorstand

Der Vorstand der E-Control besteht gem § 6 E-Control-G aus zwei Mitgliedern, die vom Bundesminister auf fünf Jahre bestellt werden, wobei eine einmalige Wiederbestellung zulässig ist. Vor der Bestellung „findet eine Anhörung im zuständigen Ausschuss des Nationalrates“ statt, die somit das Parlament miteinbezieht.²⁶

Gem § 5 Abs 2 E-ControlG besteht eine allgemeine Unvereinbarkeitsklausel für die Organe der E-Control und ihre Mitglieder: „Insbesondere dürfen sie keine Funktionen ausüben, die ihre Unabhängigkeit gefährden.“ Für den Vorstand besteht eine spezielle Inkompatibilitätsklausel, die besagt, dass dieser „für die Dauer seiner Funktion keine weitere Tätigkeit ausüben [darf], die ihn an der Erfüllung seiner Aufgaben behindert oder geeignet ist, seine volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen, oder sonstige wesentliche Interessen seiner Funktion gefährdet“.²⁷ Darüber hinaus dürfen die Mitglieder des Vorstands iSd § 4 Unvereinbarkeits- und Transparenz-Gesetzes „keine leitende Stellung in einer Aktiengesellschaft, einer auf den Gebieten des Bankwesens, des Handels, der Industrie oder des Verkehrs tätigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Sparkasse einnehmen; insbesondere dürfen sie weder Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft, Geschäftsführer oder Mitglied des Aufsichtsrates einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der bezeichneten Art“ sein. Während die Unvereinbarkeit für die Dauer der Tätigkeit explizit geregelt ist, fehlt es allerdings an Regelungen, die sich mit den Tätigkeiten des Vorstandes vor und nach der Vorstandstätigkeit auseinandersetzen. Es fehlt an sog „cooling on“ bzw „cooling off“²⁸ Bestimmungen in diesem Bereich. Derartige Regelungen sind deshalb von Relevanz, da

²⁶ § 6 Abs 6 E-ControlG. Die Sitzungen der NR-Ausschüsse sind grundsätzlich nicht öffentlich. Siehe dazu sowie zu den hier nicht einschlägigen Ausmaßen etwa gem §§ 28b Abs 2, 37 Abs 9, 98a Abs 2 GOGNR *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 420f.

²⁷ § 6 Abs 4 E-ControlG.

²⁸ Siehe *C. Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1108 FN 224.

die hochspezialisierte Tätigkeit als Vorstand der Regulierungsbehörde nur von einem sehr eingeschränkten Personenkreis ausgeübt werden kann. Kommen die BewerberInnen nicht aus der Regulierungsbehörde selbst, besteht neben der staatlichen Aufsichtsbehörde der Personalpool zumeist nur aus Personen, die für jene Unternehmen arbeiten, die wiederum kontrolliert werden sollen. Umgekehrt stellt sich auch die Frage, welchen Tätigkeiten ein ehemaliger Vorstand der E-Control nachgehen kann, wenn die maximale Vorstandstätigkeit von 10 Jahren erschöpft ist.

Im konkreten Fall des zurzeit bestehenden E-Control Vorstandes fällt nicht nur die ehemalige Beratungstätigkeit für internationale Energiekonzerne durch ein Vorstandsmitglied auf, sondern auch, dass durch die Umstrukturierung der E-Control von der GmbH zur Anstalt die Tätigkeit eines Vorstandsmitglieds in der Leitung der E-Control seit 2001 länger als 10 Jahre andauert. Es kann nicht im Sinne des § 6 Abs 2 E-ControlG davon ausgegangen werden, dass eine längere Leitungstätigkeit als 10 Jahre zulässig sein soll. Diesbezüglich wäre sodann aber auch die Vortätigkeit als Geschäftsführer der Vorläuferorganisation zu berücksichtigen. Der Zuwachs von Kompetenzen des Vorstands ist dabei nicht als Legitimation der Verlängerung zu werten, sondern lässt diese problematischer erscheinen. Der demokratischen Legitimation durch Bestehen einer Maximaldauer der Leitungstätigkeit wird dadurch nicht entsprochen, dass im Rahmen von Umstrukturierungen das Leitungskonzept verändert wurde, aber die personelle Identität auf Leitungsebene bestehen bleibt.

In Hinblick auf das Alter eines Vorstandes der E-Control bei Antritt (unter 40 Jahren) stellt sich in diesem Fall die Frage der Tätigkeit nach Beendigung der Vorstandstätigkeit in der E-Control (max. 10 Jahre). Für den Fall einer Abwerbung durch ein Energieunternehmen sind keinerlei gesetzliche Maßnahmen vorgesehen. Inwieweit diese vertraglich bestehen, kann aufgrund der Nicht-Öffentlichkeit des Arbeitsvertrages nicht beurteilt werden.

Die Abbestellung durch den Bundesminister aus wichtigem Grund ist gem § 8 Abs 3 E-ControlG auf Fehler im Bestellvorgang, dauerhafte Arbeitsunfähigkeit und strafrechtliche Verurteilung beschränkt. Eine Abbestellung wegen inhaltlicher Fehler ist schon aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in die Unabhängigkeit nicht möglich.

Der Beitrag der Abbestellungsbestimmungen zur demokratischen Legitimation fällt damit aber gering aus.

- Die Regulierungskommission

Die Regulierungskommission besteht gem § 10 Abs 1 E-ControlG aus fünf Mitgliedern, wobei die Kommission im Sinne einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag ausgestaltet ist. Die Mitglieder werden von der BReg auf fünf Jahre ernannt, wobei ebenfalls eine einmalige Wiederbestellung zulässig ist. Dies gilt auch für die richterlichen Mitglieder, wobei auch in diesem Zusammenhang durch die Veränderung der Regulierungskonzeption richterliche Mitglieder in der dritten Funktionsperiode tätig sind. Dies entspricht nicht dem Zweck der Begrenzung der Zulässigkeit der Wiederbestellung gem § 10 Abs 1 E-ControlG.

Die Kriterien für die Ernennung sind mit der Formulierung „technische“, „juristische“ bzw. „ökonomische“ Kenntnisse denkbar vage formuliert. Für jedes Mitglied ist gem § 10 Abs 2 E-ControlG überdies ein Ersatzmitglied zu bestellen.

Den Vorsitz hat das richterliche Mitglied gem § 11 Abs 1 E-ControlG inne, wobei die Kommission mit einfacher Mehrheit bei Unzulässigkeit der Stimmenthaltung entscheidet. Im Gegensatz zur Vorläuferbestimmung des § 18 Abs 3 Energie-Regulierungsbehördengesetz ist keine Einstimmigkeit mehr erforderlich (wobei nach altem Recht die Regulierungskommission nur aus drei Mitgliedern bestand).

In Hinblick auf die Bedeutung der Regulierungskommission und in Unterscheidung zum Vorstand ist zu betonen, dass die Tätigkeit in der Regulierungskommission keine Haupttätigkeit darstellt, sondern im Nebenamt und unter Ersatz von Reisekosten und Barauslagen sowie einem Sitzungsgeld²⁹ vorgenommen wird.³⁰

²⁹ § 10 Abs 9 E-ControlG.

³⁰ Die Bedeutung der Regulierungskommission wurde durch die rechtlichen Entwicklungen der letzten Jahre geschwächt, womit die Ausgestaltung im Nebenamt weiterhin ihre Berechtigung besitzt.

Auch für die Mitglieder der Regulierungskommission besteht eine eigene Unverträglichkeitsklausel gem § 10 Abs 4 E-ControlG, die eine Tätigkeit während der Funktionsdauer untersagt, die das Mitglied „an der Erfüllung seiner Aufgaben behindert oder geeignet ist, seine volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen, oder sonstige wesentliche Interessen seiner Funktion gefährdet“, worunter im Speziellen wiederum Leitungstätigkeiten in betroffenen Unternehmen gemeint sind. Auf der Website der E-Control fällt auf, dass außer den Namen der Regulierungskommission keinerlei weitere Tätigkeiten ihrer Mitglieder angeführt sind und somit die durch die Mitglieder repräsentierten Interessenssphären ebenso wenig offengelegt werden wie die Vortätigkeiten der Mitglieder. Hier besteht nicht die notwendige Transparenz um eine auf Öffentlichkeit ausgerichtete demokratische Legitimation zu ermöglichen.

Bei konkreter Betrachtung der Mitglieder der Regulierungskommission fällt auf, dass diese, abgesehen vom vorsitzenden Richter, aus unterschiedlichen beruflichen Bereichen zusammengesetzt sind; unter anderem sind die Stadt Wien, die Arbeiterkammer, die Industriellenvereinigung und der Geschäftsführer eines Beratungsunternehmens im Bereich Energie vertreten.

Auch für die Regulierungskommission bestehen dieselben Abberufungskriterien wie für den Vorstand. Auch in diesem Zusammenhang bestehen keine spezifischen cooling on und cooling off Bestimmungen.

- Der Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat der E-Control besteht gem § 13 Abs 1 E-ControlG aus vier Mitgliedern sowie aus zwei Vertretern des Betriebsrates. Die Mitglieder des Aufsichtsrates werden von der BReg auf Vorschlag des BM für Wirtschaft für fünf Jahre bestellt, wobei die Wiederbestellung zulässig ist. Gem § 15 E-ControlG überwacht der Aufsichtsrat die Geschäftsführung, wobei das Budget ebenso wie größere finanzielle Vorhaben durch den Aufsichtsrat zu genehmigen sind. Der Aufsichtsrat ist gem § 16 Abs 2 E-ControlG auch für die Rechtskontrolle zuständig, da der Aufsichtsrat den Vorstand bei einer

Rechtsverletzung der einschlägigen Gesetze bzw der Geschäftsordnung schriftlich zur Herstellung des rechtmäßigen Zustand aufzufordern hat.

Der Aufsichtsrat trägt damit zur finanziellen und rechtlichen Kontrolle der E-Control bei. Auffällig ist aber, dass abgesehen von der verpflichteten Information des Bundesministeriums im Falle des Vorliegens eines Abberufungsgrundes gem § 16 Abs 1 iVm § 8 Abs 3 E-ControlG keine weiteren Verpflichtungen des Aufsichtsrates bestehen, Information an des BM für Wirtschaft weiterzuleiten. Das BM für Wirtschaft ist allerdings durch ein Mitglied im Aufsichtsrat vertreten, womit der Informationsfluss zum Ministerium gewährleistet ist. Nachdem der Aufsichtsrat mit einfacher Stimmenmehrheit gem § 14 Abs 4 E-ControlG entscheidet, besteht kein Vetorecht für das Mitglied des BM für Wirtschaft.

- Der Regulierungsbeirat

Zu erwähnen ist auch der Regulierungsbeirat gem § 19 E-ControlG, in dem auch Vertreter unterschiedlicher Bundesministerien repräsentiert sind. Aufgrund der Erörterung zentraler Aufgabenfelder der E-Control sowie der Begutachtung der Verordnung der Regulierungsbehörde besteht ein institutionelles Informations- und Koordinationsinstrument. Gem Art 19 Abs 6 E-ControlG wird eine besondere Rechtfertigungspflicht normiert: „Kommt die Regulierungsbehörde einer mit Mehrheitsbeschluss gefassten Empfehlung des Regulierungsbeirates nicht nach, so ist dies durch die Regulierungsbehörde gegenüber dem Regulierungsbeirat schriftlich zu begründen.“

C. Prozedurale Legitimation und Transparenz

Neben der personellen Legitimation kommt auch der Transparenz und Öffentlichkeit von Verfahren eine besondere Bedeutung zu. In unterschiedlichen Verordnungserlassungsverfahren sind Stellungnahmeverfahren vorgesehen, die auf eine Beteiligung der Öffentlichkeit abzielen. Demgegenüber steht die nicht-öffentliche

Involvierung des Regulierungsbeirates, der unterschiedliche staatliche sowie gesellschaftliche Interessensgruppen repräsentiert. Auch hier wäre eine verstärkte Transparenz erforderlich, um die Verfahren demokratischer auszugestalten. In Hinblick auf die geplante Änderung des verfassungsrechtlichen Konzepts des Amtsgeheimnisses entstehen auch für die Regulierungsbehörden neue Transparenzverpflichtungen.

In Hinblick auf die Veröffentlichung der Rechtsakte der E-Control ist auf § 36 E-ControlG hinzuweisen. So sind gem § 36 Abs 3 E-ControlG die Verordnungen im Bundesgesetzblatt kundzumachen³¹ und die „von der Regulierungsbehörde getroffenen Entscheidungen [...] unter Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen auf der Homepage der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen“ (§ 36 Abs 4 E-ControlG).

Eine besondere Rolle kommt auch der EU-Kommission in bestimmten nationalen Verfahren zu, wobei die E-Control etwa gem § 34 EIWOG bei der Zertifizierung von Übertragungsnetzbetreibern in unterschiedlicher Intensität einzubinden hat. Generell ist die E-Control gem § 21 Abs 6 E-ControlG dazu verpflichtet, „allen einschlägigen rechtsverbindlichen Entscheidungen der Agentur und der Europäischen Kommission“ nachzukommen und diese durchzuführen. Die Zwischenstellung der nationalen Regulierungsbehörde zwischen nationaler und europäischer Ebene wird auf diese Weise besonders deutlich.

Hinzu kommen noch komplexe Verfahren in der Europäischen Union, in die die nationalen Regulierungsbehörden zumindest in einem gewissen Ausmaß auch involviert sind. Zu nennen ist etwa die Erlassung der Netzkodices, die eigenständigen Fragestellungen unterliegen und an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden können.³²

³¹ Einschränkung sieht allerdings § 36 Abs 3 E-ControlG weiters vor: „Ist eine Kundmachung im Bundesgesetzblatt nicht oder nicht zeitgerecht möglich bzw. auf Grund des Umfanges der Verordnung nicht tunlich, so sind die Verordnungen in anderer geeigneter Weise – insbesondere durch Rundfunk, Internet oder Veröffentlichung in einem oder mehreren periodischen Medienwerken, die Anzeigen veröffentlichen, insbesondere in Tageszeitungen – kundzumachen.“

³² Siehe *Eisenberger/Urbantschitsch*, Europäische Verwaltungszusammenarbeit dargestellt am Beispiel des Energierechts, in Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 461 (477ff).

D. Inhaltliche Legitimation, Verantwortung & rechtsstaatliche Kontrolle

Ausgangspunkt der inhaltlichen Legitimation der Regulierungsbehörden ist die Bindung an die gesetzlichen Vorgaben, die durch das Parlament bestimmt werden. In Zusammenhang mit Regulierungsbehörden wird allerdings zum Teil argumentiert, dass das Regulierungsrecht durch eine reduzierte Form der Gesetzesbindung und durch eine Erweiterung der Ermessensspielräume der Regulierungsbehörden charakterisiert wird.³³ Die Bedeutung dieses sog. „Regulierungsermessens“ ist besonders in der Telekommunikationsregulierung ausgeprägt,³⁴ spielt aber auch für das Energieregulierungsrecht eine gewisse Rolle. Prinzipiell ist festzuhalten, dass im Grundsatz keine verdünnte Gesetzesbindung in der Energieregulierung besteht und damit auch keine Aushöhlung des Art 18 B-VG stattfindet. Dennoch kommt der finalen Programmierung in Form von Zielbestimmungen etwa gem § 4 E-ControlG eine gewisse Bedeutung für die Vollziehung des Energierechts zu. Auch im Energierecht finden sich planerische Entscheidungen, wie etwa über die Höhe der Systemnutzungsentgelte, bei denen eine finale Determinierung zu bejahen ist. Damit kommt der Regulierungsbehörde ein beschränktes Regulierungsermessen zu,³⁵ das allerdings nicht darüber hinaus extensiv auszulegen ist.

Die Konsequenz einer reduzierten Bindung an das Legalitätsprinzip und der Ausweitung des eigenen Gestaltungsspielraums der Regulierungsbehörde ist sowohl die Reduktion des staatlichen Legitimationsniveaus als auch die Ausweitung der eigenständigen Gestaltungsbefugnisse, mit denen ein erhöhter Bedarf an demokratischer Legitimation einhergeht.

Über die Gesetzesbindung hinaus vermittelt in der allgemeinen staatlichen Verwaltung vor allem die Weisungsbindung die inhaltliche Legitimation. Aufgrund der

³³ Siehe dazu kritisch mwN C. *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I (2013) 190ff.

³⁴ Siehe dazu unten.

³⁵ C. *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I (2013)200.

Weisungsfreistellung der Regulierungsbehörde verbleibt sodann die angemessene staatliche Aufsicht, die eine inhaltliche Legitimation vermitteln kann.

Als innerbehördliche Aufsicht besteht der vom Wirtschaftsminister bestellte Aufsichtsrat, der gem § 15 E-ControlG vor allem für Budgetangelegenheiten von Relevanz ist. Gem § 7 Abs 4 E-ControlG hat der Vorstand „dem Aufsichtsrat regelmäßig über die Entwicklung der Energiemärkte, die Tätigkeitsschwerpunkte und den Gang der Geschäfte der E-Control sowie über wesentliche Abweichungen vom Budget [zu berichten]. Über außergewöhnliche Ereignisse berichtet der Vorstand dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates unverzüglich.“

Gem § 28 E-ControlG bestehen Berichtspflichten, die dem Wirtschaftsminister zur Verfügung zu stellen und zT dem Nationalrat vorzulegen bzw generell zu veröffentlichen sind. Darüber hinaus kann sich der Wirtschaftsminister gem § 5 Abs 3 E-ControlG „jederzeit über alle Gegenstände der Geschäftsführung und Aufgabenerfüllung [...] unterrichten [lassen]. Alle Organe der E-Control haben dem Bundesminister für Wirtschaft [...] unverzüglich und auf Verlangen schriftlich alle diesbezüglichen Anfragen zu beantworten.“

Insgesamt sind die Aufsichtsbefugnisse des Wirtschaftsministers nicht sehr elaboriert und hängen wesentlich davon ab, inwieweit sich die entsprechenden Beamten des Ministeriums in die laufenden Geschäfte der E-Control – zumindest informationell – involvieren. Aufgrund der beschränkten zeitlichen, personellen und informationellen Ressourcen des Ministeriums ist allerdings davon auszugehen, dass sich die Aufsicht tendenziell auf ein Mindestmaß beschränken wird. Über die Funktionen des Aufsichtsrats und des Regulierungsbeirats hinaus sind dem Ministerium nicht nur Informationsrechte einzuräumen, sondern wäre in Hinblick auf die Verbesserung der demokratischen Legitimation die Nutzung der informationellen Aufsichtspflichten dem Ministerium gesetzlich aufzutragen.

Eine besondere Frage ergibt sich im Hinblick auf den personellen Austausch zwischen Aufsichtsbehörde und Regulierungsbehörde, inwieweit etwa die Aufsichtsbeamten aus der zu beaufsichtigten Behörde rekrutiert werden.³⁶

Jenseits der ministeriellen Aufsicht verbleibt schließlich noch die parlamentarische Kontrolle von Regulierungsbehörden in den unterschiedlichen Formen von Kontrollrechten der Legislative, etwa in Form von Interpellation, Rechnungshof und Volksanwaltschaft als Hilfsorgane des Parlaments. Explizit sieht § 18 E-ControlG eine parlamentarische Kontrolle durch die zuständigen Ausschüsse des Nationalrates und des Bundesrates vor, die die Anwesenheit eines Vorstandsmitglieds oder des gesamten Vorstandes der E-Control in Sitzungen der Ausschüsse verlangen und diese über alle Gegenstände der Geschäftsführung befragen können. Bezüglich der Regulierungskommission wird davon ausgegangen, dass dem Parlament aufgrund von Art 52 Abs 1a B-VG entsprechende Kontrollrechte zukommen.³⁷ Auch die parlamentarische Kontrolle steht und fällt mit der Nutzung der Möglichkeiten durch das Parlament.

Gem § 17 E-Control G besteht eine Gebarungskontrolle der E-Control durch den Rechnungshof. Die Volksanwaltschaft kann gem Art 148c B-VG weisungsfreien Behörden Empfehlungen erteilen. Wie bei Art 52 Abs 1a B-VG ist fraglich, ob damit die ausgegliederte Regulierungsbehörde erfasst wird.³⁸

Insgesamt sind die rechtlich vorgesehenen Kontrollmöglichkeiten nicht als umfassend, aber in ihrer Gesamtheit doch als substantiell zu verstehen. Die entscheidende Frage ist

³⁶ Mit der Übernahme von Personen der Regulierungsbehörde in die Aufsichtsbehörde sind Vor- und Nachteile verbunden. Zum einen sind die internen Problemfelder bekannt und aufgrund der persönlichen Kontakte sind Kooperationen einfacher, auf der anderen Seite könnte auf diese Weise die Aufsichtsfunktion untergraben werden.

³⁷ „Die zuständigen Ausschüsse des Nationalrates und des Bundesrates sind befugt, die Anwesenheit des Leiters eines gemäß Art. 20 Abs. 2 weisungsfreien Organs in den Sitzungen der Ausschüsse zu verlangen und diesen zu allen Gegenständen der Geschäftsführung zu befragen.“ Siehe dazu *Holoubek*, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in Storr (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2012) 99 (112).

³⁸ Kritisch zur Funktion der Volksanwaltschaft *B. Müller*, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2011) 362ff

daher, inwieweit die vorhandenen Kontrollmöglichkeiten auch durch die unterschiedlichen Institutionen genützt werden. Hier wäre durch die gesetzliche Normierung von Kontrollpflichten eine strukturelle Verbesserung der Kontrolle und damit der demokratischen Legitimation erzielbar.

E. Rechtsakte und Instrumente

- Verordnungsermächtigung der E-Control Kommission

Im Rahmen der Aufgaben der Regulierungskommission kommt dieser gem § 12 Abs 2 E-Control-G auch die Befugnis zu, bestimmte Verordnungen zu erlassen. Diese Bestimmung ist verfassungsrechtlich abgesichert.³⁹ Die verfassungsgesetzliche Konzeption der Verordnungsermächtigung ist in Hinblick auf die Rsp des VfGH auch als erforderlich zu bezeichnen. So hat der VfGH in Hinblick auf die Übernahmekommission in VfSlg 17.961/2006 die Unzulässigkeit der Verordnungsermächtigung von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag ausgesprochen:

„Legt der (einfache) Gesetzgeber in einer bestimmten Angelegenheit die Zuständigkeit einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag, also einer weisungsfreien Behörde, zur Verordnungserlassung fest, so würde er auch in die Leitungsbefugnis der obersten Organe eingreifen und damit Art20 Abs1 B-VG verletzen. Eine Auslegung, wonach neben der Zuständigkeit der Kollegialbehörde auch das oberste Organ oder allenfalls auch andere nachgeordnete Organe Verordnungen erlassen dürften, würde zu einer Konkurrenz zwischen dem parlamentarisch verantwortlichen obersten Organ und einer weisungsfreien Behörde führen. Ein solches Verständnis ist aber dem Verfassungsgesetzgeber ebenso wenig zusinnbar, wie die Schaffung einer Zwitterstellung eines Kollegialorgans nach Art133 Z4 B-VG in dem Sinne, dass es nur bei Erlassung von Bescheiden unabhängig, aber bei Erlassung von Verordnungen an Weisungen oberster Organe gebunden ist.

³⁹ C. Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1208.

Im Übrigen ist es auch im Sinne des die Rechtsordnung beherrschenden demokratischen Gedankens bedenklich, die Schaffung genereller Normen, also von Akten der materiellen Gesetzgebung unabhängigen Organen zu übertragen, die - anders als bei der Verordnungserlassung durch oberste Organe und deren weisungsgebundenen nachgeordneten Organen - weder der unmittelbaren noch der mittelbaren parlamentarischen Kontrolle unterliegen".⁴⁰

Auch wenn die konkrete Ausgestaltung der E-Control bestimmte Formen der parlamentarischen Kontrolle vorsieht, und die Tätigkeit sich nicht nur auf Verwaltungskontrolle, sondern auch auf Verwaltungsführung bezieht, so bleibt doch die grundlegende Problematik der Schaffung genereller Normen bestehen. Die Nicht-Differenzierung der Verfassung in Hinblick auf unterschiedliche Funktionen von Verordnungen (zur Gesetzeskonkretisierung und zur Verwaltungsführung) einerseits und die mangelhafte demokratische Legitimation der E-Control andererseits verbessern die Situation nicht. Im Gegenteil: Durch die Verordnungskompetenzen der E-Control erhöht sich der Maßstab für die demokratische Legitimation, da die rechtssetzende Befugnis für generelle Normen eine stärkere rechtliche Auswirkung auf das Rechtssystem und die Normadressaten hat. Die verfassungsrechtliche Absicherung löst das Problem mangelhafter demokratischer Legitimation nicht, sondern entzieht die Fragestellung vielmehr der verfassungsgerichtlichen Überprüfung.⁴¹

- Verordnungsermächtigung der E-Control

Neben der E-Control Kommission ist auch der Vorstand zur Erlassung von Verordnungen ermächtigt.⁴² Aufgrund der Weisungsfreistellung des Vorstands der E-Control stellt sich bei diesem in gleicher Weise die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung. Konnte im Rahmen der E-Control GmbH aufgrund der Beleihungs-Rsp des VfGH im Grundsatz⁴³ eine Verordnungsermächtigung für beliehene

⁴⁰ Siehe zur Kritik am Erk mwN C. *Schneider*, *Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II* (2013) 1199.

⁴¹ Siehe *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹⁰ (2014) Rz 87.

⁴² Siehe etwa §§ 16 Abs 2, 19 Abs 1, 23 Abs 4a ua EIWOG 2010.

⁴³ Siehe allerdings in Bezug auf die Kernbereichs-Rsp das E-Control Erk des VfGH.

Private noch bejaht werden, so kann durch die Weisungsfreistellung der E-Control auch hier keine Integration in das System des B-VG erfolgen. Auch in diesem Zusammenhang muss mittels Verfassungsbestimmung (in concreto: die Aufgabenübertragung gem § 23 E-ControlG) die Zulässigkeit der Verordnungskompetenz sichergestellt werden. Die Fragestellungen der demokratischen Legitimation bleiben wie bei der Regulierungskommission bestehen.

- Verordnung – Bescheid – Kombinatorik

Auffällig ist schließlich auch die Kombination von hoheitlichen Verwaltungsakten im Bereich des Regulierungsrechts. So erlässt etwa der Vorstand der E-Control gem § 48ff ElWOG Bescheide in Hinblick auf die Kosten und das Mengengerüst von Netzbetreibern und bestimmt die Regulierungskommission darauf aufbauend die Systemnutzungsentgelte per Verordnung (gem § 49 ElWOG). Die individualisierten Kostenbescheide fließen in die generell geltenden Nutzungsentgelte mit ein. Entgegen der allgemeinen Konzeption, dass die generelle Norm der individuellen vorgeht, werden in diesem Fall von ein und derselben Behörde zuerst die individuelle und dann die generelle Norm erlassen. Es zeigt dies die vollständige Auflösung klassischer Handlungsformstrukturen. In Hinblick auf den Rechtsschutz fehlt es allerdings an entsprechenden Anpassungen, die im Folgenden näher ausgeführt werden.

- Problematik des Rechtsschutzes

Die Bedeutung des Ordnungsrechts jenseits der Gesetzeskonkretisierung ist einer Durchführungsverordnung zum Gesetz besteht primär in der Steuerung von Verhalten im Regulierungsrecht. Damit kommt der Verordnung – ähnlich etwa zum Verkehrsrecht – eine vollziehende Funktion zu, die vielmehr dem Bescheid als der hoheitlichen Rechtsaktform entspricht, obwohl der Adressatenkreis generell ausgestaltet ist.

Auf diese Differenzierung von Verordnung nach ihrer Funktion (Gesetzeskonkretisierung / Verwaltungsführung) nimmt die österreichische Verfassung nicht (ausreichend) Bezug.

Konsequenz dieser Nicht-Differenzierung ist schließlich der einheitliche Rechtsschutz gegen Verordnung in Form eines Individualantrags beim VfGH. Die damit verbundene hohe Eintrittshürde in den Rechtsschutz beim VfGH bzw der oft komplizierte und langwierige (aber zum Teil doch als zumutbar erachtete) Umweg führt schließlich zu Rechtsschutzdefiziten im Energierecht in Hinblick auf die Möglichkeiten, Verordnungen anzufechten. Damit verbunden leiden aber auch die Rechtskontrolle und damit die Überprüfung der Rechtskonformität von Verwaltungsrecht. Schließlich ist die mangelnde Effektivität der Rechtskontrolle nur noch graduell von einer Erweiterung des Ermessensspielraums der Regulierungsbehörde zu unterscheiden, womit wiederum eine Reduktion des demokratischen Legitimationsniveaus einhergeht.

Durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz hat sich auch der Rechtsschutz erheblich verschoben. Die Regulierungskommission ist nicht mehr zweitinstanzliche Behörde. Der Rechtsschutzweg führt von der erstinstanzlichen behördlichen Entscheidung durch den E-Control Vorstand direkt an das Bundesverwaltungsgericht (§ 9 E-ControlG). Es kommt damit institutionell zu einer Stärkung des rechtsstaatlichen Rechtsschutzes.

F. Schlussfolgerungen

Die E-Control entspricht nicht der verfassungsrechtlichen Konzeption der Verwaltung, weder bei einem restriktiven noch bei einem extensiven Verständnis des Art 20 Abs 2 B-VG. Sie berücksichtigt weder die Kompetenzverteilung noch die Rsp zur Beleihung oder die Gewaltenteilung. Die Ausgestaltung der demokratischen Legitimation ist als zu gering zu bezeichnen. Die formelle Verfassungswidrigkeit der E-Control ist der Kontrolle durch den VfGH dadurch entzogen, dass diese offenkundig verfassungswidrigen Bestimmungen im Verfassungsrang beschlossen wurden. Die verfassungsrechtliche (Un)Kultur in der österreichischen Gesetzgebung findet ihre Schranken in der Rsp des VfGH zur schleichenden Gesamtänderung der Bundesverfassung und der Aufhebung der Bestimmung des § 126b BVergG durch den VfGH als verfassungswidriges Verfassungsrecht. Die Anzahl der Verfassungsbestimmungen im E-ControlG und die

damit verbundenen quantitativen und qualitativen Durchbrechungen des Verfassungskonzepts lassen zumindest an die Regelung des Bundesvergabegesetzes erinnern. Die Einschränkung des Kontrollmaßstabes des VfGH im Energieorganisationsrecht ist jedenfalls beachtlich.

Zu Recht weist *Holoubek*⁴⁴ darauf hin, dass die E-Control nicht mit gerichtlichen bzw gerichtsähnlichen Einrichtungen verglichen werden kann, da der E-Control auch Kompetenzen der Verwaltungsführung zukommen. Es gilt an dieser Stelle allerdings noch einen Schritt weiterzugehen. Die Regulierungsbehörde E-Control lässt sich nicht mehr den Formen der Gewaltenteilung einer Staatsgewalt alleine zuordnen, sondern ist als gewaltenverbindende Organisation zu verstehen. Sie wirkt rechtssetzend und dies unter geringerer Bindung an die Gesetze aufgrund der ihr eröffneten Spielräume, sie ist verwaltungsführend und schließlich kontrollierend gerichtsähnlich tätig. Man ist in diesem Zusammenhang geneigt, im Sinne der europarechtlichen Terminologie vielmehr von einem institutionellen Gleichgewicht zu sprechen, denn eine brauchbare Verwendung für die Gewaltenteilungsterminologie finden zu können.

Die Hybridität der E-Control bezieht sich nicht nur auf die Gewaltenteilung, sondern – wie erwähnt – auch auf die Zwischenstellung zwischen innerstaatlicher und europäischer Organisation. Die europäischen Vorgaben prägen die innerstaatliche Organisationsform so stark, dass diese den nationalen Rahmenbedingungen nicht mehr entspricht.⁴⁵ Es besteht damit eine Entwicklung hin zum europäischen Agenturkonzept.⁴⁶ Dies wiederum führt zu einer organisatorischen Stellung zwischen Staat und Privat. Die Organe der Anstalt des öffentlichen Rechts sind bezeichnender Weise „Vorstand“ und „Aufsichtsrat“.

⁴⁴ *Holoubek*, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in Storr (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2012) 99

⁴⁵ Siehe zum strukturellen Einfluss von europäischer Seite *Müller*, "Agentur hat Konjunktur", Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 261.

⁴⁶ Siehe *Müller*, „Agentur hat Konjunktur“ – „Agencification“ und demokratische Verwaltungslegitimation, in Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 11 (2011) 261.

All diese Ergebnisse der Analyse haben auch ihre Bedeutung für die demokratische Legitimation, die nicht mehr durch traditionelle und konventionelle Formen erfolgt. Es kommt daher vor allem ausdifferenzierten Ernennungsverfahren, transparenten Verfahren der Regulierungsbehörden, der Reduktion von Regulierungsermessen, der Ausweitung des Rechtsschutzes sowie einer effektiven und weiter ausdifferenzierten Aufsicht besondere Bedeutung zu, um die demokratische Legitimation zu erhöhen. Trotz vielfacher Betonung des Sachverstandes als Legitimationsquelle sollte dieser in seiner Bedeutung für eine demokratische (und eben nicht technokratische) Legitimation nicht überbewertet werden. Es entsteht durch die Bündelung des Sachverstands bei den Regulierungsbehörden vielmehr die Problematik, dass die Aufsicht (und damit die demokratische Kontrolle) nicht mehr adäquat durchgeführt werden kann.

3. Telekommunikationsrechtliche Regulierung im Lichte demokratischer Vorgaben

A. Einleitung

Im Vergleich zur Energieregulierung ist die telekommunikationsrechtliche Regulierung im Rahmen des österreichischen Modells der Organisation von Regulierungsbehörden umgesetzt.⁴⁷ Dieses zweistufige Modell besteht aus einer Telekom-Control Kommission, die eine Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag im Sinne des Art 20 Abs 2 B-VG darstellt, und der Rundfunk- und Telekom-Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), die in unterschiedlichen aber eben auch in telekommunikationsregulatorischen Angelegenheiten tätig wird. Die RTR-GmbH ist ein ausgegliederter Rechtsträger des Privatrechts, der mit hoheitlichen Aufgaben betraut ist und im 100% Eigentum des Bundes steht.⁴⁸

Im Gegensatz zur Regulierung im Energiebereich, die vor der Umsetzung des 3. Binnenmarktpaktes im Jahr 2010 in ähnlicher Weise organisiert war, bestehen im Telekommunikationsbereich die österreichischen Strukturen des Regulierungsrechts weiter. Diese Strukturen wurden in den letzten 15 Jahren in einem dialogischen Prozess von (Verfassungs)Gesetzgeber und VfGH verhandelt und weiterentwickelt. Zwei Rsp-Linien sind dabei insbesondere zu betonen: die Ausgliederungs-Rsp des VfGH⁴⁹ und die Rsp zu den Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag.⁵⁰

⁴⁷ C. Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1078ff; B. Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2011) 124ff.

⁴⁸ Holoubek / Damjanovic, Telekommunikationsrecht, Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht³ II (2013) 1061 (1121).

⁴⁹ Lachmayer, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Ausgliederungsdebatte, Juristische Blätter 2007, 750.

⁵⁰ Siehe Damjanovic, Weisungsfreie Behörden: der Vorschlag für eine Neufassung des Art 20 Abs 2 B-VG, JRP 2007, 222; Grabenwarter/Holoubek, Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag - Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Einrichtung von Kollegialbehörden nach Art 20 Abs 2 und Art 133 Z 4 B-VG, ZfV 2000, 194.

Zentrales Element beider Rsp-Linien ist die demokratische Legitimation. Die Beleihung von Regulierungs-GmbHs stellt die wesentliche Fragestellung der Ausgliederungs-Rsp dar. Der VfGH entwickelte dabei Kriterien, die sichern, dass trotz der Verselbstständigung der Regulierungsbehörde in Form einer GmbH dennoch der staatliche Einfluss und damit die demokratische Legitimation der GmbHs gewährleistet werden. Die vom VfGH entwickelten Kriterien beziehen sich auf die Ingerenz, also die Einflussmöglichkeiten auf die GmbH, die Reduktion der übertragbaren Aufgaben insbesondere in Hinblick auf die Quantität („Vereinzelte Aufgaben“) und die Qualität („Kernaufgaben“). Schließlich verlangt der VfGH einen erhöhten Rationalitätsmaßstab (Sachlichkeitsgebot, Effizienzprinzip). All diese Kriterien dienen dazu, demokratische Legitimation zu gewährleisten und eine Rückbindung des hoheitlichen Handelns an die demokratischen Vorgaben zu ermöglichen. Insoweit bleiben die ausgegliederten Rechtsträger im personellen und inhaltlichen Einflussbereich der ministeriellen Bundesverwaltung.

In Hinblick auf die weisungsfreien Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag wählte der VfGH eine andere Strategie. Grund dafür war die Begrenzung des inhaltlichen Einflusses aufgrund der Weisungsfreistellung. Wiederum aus Gründen der demokratischen Legitimation führte der VfGH Beschränkungen ein, wobei er Felder definierte, in denen die Einrichtung weisungsfreier Verwaltung als zulässig erachtet werden. Neben gerichtsähnlichen Funktionen stützte der VfGH die Einrichtungsbefugnis zum einen auf den Sachverstand zur Legitimation und zum anderen auf das Europarecht als Legitimationsgrund. Auf diese Weise kam es bereits aufgrund der Rsp des VfGH zu einer partiellen Verschiebung des verfassungsrechtlichen Grundkonzepts in Hinblick auf die demokratische Legitimation der Verwaltungsführung.

Während die Rsp zu den Ausgliederungen zu keiner Positivierung im Verfassungstext führte, wurde durch die Verfassungsnovelle gem BGBl I 2008/2 die Rsp des VfGH zu den Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag nicht nur in den Verfassungstext übernommen, sondern auch erheblich erweitert. Auf diese Weise wurde ein neues Konzept demokratischer Legitimation, basierend auf einem Aufsichtsrecht und auf parlamentarischer Kontrolle gem Art 52 Abs 1a B-VG, geschaffen. Für die Gewährleistung demokratischer Legitimation im selben Legitimationsniveau ist es erforderlich, die

unterschiedlichen Elemente der demokratischen Legitimation bestmöglich auszuschöpfen.

B. Institutionell-personelle Legitimation

- RTR-GmbH

Die RTR-GmbH ist im Gegensatz zu anderen Organen im Regulierungsrecht nicht auf einen Regulierungsbereich beschränkt, sondern bezieht sich auf die Bereiche Medien, Telekommunikation und Post. In ihrer Binnenorganisation ist die RTR-GmbH im Sinne des privatrechtlichen Gesellschaftsrechts organisiert. Da es sich bei der RTR-GmbH zu 100% um eine Tochter des Bundes handelt, besteht auch ein entsprechender gesellschaftsrechtlicher Einfluss auf die GmbH. „Die Verwaltung der Anteilsrechte für den Bund obliegt dem Bundeskanzler im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie“.⁵¹

Überdies besteht keine Weisungsfreistellung, wie dies im Rahmen der E-Control der Fall ist. § 16 KommAustria-Gesetz (KOG) sieht die Einrichtung der RTR-GmbH zur Unterstützung unter anderem der Telekom-Control Kommission vor. § 16 Abs 1 KOG sieht weiters vor, dass „[d]ie Gesellschaft [...] zwei Geschäftsführer [hat], einen Geschäftsführer für den Fachbereich Medien und einen Geschäftsführer für den Fachbereich Telekommunikation und Post“, wobei der Geschäftsführer für den Fachbereich Telekommunikation und Post vom Verkehrsminister bestellt wird.

§ 17a KOG⁵² sieht spezifische Regelungen in Hinblick auf den Geschäftsführer für den Fachbereich Telekommunikation und Post vor.⁵³ Die Regelungen beziehen sich auf eine allgemeine Ausschreibung (ohne dieses Verfahren näher zu konkretisieren) und auf die Funktionsperiode (ohne diese näher festzulegen).

⁵¹ § 16 Abs 1 KOG.

⁵² Eingeführt durch die Novelle BGBl I 2011/102.

⁵³ Siehe C. Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1084.

Betreffend Unvereinbarkeiten sieht die Bestimmung des §17a KOG weitergehende Regelungen als die Parallelbestimmungen des E-ControlG vor. Ausgangspunkt ist das Verbot der Ausübung von Tätigkeiten des jeweiligen Geschäftsführers, „die Zweifel an der unabhängigen Ausübung seines Amtes oder die Vermutung einer Befangenheit hervorrufen könnte[n] oder die ihn an der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben behindert oder wesentliche dienstliche Interessen gefährdet“.⁵⁴ Darüber hinaus bestehen aber auch Ernennungsvoraussetzungen: So sind Personen von der Bestellung zum Geschäftsführer ausgeschlossen, die Mitglieder staatspolitischer Ämter (zB BReg, NR etc), Kabinettsmitarbeiter oder Personen, die mit der Interessensvertretung betraut sind.⁵⁵ Überdies sind Personen ausgeschlossen, „die in einem Dienst-, Auftrags- oder Gesellschaftsverhältnis zu einem Betreiber eines Kommunikationsnetzes oder -dienstes oder eines Betreibers von Postdiensten stehen und Personen, die in einem Naheverhältnis zu jenen stehen, die eine Tätigkeit der RTR-GmbH, Fachbereich Telekommunikation und Post, in Anspruch nehmen oder von dieser betroffen sind“.⁵⁶

Überdies besteht eine *cooling on* Phase. „Personen, die eine der [...] genannten Tätigkeiten und Funktionen innerhalb des letzten Jahres ausgeübt haben“, sind ebenfalls von der Ernennung zum Geschäftsführer im Bereich Telekommunikation und Post der RTR-GmbH ausgeschlossen. Die Notwendigkeit derartiger Regelungen zeigt sich auch am konkreten Fall eines Geschäftsführers. Dieser war fünf Jahre lang Leiter der Rechts- und Personalabteilung der Orange Austria Telecommunication GmbH.⁵⁷ Diese Tätigkeit übte er bis zum Jahr 2013 aus. Im Jahr 2014 wurde er zum Geschäftsführer im Bereich Telekommunikation der RTR ernannt. Auch wenn im konkreten Fall die *cooling on* Bestimmungen eingehalten wurden, so zeigt dieser Fall den Bedarf für derartige Regelungen auf. Auffällig ist im Vergleich zu den Angaben auf der Website des Vorstands der E-Control, dass auf der Website der RTR-GmbH kein Lebenslauf des Geschäftsführers zu finden ist. Schließlich fehlt es an *cooling off* Bestimmungen.

⁵⁴ § 17a Abs 4 KOG.

⁵⁵ § 17a Abs 3 iVm § 4 Abs 1 Z 1,3,6 KOG

⁵⁶ § 17a Abs 3 KOG.

⁵⁷ <http://www.bmvit.gv.at/presse/aktuell/nvm/2013/0605OTS0069.html>.

Die Bestimmungen des § 17a Abs 5 KOG verpflichten den Geschäftsführer „Tätigkeiten, die er neben seiner Tätigkeit in der RTR-GmbH ausübt, unverzüglich dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zur Kenntnis zu bringen.“ Diese Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass Nebentätigkeiten bestehen können. Im Sinne der Transparenz wären diese nicht nur dem Bundesminister, sondern der Öffentlichkeit (etwa im Rahmen der Website) bekannt zu geben.

Weitere sonder-organisationsrechtliche Regelungen der GmbH sieht § 16 Abs 5 KOG vor: „Dem Aufsichtsrat der RTR-GmbH haben je ein fachkundiger Vertreter des Bundeskanzleramtes und des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie sowie je ein vom Bundeskanzler und ein vom Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie bestelltes weiteres Mitglied anzugehören. Ferner gehören jeweils ein von der Vollversammlung der KommAustria und ein von der Telekom-Control-Kommission bestimmtes Mitglied dem Aufsichtsrat an.“ Durch den Aufsichtsrat bestehen sowohl staatliche Einflussmöglichkeiten als auch Informationszugang.

In Hinblick auf ihre Funktion im Telekommunikationsrecht legt § 17 Abs 2 KOG eindeutig die unterstützende Rolle fest: „Die RTR-GmbH bildet den Geschäftsapparat der Telekom-Control-Kommission. Dabei unterstützt sie die Telekom-Control-Kommission unter deren fachlicher Leitung und Weisung bei der Erfüllung der der Telekom-Control-Kommission gesetzlich übertragenen Aufgaben (§ 117 TKG 2003) und Ziele (§ 1 Abs. 2 TKG 2003) sowohl durch administrative Unterstützung als auch durch fachliche Unterstützung in technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Angelegenheiten in den von dieser zu führenden Verfahren. Der RTR-GmbH obliegt weiters die Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Telekom-Control-Kommission und der RTR-GmbH.“ Obwohl laut § 115 Abs 1 TKG die RTR GmbH „sämtliche Aufgaben, die durch dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen“ hat, handelt es sich bei diesen Aufgaben primär um

Informationsmanagement; die hoheitlichen Aufgaben verbleiben im Zuständigkeitsbereich der Telekom-Control-Kommission.⁵⁸

- Telekom-Control Kommission

Gem §§ 116 ff TKG ist eine Telekom-Control Kommission (TKK) eingerichtet, die gem § 116 Abs 2 TKG bei der RTR-GmbH angesiedelt ist und die die Geschäftsführung der TKK übernimmt. Die Mitglieder der TKK sind gem § 116 Abs 3 TKG iVm Art 20 Abs 2 B-VG weisungsfrei gestellt. Die TKK besteht nur aus drei Mitgliedern, die von der BReg gem § 118 Abs 1 TKG ernannt werden, wobei ein Mitglied aus dem Richterstand auf Vorschlag des Präsidenten des OGH zu bestellen ist, das den Vorsitz in der TKK führt. Die zwei anderen Mitglieder werden von der BReg auf Vorschlag des BMVIT ernannt, wobei diese technische bzw. ökonomisch-juristische Kompetenzen vorweisen müssen. Die Funktionsperiode beträgt fünf Jahre, wobei die Wiederbestellung (unbegrenzt) möglich ist. Ein Ausscheiden aus der Funktion erfolgt im Falle des Todes, freiwillig oder bei mehrfachem unentschuldigtem Fernbleiben von Sitzungen. § 118 Abs 6a TKG sieht bemerkenswerter Weise vor, dass das Ausscheiden im Amtsblatt der Wiener Zeitung zu erfolgen hat. Die Bestimmung von Ersatzmitgliedern erfolgt nicht durch die BReg, sondern direkt durch den BMVIT.

Bei den konkreten Mitgliedern der TKK fällt auf, dass neben dem richterlichen Mitglied ein Professor der Computerwissenschaften der Universität Wien das technische Know-How, und ein Konsulent der Industriellenvereinigung die ökonomischen/juristischen Kompetenzen repräsentiert. Bei den Ersatzmitgliedern findet sich als richterliches Mitglied ein Senatsvorsitzender des OLG Wien in Unternehmensrechtsangelegenheiten, ein Experte der Arbeiterkammer und ein Abteilungsleiter des BMVIT, der für Technik im Bereich Telekom-Post zuständig ist. Es zeigen sich auch im Zusammenhang mit der Telekom-Control Kommission dieselben Fragestellungen wie bei der E-Control Regulierungskommission in Hinblick auf die Tatsache, dass es sich bei der Mitgliedschaft

⁵⁸ *Holoubek / Damjanovic*, Telekommunikationsrecht, Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht³ II (2013) 1061 (1121).

in der TKK um eine Nebentätigkeit handelt. Hervorzuheben ist die Ersatzmitgliedschaft eines Mitglieds des BMVIT. Auf diese Weise kann zwar die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörde mit der TKK gestärkt werden; in Hinblick auf die Unabhängigkeit der TKK ist darin allerdings kein Vorteil zu erblicken. Negativ ist, dass – wie bei der RTR-Geschäftsführung und bei der E-Control Regulierungskommission – keine weiterführenden Informationen zu den Personen auf der Website zu finden sind. Es stehen weder Informationen über die sonstigen Tätigkeiten noch ein Lebenslauf zur Verfügung. Diesbezüglich kann die Website des E-Control Vorstands als positives Beispiel genannt werden.

Bei Vergleich der E-Control Regulierungskommission und der TKK miteinander fällt überdies auf, dass ein ehemaliger Chefökonom der Industriellenvereinigung in beiden Regulierungskommissionen Mitglied ist. Überdies ist seine Mitgliedschaft in der Wettbewerbskommission der Bundeswettbewerbsbehörde hervorzuheben. Die Ämterkumulation im Bereich unabhängiger Regulierungsbehörden ist – auch wenn keine rechtlichen Inkompatibilitäten bestehen – als demokratisch höchst problematisch anzusehen. Dies schon aus Perspektive des Sachverstandes, der nicht in allen Bereich gleichermaßen ausgeprägt ist. Darüber hinaus ist darin aber auch ein strukturelles Problem zu erkennen. Die den Regulierungskommissionen zugewiesenen Aufgaben und Funktionen sind weitreichend und in Weisungsfreiheit auszuüben. Die durch den Staat damit zugewiesene Macht ist im Rahmen jeder einzelnen Regulierungsbehörde beachtlich. Es ist aber nicht Sinn der Einrichtung unterschiedlicher Regulierungsbehörden, dass immer dieselben Personen diese Funktion ausüben. Auf diese Weise kommt es zu einer Machtfülle durch Zusammenführung der Funktionen der unterschiedlichen Regulierungsbehörden in Personalunion, die den Grundsätzen der Verantwortlichkeit und Kontrolle nicht entsprechen. Letztlich gibt es dafür auch keinen sachlichen Grund; Ziel könnte es vielmehr sein, auf diese Weise doch Einfluss auf die Behörde durch besondere Loyalität ausüben zu wollen oder zu können. Aus demokratischer Sicht ist eine Trennung der Funktionen der unterschiedlichen Regulierungsbehörden einzufordern (auch in Hinblick auf das richterliche Mitglied). Ziel der Schaffung von Regulierungsbehörden ist nicht die Machtkumulation bei einzelnen Personen, die sodann auf unterschiedlichste Regulierungsbereiche ihre Vorstellungen

entfalten können. Es ist vielmehr durch abgegrenzte Sachbereiche und sachlich kompetente Personen die möglichst kompetente Aufgabenerfüllung zu gewährleisten.

Generell ist das Fehlen von Inkompatibilitätsbestimmungen im Vergleich zur E-Control Kommission gem § 10 Abs 4 E-ControlG auffällig, womit eine Reduktion des Unabhängigkeitskonzepts verbunden ist.

C. Prozedurale Legitimation und Transparenz

Im Rahmen der Telekommunikationsregulierung bestehen unterschiedliche verfahrensbezogene Transparenzbestimmungen. Gem § 123 Abs 1 TKG sind „Entscheidungen der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH und der Telekom-Control-Kommission von grundsätzlicher Bedeutung [...] unter Berücksichtigung des Datenschutzes in geeigneter Weise zu veröffentlichen.“⁵⁹ § 19 Abs 1 KOG bestätigt diese Bestimmung: „Entscheidungen der KommAustria und der RTR-GmbH sind unter Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Bestimmungen in geeigneter Weise zu veröffentlichen.“

Der EU Kommission kommt in den nationalen Verfahren eine besondere Bedeutung zu. So bestehen nicht nur Informationspflichten der Regulierungsbehörde auf Antrag der EU Kommission gem § 124 TKG, sondern auch spezifische Koordinationsverfahren gem § 129 TKG, wobei den Stellungnahmen der EU Kommission gem Abs 2 leg cit „weitestgehend Rechnung zu tragen“ ist. Gem Abs 3 ff leg cit weitergehende Vetorechte. Die Kooperation der EU-Kommission mit den nationalen Regulierungsbehörden wird unterschiedlich

⁵⁹ Gem § 123 Abs 2 TKG: „Die Regulierungsbehörde veröffentlicht unter Bedachtnahme auf § 125 Informationen, die zu einem offenen, wettbewerbsorientierten Markt beitragen.“ §125: „(1) Die Regulierungsbehörde hat ihr bekannt gewordene Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse insbesondere nach Maßgabe des Datenschutzgesetzes zu wahren. (2) Die Qualifizierung einer Tatsache als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis obliegt der Regulierungsbehörde, die dabei auch eine Abwägung der Interessen des Berechtigten an der Geheimhaltung einerseits und den Interessen Dritter an deren Offenlegung andererseits vorzunehmen hat. (3) Hegt die Regulierungsbehörde berechtigte Zweifel an der Schutzwürdigkeit der Geheimhaltung einer Tatsache, hat sie dies dem Berechtigten mitzuteilen und ihn aufzufordern, sein wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung glaubhaft zu machen.“

bewertet, wobei die nationale und unabhängige Entscheidungshoheit der Regulierungshoheit zumindest eingeschränkt wird.⁶⁰ Auch wenn eine begründete Abweichung von der Stellungnahme der EU Kommission möglich ist, und die innerstaatliche Regulierungsbehörde in Abweichung vom Veto der EU Kommission eine Entscheidung treffen kann, so sind mit derartigen Entscheidungen der Regulierungsbehörde weitere innerstaatliche und europäische Verfahren verknüpft, durch die die Entscheidung der Regulierungsbehörde im Sinne des Einflusses der EU Kommission wiederum relativiert werden.

In Verfahren zur Marktdefinition und Marktanalyse gem §§ 36 ff TKG entscheidet die Regulierungsbehörde gem § 36 Abs 2 TKG durch Bescheid. Gem § 121 Abs 5 TKG entscheidet gegen Bescheide der TKK das BVerwG, das wiederum gem § 28 Abs 2 VwGVG⁶¹ in der Sache selbst zu entscheiden hat. Damit stellen sich aber auch Fragen der Koordinierung auf Ebene des BVerwG, die durch § 129 TKG nicht erfasst sind. Demgegenüber steht das Regulierungsermessen der Regulierungsbehörde, das gem Art 130 Abs 3 B-VG und § 28 Abs 4 VwGVG durch das BVwG nur in Hinblick auf die Überschreitung desselben überprüft werden kann.⁶² Das Zurückdrängen gerichtlicher Entscheidungskompetenz verbunden mit der Reduktion gesetzlicher Determinierung bedeutet den Abbau nationalstaatlicher Entscheidungsstrukturen durch Isolierung der Regulierungsbehörde von nationalstaatlichen Vorgaben sowie nationalstaatlicher Kontrolle.⁶³ Damit verbunden ist wiederum eine stärkere strukturelle Anbindung an europäische Organisationsstrukturen.

In Hinblick auf die österreichische Beteiligung im Gremium der Europäischen Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK / BEREC) fällt auf, dass

⁶⁰ Siehe ausführlich zur Debatte mwN C. *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1338ff, 1336ff.

⁶¹ Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – BGBl I 2013/33).

⁶² Siehe dazu sogleich unter D.

⁶³ Siehe zur Problematik C. *Fuchs*, Zur "Regulierungsautonomie" nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011, 943.

Österreich gem § 115 Abs 1a TKG nicht durch die TKK, sondern durch den Geschäftsführer der RTR-GmbH⁶⁴ vertreten ist.⁶⁵

Im Gegensatz zur E-Control ist das Thema der Verordnungskompetenzen im Rahmen der Telekom-Control Kommission nicht von Relevanz,⁶⁶ da keine bestehen. Demgegenüber bestehen signifikante VO-Kompetenzen der RTR-GmbH. In Hinblick auf das Telekommunikationsrecht finden sich zahlreiche Verordnungskompetenzen auf Ebene des BMVIT.⁶⁷

D. Inhaltliche Legitimation, Verantwortung & rechtsstaatliche Kontrolle

- Regulierungsermessen

Ausgangspunkt einer inhaltlichen Legitimation ist im demokratierechtlichen Konzept der österreichischen Verfassung die Bindung der Verwaltung an das Gesetz gem Art 18 B-VG. Die Gesetzesbindung wird aber im Bereich des Regulierungsrechts in besonderer Weise relativiert. Diese Relativierung beginnt im Rahmen einer finalen Programmierung etwa in Hinblick auf den Einsatz von Planungsinstrumente und führt zu Fragestellungen bezüglich des ausgedehnten Ermessens, sog Regulierungsermessens.

Während im Bereich der Energieregulierung das Thema Regulierungsermessen nicht von zentraler Bedeutung ist, kann das Telekommunikationsrecht als paradigmatisch für das sog Regulierungsermessen angesehen werden.⁶⁸ Als Beispiel für das Regulierungsermessen dient das Verfahren zur Marktanalyse und Marktdefinition. C. Fuchs bringt das Konzept wie folgt auf den Punkt:

⁶⁴ http://bereg.europa.eu/files/document_register_store/2013/7/BoR%2813%2985-BoR_Members-observers_2013.07.01.pdf

⁶⁵ Zur verfassungsrechtlichen Problematik C. Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1330 FN 1379.

⁶⁶ C. Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1199.

⁶⁷ C. Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1180; siehe auch VfSlg 19.307/2011.

⁶⁸ C. Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I (2013) 190ff, 287ff.

„Das Unabhängigkeitskonzept der europäischen Regulierungsverwaltung erschöpft sich gleichwohl nicht in formalen Unabhängigkeitsmerkmalen im Sinne eines Freiseins von funktionellen Verflechtungen und politischer Beeinflussung; vielmehr kommt auch ein materielles Verständnis von Unabhängigkeit zum Ausdruck, das darauf abzielt, die unabhängige Aufgabenwahrnehmung durch nationale Regulierungsbehörden institutionell abzusichern. Unter diesem Gesichtspunkt geht es um die Unabhängigkeit von staatlicher Einflussnahme durch Gewährleistung "autonomer" Gestaltungszonen und Begrenzung staatlicher Inhaltssteuerung. Diese "materielle" Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden ist - anders als formelle Unabhängigkeitsvoraussetzungen wie Weisungsfreiheit - sekundärrechtlich nicht *expressis verbis* vorgegeben; sie manifestiert sich vor allem in der (wiederum telekommunikationsrechtlichen) Rechtsprechung des EuGH, wie sie sich in den vergangenen Jahren zum sogenannten Regulierungsermessen einerseits und zu staatlichen Beschränkungen der regulierungsbehördlichen Entscheidungsbefugnisse durch gesetzliche Vorprogrammierung andererseits entwickelt hat.“⁶⁹

Eine Gegenüberstellung von unterschiedlichen Regulierungstätigkeiten, zum einen sachverständige Problemlösung und zum anderen als politische Lösung mehrdimensionaler Interessenskonflikte, überzeugt indes nicht.⁷⁰ Regulierungsbehördliches Tätigwerden kann nie als bloße Sachverständigentätigkeit begriffen werden, sondern trägt immer auch eine politisch entscheidende Funktion in sich. Insoweit bringt eine Integration beider Elemente in Form sachverständigen Entscheidens die ausgeübte Tätigkeit der Behörde besser zum Ausdruck. Auch die hoheitliche Handlungsweise bestätigt dieses Verständnis. Damit kann die Frage der demokratischen Legitimation nicht durch bloße Sachverständigenperspektive verdrängt werden. Umgekehrt wird auf diese Weise ein extensives Verständnis von Regulierungsermessen zum Problem der demokratischen Legitimation.

Eine kritische Auseinandersetzung mit Regulierungsermessen nimmt *C. Schneider* vor, der eine Rückführung auf bestehende innerstaatliche Konzepte für möglich hält und für ein

⁶⁹ C. Fuchs, Zur "Regulierungsautonomie" nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011, 943 (946).

⁷⁰ Ebenda, 948f.

einschränkendes Verständnis des Regulierungsermessens plädiert. Es erfolgen eine Betonung des planerischen Charakters bestimmter rechtlicher Instrumente der Regulierungsbehörden und der Versuch einer Legitimation durch Verfahren.⁷¹

- Weisung und Ingerenz

Die RTR-GmbH ist ausgegliederter Rechtsträger des Privatrechts und steht im Eigentum des Bundes. Auf diese Weise bestehen bei dieser schon aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konzeption Möglichkeiten, einen Einfluss auf die Geschäftsführer der RTR auszuüben. Eine gesetzliche Normierung von Weisungsmöglichkeiten iSd Ingerenz-Rsp des VfGH⁷² findet sich in § 18 Abs 3 KOG. Als entscheidende Ausnahme davon sind die Tätigkeiten der RTR-GmbH zu sehen (§§ 17 Abs 2 KOG iVm 18 Abs 3 KOG). Wird die RTR-GmbH für die Telekom-Control-Kommission tätig, so ist sie gem § 18 Abs 2 KOG nur den Weisungen derselben unterstellt. Im Vergleich zur Regelung der E-Control ist die RTR-GmbH stärker inhaltlich gebunden und damit legitimiert; im Kern der Tätigkeit der Telekom-Control-Kommission besteht aber ebenso eine Weisungsfreistellung von der staatlichen Verwaltung wie bei der E-Control. Es stellt sich daher die Frage nach alternativen Formen der inhaltlichen Legitimation. Primär Anknüpfungspunkt ist die staatliche Aufsicht.

- Aufsicht

Eine besondere Bedeutung kommt der Aufsicht in Hinblick auf die unabhängigen Kollegialbehörden iSd Art 20 Abs 2 B-VG zu: „Durch Gesetz ist ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten, und – soweit es sich nicht um Organe gemäß den Z 2, 5 und 8 handelt – das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund

⁷¹ C. Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I (2013)190ff.

⁷² Siehe dazu Lachmayer, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Ausgliederungsdebatte, Juristische Blätter 2007, 750 (761f).

abzuberufen.“⁷³ Die Umsetzung der Aufsichtsbefugnisse befinden sich in Hinblick auf die Telekom-Control Kommission in § 18 Abs 6 KOG, in dem der BMVIT sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der Telekom-Control-Kommission unterrichten kann. In Hinblick auf die RTR-GmbH besteht gem § 18 Abs 4 KOG die Verpflichtung zur Auskunft durch die RTR-GmbH und zur Übermittlung der entsprechenden Unterlagen.

Darüber hinaus sind die die Telekom-Control-Kommission und die RTR-GmbH gem § 19 Abs 2 KOG verpflichtet „jährlich über ihre Tätigkeiten zu berichten und die Ergebnisse in einem gemeinsamen Tätigkeitsbericht (Kommunikationsbericht) zusammenzufassen“. Die Inhalte des Berichts werden gem § 19 Abs 3 KOG gesetzlich konkretisiert. Der Bericht ist wiederum dem Bundeskanzler und dem BMVIT zu übermitteln, dem Nationalrat vorzulegen und schließlich zu veröffentlichen.

Die parlamentarische Aufsicht findet auch in Art 52 Abs 1a B-VG ihren Ausdruck, der vorsieht, dass „die zuständigen Ausschüsse des Nationalrates und des Bundesrates [...] befugt [sind], die Anwesenheit des Leiters eines gemäß Art. 20 Abs. 2 weisungsfreien Organs in den Sitzungen der Ausschüsse zu verlangen und diesen zu allen Gegenständen der Geschäftsführung zu befragen.“ Es handelt sich dabei allerdings nicht um ein Recht der parlamentarischen Minderheit, sondern nur der Mehrheit.⁷⁴

Überdies bestehen gem Art 52 Abs 2 B-VG indirekte Kontrollrechte des Parlaments hinsichtlich Unternehmungen, an denen der Bund mit zumindest 50% beteiligt ist. Diese Kontrollrechte beziehen sich allerdings auf die Mitglieder der BReg und nicht auf die Geschäftsführer der Beteiligungen selbst. Insoweit ist auch nur eine Kontrolle in Bezug

⁷³ Siehe zur Änderung des Art 20 Abs 2 B-VG aufgrund Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz RV 1618 BlgNR 24.GP, 9: „Mit der Einrichtung der Verwaltungsgerichte sollen grundsätzlich alle Sonderbehörden, die eine rechtsprechende Tätigkeit ausüben, aufgelöst werden. Dies betrifft ua. die besonderen Vergabekontrollbehörden gemäß Art. 20 Abs. 2 Z 2 B-VG sowie die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag gemäß Art. 20 Abs. 2 Z 3 B-VG. Die Ermächtigung, solche Behörden weisungsfrei zu stellen, in der Zifferaufzählung des Abs. 2 kann daher entfallen; der letzte Satz dieser Bestimmung ist entsprechend anzupassen. Auch nach dem vorgeschlagenen Entfall des bisherigen Art. 20 Abs. 2 Z 3 B-VG sollen Richter weisungsfreien kollegialen Verwaltungsbehörden angehören können, sofern diese zu den Kategorien von Behörden im Sinne der verbleibenden Tatbestände des Art. 20 Abs. 2 B-VG gehören.“

⁷⁴ Siehe *Kahl*, Art 52 Abs 1a B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), BVR-Kommentar (2011) Rz 6.

auf die Ingerenzmöglichkeiten der staatlichen Organe möglich. Eine der E-Control entsprechende sonderverfassungsrechtliche Bestimmung besteht im Rahmen der RTR-GmbH nicht.

- Verantwortlichkeit

In Hinblick auf die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer der RTR-GmbH ist auf die Bestimmung des § 17a Abs 6 KOG zu verweisen, die das Erlöschen der Funktion als Geschäftsführer in folgenden Fällen vorsieht: Zeitablauf; Tod; Rücktritt; Verlust der Wählbarkeit zum Nationalrat; schweres körperliches oder geistiges Gebrechen; mit der Feststellung der Telekom-Control-Kommission, dass der Geschäftsführer seine Pflichten gröblich verletzt oder eine Weisung nicht befolgt hat; mit der Feststellung des BMVIT, dass der Geschäftsführer eine Weisung gem § 18 Abs. 3 Z 3 KOG nicht befolgt oder eine Auskunft gem § 18 Abs. 4 nicht erteilt hat oder eine Unvereinbarkeit besteht. Kritisch zu den einschränkenden Abberufungsmöglichkeiten äußerte sich *C. Schneider*, der für eine unbeschränkte Möglichkeit zur Abberufung aus verfassungsrechtlichen Erwägungen plädiert.⁷⁵

Die Mitglieder der Telekom-Control sind nur aufgrund von Tod, freiwilligem Rücktritt, Vorliegen eines Unvereinbarkeitsgrundes sowie bei unbegründetem, mehrfachem Fernbleiben von der Sitzung auszuscheiden, wobei dieses Ausscheiden im Amtsblatt zur Wiener Zeitung zu veröffentlichen ist (§ 118 TKG).

E. Schlussfolgerungen

Im Vergleich zur E-Control entspricht das „österreichische Regulierungsbehördenmodell“ mehr den österreichischen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen. In unterschiedlichen Elementen erscheinen dennoch in Hinblick auf die Regulierung der Telekommunikationsbehörden weitere Verbesserungen der demokratischen Legitimation und demokratischen Strukturen angemessen.

⁷⁵ *C. Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1183.

Zu diesen Bereichen zählt eine Verstärkung der *cooling on/off* Bestimmung sowohl in Hinblick auf die gesetzlichen Grundlagen (im Bereich *cooling off*) und die Umsetzung in die Praxis (im Bereich *cooling on*), eine verstärkte Auseinandersetzung mit der Fragestellung des Regulierungsermessens oder der Ausbau der staatlichen Aufsicht. Schließlich sind auch Doppelmitgliedschaften in unterschiedlichen Regulierungsbehörden zu überdenken und weitergehende Transparenzvorschriften möglich.

Demokratische Legitimation ist nicht aus der Perspektive eines (verfassungsrechtlichen) Mindestmaßes zu begreifen, sondern als eine aktive Herausforderung für eine Demokratie, die mit den Entwicklungen von Europäisierung und Internationalisierung konfrontiert ist. Die Herstellung verfassungsrechtlicher Vorgaben für Regulierungsbehörden sollte in Form eines einheitlichen Konzepts erfolgen (wie dies etwa Art 20 Abs 2 B-VG oder Art 52 Abs 1a B-VG belegen) und nicht in Form verfassungsrechtlicher Sonderbestimmungen (wie dies im Rahmen der E-Control verstärkt durchgeführt wurde). Schließlich sollten verfassungsrechtliche Sonderbestimmungen nicht gegen den demokratischen Grundgedanken der Verfassung instrumentalisiert werden, sondern vielmehr zur Verstärkung desselben eingesetzt werden (wie dies etwa im Rahmen parlamentarischer Kontrollrecht bei der E-Control gelungen ist).

4. Demokratierechtliche Problemstellungen

A. Allgemeines

Regulierungsbehörden sind keine Sachverständigengremien. Allzu oft wird die Legitimation von Regulierungsbehörden im notwendigen Sachverstand gesucht.⁷⁶ Diesbezüglich ist in Erinnerung zu rufen, dass trotz des notwendiger Weise hohen Sachverstands der Regulierungsbehörden, der im Rahmen der Entscheidungsfindung erforderlich sein mag, die diese hoheitliche Entscheidungen treffen und damit in rechtlicher Form politische Entscheidungsmacht ausüben. Die Sachverständigkeit der Behörde ist damit notwendige Voraussetzung einer sachgerechten Entscheidung, kann aber weder einer politischen Entscheidung gegenüber gestellt werden noch darüber hinaus gehende demokratische Legitimationskriterien ersetzen. Die hoheitlichen Akte der Regulierungsbehörden sind staatliche Entscheidungen, die für die unterschiedlichen Bereiche der Gesellschaft von politischer Relevanz sind.

Die besondere Problematik der Regulierungsbehörden besteht in der Hybridität derselben, die insbes in Hinblick auf die E-Control zu beobachten ist. Die Regulierungsbehörden befinden sich zunehmend zwischen europäischen und nationalstaatlichen Strukturen. Die inhaltlichen Vorgaben kommen aus dem Unionsrechtsrecht und führen zu einer zunehmend organisationsrechtlichen Abschottung von innerstaatlichen Behördenstrukturen, womit ein nationales Abbild einer EU-Agentur geschaffen wird, das wiederum mit der Kommission und EU-Agenturen kooperiert.

Die europarechtliche Notwendigkeit der Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden bezieht sich zu aller erst auf die Marktteilnehmer und ist insoweit auch ernst zu nehmen.

⁷⁶ Siehe Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2011) 368: „TCK, ECK und SCK sind nach der hier vertretenen Ansicht sohin kein legitimatorisches Problem; ganz im Gegenteil, ihr (sachlich-inhaltliches) Legitimationsniveau ist aufgrund des Kollegialprinzips und der Verbindung mit besonderem Sachverstand hoch, weil dadurch eine maximale Übereinstimmung mit dem Volkswillen (in Gestalt des unmittelbar demokratisch erzeugten Gesetzes erzielt wird)“; siehe auch Fuchs, Zur „Regulierungsautonomie“ nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011, 943.

Die zunehmend geforderte Unabhängigkeit vom Staat, sei es von der Gesetzgebung, der Verwaltung, ja sogar von richterlicher Kontrolle, verringert die Möglichkeiten demokratischer Legitimation. Dennoch bestehen unterschiedliche Ansatzpunkte, die demokratische Legitimation der Regulierungsbehörden auch im Rahmen der europarechtlichen sowie der sich verändernden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern. Wegen der durch die europarechtlichen Vorgaben bestehenden Reduktion konventioneller Möglichkeiten der Herstellung demokratischer Legitimation besteht umso mehr die Notwendigkeit, neue Lösungswege zu beschreiten, um ein Mindestmaß an demokratischer Legitimation zu entwickeln.

Es soll daher abschließend auf unterschiedliche Aspekte der demokratischen Legitimation hingewiesen werden, durch die in ihrer Gesamtheit eine Verbesserung der demokratischen Legitimation der Regulierungsbehörden erreicht werden kann. Diesbezüglich ist zu betonen, dass in den verschiedenen Regulierungsbehörden vereinzelt und unsystematisch unterschiedliche Ansatzpunkte bestehen, die bei systematischer und zur Verbesserung der Demokratie intendierter Umsetzung durch Gesetz wesentlich zur Verbesserung der demokratischen Legitimation beitragen könnten und nicht im Widerspruch zu europäischen Vorgaben stehen.

B. Personelle Legitimation

In Hinblick auf die persönliche Legitimation der Entscheidungsträger bestehen schon bisher unterschiedliche Elemente der demokratischen Legitimation, die allerdings systematisch verbessert werden können:

- Unvereinbarkeiten – *cooling on/off*

Die Formulierung und Ausweitung von Unvereinbarkeitsbestimmungen schafft eine stärkere Unabhängigkeit von Marktteilnehmern und verhindert eine unsachliche Einflussnahme. Diesbezüglich sind auch entsprechende *cooling on/off* Regelungen

vorzusehen, die verhindern, dass die führenden Organwalter in unmittelbarem Zusammenhang zu Marktteilnehmer stehen.

- Wiederwahl / Doppelfunktionen

Der zeitlichen Begrenzung von Behördentätigkeiten kommt aus Sicht der demokratischen Legitimation besondere Bedeutung zu, da die Abberufungsmöglichkeiten stark eingeschränkt sind. Generell ist die Wiederwahl auf maximal eine Periode zu beschränken, womit eine Amtsausübung auf maximal zwei Perioden (zehn Jahre) begrenzt wird. Es kann daher auch nicht durch organisationsrechtliche Umstrukturierungen zu Weiterbestellung kommen, da diese dem Sinn und Zweck der Beschränkung der Wiederwahl widersprechen. Damit verbunden ist auch die Ausübung von Doppelfunktionen in mehreren Regulierungsbehörden zu unterbinden, um eine Machtkumulation einzelner Personen zu unterbinden.

- Transparenz hinsichtlich der beteiligten Personen

Auf der Website der entsprechenden Behörden sind der Lebenslauf sowie die Nebenbeschäftigungen der beteiligten Organwalter der Regulierungsbehörden offenzulegen. Erst eine Transparenz hinsichtlich der involvierten Personen ermöglicht eine angemessene Einschätzung und damit eine öffentliche Diskussion über die beteiligten Personen.

C. Inhaltliche Legitimation

- Gesetzesbindung

Auch wenn die europäischen Vorgaben sowohl durch das europäische Sekundärrecht als auch durch die Rechtsprechung des EuGH engmaschig sind, so verbleibt dem nationalen Gesetzgeber dennoch ein Spielraum bei der Umsetzung des europäischen Unionsrechts.

Insoweit ist auch der grundsätzliche Umgang mit Gesetzesbindung im Rahmen des sog Regulierungsermessens zu hinterfragen und dieses eingeschränkt zu interpretieren.

- Verhältnis Aufsichtsbehörde – Regulierungsbehörde

Aufgrund der Reduktion von Weisungsbindung hinsichtlich der unterschiedlichen Regulierungsbehörden kommt der Aufsicht als Kompetenz der staatlichen Behörde eine besondere Rolle zu. Damit angesprochen ist einerseits die verstärkte Auseinandersetzung mit Aufsichtsbefugnissen als auch die grundsätzliche Rollenverteilung zwischen Aufsichtsbehörde und Regulierungsbehörde. Ein entscheidender Faktor besteht aufgrund der Notwendigkeit des intensiven Fachwissens im Wissensmanagement. Zur Verbesserung der demokratischen Legitimation ist die Aufsichtsbehörde strukturell zu stärken.

- Stärkung der Aufsichtsbehörde

Über die bestehenden Aufsichtsmöglichkeiten (etwa in Form von Informationsrechten, Aufsichtsratskompetenzen und Einbindung im Rahmen des Regulierungsbeirates) hinaus ist die Verbesserung der Aufsicht als zentrales Steuerungsinstrument für die demokratische Legitimation von besonderer Bedeutung.

Um die demokratische Legitimation durch Aufsicht ernst zu nehmen, muss die Aufsichtsbehörde gestärkt werden. Insbesondere in Zeiten des Einsparens auf ministerieller Ebene ist zu betonen, dass Aufsicht auch auszuüben ist, und dafür die notwendigen personellen, finanziellen und institutionellen Ressourcen zur Verfügung zu stellen sind. All diese Ressourcen sind notwendig, um über die notwendige Fachkompetenz und Zeit zu verfügen, um damit eine angemessene Aufsicht ausüben zu können. Es ist nicht nur die Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden an ihrer faktischen und damit auch finanziellen Dimension zu bewerten, sondern auch die damit verbundene Aufsicht, die ohne die entsprechenden Ressourcen ebenfalls nicht möglich ist. Aufsicht wiederum ist nicht Selbstzweck, sondern ist eine zentrale Säule der demokratischen Legitimation. Damit die Aufsicht aber diesen Stellenwert innehaben

kann, reicht die bloß gesetzliche Erwähnung von Einsichtsbefugnissen nicht aus, sondern es sind auch entsprechende gesetzliche Verpflichtung zu schaffen, um die Realisierung der Aufsicht zu effektuieren.

- Beschränkung der Regulierungsbehörde

So wie die Aufsicht zu stärken ist, ist umgekehrt die Regulierungsbehörde in ihrer Funktion zu begrenzen. Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nimmt diese zunehmend – wie dies insbes auch bei der E-Control sichtbar wird – aus den staatlichen Zusammenhängen aus und reduziert damit das Niveau demokratischer Legitimation. Gleichzeitig werden bei den Regulierungsbehörden sowohl finanzielle als auch personelle Ressourcen konzentriert, durch die es erst möglich wird, die Regulierungsaufgaben wahrzunehmen. Es gilt an dieser Stelle zu betonen, dass diese Ressourcen notwendig sind und nicht gefordert werden soll, diese zu reduzieren.

Die bestehenden Ressourcen der Regulierungsbehörden führen aber tendenziell dazu, dass bei Regulierungsbehörden Aufgaben angesiedelt werden, die nicht als Kernaufgaben der Regulierung anzusehen sind.⁷⁷ Damit angesprochen sind vielfältige Tätigkeiten der Regulierungsbehörden, wie etwa der Spritpreisrechner der E-Control ebenso wie das Kompetenzzentrum der RTR-GmbH. Je stärker Fachwissen von der ministeriellen Ebene auf die Regulierungsbehörden ausgelagert wird, umso mehr Aufgaben wachsen den Regulierungsbehörden zu. Aufgrund der reduziert demokratischen Legitimation sollte aber umgekehrt nur das notwendige Ausmaß an Befugnissen aber auch an Sachwissen ausgelagert werden, damit entsprechende Ressourcen auch in der demokratisch stärker legitimierten staatlichen Verwaltung verbleiben.

- Parlamentarische Kontrolle

⁷⁷ Mit Kernaufgaben der Regulierung sind jene Tätigkeitsfelder der Regulierungsbehörden angesprochen, die unmittelbar auf Basis europarechtlicher Vorgaben zur rechtlichen Steuerung der regulierten Märkte erforderlich sind.

Die Konzepte der parlamentarischen Kontrolle sind – wie schon der Vergleich zwischen E-Control und Telekommunikationsregulierung zeigen – sehr unterschiedlich ausgestaltet. Je nach Organisationsform und dem Bestehen verfassungsgesetzlicher (Sonder-)Bestimmungen sind die Kontrollmöglichkeiten des Parlaments unterschiedlich ausgeprägt. Es ist daher *de constitutione ferenda* anzudenken, dass für das Regulierungsrecht eine einheitliche Form der parlamentarischen Kontrolle geschaffen wird, die unabhängig vom organisationsrechtlichen Konzept (Anstaltskonzept, GmbH, Kommission etc) zur Anwendung kommt und damit den sektorspezifischen Zugang des Regulierungsrecht bei der parlamentarischen Kontrolle überwindet.

Die Rechte der parlamentarischen Interpellation sollten insoweit einheitlich an die entscheidenden Mitglieder der Regulierungsbehörden gerichtet sein. Um der parlamentarischen Kontrolle gerecht zu werden, sollten derartige Rechte nicht nur der parlamentarischen Mehrheit vorbehalten sein, sondern als Minderheitenrechte ausgestaltet werden. Ebenso wären einheitliche Standards der Kontrolle durch den Rechnungshof und die Volksanwaltschaft zu schaffen.

D. Rechtsstaat und Rechtsschutz (Prozedurale Legitimation)

- Verfassungsrechtliche Sonderbestimmungen

Während in dem telekommunikationsrechtlichen Regulierungsrecht der Gesetzgeber ohne Verfassungsbestimmung auskommt, wird im Bereich des Regulierungsrechts im Energierecht großflächig mit Verfassungsbestimmungen hantiert. Auch wenn Verfassungsbestimmungen eine erhöhte demokratische Legitimation aufgrund der besonderen Beschlussfassung im Parlament aufweisen, besteht in diesen – wenn sie der Durchbrechung und damit der Schwächung der Grundprinzipien der Bundesverfassung dienen – ein strukturelles Problem österreichischer Verfassungskultur. Es sollte daher auch im Regulierungsrecht ein einheitlicher und verfassungskonformer Zugang gewählt werden. Verfassungsbestimmungen, die an sich verfassungswidrige Institutionen oder

Konzepte rechtlich legalisieren, vergrößern die Problemstellungen der demokratischen Legitimation.

- Umgang mit Verordnungen im Regulierungsrecht

Eines der größten verfassungsrechtlichen Herausforderungen aufgrund des Europarechts besteht im Umgang mit Verordnungen. Es zeigt sich, dass zwei verschiedene Arten von Verordnungen bestehen, die nicht durch die österreichische Verfassung unterschieden werden. Dies ist zum einen eine gesetzeskonkretisierende Verordnung iSd Art 18 Abs 2 B-VG. Davon zu unterscheiden sind aber vollziehende Verordnungen, wobei die Handlungsform der Verordnung nur deshalb gewählt wurde, weil sich der Verwaltungsakt an einen generellen Adressatenkreis wendet. In diesen Fällen führt aber die Zuordnung zur Handlungsform „Verordnung“ zu einem eingeschränkten Rechtsschutz. Es ist daher *de constitutione ferenda* eine Differenzierung von Verordnungsformen anzudenken, womit der Rechtsschutz von Vollzugsverordnungen vom VfGH an die Verwaltungsgerichtsbarkeit (erster Instanz) verlagert werden könnte. Die Erleichterung des Zugangs zum Rechtsschutz muss dabei auch die Rechtssicherheit von Verordnungen berücksichtigen.

- Legitimation durch Verfahren

Prozedurale Legitimationsformen spielen bereits im bestehenden Regulierungsrecht eine wichtige Rolle. Die Stärkung der Transparenz der Regulierungsbehörde und der von ihr durchgeführten Verfahren, die Einbindung der Öffentlichkeit und die Ermöglichung von öffentlichen Diskussionen können erweitert werden, um die Legitimation der Regulierungsbehörden zu verbessern.

E. Gesamtbewertung

- Hybridität

Regulierungsbehörden entwickeln sich zunehmend aus dem in Österreich bestehenden Verwaltungskonzept hinaus. Diese von der Europäischen Union vorgegebene und mit beeinflusste Entwicklung kann in unterschiedlichen Bereichen verfolgt werden. So wird eine Differenzierung zwischen Staat und Privat immer schwieriger; es bestehen Regulierungs-GmbHs im Staatseigentum ebenso wie öffentlich-rechtliche Regulierungs-Anstalten, die mit Vorstand und Aufsichtsrat ausgestattet sind.

Die Aufgaben der Regulierungsbehörden reichen jenseits der Gewaltenteilung von Rechtssetzung (Mitwirken an Gesetzentwürfen; Verordnungsrechte) über die Verwaltungsführung bis hin zur Rechtsprechung. Eine adäquate Einordnung in die Staatsfunktion „Verwaltung“ greift daher zu kurz. Schließlich sind Regulierungsbehörden zunehmend staatlich entkoppelt und an europäische Institutionen angebunden.⁷⁸

Um in diesem Umfeld der Hybridität noch demokratische Legitimation zu gewährleisten, sind – wie dargestellt – unterschiedliche, zT bisher nur untergeordnete Aspekte der demokratischen Legitimation zu verstärken. Als Beispiele dafür können etwa exaktere Regelungen zur Bestellung von Organwaltern (personelle Legitimation) oder die Verstärkung der Aufsicht (institutionelle Legitimation) genannt werden. Die Optimierung demokratischer Legitimation innerhalb europäischer Vorgaben ist diesseits und jenseits klassischer Formen innerstaatlicher Legitimationskonzepte möglich.

⁷⁸ C. Fuchs, Zur "Regulierungsautonomie" nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011, 943 (946).

- Einheitlicher Standard für Regulierungsbehörden

Eine besondere Auffälligkeit bei Analyse der demokratischen Legitimation im Regulierungsrecht ist die sektorspezifische Vorgehensweise. Es fehlt in Österreich an einem einheitlichen Standard des Umgangs mit Fragen der demokratischen Legitimation im Regulierungsrecht. Regelmäßig werden Kontrollmechanismen an bestimmte Organisationsformen gekoppelt. Weisungs- und Aufsichtsrechte der Ministerien oder parlamentarische Kontrollrechte werden in Hinblick auf ausgegliederte Regulierungs-GmbHs, öffentlich-rechtliche Anstalten und unabhängige Kollegialbehörden ausdifferenziert. Nicht nur auf verfassungsrechtlicher Ebene, sondern auch bei der konkreten einfach-gesetzlichen Ausgestaltung finden sich unterschiedliche Regelungen und Standards (etwa in Bezug auf die Bestellungsmodalitäten). Zur Hebung der demokratischen Legitimation wären einheitliche Konzepte der demokratischen Legitimation von Regulierungsbehörden einzuführen, wobei aus den jeweiligen sektorspezifischen Regelungen die positiven Elemente zu einem österreichischen Standard zusammengeführt werden könnten.

- Europäisierung der Fragen demokratischer Legitimation

Schließlich ist zu betonen, dass auch auf europäischer Ebene Fragen einer verstärkten demokratischen Legitimation im Regulierungsrecht zu verankern sind. Wie die EU im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips die innerstaatlichen Parlamente in europäische Vorgänge involviert hat, so kann eine Aktivierung innerstaatlicher Parlamente ebenso wie des europäischen Parlaments auch im europäischen Regulierungskonzept Niederschlag finden. Überdies könnte auch das europäische Regulierungsrecht nicht nur die Unabhängigkeit vom Staat, sondern auch – wie dies zum Teil bereits geschieht – die stärkere Involvierung der Öffentlichkeit, etwa durch Maßnahmen der Transparenz – auf nationaler und europäischer Ebene fördern.

Bibliografie

Armin von Bogdandy, Grundprinzipien, in ders/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht² (2009) 13

Dragana Damjanovic, Weisungsfreie Behörden: der Vorschlag für eine Neufassung des Art 20 Abs 2 B-VG, JRP 2007, 222

Iris Eisenberger / Wolfgang Urbantschitsch, Europäische Verwaltungszusammenarbeit dargestellt am Beispiel des Energierechts, in Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 461

Claudia Fuchs, Zur „Regulierungsautonomie“ nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011, 943

Christoph Grabenwarter, Die demokratische Legitimation weisungsfreier Kollegialbehörden in der staatlichen Verwaltung. Zur Zulässigkeit der Entsendung von Organwaltern durch nicht demokratisch legitimierte Einrichtungen, in Haller ua (Hrsg) Staat und Recht. FS Winkler (1997) 271

Michael Holoubek, Vom Wirtschaftsaufsichtsrecht zum Regulierungsverwaltungsrecht, ÖJT GA I/1 (2009)

Michael Holoubek, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in Storr (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2012) 99

Michael Holoubek / Dragana Damjanovic, Telekommunikationsrecht, Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht³ II (2013) 1061

Florian Horner, Ausgliederung und Ingerenz: Verfassungsrechtliche und (sonder) gesellschaftsrechtliche Aspekte der Einflussnahme auf ausgegliederte Rechtsträger (2004).

Arno Kahl, Art 52 Abs 1 a B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), BVR-Kommentar (2011).

Konrad Lachmayer, Beiräte in der Bundesverwaltung (2003).

Konrad Lachmayer, Zwischen Ordnung und Chaos. Von der Notwendigkeit der Verfassungsbereinigung und der Illusion des Inkorporationsgebotes, Journal für Rechtspolitik 2007, 200.

Konrad Lachmayer, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Ausgliederungsdebatte, Juristische Blätter 2007, 750.

Konrad Lachmayer, Technokratische Rechtssetzung Privater, juridikum 2013, 109.

Barbara Leitl, Regulierungsbehörden im österreichischen Recht (2006).

Michael Mayrhofer, Das Kooperationsverhältnis im staatlichen Unionsverfassungsrecht, FS Korinek (2010) 373

Michael Mayrhofer, Von den nationalen Verwaltungen zum europäischen Verwaltungsverbund, in Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg), Der europäische Verwaltungsverbund (2011) 23

Bernhard Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2011)

Bernhard Müller, "Agentur hat Konjunktur", Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 261

Theo Öhlinger / Harald Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014)

Michael Potacs / Yvonne Rogatsch, Energiewirtschaftsrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht³ II (2013) 853

Nicolas Raschauer / Michael Schilchegger, Organisationsrechtliche Probleme der neuen Energieregulierungsbehörden, JBÖffR 2011, 235

Christian Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I +II (2013).

Karl Stöger, Gedanken zur institutionellen Autonomie der Mitgliedsstaaten am Beispiel der neuen Energieregulierungsbehörden, ZÖR 2010, 247