

*RA Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider*  
bpv Hügel Rechtsanwälte, Wien/Brüssel

*Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur (Oxford)*  
Karl-Franzens-Universität Graz

# Regulierungsrecht (der Netzwirtschaften) unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte

Lehrveranstaltungsskriptum

14. Auflage, Sommersemester 2019

# 1. Bedeutung der Begriffe Regulierung und Regulation

## 1.1 Allgemeines

Der Begriff „Regulierung“ wird in mehreren wissenschaftlichen Disziplinen verwendet.

- Als **soziologisch-politikwissenschaftlicher Begriff** wird darunter – synonym mit der Bezeichnung „Regelung“ – jede Art der staatlichen Einflussnahme auf gesellschaftliche Prozesse verstanden.
- Als **wirtschaftswissenschaftlicher Begriff** ist er sehr weit zu verstehen und bezeichnet „jedes Verhalten des Staates zur Steuerung des Verhaltens privater Wirtschaftssubjekte durch Handlungsverbote oder Tätigkeitsgebote“.
- Eine erste, daran angelehnte **rechtswissenschaftliche Definition** ging sogar noch weiter und bezeichnete „die Gesamtheit rechtlicher Gestaltungsinstrumente“ staatlicher Organe (*Damjanovic*, nach *Majone*).

**Lesen Sie:** *Damjanovic*, Regulierung der Kommunikationsmärkte unter Konvergenzbedingungen (2002) 70–72

*Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts, AöR 1999, 241–243

## 1.2 Regulierung als Wirtschaftssteuerung

Im angloamerikanischen Bereich existiert ein spezieller rechtswissenschaftlicher Begriff „regulation“.

**Lesen Sie:** *Ogus*, Regulation (2004) 1-3

*Baldwin/Cave/Lodge*, Understanding Regulation<sup>2</sup> (2012) 2-3

Dieser engere Begriff hat aber auch in den Wirtschaftswissenschaften Fuß gefasst: *Weigel*, Rechtsökonomik (2003) 120 stimmt etwa *Ogus* zu und meint, „Regulierung entspricht am besten dem, was im deutschen Sprachraum als ‚Wirtschaftsverwaltungsrecht‘ bezeichnet wird“.

## 1.3 Regulierung als Infrastrukturregulierung der Netzwirtschaften

Im Zuge der Liberalisierung von Wirtschaftsbereichen, die früher fast vollständig von öffentlichen Unternehmen beherrscht waren, ist im deutschen Sprachraum in den späten 90er Jahren eine neue Begriffsbildung für den Typus „Regulierungs(recht)“ aufgetaucht.

Dieser Regulierungs(rechts)begriff baut auf den gemeinsamen Besonderheiten bestimmter Märkte auf:

- Infrastruktur (Netz) als natürliches Monopol, weil nicht beliebig duplizierbar (economies of scale)
- Verbundvorteile bei gemeinsamer Erbringung von Leistungen auf Infrastruktur- und Diensteebene (economies of scope)
- Möglichkeit von Wettbewerb auf der Diensteebene
- Dominanz des Netzes, weil Wettbewerb auf Diensteebene ohne Netz nicht möglich
- Bislang vornehmlich vom Staat oder öffentlichen Unternehmen betrieben
- Besondere Gemeinwohlbedeutung der Infrastruktur: Die Allgemeinheit (Endverbraucher und andere Unternehmer) ist auf die mit Hilfe der Infrastruktur erbrachten Dienstleistungen angewiesen

te angewiesen (sog „Basisfunktion“ des Netzes nach *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung [1998] 324)

**Lesen Sie:** *Masing*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrecht, Die Verwaltung 2003, 31 – 32.

*Kneihs*, Das Regulierungsrecht – Eine neue rechtswissenschaftliche Kategorie? ZÖR 60 (2005) 24 – 29.

Somit könnte man folgende Definition des Begriffs Regulierung vorschlagen:

**Regulierung ist jene staatliche Steuerung, die darauf abzielt, in den Netzwerkindustrien durch Mobilisierung der Marktkräfte Wettbewerb auf der Diensteebene zu schaffen und gewisse Gemeinwohlziele zu verwirklichen. Unter Netzwerkindustrien versteht man jene Wirtschaftszweige, die durch ein dominantes Netz gekennzeichnet sind und in denen die Leistungserbringung unter den Bedingungen eines natürlichen Monopols bislang vornehmlich durch den Staat oder öffentliche Unternehmen erfolgte.**

Die abgedeckten Bereiche sind somit:

- **Strom und Gas**
- **Telekom**
- **Post**
- **Schienenverkehr**

Durch diesen Regulierungsbegriff nicht abgedeckt sind somit:

- Die Finanzmärkte (vgl dazu aber auch *Bumke*, Die Verwaltung 2008, 227)

Die Abdeckung ist fraglich bei:

- Rundfunk (die zuständige Behörde „Kommunikationsbehörde Austria“ („KommAustria“) wird freilich vom Gesetz explizit als „Regulierungsbehörde“ bezeichnet, womit von Gesetzes wegen von „Rundfunkregulierung“ die Rede ist), Massenmedien

Im österreichischen Recht wurde der Begriff „Regulierung“ ursprünglich nur für die oben genannten vier Bereiche verwendet (dazu zB *Kneihs* [siehe oben] und *Stöger*, Die Behörden der Elektrizitätsaufsicht nach der Nov 2002 des Energie-Regulierungsbehördengesetzes, in *Mayer* [Hrsg] Hauptfragen des Elektrizitätswirtschaftsrechts [2003] 99 – 103), inzwischen wird aber – wie erwähnt – auch im Bereich des Rundfunks ausdrücklich von der Regulierungsbehörde und damit von „Regulierung“ gesprochen (vgl auch auf Verfassungsebene Art 20 Abs 2 Z 5 B-VG). *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I (2013), insb 81 ff, verwendet daher zur Vermeidung einer Begriffsvermischung nunmehr den Begriff „**Regulierungsrecht der Netzwirtschaften**“.

**Daher kann zwischen zwei Begriffen der Regulierung unterschieden werden:**

Regulierung im weiteren Sinn:      Wirtschaftssteuerung („regulation“)

Regulierung im engeren Sinn:      Regulierung der Netzwirtschaften (Infrastrukturmärkte)

**Im folgenden wird – sofern nicht anders angegeben – der Begriff „Regulierung“ nur mehr in Bezug auf die Infrastrukturmärkte (ohne Einbeziehung des Rundfunks) verwendet, wohingegen für den weiteren Regulierungsbegriff das Synonym „Wirtschaftssteuerung“ gebraucht wird.**

**Überlegen Sie:** Warum macht die Verwendung des Begriffes „Regulierung“ als Synonym für Wirtschaftssteuerung wenig Sinn? Welche Hintergründe könnten dafür sprechen, dass manche Autoren den Begriff dennoch in diesem weiteren Sinn verwenden?

Die Bereiche Energie (Strom, Gas), Telekom und Wasser (und manchmal auch Schienenverkehr) werden im angloamerikanischen Raum oft mit dem Begriff „**Utilities**“ bezeichnet. Dabei handelt es sich um jene Referenzgebiete, anhand derer sich das angloamerikanische Verwaltungsrecht entwickelt hat (geringere Bedeutung des Verwaltungsrechts in Common-Law-Staaten führt dazu, dass der Staat nur bei besonders dringenden Problemen interveniert). Insofern hat auch der hier verwendete, enge Begriff „Regulierung“ seine Wurzeln im angloamerikanischen Raum („**Utilities Regulation**“).

**Liberalisierung und Regulierungsrecht hängen somit eng zusammen. Woher aber kam der Druck zur Liberalisierung dieser Bereiche?**

Im Hinblick darauf, dass die von der Regulierung betroffenen Infrastrukturen früher unmittelbar durch den Staat (Post- und Telegraphenverwaltung, ÖBB) oder zumindest durch öffentliche Unternehmen (Energiewirtschaft) unter Monopolbedingungen betrieben wurden, kann das Regulierungsrecht auch als **Privatisierungsfolgenrecht** (*Ruffert*, AöR 124 [1999] 239) bezeichnet werden.

Es ist freilich darauf hinzuweisen, dass die Diskussion um die genaue Bedeutung auch des rechtswissenschaftlichen Regulierungsbegriffs bis heute weitergeführt wird: vgl für eine eingehende Zusammenfassung der Diskussion der letzten Jahre *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I (2013) 81ff.

## **2. Warum Regulierung? – Gründe für Wirtschaftssteuerung allgemein und Regulierung im Besonderen**

### ***2.1 Bestimmungsgründe für Wirtschaftssteuerung im Allgemeinen***

Nachdem wir nunmehr wissen, dass das Regulierungsrecht (im engeren Sinn) letztlich doch nur ein spezieller Typ des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist, können wir davon ausgehen, dass für dieses zumindest teilweise dieselben Rechtfertigungsgründe gelten müssen wie für sonstige Eingriffe des Staates in das Wirtschaftsleben. Möglicherweise gibt es aber noch dazu darüber hinausgehende Gründe.

Im Common Law-Denken wird der Markt als eine Art normativen Naturzustand angesehen, demgegenüber sich Regulierung, dh staatliche Intervention, immer schon prinzipiell rechtfertigen muss (vgl *Masing*, AöR 128 [2003] 562 f). Dementsprechend hat die angloamerikanische Theorie der regulation, teilweise eng mit den Wirtschaftswissenschaften verzahnt, zahlreiche Theorien entwickelt, die staatliche Eingriffe in den Markt erklären und (teilweise) rechtfertigen sollen.

- 1. public interest theory:** Der Staat greift aus Gründen des Gemeinwohls in den Markt ein, damit dieser Ergebnisse liefert, die bei einem „freien Spiel des Marktes“ nicht erzielt würden.
  - Steuerung (bzw Abbau) von Monopolen
  - Steuerung **natürlicher** Monopole: Gerade Infrastrukturmärkte neigen zu solchen
  - windfall profits: zB Kriegswirtschaft

- Externalitäten: zB Luftverschmutzung
- Informationsdefizite: zB ärztliche Leistungen
- Universaldienst: Gerade im Bereich der Infrastrukturmärkte (Eisenbahn, Telekom) von großer Bedeutung
- predatory pricing (Kampfpreise)
- öffentliche Güter: zB Straßenbau
- Schutz des Schwächeren bei Verhandlungen
- Wirtschaftslenkung: zB Fixpreise, Abgabequoten bei knappen Gütern
- Verteilungsgerechtigkeit: zB Tobin-Steuer (Besteuerung von Spekulationsgewinnen bei grenzüberschreitenden Transaktionen)
- Rationalisierung und Koordinierung: zB Agrargenossenschaften (Kleinbauern)
- Altruistische Planung: zB Nationalparks – Braunbären auch für zukünftige Generationen

Etwas genauer finden Sie diese Übersicht bei *Baldwin/Cave/Lodge, Understanding Regulation*<sup>2</sup> (2012) 24.

- 2. private interest theories:** Diese bei Ökonomen (zumindest eine Zeit lang) sehr populären Theorien gehen davon aus, dass bestimmte Personen oder Gruppen Eingriffe des Staates in das Wirtschaftsleben fördern, weil sie sich davon wirtschaftliche Vorteile versprechen.

  - public choice: Die Beteiligten am Vorgang der Wirtschaftssteuerung sind alle rationale Nutzenmaximierer und nutzen diese zu ihren Zwecken; zB: die beaufsichtigte Industrie fordert die Einführung oder Beibehaltung von Zugangsbeschränkungen zu ihrem Markt, weil damit Wettbewerb verhindert wird. Der Staat fördert dies, weil er (fälschlicherweise) glaubt, dies läge im öffentlichen Interesse (dh public interest theory). Ein Beispiel: Flugverkehrsrechte
  - capture: Die für Wirtschaftssteuerung zuständigen Personen/Behörden („regulators“) werden im Laufe der Zeit von den Beaufsichtigten dazu gebracht, sich mehr mit ihnen zu identifizieren als mit dem „öffentlichen Wohl“ bzw werden überhaupt manipuliert (zB durch Aussicht auf lukrative Jobs in der beaufsichtigten Industrie). Diese Theorie ist vor allem vor dem Hintergrund der Situation in den USA zu sehen, wo es viele unabhängige „regulators“ gibt, die spezialisiert und weitgehend unabhängig von der sonstigen Verwaltung sind.
  - principal – agent: Auch us-amerikanischen Ursprungs: Die Mitarbeiter des „regulators“ empfinden ihre spezielle Stellung als Privileg und wollen diese nicht aufgeben. Da die allgemeine Verwaltung kaum durchschaut, was sie tun, gelingt ihnen das auch, obwohl ihre Rolle in Wahrheit verkleinert werden könnte
- 3. Weitere Theorien bei *Baldwin/Cave/Lodge, Understanding Regulation*<sup>2</sup> (2012) 40-66 (Übersicht auf S 67)**

## 2.2 *Bestimmungsgründe für Regulierung der Infrastrukturmärkte im Besonderen*

### 2.2.1 Rechtspolitische Zielsetzungen

Welche Begründungen für staatliche Eingriffe in Infrastrukturmärkte bestehen Ihrer Meinung nach?

Sind diese nur mit „öffentlichem Interesse“ erklärbar oder können Sie auch den „private interest theories“ etwas abgewinnen?

„Klassische“ Gemeinwohlbegründungen für einen Eingriff in Infrastrukturmärkte sind etwa:

- Steuerung natürlicher Monopole
- Universaldienst

Allerdings können diese Ziele auf mehrere Arten erreicht werden: So könnte der Staat den Markt in diesem Bereich einfach verdrängen und die Leistungen selbst erbringen. Eine andere Lösung wäre jedoch, den Markt – wie das in Österreich geschehen ist – zu liberalisieren. Das Problem ist jedoch, dass ein Markt, der bislang fast ausschließlich von staatlichen (Quasi-)Monopolbetrieben beherrscht war, plötzlich dem Wettbewerb übergeben werden soll. Dies geht aber nicht ohne staatliche Hilfe.

Somit gibt es für die Existenz des österreichischen Regulierungsrecht einen weiteren Grund, der bereits in mehreren, von Ihnen gelesenen Texten erwähnt wurde: **Die Schaffung von Wettbewerb. Hier ist auch auf den aus dem us-amerikanischen Kartellrecht entlehnten Begriff der „essential facilities“ hinzuweisen: In den Infrastrukturmärkten verfügt der ehemalige Monopolist am Beginn der Liberalisierung über das einzige bedeutsame Netz. Da die Kosten der „Duplizierung“ desselben für neue Bewerber zu hoch wären, wird der ehemalige Monopolist als Marktbeherrscher gezwungen, Teile des Netzes – die „essential facilities“ – auch für andere Bewerber zu öffnen. Dafür darf er zwar ein Entgelt verlangen, dieses entspricht aber dem Entgelt auf einem Markt, auf dem Wettbewerb herrscht. Genau dies geschieht im Ergebnis dann auch. Da der neu am Markt eintretende Bewerber für den Netzzugang nur Kosten, wie sie auf einem kompetitiven Markt herrschen, zu bezahlen hat, wird der Markteintritt für ihn leistbar und dem Monopolisten erwächst Konkurrenz.** Für einen „essential-facilities-Fall“ im europäischen Kartellrecht vgl. EuGH Rs C-7/97 *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569 (Muss die Mediaprint dem Standard Zugang zu ihrem Zeitungshauszustellungssystem gewähren?)

**Lesen Sie:** *Holoubek/Segalla*, Das Ziel der Versorgungssicherheit – Analyse und Ausblick, in *Nowotny/Parak/Scheucher* (Hrsg) Handbuch der österreichischen Energiewirtschaft (2004) 75-77

Die Regulierung der Netzwirtschaften beruht nahezu durchgängig auf dem Prinzip, dass die Dienste (einschließlich der Stromerzeugung) dem Wettbewerb geöffnet werden, wohingegen der Netzbetreiber als Monopolist verpflichtet wird, sein Netz dem Wettbewerb zu öffnen; eine Ausnahme von letzterer Verpflichtung besteht nur im Postwesen, wo das öffentliche Verkehrsnetz sämtlichen Anbietern zur Verfügung steht. Allerdings ermöglicht insb. der Telekom-Rechtsrahmen, wo die Verlegung paralleler Leitungen auf Grund ihrer geringeren Eingriffsintensität in die Umwelt und Rechte Dritter leichter möglich ist als in den übrigen Sektoren, auch sog. **Infrastrukturwettbewerb** (das Energierecht ermöglicht diesen immerhin in Form sog. „Direktleitungen“, und das Gaswirtschaftsrecht überhaupt die Errichtung paralleler Leitungen). Diese Strukturen decken sich weitgehend mit der auf *Baumol* zurückgehenden

ökonomischen Theorie der sog „contestable markets“, wonach der Eintritt in Märkte mit einer begrenzten Anzahl Marktteilnehmer leicht möglich (und diese Märkte „bestreitbar“ sind), je freier dort der Eintritt und je kostenloser der Austritt ist.

Zur Sicherung der Gemeinwohlbelange und Schaffung von Wettbewerb tritt noch ein Ziel dazu, das jeglicher Steuerung privater Wirtschaftstätigkeit immanent ist, nämlich die **Gefahrenabwehr**.

Vor diesem Hintergrund verfolgt das Regulierungsrecht die folgenden Ziele:

- **Gefahrenabwehr** (Schutz der Nutzer und Dritter)
- **Schaffung von Wettbewerb** (Abbau der früher rechtlich abgesicherten natürlichen Monopole öffentlicher Unternehmen)
- **Sicherung von Gemeinwohlbelangen** (Angemessene Versorgung mit Leistungen, Universaldienst, Versorgungssicherheit etc)

**Lesen Sie:** *Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts, AöR 1999, 246-250

## 2.2.2 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Das B-VG enthält nur ausnahmsweise Anknüpfungspunkte dafür, dass der Staat Leistungen im Bereich der Netzwirtschaften selbst zu erbringen bzw deren Erbringung durch entsprechende Regulierung zu gewährleisten hat (vgl eingehend *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I [2013] 109ff):

- Grundsätzlich marktwirtschaftliche Ausrichtung des B-VG
- Äußerst geringer staatsaufgabenrechtlicher Gehalt des B-VG
  - Kein Sozialstaatsprinzip
  - Keine verfassungsrechtliche „Infrastrukturverantwortung“ (zum Begriff *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung [1998])
  - Daseinsvorsorge kein (Verfassungs-)Rechtsbegriff
  - Keine Garantie kommunaler Versorgungsaufgaben durch Gemeindeautonomie
- Im geringen Ausmaß Ableitung von Verpflichtungen zur Gewährleistung (keine Leistungsverantwortung) aus
  - Grundrechtlichen Schutzpflichten
  - dem Postulat der „Privatisierungsfolgenverantwortung“
  - dem BVG Eigentum, BGBl I 1998/143: verfassungsrechtliche Festschreibung der Eigentumsverhältnisse der öffentlichen Hand an der Elektrizitätswirtschaft (aber keine Festschreibung von Versorgungsaufgaben)

## 2.2.3 Europarechtliche Rahmenbedingungen

Im **primären Unionsrecht** (das in diesen Punkten durch den Vertrag von Lissabon keine wesentliche Änderung erfahren hat) ergibt sich eine – indirekte – Verpflichtung zur Liberalisierung und damit Regulierung der Netzwirtschaften primär aus den

- **Grundfreiheiten**
  - Warenverkehrsfreiheit (Art 34 ff AEUV): EuGH Rs C-18/88 *GB-Inno-BM*, ECLI:EU:C:1991:474 – Zulassung von Telefonendgeräten; EuGH Rs C-

157/94 *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:1997:499 – Spannungsverhältnis nationaler Handelsmonopole für Elektrizität zur Warenverkehrsfreiheit

- Niederlassungsfreiheit (Art 49 ff AEUV): Marktzugangsbeschränkungen sowie die Einräumung besonderer Rechte für bestimmte Unternehmen können problematisch sein
- Dienstleistungsfreiheit (Art 56 ff AEUV): Beschränkung der Dienstleistungserbringung durch besondere oder ausschließliche Rechte
- Kapitalverkehrsfreiheit (Art 63 ff AEUV): staatliche Sonderrechte („golden shares“) in öffentlichen Unternehmen grundsätzlich unzulässig; siehe dazu etwa EuGH Rs C-483/99 *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:2002:327; C-112/05 *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:623 („VW-Gesetz“); problematisch daher auch die Stimmrechtsbeschränkung bei der Verbundgesellschaft gem § 1 Abs 1 BVG Eigentum)

sowie den

- **Wettbewerbsregeln (Art 101 ff AEUV)**

- Der Staat verstößt gegen Art 106 Abs 1 AEUV, wenn er, insb durch eine Gesetzesbestimmung, eine Lage schafft, in der ein Unternehmen zwangsläufig gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen muss (EuGH Rs C-41/90 *Höfner und Elser*, ECLI:EU:C:1991:161, Rn 27).
- **Aber** Art 106 Abs 2 AEUV: Ausnahme der mit **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** betrauten Unternehmen vom Vertrag, insb dessen Wettbewerbsregeln, aber nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Der EuGH hat hier in seiner früheren Rsp zu Zeiten, als noch keine gemeinschaftsweiten Harmonierungsmaßnahmen vorgesehen waren, eine eher großzügige Linie verfolgt; zB EuGH Rs C-157/94 *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:1997:499, Rn 43, zu ausschließlichen Einfuhrrechten für Elektrizität: Die Ausnahme greift bereits in Falle einer tatsächlichen oder rechtlichen Gefährdung der Erfüllung der auferlegten besonderen Verpflichtungen, die Gefährdung der Überlebensfähigkeit des Unternehmens ist nicht erforderlich. Vgl dazu auch den Leitfaden der Kommission für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vom 29.4.2013, SWD(2013)53fin/2.

Dagegen können aus den Bekenntnissen zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art 14 AEUV) sowie den Bestimmungen über transeuropäische Netze (Art 170 bis 172 AEUV) keine konkreten Vorgaben in Bezug auf die Regulierung der Netzwirtschaften abgeleitet werden. Vgl zum Ganzen eingehend *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I (2013) 38ff.

Was das **sekundäre Unionsrecht** anlangt, so versucht vor allem die Kommission seit Ende der 1980er-Jahre, die Verwirklichung des Binnenmarktes auch im Bereich der Netzwerkindustrien – teils gegen erbitterten Widerstand einzelner Mitgliedstaaten bzw Marktteilnehmer – voranzutreiben. Die Verwirklichung des Binnenmarktes erfolgt dabei auf die Art und Weise, dass den Mitgliedstaaten Vorgaben in Bezug auf die Regulierung der Infrastrukturmärkte gemacht werden.

## Meilensteine:

- Mitte der 80er Jahre: Das Parlament geht mit Untätigkeitsklage gegen den Rat vor, weil dieser es unterlässt, die rechtlichen Grundlagen einer europäischen Verkehrspolitik, insb hinsichtlich der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit im Verkehrsbereich, zu erlassen. Der EuGH gibt der Klage statt, die Erlassung von Liberalisierungsmaßnahmen sei auf Grund des Primärrechts geboten (EuGH Rs 13/83 *EP/Rat*, ECLI:EU:C:1985:220)
- TelefonendgeräteRL 88/301/EWG (Wettbewerb auf dem Endgerätemarkt)
- ONP-RL 90/387/EWG („Open Network Provision“): wesentliches Element des „alten Telekomrechtsrahmen“ bis 2002 – reine Liberalisierung reicht nicht; der Zugang neuer Bewerber zum Netz der bestehenden Monopolisten ist notwendig, um Wettbewerb zu schaffen
- RL 91/440/EWG zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft: Um Wettbewerb im Eisenbahnsektor sicherzustellen, sollten der Betrieb der Eisenbahninfrastruktur („Netz“) und die Erbringung von Verkehrsleistungen durch die Eisenbahnunternehmen voneinander getrennt werden („unbundling“), wobei die Trennung der Rechnungsführung obligatorisch, die organische oder institutionelle Trennung fakultativ vorgeschrieben wurde; teilweise starker Widerstand einzelner Mitgliedstaaten
- RL 90/547/EWG: Elektrizitätstransit soll (zuerst zwischen großen Netzen) möglich werden; vgl auch EuGH Rs C-393/92 *Almelo ua*, ECLI:EU:C:1994:171, Rn 28: Strom als Ware iSd Warenverkehrsfreiheit
- Partielle Öffnung der Strom- und Gasmärkte durch die RL 96/92/EG und 98/30/EG für sogenannte „zugelassene Kunden“ (=Großkunden)
- Neuerdings verstärkter Einsatz des Instruments der Verordnung zur Sicherstellung europaweit einheitlicher Standards: „Roaming-VO“ 717/2007 und Eisenbahnfahrergastrechte-VO 1371/2007
- Ende der 2000er-Jahre: „Drittes Energiepaket“ einerseits und „Telekomreview“ andererseits (siehe nachstehende Fundstellen; seit 2011 vollständig in Kraft). Umfassende Überarbeitung des Sekundärrechts in diesen Bereichen: Ziele sind die Vereinfachung der Regulierung, die Stärkung der Regulierungsbehörden und die Zurückdrängung von Resten staatlicher „Monopolisten-Tätigkeit“; schließlich noch eine Stärkung der Rechte der Nutzer
- Der im Rahmen der Vorbereitung des Dritten Energiepakets bzw des Telekomreviews insb von der Kommission unternommene Versuch der Schaffung zentraler europäischer Regulierungsbehörden im Telekom- und Energiesektor scheiterte am Widerstand der Mitgliedstaaten, es bleibt weitgehend bei koordinierenden und beratenden Agenturen bzw Stellen auf europäischer Ebene
- Anfang 2013 Vorlage der Entwürfe der Rechtsvorschriften eines „Vierten Eisenbahnpakets“, das nach langem politischen Tauziehen im Jahr 2016 in weiten Teilen beschlossen wird und die „Vollliberalisierung“ im Eisenbahnbereich ab 2020 bringen soll. Auch die Vergabe von Verkehrsdiensteverträgen soll ab spätestens 2023 kompetitiver als bisher erfolgen (wobei freilich bestimmte Direktvergaben unter strengen Voraussetzungen weiterhin möglich bleiben).

- Im Jahr 2016 Vorschläge der Kommission für eine Neuregelung des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation; insb Vorschlag einer RL über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation und einer neuen GEREK-Verordnung
- Ende November 2016 Vorlage des „Winterpakets“ der Kommission mit zahlreichen Änderungsvorschlägen im Elektrizitätsbereich unter dem Titel „Saubere Energie für alle Europäer“. Ende 2018/Anfang 2019 gelingt die endgültige politische Einigung und die (gestaffelte) Beschlussfassung der Rechtsakte.

### **Aktueller Rechtsbestand:**

- **Elektrizität**
  - ElektrizitätsbinnenmarktRL 2009/72/EG
  - VO 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel
  - RL 2005/89/EG über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen
  - Erneuerbare Energieträger-RL 2018/2001 (Neuerlassung an Stelle der RL 2009/28/EG; Teil des „Winterpakets“)
  - VO 713/2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden („ACER-VO“)
    - Durchführungsverordnungen betr „Leitlinien“: VO 774/2010, VO 838/2010, VO 2015/1222, VO 2016/1719, VO 2017/1485, VO 2017/2169, VO 2017/2195; weiters die VO der Kommission 543/2013 über die Übermittlung und die Veröffentlichung von Daten in Strommärkten und zur Änderung des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 714/2009
  - VO 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts („REMIT“)
  - VO 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur (idF der delegierten VO 2016/89)
  - Diverse Netzkodices: zB VO 2016/631, 2016/1388, 2016/1477, 2017/2196
  - VO 2016/1952 über europäische Erdgas- und Strompreisstatistik
- **Erdgas**
  - ErdgasbinnenmarktRL 2009/73/EG
  - VO 2017/1938 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Erdgasversorgung (neue „SOS-VO“)
  - VO 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen (Anhänge seither mehrfach geändert)
  - VO 713/2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden („ACER-VO“)
  - VO 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts („REMIT“)

- VO 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur (idF der delegierten VO 2016/89)
- Diverse Netzkodices: zB VO 2014/312, 2015/703, VO 2017/459, VO 2017/460
- VO 2016/1952 über europäische Erdgas- und Strompreisstatistik
- **Telekommunikation**
  - ZugangsRL 2002/19/EG idF RL 2009/140/EG
  - GenehmigungsRL 2002/20/EG idF RL 2009/140/EG
  - RahmenRL 2002/21/EG idF idF RL 2009/140/EG
  - UniversaldienstRL 2002/22 EG idF RL 2009/136/EG (bzw VO 2015/2120)
  - DatenschutzRL für elektronische Kommunikation 2002/58/EG idF RL 2009/136/EG; zu dieser siehe auch die VO der Kommission 611/2013 über die Maßnahmen für die Benachrichtigung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten
  - WettbewerbsRL 2002/77/EG
  - RL 2014/53/EU über die Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Markt; für Telekommunikationsendeinrichtungen RL 2014/30/EU zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die elektromagnetische Verträglichkeit und RL 2014/35/EU zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung elektrischer Betriebsmittel
  - VO 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union in der Fassung der VO 920/2017 und ergänzt durch die Fair-Use-Durchführungsverordnung 2016/2286 („Roaming-Abschaffung“) und die VO 2016/2292; weiters ist auf diverse Rechtsakte im Bereich Mobilfunkdienste in Flugzeugen und Schiffen hinzuweisen
  - RL 2014/61/EU über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation
  - VO 2015/2120 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet
  - VO 1211/2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büro (Kommissionsentwurf für Neuerlassung liegt vor)
  - Durchführungsverordnung 1203/2012 über den separaten Verkauf regulierter Roamingdienste auf der Endkundenebene in der Union
  - Am Rande auch für die Telekommunikationsregulierung von Bedeutung sind die Verordnung 526/2013 über die Agentur der Europäischen Union für Netz- und Informationssicherheit (ENISA) und die (strafrechtliche) RL 2013/40/EU über Angriffe auf Informationssysteme; für die Zulassung von Endgeräten ist die allgemeine VO 765/2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten von Bedeutung
- **Eisenbahn**
  - RL 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums idF RL 2016/2370 (bzw idF des Beschlusses 2017/2075)

- VO 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße idF VO 2016/2338
- VO 1371/2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr
- Ferner: InteroperabilitätsRL 2008/57/EG (idF RL 2009/131/EG, 2011/18/EU, 2013/9/EU, 2014/38/EU, 2014/106/EU; dazu die VO 201/2011 – wird 2020 ersetzt durch InteroperabilitätsRL 2016/797/EU), EisenbahnsicherheitsRL 2004/49/EG (idF RL 2008/57/EG, 2008/110/EG, 2009/149/EG, 2012/34/EU, 2014/88/EU – wird 2020 ersetzt durch EisenbahnsicherheitsRL 2016/798/EU), RL 2007/59/EG idF RL 2016/882/EU über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern („Europäischer Lokführerschein“); VO 2016/796 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur (Agenturverordnung „neu“); VO 169/2009 über die Anwendung von Wettbewerbsregeln auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs
- Für den Eisenbahnverkehr relevant sind auch Rechtsvorschriften über transeuropäische Netze, da diese auch den Ausbau der Schieneninfrastruktur in Europa betreffen: vgl zB VO 913/2010 (idF VO 1316/2013) zur Schaffung eines europäischen Schienennetzes für einen wettbewerbsfähigen Güterverkehr und VO 1315/2013 (idF VO 2017/849) über Leitlinien der Union für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes
- **Post**
  - PostRL 97/67/EG idF (zuletzt) der sog „Dritten PostRL“ 2008/6/EG
    - VO über grenzüberschreitende Paketzustelldienste, VO 2018/644, soll in diesem Bereich in Ergänzung der PostRL den Wettbewerb stärken
- Für Energie-, Telekom- und Eisenbahnunternehmen gelten die Sicherheitsvorgaben der RL 2016/1148 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union („NIS-RL“), die den Schutz ihrer Netz- und Informationssysteme bezweckt

### **3. Der Staat als „Gewährleistungsstaat“**

Im Zusammenhang mit der Regulierung der Netzwirtschaften hat ein Paradigmenwechsel insofern stattgefunden, als der Staat bestimmte, bislang von ihm oder von öffentlichen Unternehmen wahrgenommene Tätigkeiten der Daseinsvorsorge dem privatwirtschaftlichen, durch Markt und Wettbewerb geprägten Bereich überträgt oder überlässt. Dabei muss er aber, wenn und weil die Tätigkeiten im Interesse der Bevölkerung notwendig sind, durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass sie von Privatunternehmern auch in ausreichendem Maße und in angemessener Weise wahrgenommen werden.

Insofern trifft den Staat nicht mehr eine **Leistungs- bzw Erfüllungsverantwortung**, sondern nur mehr eine **Gewährleistungsverantwortung**.

**Überlegen Sie:** Was sind die wesentlichen Unterschiede zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung?

**Lesen Sie:** *Holoubek*, Der Staat als Auftraggeber und Wirtschaftssubjekt, VVDStRL 60 (2001) 578 – 579.

Somit hat das Regulierungsrecht eine wesentliche Veränderung der Rolle des Staates bewirkt: **Aus dem leistungserbringenden Staat wurde ein „Gewährleistungsstaat“**. Dieser wird

definiert als der „an seiner Gemeinwohlverpflichtung festhaltende [...] Staat, der die Instrumente zur eigenhändigen, also unmittelbaren Aufgabenerfüllung aufgegeben hat. Er führt den prinzipiellen sozialgestalterischen Anspruch des wohlfahrtsorientierten Erfüllungsstaates in dem Sinne fort, dass er auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse und Zustände zielt und sich weiterhin in einer Letztverantwortung“ für diese sieht (*Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat [1998] 18; vgl auch *Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat 2003, 493 ff [494]).

Beim Wandel in der Rolle des Staates vom Leistungs- zum Gewährleistungsstaat handelt es sich allerdings um kein Spezifikum, das auf die Regulierung der Netzwirtschaften beschränkt ist. Dass der Staat gewisse Leistungen nicht mehr selbst erbringt, sondern deren Erbringung auf andere Art und Weise sicherstellt, ist vielmehr auch in zahlreichen anderen Bereichen zu beobachten. Dahinter steht das Ziel, den Staat von der Wahrnehmung von Aufgaben zu entlasten:

- Eigenkontrolle im Anlagenrecht (zB § 82b GewO, § 134 WRG)
- Fertigstellungsanzeige anstelle von Benützungsbewilligung im Baurecht
- Compliance: Verpflichtung zur Bestellung von Beauftragten (zB Abfallbeauftragter iSd § 11 AWG)
- Konformitätsbewertung im technischen Produktrecht (zB §§ 36 ff MPG [Ablösung durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht ab 2020])
- Private Normgebung durch Normungsinstitutionen

Für das Phänomen, dass der Staat zur Erfüllung gewisser, im öffentlichen Interesse gelegener Aufgaben gesellschaftliche Kräfte mobilisiert und die Tätigkeit der gesellschaftlichen Kräfte rechtlichen Rahmenbedingungen unterwirft, wurde auch der Begriff der „**hoheitlich regulierten gesellschaftlichen Selbstregulierung**“ geprägt.

**Lesen Sie:** *Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 436

Die dadurch bedingte höhere Komplexität der Steuerungszusammenhänge hat vor allem in Deutschland dazu geführt, dass diese Steuerungszusammenhänge stärker als bisher Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung wurden (Schlagwort „Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft“; siehe dazu als frühes Beispiel etwa *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts [1993] 65 ff).

**Überlegen Sie:** Inwieweit ist die Beleuchtung von Steuerungszusammenhängen noch Gegenstand der Rechtswissenschaft?

Auch wurde vor dem Hintergrund dessen, dass die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft bei der Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen kein Spezifikum der Netzwirtschaften ist, sondern umfassend fast alle Bereiche des Verwaltungsrechts betrifft, der Begriff des „**Gewährleistungsverwaltungsrechts**“ geprägt (*Vosskuhle*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 [2003] 304 ff).

## 4. Techniken der Wirtschaftssteuerung im Allgemeinen und der Regulierung im Besonderen

Auf welche Arten kann der Staat in den Markt eingreifen, um gewisse Ergebnisse zu erzielen? Wir werden sehen, dass dafür im österreichischen Regulierungsrecht spezielle Techniken vorgesehen sind. Dabei sollten wir aber stets bedenken, dass diese letztlich von den allgemeinen Techniken abgeleitet sind, die im Öffentlichen Wirtschaftsrecht, insb dem Wirtschaftsaufsichtsrecht, Anwendung finden.

Als Jurist übersieht man oft, wie entscheidend die Wahl der Technik für den Erfolg bzw Misserfolg eines staatlichen Eingriffs in den Markt ist. Das gilt nicht nur für die Infrastrukturregulierung.

Im Folgenden soll – wieder unter Rückgriff auf die angloamerikanische Theorie der „regulation“ – überlegt werden, welche Techniken dem Staat überhaupt zur Verfügung stehen.

Im Folgenden einige Beispiele. Bitte beachten Sie, dass dies Idealformen sind. In der Praxis werden diese oft kumulativ angewendet; teilweise werden mehrere Methoden auch zu einer Mischform kombiniert.

- Command and Control – klassisches Wirtschaftsverwaltungsrecht: zB Marktzugangsbeschränkungen durch Zugangsprüfungen, Preisregulierung (verschiedene Ansätze; zB rate-of-return [auch „cost+ -regulation“; Problem: kein Druck zur Effizienz] oder price-capping [ein Beispiel wäre das am Verbraucherpreis orientierte RPI-X Modell).
- Self-regulation; Trigger devices („gestufte Steuerungsvorgaben“); Enforced self-regulation – “Selbstregulierung” überlässt den Beaufsichtigten selbst die Kontrolle; freilich in unterschiedlichem Ausmaß: Selbstregulierung beginnt etwa bei freiwilligen Gütezeichen innerhalb einer Industrie, kann aber auch Formen annehmen, in denen der Staat von den Beaufsichtigten festgelegte Verpflichtungen überwacht (enforced self-regulation). Selbstregulierung wird mitunter mit “trigger devices” („gestufte Steuerungsvorgaben“) gekoppelt: Das könnte etwa eine Vereinbarung zwischen dem Staat und einer Unternehmensbranche (zB Automobilhersteller) sein, dass diese bestimmte Ziele durch Selbstregulierung zu erreichen hat (zB Abgaswerte von Neuwagen); andernfalls würde der Staat zu “Command and control” Methoden greifen (zB gesetzliche Festschreibung von Grenzwerten).
- Organisationszwang: Verpflichtung zur Schaffung gewisser unternehmensinterner Strukturen, zB zur Bestellung von Beauftragten, welche die Einhaltung bestimmter Vorschriften unternehmensintern überwachen (Abfallbeauftragter, Übereinstimmungsbeauftragter). Hierbei handelt es sich, genau genommen, um eine Form der „Selbstregulierung“.
- Anreizsysteme: Steuern und Beihilfen: Mit diesen kann unerwünschtes Verhalten „verteuert“ und erwünschtes Verhalten „verbilligt“ werden. Als Beispiel wäre eine Besteuerung von Zigaretten zu nennen, deren Erlöse der gesetzlichen Krankenversicherung zufließen. Ein Problem von Beihilfen ist, dass diese auf internationaler (WTO) und insb europäischer (EU-Beihilfenrecht) immer strenger werdenden Beschränkungen unterworfen sind.
- Wettbewerbsrecht: Konkurrentenklagen, staatliche Wettbewerbsbehörden. Die Schaffung von effektivem Wettbewerb erfolgt oft nicht von selbst; im Gegenteil, ein freies Spiel der Marktkräfte kann oft durchaus wettbewerbsverzerrend sein. Eine wesentliche Systementscheidung ist, welche verfahrensrechtliche Stellung den Mitbewerbern

eingräumt wird; insb, ob diese Klagerechte erhalten. Ist letzteres der Fall, sollten staatliche Wettbewerbsbehörden darauf achten, aus dem Nebeneinander von öffentlicher und privater Durchsetzung möglichst große Synergieeffekte zu gewinnen (zB die staatliche Behörde verfolgt dort, wo sich aus dem Kreis der Konkurrenten „kein Kläger findet“). Dabei ist jedoch auch darauf zu achten, dass das Wettbewerbsrecht nicht durch Konkurrenten missbraucht werden kann (wenn zB ein Konkurrent hohen Schadenersatz verlangt und der Staat eine hohe Strafe verhängt, könnte dies den Belangen übermäßig belasten und vom Markt verdrängen. Droht andererseits zu wenig Strafe, wird dieser das wettbewerbsschädigende Verhalten fortsetzen). Ebenfalls zu beachten ist, inwieweit allgemeine Wettbewerbsbehörden oder spezielle Behörden für bestimmte Bereiche eingerichtet werden (zB allgemeine Kartellgerichte und spezialisierte Behörden für bestimmte Märkte).

- Konzessionierung („Franchising“): Hier bleibt der Staat „Eigentümer“ eines Gutes, dessen Bewirtschaftung im öffentlichen Interesse liegt (zB Funkfrequenzen), vergibt dieses aber an einen oder mehrere Bieter. Bei der Auswahl des Bieters können verschiedene Kriterien angewendet werden (zB nur finanzielle Aspekte; oder etwa auch andere – zB beim Fernsehen Qualitätsaspekt hinsichtlich des gesendeten Programms). Da das zu vergebende Gut knapp ist, wird der nicht oder nur eingeschränkt mögliche „Wettbewerb am Markt“ durch einen „Wettbewerb um den Markt“ ersetzt). International, aber insb in Europa, sind vergaberechtliche Schranken zu beachten.
- Staat als Auftraggeber: Der Staat verfügt über beträchtliche Marktmacht, die er – im Rahmen des vergaberechtlich zulässigen – zur Marktsteuerung einsetzt: zB Recycling-Toilettenpapier für alle Ämter.
- Handelbare Zertifikate („Tradeable Permits“); zB das (derzeit in der 2. Phase „festhängendes“) Kyoto-Protokoll: Hier wird durch den Handel ermittelt, wie viel jedem Marktteilnehmer das „Recht auf Verschmutzung“ wert ist. Somit kann die Emissionsmenge festgesetzt werden; es besteht ein Anreiz zur Verringerung derselben und besonders emissionsstarke Unternehmen müssen teuer zukaufen.
- Verpflichtung zur Offenlegung bestimmter Informationen (Transparenz): Der Kunde soll wissen, was er kauft. Dies gilt etwa auch für die Aufschlüsselung von Pauschalangeboten, sodass Preisvergleiche möglich werden. Problem: Wird die Information zu komplex (zB komplizierte chemische Formeln), kann der Kunde sie nicht mehr beurteilen.
- Unmittelbare staatliche Tätigkeit/Verstaatlichung („Erfüllungsverantwortung“): Sie erinnern sich, dass diese Methode traditionellerweise in den österreichischen Infrastrukturmärkten vorherrschte. Der Staat glaubt, eine Leistung „besser“ anbieten zu können als der Markt; etwa weil dieser sie zu den gewünschten Preisen nie anbieten würde.
- Haftungsrecht; zB Produkthaftung (dient der Beseitigung von Externalitäten): Durch die Schaffung durchsetzbarer Ansprüche gegen den Hersteller einer fehlerhaften Sache wird dieser gezwungen, die Kosten von durch sein Produkt verursachten Schäden in seine Kalkulation mit aufzunehmen.
- Versicherungssystem; Beispiel Unfallversicherung: Unterliegt die Unfallversicherung für Arbeitsunfälle der freien Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, kann dies am Arbeitsmarkt zu Verzerrungen führen. Durch eine gesetzliche Unfallversicherung sind zum einen alle Arbeitgeber gezwungen, diese in ihre Lohnnebenkosten einzurechnen, zum anderen kann auch kein Arbeitnehmer anbieten, ohne eine solche zu arbeiten, was im Unglücksfall unerwünschte soziale Auswirkungen haben kann.

- In der jüngeren Diskussion haben *Thaler* und *Sunstein* in einem 2008 erschienen Buch („Nudge“; deutsch: „Nudge: Wie man kluge Entscheidungen anstößt“), das (nicht nur) im angloamerikanischen Raum vieldiskutiert wurde, das System des nudging („Anstupsen“), mitunter als „geführte Entscheidungsfindung“ bezeichnet, propagiert (*Thaler* erhielt 2017 für seine Arbeiten den Wirtschaftsnobelpreis). Man hat zwar die Wahl, wird aber in Versuchung geführt, eine bestimmte, aus der Sicht der Steuernden wünschenswerte Entscheidung zu treffen. Als Beispiel wird etwa die Widerspruchslösung bei Organspenden genannt (dh bleibt man untätig und widerspricht nicht explizit, ist man potenzieller Organspender), auch die Süßigkeiten unmittelbar an einer Supermarktkasse stellen ein Nudging-System dar. In diesem Zusammenhang wird in der anglo-amerikanischen Diskussion auch von „libertarian paternalism“ bzw „soft paternalism“ gesprochen. Zum Teil findet hier eine Vermischung mit anderen Techniken statt, zB der Verpflichtung zur Informationsoffenlegung (Transparenz).

Für die Stärken und Schwächen der einzelnen Systeme

**Lesen Sie:** *Baldwin/Cave/Lodge*, *Understanding Regulation*<sup>2</sup> (2012) 134-136.

**Welche der oben aufgezählten Techniken könnte man Ihrer Meinung nach im Bereich der Infrastrukturregulierung verwenden?**

Im Abschnitt „Österreich: Strukturen des Regulierungsrechts I: Instrumente“ werden Sie dann sehen, welche der österreichische Gesetzgeber wirklich vorgesehen hat.

## **5. Übersicht über die österreichischen Systeme der Netzwerkregulierung**

Überblick über die innerstaatlichen Rechtsgrundlagen in Österreich sowie die Organisation der Märkte in den Infrastrukturbereichen

### **5.1 Energiewirtschaft**

**Rechtsgrundlagen** (Anpassungen auf Grund der Beschlussfassung des Winterpakets Ende 2018/Anfang 2019 sind zu erwarten):

- Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I 2010/110 idgF + 9 Landesausführungsg
- Verrechnungsstellengesetz, BGBl I 2000/121 (soweit nicht durch VfGH aufgehoben)
- Bundesverfassungsgesetz, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden, BGBl I 1998/143
- Energielenkungsgesetz 2012, BGBl I 2013/41
- Ökostromgesetz 2012, BGBl I 2011/75; KWK-Gesetz, BGBl I 2008/111 idgF (gem BGBl I 2015/27 seit 1.2.2015 idF BGBl I 2014/72 in Kraft) – nach der „Kleinen Ökostromnovelle“ BGBl I 2017/108 (eine kleine „Biomasse-Reform“ scheiterte im Februar 2019 im Bundesrat [!] mangels 2/3 Mehrheit) ist bis 2020 eines Gesamtreform des Ökostromfördersystems zu erwarten („Große Ökostromnovelle“)
- Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011), BGBl I 2011/107 idgF
- Energie-Control-Gesetz, BGBl I 2010/110 idgF

- Starkstromwegerecht (StarkstromwegeG [BGBl 1968/70] sowie BG über elektrische Leitungsanlagen [„Starkstromwege-Grundsatzgesetz“; BGBl 1968/71 idgF] + 9 Landesausführungsg); vgl hier zuletzt die Projekterleichterungen durch BGBl I 2017/78
- Energie-InfrastrukturG, BGBl I 2016/4 (trifft Begleitregelungen zur EU-VO 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur)
- Energieunternehmen unterliegen auch den Anforderungen des Netz- und Informationssystemsystemsicherheitsgesetz – NISG, BGBl I 2018/111, welches Maßnahmen festlegt, mit denen ein hohes Sicherheitsniveau von Netz- und Informationssystemen von Betreibern wesentlicher Dienste (ua) im Energiesektor gewährleistet wird.

### **Kunden:**

Die **Vollliberalisierung** der österreichischen Strom- und Gasmärkte erfolgte **früher als auf Grund der einschlägigen europarechtlichen Vorgaben** - diese verlangen die 100%ige Marktöffnung zum 1. 7. 2007 - **geboten**: So können sämtliche Stromkunden seit dem 1. 10. 2001 (§ 43 Abs 1 EIWOG, BGBl I 1998/143 idF BGBl I 2000/121) und sämtliche Erdgaskunden seit dem 1. 10. 2002 ihren Lieferanten frei wählen (§ 41 GWG, BGBl I 2000/121). Damit verbunden ist ein Recht auf Netzzugang, der allerdings aus gewissen Gründen verweigert werden kann (§§ 15 ff EIWOG 2010, §§ 27 und 31 GWG 2011): Netzzugangsberechtigt sind alle natürlichen oder juristischen Personen sowie eingetragenen Personengesellschaften, die Netzzugang begehren (§ 7 Abs 1 Z 54 EIWOG 2010, § 7 Abs 1 Z 47 GWG 2011; dazu zählen insb alle Elektrizitäts- und Erdgasunternehmen, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist).

### **Netzbetreiber, Erzeuger und Lieferanten:**

Gegenstand der **Vollliberalisierung** sind allerdings nur Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb, **nicht** jedoch das **Netz**: Dort wird die Errichtung paralleler Netze im Strombereich auf Grund der durch die Landesausführungsg zum EIWOG vorgesehenen Gebietsmonopole der Verteilernetzbetreiber ausgeschlossen (vgl zB § 34 Abs 1 lit a K-EIWOG 2011); im Gasbereich ist dagegen die Genehmigung zur Errichtung paralleler Leitungen nur dann zu versagen, wenn dies mit den Zielen des GWG 2011 (§ 4) unvereinbar ist oder ein Netzbetreiber an der Erfüllung seiner gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (§ 5 GWG 2011) gehindert würde (§ 137 Abs 3 GWG 2011). Die Errichtung von Direktleitungen ist allerdings unter gewissen Voraussetzungen dennoch zulässig (§ 70 EIWOG 2010, § 137 Abs 4 GWG 2011). Seit der EIWOG-Nov BGBl I 2017/108 ist die Erzeugung und Verteilung von Strom innerhalb von Mehrparteiengebäuden („gemeinschaftliche Erzeugungsanlage“; § 16a EIWOG 2010) ohne Konflikte mit den Gebietsmonopolen der Verteilernetzbetreiber möglich.

Beim Netzbetrieb unterscheiden sowohl EIWOG 2010 als auch GWG 2011 zwischen **Übertragungs- bzw Fernleitungsnetzen** einerseits und **Verteilernetzen** andererseits. Während erstere dem überregionalen Transport (mit Hochspannung [ab 110 kV] bzw Hochdruck) dienen, sind letztere für die unmittelbare Versorgung der Kunden bestimmt (vgl die Definitionen gem § 7 Abs 1 Z 69 EIWOG 2010 bzw § 7 Abs 1 Z 18, 71 GWG 2011). Als Übertragungsleitungen im Strombereich gelten nur bestimmte Leitungen der Austrian Power Grid AG (APG;[100%ige Tochter des Verbundkonzerns], der TIWAG Netz AG sowie der VKW Übertragungsnetz AG (vgl § 7 Abs 1 Z 69 und 70 EIWOG 2010), dagegen sind die Gas-Fernleitungen in Anlage 2 zum GWG 2011 definiert.

Für den Betrieb von Strom und Gas-Verteilernetzen sowie von Gas-Fernleitungen (nicht aber von Strom-Übertragungsnetzen) ist eine **Bewilligung** (im EIWOG 2010 Konzession genannt) erforderlich, deren Erteilung über typisch gewerbepolizeiliche Anforderungen hinaus auch von Kriterien im Dienste des Funktionsschutzes abhängt (§ 42 Abs 1 EIWOG 2010, § 44

GWG 2011; zB ausreichende Finanzmittel für Wartung und Ausbau des Netzes vorhanden). Zudem sind **mit der Stellung als Netzbetreiber bestimmte Aufgaben und Pflichten verbunden**; daraus ergibt sich eine „Arbeitsteilung“ zwischen den einzelnen Marktteilnehmern im Energiesektor. Insb trifft Netzbetreiber eine **Betriebspflicht**, Verteilernetzbetreiber zudem die Pflicht zum Anschluss aller im Verteilernetzgebiet gelegenen Kunden nach Maßgabe der wirtschaftlichen Zumutbarkeit (sog „**Allgemeine Anschlusspflicht**“; § 45 Z 2 iVm § 46 ElWOG 2010, § 59 GWG 2011).

### **Systemadministratoren:**

In einem liberalisierten System muss zu jedem Zeitpunkt jeder Lieferant genauso viel Energie in das Netz einspeisen, wie dem Verbrauch seiner Kunden entspricht. Die hierzu erforderliche Verbrauchsbestimmung kann bei **Großkunden** entweder durch **zeitgleiche Messung** oder durch Vorweg-Bekanntgabe eines sog „**Fahrplanes**“ erfolgen; bei **Kleinkunden** tritt an die Stelle dieser hier zu aufwändigen Verfahren die Definition sog „**standardisierter Lastprofile**“.

Da der Kunde durch Selbstbedienung den Verbrauch bestimmt, kann es dessen ungeachtet zu **Abweichungen zwischen Einspeisung und Verbrauch** kommen. Diese müssen zur Aufrechterhaltung des Gleichgewichts zwischen Einspeisung und Entnahmen ausgeglichen werden; dies erfolgt beim – nicht speicherbaren Strom – durch Abruf zusätzlicher Kraftwerkskapazitäten, im Gasbereich durch Abruf von Erdgas aus Speicheranlagen oder durch sog „**Linepack-Management**“, dh Nutzung des in den Leitungen gespeicherten Gases. Diese sog „**Ausgleichsenergie**“ wird auf die Netzbenutzer verursachungsgerecht aufgeteilt und dabei über Fahrpläne abgerufen, die in einem bestimmten Intervall festgelegt werden. Dagegen kann die sog „**Regelenergie**“, die zur Abdeckung von Netzschwankungen innerhalb dieses Intervalls dient, nicht verursachungsgerecht zugeordnet werden, sondern wird vielmehr als sog „**Systemdienstleistung**“ im Rahmen der Systemnutzungsentgelte abgegolten.

Um den Einsatz der – teuren – Ausgleichsenergie zu verringern, werden **verschiedene Marktteilnehmer zu sog „Bilanzgruppen“ zusammengefasst**. Innerhalb dieser Bilanzgruppen ergibt sich ein **statistischer Ausgleich** von Über- und Unterbezug. Das österreichische Energierecht folgt damit dem Vorbild des skandinavischen „Bilanzgruppenmodells“ (als Alternative wäre das britische „Poolssystem“ in Betracht gekommen, bei dem alle Erzeuger Direktverträge mit Verbrauchern abschließen können, jedoch dem Pool nach vorgegebenen Regeln Strom anbieten müssen).

Zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit dieses Systems sind als sog „**Systemadministratoren**“ die Regelzonenführer, die Marktgebiets- und Verteilergebietsmanager, die Bilanzgruppenverantwortlichen sowie die Bilanzgruppenkoordinatoren vorgesehen; dazu tritt nach dem GWG 2011 der Betreiber des Virtuellen Handlungspunktes:

Den **Regelzonenführern** (§ 23 Abs 1 ElWOG) kommen Koordinations- und Steuerungsaufgaben in Bezug ihre jeweilige **Regelzone** zu. Unter einer Regelzone ist – vereinfachend gesagt – ein **Verbundsystem** aus Leitungen (oder ein Teil desselben) zu verstehen, das über gemeinsame Einrichtungen zur Frequenz-Leistungsregelung verfügt (vgl dazu die Definitionen in § 7 Abs 1 Z 59 ElWOG 2010). Das ElWOG 2010 sieht in § 23 Abs 1 grundsätzlich **drei** Regelzonen vor, die aber zusammengelegt werden können (Regelzone Ost, Tirol und Vorarlberg). Dies ist seit 1. 1. 2012 auch der Fall, als einziger Regelzonenführer fungiert die Austrian Power Grid AG). Aufgaben der Regelzonenführer sind ua die Bereitstellung der Systemdienstleistung (Aufrechterhaltung von Spannung; nach den §§ 67 und 69 ElWOG 2010 ist die dafür benötigte Energie – sog Primär- und Sekundärregelenergie – im Wege einer Ausschreibung zu beschaffen), die Fahrplanabwicklung, die Organisation von Ausgleichsenergie, das Engpassmanagement, der physikalische Ausgleich zwischen Aufbringung und Bedarf.

Das GWG 2011 sieht als Pendant zu den Regelzonen **Marktgebiete** vor, wobei nach § 12 Abs 1 auch hier die drei Marktgebiete Ost, Tirol und Vorarlberg bestehen. Die Verteilerleitungen innerhalb des Marktgebietes sind überdies zu **Verteilergebieten** zusammengefasst (§ 17 Abs 1 GWG 2011). Für jedes Marktgebiet ist ein **Verteilergebietsmanager**, für jedes Marktgebiet mit Fernleitungen überdies ein **Marktgebietsmanager** vorgesehen. Während die Marktgebietsmanager in erster Linie Koordinationsaufgaben in Bezug auf Fernleitungen vornehmen, entsprechen die Aufgaben des Verteilergebietsmanagers (§ 18 GWG 2011) weitgehend jenen des Regelzonenführers iSd EIWOG 2010; so obliegt ihm in Bezug auf die überregionalen Verteilerleitungen ua als Pendant zur Frequenz-Leistungsregelung die Leistungs- und Druckregelung bzw Druckhaltung.

Während die Aufgaben der Regelzonenführer nach dem EIWOG 2010 durch die jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber mit wahrgenommen werden können (wobei, wie erwähnt, die Austrian Power Grid seit Anfang 2012 für ganz Österreich als Regelzonenführer tätig ist), sind die Markt- und Verteilergebietsmanager nach dem GWG 2011 durch die „großen“ Fernleitungs- bzw Verteilernetzbetreiber des jeweiligen Markt- bzw Verteilergebietes zu benennen (§§ 13 Abs 3, 17 Abs 3 GWG 2011) und müssen von anderen Marktteilnehmern unabhängig sein.

Die Bildung und Veränderung von Bilanzgruppen erfolgt durch die **Bilanzgruppenverantwortlichen** (vgl § 86 EIWOG 2010, §§ 90 ff GWG 2011), die über eine entsprechende fachliche Befähigung verfügen müssen. Zu deren Aufgaben gehört insb die Erstellung und Übermittlung von Fahrplänen für die Bilanzgruppenmitglieder an den Regelzonenführer sowie eines Summenfahrplanes an den Bilanzgruppenkoordinator (Aggregation der Standardlastprofile zu einem sog „Summenfahrplan“ bzw Meldung der Fahrpläne von Großkunden und Erzeugern) sowie die Beschaffung der Ausgleichsenergie für die Bilanzgruppenmitglieder.

Nach Berechnung der Fahrplanabweichungen jeder Bilanzgruppe für jedes Messintervall erfolgt die gegenseitige Verrechnung der Ausgleichsenergie in der „Verrechnungsstelle für Transaktionen und Preisbildung für Ausgleichsenergie“, deren Leitung und Verwaltung den – auch als Verrechnungsstelle für Ausgleichsenergie bzw Clearingstelle bezeichneten – **Bilanzgruppenkoordinatoren** obliegt (vgl § 23 Abs 3 bis 8 EIWOG, §§ 85 ff GWG 2011). Auch die Bilanzgruppenkoordinatoren müssen bestimmte fachliche Voraussetzungen erfüllen und von anderen Marktteilnehmern unabhängig sein; während sie nach dem EIWOG 2010 auf Grund einer Anzeige der Regelzonenführer zu bestellen sind, bedürfen sie nach dem GWG 2011 einer Konzession. Nach dem GWG 2011 beschränkt sich die Aufgabe der Bilanzgruppenkoordinatoren auf das Verteilernetz; in Bezug auf Fernleitungen werden ihre Aufgaben von den Fernleitungsnetzbetreibern und dem Marktgebietsmanager wahrgenommen.

### **Speicherung von Erdgas:**

Speicherunternehmen haben den Speicherzugangsberechtigten – vorbehaltlich bestimmter Zugangsverweigerungsgründe – Zugang zu nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu gewähren (§ 97 GWG 2011). Speicherzugangsberechtigt sind alle natürlichen oder juristischen Personen sowie eingetragenen Personengesellschaften, die Speicherzugang begehren (§ 7 Abs 1 Z 59 GWG 2011; dazu zählen insb alle Erdgasunternehmen, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist).

### **entry-exit-System, Virtueller Handelspunkt:**

Im Hinblick auf die Vorgaben der RL 2009/73/EG hatte Österreich für Fernleitungen ein **entry-exit-System** umzusetzen, dh beim Zugang zu Fernleitungen wird nicht mehr der jeweilige Transportpfad gebucht, sondern werden Kapazitäten an Ein- und Ausspeisepunkten der Fernleitungen des Marktgebietes gesondert gebucht. Dieses Modell ermöglicht den Handel des im

Marktgebiet befindlichen Gases. Um diesen zu erleichtern und die Liquidität des Gashandels zu steigern, dient der **Virtuelle Handelspunkt**: § 7 Abs 1 Z 76 GWG 2011 definiert diesen als virtuellen Punkt in einem Marktgebiet, an dem Erdgas nach der Einspeisung und vor der Ausspeisung innerhalb des Marktgebiets gehandelt werden kann; der virtuelle Handelspunkt ist keinem physischen Ein- oder Ausspeisepunkt zugeordnet und ermöglicht Käufern und Verkäufern von Erdgas, auch ohne Kapazitätsbuchung Erdgas zu kaufen oder zu verkaufen. Der Betrieb des Virtuellen Handelspunktes, insb die Abrechnung und der Nachvollzug der Handelsgeschäfte, obliegt nach § 68 GWG 2011 dem **Betreiber des Virtuellen Handelspunktes**.

#### **Versorgungssicherheit:**

Abgesehen von den im Krisenfall anwendbaren Bestimmungen des EnergielenkungsG 2012 enthält das österreichische Energierecht nur wenig Regelungen betreffend die Versorgungssicherheit; hervorzuheben sind insb die Bestimmungen über das Engpassmanagement und die Netzentwicklungspläne (dazu unten 6.3).

#### **Regulierungsbehörden:**

Fast alle wesentlichen Vollzugsaufgaben (Ausnahmen: Anlagenrecht, im EIWOG 2010 auch Konzessionswesen) werden durch besondere Regulierungsbehörden besorgt; dazu unten näher.

## **5.2 Telekommunikation**

#### **Rechtsgrundlagen:**

- TelekommunikationsG (TKG) 2003, BGBl I 2003/70 idGF (tiefgreifende Novellen mit BGBl I 2011/102 und I 2018/78)
- KommAustria-Gesetz, BGBl I 2001/32 idGF (tiefgreifende Novelle mit BGBl I 2010/50)
- Das BG über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (FTEG), BGBl I 2001/134 idF BGBl I 2015/134 wurde durch das Funkanlagen-Marktüberwachungs-Gesetz – FMaG 2016, BGBl I 2017/57 aufgehoben; dieses erfasst nur mehr Funkanlagen. Telekommunikationsendeinrichtungen fallen nur mehr unter das ElektrotechnikG 1992, BGBl 1993/106 idF BGBl I 2015/129
- FernsprechentgeltzuschussG (FeZG), BGBl I 2000/142 idGF.
- Telekomunternehmen unterliegen auch den Anforderungen des Netz- und Informationssystemsystemsicherheitsgesetz – NISG, BGBl I 2018/111, welches Maßnahmen festlegt, mit denen ein hohes Sicherheitsniveau von Netz- und Informationssystemen von Betreibern wesentlicher Dienste (ua) im Telekomsektor gewährleistet wird.

#### **Entwicklung:**

Die volle Liberalisierung des Telekommarktes wurde mit dem TKG 1997 bereits zum 1. 1. 1998 erreicht. Auch im Tatsächlichen besteht in weiten Teilen des Marktes Wettbewerb, insb im Mobilfunkbereich. Auf Grund wesentlicher Änderungen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben wurde das TKG 1997 mit Wirkung vom 20. 8. 2003 durch ein neues Gesetz, das TKG 2003, ersetzt. Dieses wurde seitdem mehrfach novelliert, die umfangreichste Novellierung mit BGBl I 2011/102 diente der **Umsetzung des Telekomreviews**. Politisch besonders prominent war die Nov BGBl I 2011/27 betr die durch die RL 2006/24/EG vorgegebene **Vorratsdatenspeicherung**, die mit 1. 4. 2012 vollständig in Kraft trat. Der VfGH hatte hier zunächst ein Vorabentscheidungsersuchen zur Gültigkeit der RL 2006/24/EG im Hinblick auf

die EGRC an den EuGH gerichtet, weil er sich bei aufrechter Bestand der RL nicht für befugt hielt, die Verfassungswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung aufzugreifen. Auch der irische High Court hat seine Bedenken gegen die RL im Sommer 2012 an den EuGH hergetragen, dieses Verfahren (Rs C-293/12 *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238) wurde mit dem Vorabentscheidungsersuchen des VfGH (Rs C-594/12 *Seitlinger* ua) verbunden. Nachdem bereits GA *Cruz Villalón* in seinen Schlussanträgen vom 12.12.2013 die teilweise Aufhebung der RL wegen Grundrechtswidrigkeit empfohlen hatte, hat der EuGH die RL mit Urteil vom 8.4.2014 für ungültig erklärt; der VfGH hat in weiterer Folge mit Erk vom 27.6.2014, G 47/2012 (= VfSlg 19.892), die österreichische Umsetzung als verfassungswidrig aufgehoben. Ende 2016 bestätigte der EuGH nochmals seine grundsätzlichen Bedenken gegen eine umfassende Vorratsdatenspeicherung (EuGH 21.12.2016, C-203/15 ua, *Tele2 Sverige AB*, ECLI:EU:C:2016:970). Eine unmittelbare Ersatzlösung wurde durch das StrafprozessrechtsänderungsG 2018, BGBl I 2018/27, insofern getroffen, als nunmehr der sog „quick freeze“ sog „Verkehrsdaten“ nach der StPO angeordnet werden kann (vgl § 99 Abs 2 Z 4 TKG 2003; das umstrittene Sicherheitspaket [BGBl I 2018/29; demnächst ist eine Prüfung durch den VfGH zu erwarten] untersagt zudem anonyme SIM-Karten.)

Der zentrale Begriff des TKG 2003 ist "Kommunikationsdienst", der vom TKG 2003 bewusst sehr weit formuliert ist (§ 3 Z 9 TKG 2003): Kernbereich ist die Übertragung von Signalen (dh Sprache oder Daten; etwa e-mails) über Kommunikationsnetze (auch das ist weit zu verstehen und umfasst etwa auch Internet oder Rundfunknetze; zB Kabelnetze). Ausgenommen ist das Anbieten bzw die redaktionelle Kontrolle von „Inhalten“, womit eine Abgrenzung von über die bloße Signalübertragung hinausgehenden Diensten (zB Rundfunk, Video on demand) vorgenommen werden soll. Auch nach der Neuregelung der Rundfunkaufsicht (Nov des Komm-Austria-Gesetz, BGBl I 2010/50) sind für den Telekom- und den Rundfunkbereich verschiedene Behörden zuständig (vgl insb § 120 TKG 2003), so dass die Abgrenzung auch hier von Bedeutung sein kann. Der weite Anwendungsbereich des TKG 2003 entspricht dem Gedanken der „Konvergenz“ elektronischer Medien.

### **Anbieten von Kommunikationsdiensten; Marktzugang:**

Wesentlich ist die **Konzessionsfreiheit** des Betriebens eines Kommunikationsdienstes oder Kommunikationsnetzes; es besteht bloße **Anmeldepflicht** (§ 15 TKG 2003). Die GewO ist – wie bei allen anderen Netzwerkindustrien außer beim Erdgashandel – nicht anwendbar. Soweit jedoch für die Erbringung der Kommunikationsleistungen Funkfrequenzen benötigt werden, kommt ein spezielles **Frequenzvergabeverfahren** zur Anwendung, das im 6. Abschnitt des TKG 2003 (§§ 51 ff) näher geregelt ist. Die Festlegung, welche Frequenzen überhaupt genutzt werden können, erfolgt im Wesentlichen durch zwei VO des BMVIT: dies sind der Frequenznutzungsplan (§ 52 TKG 2003: er enthält etwa die Aufteilung der Frequenzbereiche auf Frequenznutzungen; zB medizinische Geräte, Rettungsdienste, Amateurfunk, diverse kommerzielle Nutzungen) und ein Frequenzzuteilungsplan (§ 53 TKG 2003), der nähere Vorgaben über Frequenznutzung und Frequenzzuteilung enthalten kann. Die Frequenzvergabe erfolgt stets befristet (§ 54 Abs 11 TKG 2003). Da Frequenzen ein knappes Gut sind, kommt für ihre Vergabe zum Teil (vgl § 52 Abs 3 TKG 2003) ein Wettbewerbssystem zur Anwendung (§ 55 TKG 2003): Hier wird die Frequenz an den Bestbieter vergeben, das ist im Falle des TKG der Diensteanbieter, der das höchste Nutzungsentgelt anbietet (vgl zuletzt die Versteigerung der LTE-Frequenzen im Jahr 2013 und deren Bestätigung durch VwGH 4.12.2014, 2013/03/0149). Dabei ist zu bedenken, dass es im Telekommunikationsbereich bei der Auswahl des Bestbieters – etwa im Gegensatz zum Rundfunk, wo die Vergabe knapper Frequenzen auch ein Thema ist – keine bedeutenden öffentlichen Interessen (etwa Programmqualität) gibt, die es gebieten würden, ein anderes Kriterium als das des höchsten Gebots heranzuziehen.

Ein besonderes Verteilungsverfahren (7. Abschnitt des TKG 2003, §§ 61 ff) besteht auch für die Zuteilung von **Kommunikationsparametern** (Definition in § 61 TKG 2003; „die Gesamtheit aller möglichen Zeichen, Buchstaben, Ziffern und Signale, die unmittelbar zur Netzsteuerung von Kommunikationsverbindungen dienen“; zB Telefonnummern).

Für die Herstellung eines Netzes von Bedeutung sind allfällige **Leitungs- und Mitbenutzungsrechte** (§§ 5 ff); zB die Verwendung privaten Grundes für notwendige Netzbestandteile. Das TKG 2003 versucht zu erreichen, dass auf Grund solcher Wege- und Nutzungsrechte errichtete Infrastruktur möglichst effizient genutzt wird (zB Verwendung bestehender Kabelkanäle durch mehrere Anbieter; vgl die Mitbenutzungsrechte in § 8 TKG 2003), wobei das Regime durch die TKG-Nov BGBl I 2015/134, welche der Umsetzung der RL 2014/61/EU dient, sowie die TKG-Nov BGBl I 2018/78 ua durch Informationspflichten, Koordinationspflichten der einzelnen Netzbetreiber und Pflichten der Gebäudeeigentümer zur Errichtung gebäudeinterner Infrastrukturen erheblich erweitert wurde; zudem fungiert die Regulierungsbehörde als zentrale Informationsstelle für Infrastrukturdaten und Breitbandversorgung, um den Infrastrukturausbau zu erleichtern. **Davon zu unterscheiden** ist das Problem der **Nutzung des Netzes** eines anderen Anbieters **durch einen Mitbewerber**, der (an dieser Stelle) kein eigenes Netz besitzt – **Netzgang; Zusammenschaltung** – dazu Näheres unten.

### **Wettbewerbsregulierung:**

Der „regulierungsrechtliche“ Kernbereich des TKG 2003 ist der 5. Abschnitt „Wettbewerbsregulierung“. In § 35 wird dabei der Begriff des „Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht“ definiert: „Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten“. Diese Bestimmung zielt zwar primär auf die ehemaligen (staatlichen) Monopolisten ab; zu beachten ist aber, dass in manchen Marktsegmenten diese Bedingung von mehreren Mitbewerbern erfüllt wird. So hat die Regulierungsbehörde etwa zuletzt 2013 festgestellt, dass vier Mobilfunkbetreiber (A 1 Telekom Austria, T-Mobile Austria, Mundio Mobile Austria und Hutchison Drei Austria) auf dem Markt(segment) „Mobilterminierungsmärkte“ (dh Anrufe von einem anderen Netz in das Mobilnetz des jeweiligen Betreibers) als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anzusehen sind (TKK 30.9.2013, M 1.10/12-99, -100, -101, -102). Diese und andere Bescheide der TKK sind unter <https://www.rtr.at/de/tk/EntscheidungenGesamt> abrufbar.

Zur Feststellung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, wird ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren durchgeführt. Ein solches ist grundsätzlich **alle drei Jahre** durchzuführen, wobei zwischen zwei wesentlichen Begriffen zu unterscheiden ist:

- Im Rahmen des Verfahrens ist zum einen eine **Marktdefinition** durchzuführen, welche die relevanten Segmente des gesamten Telekommarktes, die als „Markt“ iSd Wettbewerbsvorschriften gelten sollen, bescheidmäßig festlegt (so gibt es etwa, siehe oben, den Markt „Mobilterminierung“). Als Märkte zu definieren sind dabei nur solche, bei denen das „normale“ Wettbewerbsrecht nicht zur Herstellung des Wettbewerbs ausreichend ist (§ 36 Abs 3 TKG 2003). Die nationalen Behörden haben bei der Definition der Märkte zudem auf die sog **Märkteempfehlung der Europäischen Kommission** (gem Art 15 der RahmenRL 2002/21/EG, siehe dazu derzeit die Märkteempfehlung 2014/710/EU, ABl 2014 L 295/79) Bedacht zu nehmen, in der diese mögliche Märkte festlegt, auf denen Regulierung erforderlich sein könnte. Besonders bedeutsam ist dabei die Unterscheidung zwischen Endkundenmarkt (der Markt, auf dem etwa Telefongespräche angeboten werden) und Vorleistungsmärkten (Märkte, auf denen über den Zugang zur Infrastruktur, etwa zum Netz des Mitbewerbers, verhandelt

wird). Die Empfehlung schlägt nunmehr ausdrücklich die Verwendung des **Drei-Kriterien-Tests** zur Ermittlung eines Marktes vor. Ihr zweiter Punkt stellt diesen vor (er wird auch in § 36 Abs 3 TKG wiederholt): „Die nationalen Regulierungsbehörden sollten bei der Festlegung von Märkten, die nicht in dem Anhang (erg: zur Empfehlung) aufgeführt sind, sicherstellen, dass die folgenden drei Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- a) Es bestehen beträchtliche anhaltende Zugangshindernisse. Dabei kann es sich um strukturelle, rechtliche oder regulatorische Hindernisse handeln.
  - b) Der Markt tendiert innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu einem wirksamen Wettbewerb. Bei der Zugrundelegung dieses Kriteriums ist der Stand des Wettbewerbs hinter den Zugangsschranken zu prüfen.
  - c) Das Wettbewerbsrecht allein reicht nicht aus, um dem betreffenden Marktversagen angemessen entgegenzuwirken“.
- Weiterhin hilfreich bleibt aber auch der sogenannte „Hypothetische Monopol-Test“ (HM-Test): Es wird angenommen, dass für eine konkrete Leistung ein (hypothetischer) einziger Anbieter am Markt ist (der „hypothetische Monopolist“). Als nächstes wird angenommen, dieser würde den Preis für die konkrete Leistung um 10 Prozent erhöhen. Dann wird gefragt, ob diesfalls die Kunden auf andere Leistungen ausweichen können bzw Anbieter auf ähnlichen Märkten alternative Leistungen anbieten können (ökonomisch gesprochen geht es um die Substituierbarkeit der konkreten Leistung). Ist **kein** „Ausweichen“ **möglich**, dann liegt ein **eigener Markt** für die konkrete Leistung vor. Besteht „Substituierbarkeit“ (dh die Kunden können ausweichen und Mitbewerber alternative Leistungen anbieten), dann ist die konkrete Leistung **nur Teil eines größeren Marktes**, der durch eine erneute Anwendung des HM-Tests ermittelt werden muss.
  - Bis zur TKG-Nov BGBl I 2011/102 erfolgte die Marktdefinition durch Verordnung; seitdem ist eine bescheidmäßige Feststellung vorgesehen.
  - Im Rahmen der sog **Marktanalyse** ist dann für die festgelegten Märkte bescheidmäßig zu klären, ob auf ihnen effektiver Wettbewerb herrscht oder aber ob ein oder mehrere Unternehmen jeweils über beträchtliche Marktmacht verfügt. Auch hier sind von den nationalen Behörden die so genannten SMP-Leitlinien („significant market power“) der Europäischen Kommission zu beachten, mit denen diese versucht, das Marktanalyseverfahren der nationalen Behörden unionsweit auf die gleichen Grundlagen aufzubauen.

Verfügt kein Unternehmen auf einem Markt über beträchtliche Marktmacht (bzw wird festgestellt, dass der festgelegte Markt aus Regulierungssicht überhaupt nicht mehr relevant ist), ist bescheidmäßig festzustellen, dass effektiver Wettbewerb besteht (§ 37 Abs 2 TKG 2003), diesfalls sind keine besonderen Verpflichtungen möglich (mit einer Ausnahme: Maßnahmen nach § 47 Abs 2 TKG 2003). Allfällige bereits bestehende Verpflichtungen sind durch Bescheid aufzuheben.

Verfügen hingegen ein oder mehrere Unternehmen auf einem Markt über beträchtliche Marktmacht bzw fehlt effektiver Wettbewerb, so stehen der Regulierungsbehörde zur Herstellung des Wettbewerbs **verschiedene Instrumente** zur Verfügung, die in den §§ 38 bis 47a TKG 2003 geregelt sind (die „tool-box“ des Regulators). Dabei ist **asymmetrische Regulierung** möglich; dh es werden nicht nur dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht besondere Verpflichtungen auferlegt, den Mitbewerbern können besondere Vorteile eingeräumt werden.

Zu den Instrumenten des Regulators zählen:

- **Gleichbehandlungsverpflichtung** (§ 38 TKG 2003): Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kann verpflichtet werden, alle Mitbewerber gleich zu behandeln (zB Anbot derselben hochqualitativen Leitungen, die es für eigene Dienste verwendet; Standardangebote).
- **Transparenzverpflichtung** (§ 39 TKG 2003): Das Unternehmen muss Daten veröffentlichen, die Mitbewerber und Öffentlichkeit interessieren könnten (zB Rabattgewährungen).
- **Getrennte Buchführung** („buchhalterisches Unbundling“; § 40 TKG 2003): Diese kann verhindern, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Quersubventionen zwischen seinen Tätigkeitsbereichen kaschieren kann.
- **Zugang zum Netz** („Netzeinrichtungen und Netzfunktionen“; § 41 TKG 2003): Die Regulierungsbehörde kann ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, anderen Unternehmen zu bestimmten Bedingungen Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Zwar gelten bestimmte Regelungen über den Netzzugang für Mitbewerber grundsätzlich für alle Unternehmen (Zusammenschaltung; siehe unten), das Besondere ist hier aber, dass die Behörde die umfassenden Netzzugangsbedingungen bindend vorgeben kann, während ansonsten primär nur eine Pflicht zum Verhandeln besteht. Letzteres wird bei Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als nicht ausreichend erachtet; hier kann es daher zur einseitigen Auferlegung von Zugangsverpflichtungen kommen.
- **Entgeltkontrolle und Kostenrechnung** (§ 42 TKG 2003): Die Regulierungsbehörde kann mittels Preisregelungen einschreiten, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zum Nachteil der Endnutzer überhöhte Preise verrechnet oder Preisdiscrepanzen ausnutzen kann.
- **Endnutzerdienste** (§ 43 TKG 2003): Auch in diesem Bereich kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bindende Vorgaben machen, etwa ein Verbot von Kampfpreisen (predatory pricing) oder unangemessenen Produktbündelungen (zB faktischer „Kombiangebotszwang“). Diese Maßnahmen dürfen nur ergriffen werden, sofern Maßnahmen nach den §§ 38 bis 42 nicht ausreichen (sog „Vorrang der Vorleistungsregulierung“ – nur wenn diese nicht ausreicht, darf der Endkundenmarkt reguliert werden).
- **Genehmigung von Endkundenentgelten** der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch die Regulierungsbehörde (§ 45 iVm § 43 TKG 2003).
- § 47 TKG ermöglicht bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände auch weitere Maßnahmen, die aber dann der Europäischen Kommission mitzuteilen und von dieser zu genehmigen sind.
- **Funktionelles Unbundling** („Funktionelle Trennung“; § 47a TKG 2003): Möglichkeit einer Abtrennung vorleistungsbezogener („Zugangsprodukte“) Geschäftsbereiche als „ultima ratio“ und nur mit Zustimmung der Kommission. Danach ist eine neuerliche Marktanalyse durchzuführen, die dann zu einer Auferlegung, Abänderung oder Aufhebung anderer besonderer Verpflichtungen führen kann. Ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kann einen solchen Schritt auch freiwillig setzen (§ **47b TKG 2003**), um sich hinsichtlich anderer Verpflichtungen Erleichterungen zu verschaffen.

Für alle Unternehmen, auch solche ohne beträchtliche Marktmacht, gelten die Regelungen über die **Zusammenschaltung** (§§ 48 f TKG 2003). Dabei geht es zum einen darum, dass Infrastruktur (Netze) für Mitbewerber nur schwer duplizierbar ist. Zum anderen soll sichergestellt werden, dass die Kommunikation zwischen an verschiedene Netze angeschlossenen Personen möglich ist (dies ist auch für die Mobiltelefonie sehr wichtig). Kurz gesagt, erlauben diese Bestimmungen ein „Gespräch durch mehrere Netze“. § 3 Z 25 TKG 2003 definiert Zusammenschaltung als „die physische und logische Verbindung öffentlicher Kommunikationsnetze, die von demselben oder einem anderen Unternehmen genutzt werden, um Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens oder den Zugang zu den von einem anderen Unternehmen angebotenen Diensten zu ermöglichen“. Jeder Netzbetreiber (auch derjenige ohne beträchtliche Marktmacht) ist verpflichtet, anderen Betreibern ein Angebot zur Zusammenschaltung zu legen. Bemerkenswert ist, dass die **Regulierungsbehörde**, falls es zu keiner Einigung über die Bedingungen des Netzzugangs kommt, diese ersatzweise durch Bescheid festlegen kann („**vertragsersetzender Bescheid**“). Ein solcher ist auch dort vorgesehen, wo Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine zu treffende Vereinbarung mit einem anderen Betreiber nicht abschließen wollen (zum Ganzen § 117 Z 2 und 7 iVm § 121 Abs 2 und 3 TKG 2003).

#### **Universaldienst:**

Unter Universaldienst versteht § 26 Abs 1 TKG 2003 „ein Mindestangebot an öffentlichen Diensten, zu denen alle Endnutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen“. Dabei geht es nicht nur um Telefonzellen, sondern auch darum, dass örtlich entlegene Ortschaften an das Telefonnetz angeschlossen werden oder bleiben. Zu Zeiten staatlicher Monopolisten war dies sichergestellt, der freie Markt stuft etliche dieser Leistungen aber als unrentabel ein. Im öffentlichen Interesse sollen diese aber bestehen bleiben; diesem Zweck dient der Universaldienst, der nach wie vor durch die Telekom Austria betrieben wird. Hat der Betreiber des Universaldienstes auf einem relevanten Markt **unter** 80% Marktanteil, kann er die nachweislichen Kosten der Universaldienstverpflichtungen gegenüber einem von allen größeren Diensteanbietern (Jahresumsatz von mehr als EUR 5 Mio) zu finanzierenden Universaldienstfonds geltend machen (§ 31 TKG 2003).

#### **Konsumentenschutz:**

Zwecken des Konsumentenschutzes dienen schließlich die Regelungen über den Schutz der Nutzer, die etwa jedem erlauben, Kommunikationsleistungen zu den veröffentlichten AGB eines Anbieters in Anspruch zu nehmen (§ 69 TKG 2003), oder eine Überprüfung der Entgelte (§ 71 TKG 2003) vorsehen. Vgl auch die Möglichkeit zur „Mitnahme“ der Rufnummer („Nummernübertragbarkeit“ gem § 23 TKG 2003), die Regelungen gegen den Missbrauch von Mehrwertdiensten (§§ 24a, 91a TKG 2003), Maßnahmen zur Kostenbeschränkung (§ 25a TKG 2003) sowie Beschränkungen der maximal zulässigen Mindestvertragsdauer (§ 25d TKG 2003).

#### **(Regulierungs)Behörden:**

Der allgemeinen staatlichen Verwaltung verbleibt nach der Liberalisierung als Aufgabe insb die – untechnisch gesprochen – „Typenzulassung“ von Fernmeldegeräten. Die eigentlichen Regulierungsaufgaben werden von speziellen Behörden erledigt; näher dazu unten.

### **5.3 Eisenbahn**

#### **Rechtsgrundlagen:**

- EisenbahnG 1957 (EisbG), BGBl 1957/60 idgF (die beiden letzten großen Nov BGBl I 2011/124 und BGBl I 2015/137 dienten insb der Neufassung der Bestimmungen über die Interoperabilität bzw der Umsetzung der RL 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums)
- Eisenbahnbeförderungs- und FahrgastrechteG (EisbBFG), BGBl I 2013/40 (dieses ist tw ein Begleitgesetz zur Fahrgastrechte-VO 1371/2007 der EU)
- Passagier- und FahrgastrechteagenturG (PFAG), BGBl I 2015/61
- HochleistungsstreckenG, BGBl 1989/135 idgF
- BundesbahnG 1992, BGBl 1992/825 idgF
- SchieneninfrastrukturfinanzierungsG, BGBl 1996/201 idgF (regelt Finanzierungsfragen)
- PrivatbahnG 2004, BGBl I 2004/39 idgF (regelt iW Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen)
- Weitere BG betreffen die Errichtung der Brenner Eisenbahn GmbH (inzwischen mit der ÖBB-Infrastruktur AG verschmolzen) sowie die Brenner Basistunnel AG
- Eisenbahnunternehmen unterliegen auch den Anforderungen des Netz- und Informationssystemsystemsicherheitsgesetz – NISG, BGBl I 2018/111, welches Maßnahmen festlegt, mit denen ein hohes Sicherheitsniveau von Netz- und Informationssystemen von Betreibern wesentlicher Dienste (ua) im Verkehrssektor gewährleistet wird.

Im Bereich des Eisenbahnwesens ist zwischen **Eisenbahninfrastrukturunternehmen** (§ 1a EisbG) und **Eisenbahnverkehrsunternehmen** (§ 1b EisbG) zu unterscheiden (vgl § 14 EisbG):

**Eisenbahninfrastrukturunternehmen** benötigen eine zeitlich zu befristende **Konzession** (Ausnahme: bundeseigene Bahnen, vgl auch § 51 BBG), die vom BMVIT dann zu erteilen ist, wenn keine öffentlichen Interessen entgegenstehen oder das öffentliche Interesse am Bau und Betrieb der geplanten Eisenbahn die entgegenstehenden Interessen überwiegt (§ 14a EisbG); zudem verschafft sie dem Konzessionsinhaber einen Abwehranspruch gegen nicht zumutbare Konkurrenzierungen durch andere, insb parallele Eisenbahnstrecken (§ 18a EisbG).

Dagegen benötigen (auch bundeseigene) **Eisenbahnverkehrsunternehmen** entweder eine **Verkehrsgenehmigung** (§§ 15 ff EisbG) oder eine **Verkehrskonzession** (§§ 16 ff EisbG), die jeweils durch den BMVIT zu erteilen sind. Während eine Verkehrsgenehmigung zu Verkehren in den EU- und EWR-Mitgliedstaaten und der Schweiz berechtigt, genügt für Personenverkehrsleistungen im Stadt- oder Vorortverkehr bzw Güterverkehrsleistungen im Regional-, Stadt- oder Vorortverkehr eine Verkehrskonzession; in beiden Fällen hängt die Erteilung von der Zuverlässigkeit, finanziellen Leistungsfähigkeit und fachlichen Eignung des Antragstellers ab und muss dieser über eine ausreichende Haftpflicht verfügen. Verkehrsgenehmigungen aus anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaaten sind in Österreich anzuerkennen (§ 41 EisbG).

Nach dem EisbG steht der **Netzzugang**, dh der Anspruch auf diskriminierungsfreie Zuweisung von Fahrwegkapazität, nicht jedermann, sondern **nur den im Gesetz aufgezählten Zugangsberechtigten** zu, denen allerdings vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen gewisse sachliche und nichtdiskriminierende Anforderungen auferlegt werden dürfen (§ 57b); diese haben zudem gemeinsam mit dem Zugangsbegehren eine **Sicherheitsbescheinigung** vorzulegen (zu dieser sogleich).

**Zugangsberechtigt** sind (§ 57):

- Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in Österreich (Zweigniederlassung genügt im Hinblick auf Art 49 AEUV)
- Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in einem EU- bzw EWR-Vertragsstaat oder der Schweiz, deren Tätigkeit nicht ausschließlich auf den Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr beschränkt ist, für Eisenbahnverkehrsleistungen im **grenzüberschreitenden** Personenverkehr (was Hauptzweck sein muss)
- Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in einem EU- bzw EWR-Vertragsstaat oder der Schweiz, deren Tätigkeit nicht ausschließlich auf den Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr beschränkt ist, für Eisenbahnverkehrsleistungen im Güterverkehr
- Eisenbahnunternehmen mit Sitz in anderen Staaten nach Maßgabe staatsvertraglicher Regelungen bzw wenn der Zugang im öffentlichen Interesse gelegen und Gegenseitigkeit gewährleistet ist (wobei Durchführungsbestimmungen in zwischenstaatlichen Vereinbarungen zu treffen sind)

Neben diesen Zugangsberechtigten haben seit der Nov BGBl I 2015/137 auch internationale Gruppierungen von Eisenbahnunternehmen, natürliche und juristische Personen oder Aufgabenträger für gemeinwirtschaftliche Verkehrsdienste, Verladler, Spediteure und Unternehmen des kombinierten Verkehrs, die ein eigen- oder gemeinwirtschaftliches Interesse daran haben, Anspruch auf diskriminierungsfreie Zuweisung von Fahrwegkapazität (§ 57a). Der so berechnete hat einen Zugangsberechtigten namhaft zu machen, für den dann die entsprechenden Teile des Vertrages über die Zuweisung von Fahrwegkapazität verbindlich sind (§ 70a Abs 2).

Derzeit (noch) nicht unbeschränkt möglich ist somit der Netzzugang durch Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in einem EU- bzw EWR-Vertragsstaat oder der Schweiz zum Personenverkehr in Österreich, sofern dieser nicht grenzüberschreitend oder nach Maßgabe staatsvertraglicher Regelungen bzw im öffentlichen Interesse gelegen (bei Gegenseitigkeit) erfolgt (das sog „Vierte Eisenbahnpaket“ sieht allerdings auch für den inländischen Personenverkehr die vollständige Marktöffnung bis 2020 vor).

Die Liberalisierung des **grenzüberschreitenden** Personenverkehrs ermöglicht es grundsätzlich auch, dass grenzüberschreitende Züge Personen zwischen Bahnhöfen im Inland transportieren werden dürfen. Derartige Zwischenhalte können dann eingeschränkt werden, wenn dadurch ein Verkehrsdienstvertrag mit einem anderen (idR: nationalen) Anbieter gefährdet wäre (§ 57c EisbG). Diese nunmehr in Art 11 RL 2012/34/EU vorgesehene Ausnahme bzw die dazu ergangene italienische Ausführungsbestimmung führte im ersten Halbjahr 2011 zu Unstimmigkeiten über die Bedienung bestimmter italienischer Bahnhöfe durch internationale Züge der ÖBB bzw DB („DB-ÖBB-EuroCity“), die schließlich durch einen Vergleich zwischen den betroffenen Unternehmen gelöst wurden. Eine weitere bemerkenswerte Ausnahme nach Art 11 Abs 5 der RL 2012/34/EU gilt für solche Strecken, deren grenzüberschreitende Bedienung vor dem 4.12.2007 nach einem Vergabeverfahren durch Konzessionsvertrag an ein Unternehmen (für max 15 Jahre) vergeben wurde.

Die **Sicherheitsbescheinigung** (§§ 37 ff EisbG) dient dazu, sicherzustellen, dass die Zugangsberechtigten ausreichende Sicherheitsmaßnahmen treffen, um einen gefahrlosen Verkehrsdienst zu gewährleisten. Dazu haben sie ihr Sicherheitskonzept der zuständigen nationalen Behörde – in Österreich der BMVIT – zur Genehmigung vorzulegen, die zu erteilen ist, wenn die Erfüllung der für die betroffenen Verkehrsdienste und Strecken maßgeblichen Bestimmungen über die Sicherheit und Ordnung des Eisenbahnverkehrs sowie die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes insb bezüglich Organisation, Fahrbetriebsmittel und Personal nachgewiesen wurde. Diese besteht aus zwei Teilen (A und B): Bei Eisenbahnverkehrsunternehmen mit

Sitz in Österreich werden beide Teile vom BMVIT ausgestellt, bei solchen mit einem Sitz in einem anderen EU- oder EWR-Staat bzw der Schweiz wird Teil B vom BMVIT ausgestellt, der andere Teil stammt von der zuständigen Behörde im Sitzstaat. Von der Sicherheitsbescheinigung ist die **Sicherheitsgenehmigung** (§§ 38 ff EisebG) zu unterscheiden, diese „bestätigt“ die Sicherheit eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens.

Die Einräumung des Netzzuganges erfolgt durch die **Zuweisungsstelle**; dies ist grundsätzlich das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das diese Aufgabe jedoch mit schriftlichem Vertrag auf einen Dritten übertragen kann. Dies hat zu erfolgen, wenn die Zuweisungsstelle nicht rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig ist (§ 62). Mehrere Privatbahnen haben solche Übertragungen auf die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH bzw die ÖBB Infrastruktur AG vorgenommen).

Im Zusammenhang mit dem Netzzugang sind zudem bestimmte **Zusatzpakete** zur Verfügung zu stellen: Dabei ist zwischen dem vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen zwingend zur Verfügung zu stellenden Mindestzugangspaket (§ 58) sowie dem von Betreiber von Serviceeinrichtungen zur Verfügung zu stellenden Zugang zu Serviceeinrichtungen bzw zu Zusatz- und Nebenleistungen (§ 58b) zu unterscheiden (während der Zugang zu Serviceeinrichtungen jedenfalls diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen ist, sind Zusatz- und Nebenleistungen nur dann diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, wenn die betreffenden Leistungen überhaupt angeboten werden). Betreiber einer Serviceeinrichtung (zum Begriff näher § 58a Abs 1) kann anstelle eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens uU auch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen oder sonstiger Dritter sein; bei mindestens zweijähriger Nichtnutzung sind solche Einrichtungen grds zur Miete oder zum Leasing auszuschreiben (§ 58a Abs 2).

Für den Zugang zur Schieneninfrastruktur haben Eisenbahninfrastrukturunternehmen **Schiennennetz-Nutzungsbedingungen** zu erstellen, die alle wesentlichen administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten zu enthalten haben und vier Monate vor Ablauf der Frist für die Einbringung von Begehren auf Zuweisung von Zugtrassen unentgeltlich im Internet bereitzustellen und der SCG innerhalb eines Monats ab Erstellung oder Änderung vorzulegen sind (§ 59). Ggfals haben auch Betreiber von Serviceeinrichtungen Schiennennetz-Nutzungsbedingungen aufzustellen.

Für **zugewiesene, aber nicht genutzte Zugtrassen** ist von der entgelterhebenden Stelle ein **angemessenes Entgelt** zu erheben (§ 67i); zudem können **Zugtrassen** durch die Zuweisungsstelle **entzogen** werden, wenn der Zugangsberechtigte aus von ihm zu vertretenden Gründen innerhalb der letzten drei Monate sein Zugangsrecht nicht ausgeübt hat (§ 60).

Die **Zuweisung** von Zugtrassen und Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen erfolgt durch **schriftlichen Vertrag**, der sämtliche damit zusammenhängenden Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten zu enthalten hat; bei Identität zwischen Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen ist statt dessen eine von der Zuweisungsstelle unterfertigte Urkunde zu errichten (§ 70a).

Anders als im Energiebereich sind keine Netzzugangsverweigerungsgründe, sondern ist ein **formalisiertes Zuweisungsverfahren** vorgesehen (§§ 63 ff); auch existieren **detaillierte Vorgaben betreffend die Benützungsentgelte** (§§ 67 ff). Beide Aspekte werden in diesem Skriptum in den Blöcken „Netzzugangsregulierung“ und „Preisregulierung“ näher behandelt; vgl dort auch zum Beschwerdeverfahren (§§ 72 f).

Auf Grund eines Sonderregimes (§§ 53a ff bzw §§ 75c f EisebG) bestehen zudem Anschluss- und **Mitbenützungrechte anderer Eisenbahnen für Zwecke der Verknüpfung** (ver-

gleichbar mit der Zusammenschaltung gem § 48 TKG 2003) Mitbenützungrechte der **Hersteller von Schienenfahrzeugen für Zwecke von deren Erprobung** sowie Zugangsrechte zu Schulungseinrichtungen.

Mit Ausnahme der Erteilung von Bewilligungen an Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen, der Ausstellung von Sicherheitsbescheinigungen und -genehmigungen sowie des Eisenbahnplanungs- und Baurechts sind alle wesentlichen Aufgaben von besonders eingerichteten Regulierungsbehörden (näher dazu unten) zu vollziehen.

## 5.4 Post

### Rechtsgrundlagen:

- Postmarktgesetz (PMG), BGBl I 2009/123 idgF.

Durch das am 1. 1. 2011 in Kraft getretene PMG wurden die **Postmärkte vollständig liberalisiert**, da die PostRL 97/67/EG idF der RL 2008/6/EG es ab 31. 12. 2010 nicht mehr gestattet, für Zwecke der Finanzierung des Universaldienstes bestimmte Dienste zu reservieren (sog „reservierter Postdienst“). Dementsprechend unterscheidet das PMG nur mehr zwischen dem **Universaldienst und Postdiensten allgemein** (zum Begriff „Postdienste“ vgl § 3 Z 2 PMG). Als **Universaldienstbetreiber** wird die – im Gesetz als Österreichische Post bezeichnete – **Post AG** benannt, da diese derzeit als einzige über die nötige Leistungsfähigkeit verfügt, doch ist nach 5 Jahren zu prüfen, ob der Markt eine Ausschreibung zulässt (§ 12 Abs 1). **Sonstige Postdienste sind anzeigepflichtig** (§ 25), nur für die **gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 50g**, die erst durch das PMG liberalisiert wurde, ist – wohl um die Post AG vor Wettbewerb zu schützen – eine **Konzession** erforderlich (§§ 26 ff): Deren Erteilung hängt von der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde sowie der Einhaltung des jeweiligen Kollektivvertrages ab (die Österreichische Post erhält, ohne dass diese Konzessionsvoraussetzungen geprüft werden, jedoch eine Legalkonzession).

Die Österreichische Post ist als Universaldienstbetreiber verpflichtet, den sog „**Universaldienst**“, dh die **flächendeckende Versorgung mit Postdienstleistungen zu allgemein erschwinglichen Preisen und in einer den Bedürfnissen der Kunden entsprechenden Qualität** (Konkretisierung durch VO des BMVIT gem § 6 Abs 9 möglich), bundesweit zu erbringen (§ 6, iVm § 12 Abs 1). Dieser kann bei nicht ordnungsgemäßer Erbringung als ultima ratio auf einen anderen Betreiber übertragen werden (§ 12 Abs 2).

Zur **Finanzierung** der nachweislich aufgelaufenen Nettokosten der – wirtschaftlich uU unrentablen – Universaldienstleistungen hat die Österreichische Post, sofern diese eine unverhältnismäßige Belastung darstellen, Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich (§ 13). Zu diesem Zweck ist von der Regulierungsbehörde ein sog „**Universaldienstfonds**“ einzurichten und zu verwalten, wobei zur Finanzierung des Universaldienstes ausschließlich jene konzessionierten Betreiber, die Briefe bis 50g befördern, beitragspflichtig sind (§ 14; die Österreichische Post ist von der Beitragspflicht weitestgehend befreit).

Mit Ausnahme der Zustellung behördlicher Schriftstücke nach dem ZustG (vgl dazu § 17) sind die Rechtsbeziehungen zu Postdiensteanbietern **privatrechtlicher Natur**. Sämtliche Betreiber trifft ein **Kontrahierungszwang** nach Maßgabe der vom Betreiber festgelegten AGB und Entgelte; diese sind vom Betreiber zu veröffentlichen und der Regulierungsbehörde anzuzeigen (§§ 19, 20, 31). Die **Entgelte für den Universaldienst** sind so festzulegen, dass sie jedenfalls allgemein erschwinglich, kostenorientiert, transparent und nichtdiskriminierend sind (§ 21 Abs 1); sie sind auf alle Nutzer in gleicherweise anzuwenden (§ 21 Abs 2; dies gilt nach § 21 Abs 3 auch für allfällige Preisabsprachen und Sondertarife; zudem gestattet § 22 sog „Einzelsendungsentgelte“). Die **Qualitätsanforderungen an den Universaldienst** in

Bezug auf die Dichte des Netzes an Post-Geschäftsstellen, deren Öffnungszeiten und Mindestangebot, die Postbriefkästen, die Häufigkeit der Zustellungen und die Laufzeiten sind großteils bereits unmittelbar im Gesetz festgelegt (§§ 7 ff; dort ist unter Anderem hinsichtlich der Dichte des Filialnetzes der Österreichischen Post vorgesehen, dass bundesweit mindestens 1650 Filialen bestehen müssen und dass der Ersatz von Postämtern durch sog „Postpartner“ Beschränkungen unterworfen ist). Für sonstige Postdienste sind hingegen nur vereinzelt Leistungsstandards, zB in Bezug auf anzustrebende Laufzeiten, festgelegt (§ 32). Die Regulierungsbehörde hat die durchschnittlichen Laufzeiten von Sendungen mindestens einmal jährlich auf Kosten der Anbieter durch eine von den Betreibern unabhängige Einrichtung überprüfen und das Ergebnis der Überprüfung zu veröffentlichen (§ 33).

Der Österreichischen Post ist als Leistung im allgemeinen Interesse die Postgebührenbefreiung für den Vermisstensuchdienst und die unentgeltliche Beförderung von Blindensendungen auferlegt (§ 16).

**Hausbriefachanlagen** müssen auch für **alternative Betreiber verwendbar** sein (§ 34 Abs 2). Diesen Anforderungen nicht entsprechende Anlagen sind bis 31. 12. 2012 vom Universaldienstbetreiber auszutauschen, wobei die Betreiber konzessionierter Postdienste anteilig zu den Kosten beizutragen haben (§ 34). Der VfGH hatte gegen diese Regelung bislang keine verfassungsrechtlichen Bedenken (VfGH 16. 3. 2012, G 97/11; die frühere Pflicht des Grundstückseigentümers nach § 14 PostG 1997, für durch alternative Betreiber verwendbare Hausbriefachanlagen zu sorgen, hat der VfGH dagegen als verfassungswidrigen Eigentumseingriff aufgehoben: VfSlg 17.819).

**Postbehörden** sind der BMVIT als oberste Postbehörde, das (ab 2020 bundesweit zuständige) Fernmeldebüro als Verwaltungsbehörde (einschließlich Verwaltungsstrafverfahren; mit Ausnahme der Angelegenheiten der Regulierungsbehörden) sowie als Regulierungsbehörden iSd RL 97/67/EG (idF 2008/6/EG) die RTR-GmbH und die Post-Control-Kommission; die Postbehörden sind zu bestimmten Aufsichtsmaßnahmen ermächtigt (§§ 37 ff).

## **6. Strukturen des Regulierungsrechts – Instrumente**

### **6.1 Allgemeines**

Im Folgenden soll ein rechtsvergleichender Überblick über die wichtigsten Regulierungsinstrumente gegeben werden:

- Marktzutrittsregulierung
- Netzzugangsregulierung
- Unbundling (Entflechtung)
- Preisregulierung
- Rechte der Nutzer, Marktregeln und Interoperabilität
- Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

### **6.2 Marktzutrittsregulierung**

Um einen Wettbewerb in den Netzwirtschaften zu etablieren, war es primär erforderlich, die bislang **bestimmten Unternehmen eingeräumten ausschließlichen Rechte zu beseitigen**. Dies geschah in den einzelnen Bereichen auf unterschiedliche Art und Weise:

Im Bereich der **Energieversorgung** erfolgte die Abschaffung ausschließlicher Rechte zur Versorgung mit Strom und Gas auf europäischer Ebene nur indirekt dadurch, dass sog „zugelassenen Kunden“ das Recht auf Netzzugang eingeräumt wird (Strom: Art 20 f RL 2003/54/EG bzw nunmehr Art 32 f RL 2009/72/EG; Gas: Art 18 ff RL 2003/55/EG bzw nunmehr Art 32 f RL 2009/72/EG); für die Tätigkeit als Erdgashändler ist allerdings vorgesehen, dass diese Tätigkeit an eine an objektive und nichtdiskriminierende Voraussetzungen gebundene Genehmigung gebunden werden darf (Art 4 RL 2009/73/EG). In Österreich ist die Tätigkeit des Stromhändlers (aus kompetenzrechtlichen Gründen), nicht aber die des Erdgashändlers von der GewO ausgenommen; die Tätigkeit des Erdgashändlers unterliegt außerdem einer Anzeigepflicht an die E-Control (§ 121 Abs 1 GWG 2011).

Der Weiterbestand der **ausschließlichen Rechte der Netzbetreiber** dürfte durch die RL 2009/72/EG und 2009/73/EG grundsätzlich stillschweigend vorausgesetzt werden, weil selbst die Errichtung sog „Direktleitungen“ von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf (Art 34 RL 2009/72/EG, Art 38 RL 2009/73/EG). Zudem dürfen die Mitgliedstaaten Bau und Betrieb von Erdgasleitungen von einer anhand objektiver und nichtdiskriminierender Voraussetzungen zu erteilenden Genehmigung abhängig machen, wobei die Genehmigung zur Errichtung neuer Gas-Verteilerleitungen von der Auslastung bestehender oder geplanter Leitungen abhängig gemacht werden darf (Art 4 Abs 4 RL 2009/73/EG). Vgl auch § 137 Abs 3 GWG 2011: Ein Netzbetreiber kann beantragen, dass die Genehmigung einer Erdgasleitungsanlage (eines Konkurrenten) versagt wird, wenn die Errichtung, Erweiterung oder Änderung der Anlage mit den Zielen des § 4 GWG 2011 (zB kostengünstige und sichere Erdgasversorgung der Bevölkerung) unvereinbar ist oder ihn daran hindern würde, die ihm auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gem § 5 GWG 2011 (zB Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Infrastruktur) zu erfüllen und diese Versagungsgründe nicht durch die Vorschreibung von Auflagen beseitigt werden können.

Eine gewisse Durchbrechung der Gebietsmonopole der Verteilungsnetzbetreiber im Elektrizitätsbereich brachte die mit BGBl I 2017/108 ermöglichte Einrichtung von „gemeinschaftlichen Erzeugungsanlagen“ (§ 16a EIWOG 2010), welche der Selbstversorgung in **Mehrparteengebäuden** dienen und somit „Kleinst-Verteilernetze“ innerhalb eines Gebietsmonopols versorgen. Dies dient insb der Förderung der verbrauchsnahe Erzeugung von Ökostrom.

Die Liberalisierung der Stromerzeugung sowie der Gewinnung von Erdgas erfolgte insofern, als Genehmigungen für neue Stromerzeugungsanlagen in einem Genehmigungsverfahren nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien zu erteilen sind (Art 7 RL 2009/72/EG, nur subsidiär ist die Ausschreibung neuer Kapazitäten in Art 8 vorgesehen) und gem Art 2 und 3 RL 94/22/EG die Erteilung von Berechtigungen für die Gewinnung von Kohlenwasserstoffen grundsätzlich in nichtdiskriminierender und offener Weise erfolgen muss. Die innerstaatlichen Rechtsvorschriften (§ 12 EIWOG 2010, § 69 MinroG) entsprechen diesen Anforderungen größtenteils (Problem: Vorzugsrecht des Landes auf Ausnutzung der Wasserkräfte gem § 18 WRG).

Im Bereich der **Telekommunikation** erfolgte durch die RL 90/388/EWG und 96/19/EG die stufenweise Abschaffung aller ausschließlichen und besonderen Rechte für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen, wobei jedoch in weiten Bereichen noch ein Lizenzierungsverfahren nach objektiven, nichtdiskriminierenden, verhältnismäßigen und transparenten Kriterien zulässig war. Seit Inkrafttreten der GenehmigungsRL 2002/20/EG darf die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste nur mehr von einer sog „**Allgemeingenehmigung**“ abhängig gemacht werden (vgl Art 3 der RL: darunter ist der allgemeine Rechtsrahmen zu verstehen, mit dem das Recht zur Leistungserbringung gewährleistet und damit verbundene Pflichten festgelegt werden), wobei vom betreffenden Unternehmen

eine Meldung gefordert werden kann. In diesem Sinne sieht § 15 TKG 2003 eine Anzeigepflicht vor Betriebsaufnahme vor.

Zur Hintanhaltung indirekter Marktzutrittsbarrieren sieht die RL 2002/20/EG zudem eine **Begrenzung der finanziellen Belastungen der Marktteilnehmer** durch Verwaltungsabgaben und Entgelte für Nutzungsrechte und für Rechte für die Installation von Einrichtungen auf Grundbesitz vor (Art 12 f).

Im Bereich des **Eisenbahnwesens** wurden die ausschließlichen Rechte (Schutz konzessionierter Eisenbahnen vor unzumutbarer Konkurrenzierung gem § 18a EisbG) dadurch eingeschränkt, dass nur mehr Eisenbahninfrastrukturunternehmen sowie (ausschließlich) Verkehrsleistungen auf Straßenbahnen und nicht vernetzten Nebenbahnen der Konzessionspflicht unterliegen (Ausnahme: nicht mit anderen Eisenbahnen vernetzte Bahnen), wohingegen Eisenbahnverkehrsunternehmen eine Verkehrskonzession bzw Verkehrsgenehmigung benötigen, deren Erteilung nicht von Kriterien des Konkurrenzschutzes abhängt (vgl §§ 15, 16 EisbG).

Im Bereich des **Postwesens** erfolgte die Aufhebung ausschließlicher Rechte in einem ersten Schritt insofern, als Art 7 der RL 97/67/EG (StF) jene sog „reservierbaren Postdienste“ umschrieb, für die nach wie vor ein Beförderungsvorbehalt der Post zulässig war (siehe dazu § 6 des früheren PostG 1997). Durch die RL 2008/6/EG war der reservierte Postdienst mit Wirkung vom 31. 12. 2010 abzuschaffen. Nach Art 9 PostRL dürfen die Mitgliedstaaten grundsätzlich nur eine **Allgemeingenehmigung** verlangen (vgl dazu die Anzeigepflicht gem § 25 PMG); nur für Dienste, die zum Universaldienst gehören, darf eine Einzelgenehmigung gefordert werden. § 26 PMG sieht diese aber nicht für alle Dienste im Universaldienstbereich, sondern – mit Ausnahmen – nur für die gewerbliche Beförderung von Briefen bis 50g vor.

Gerade im Bereich der Netzwirtschaften ergeben sich indirekte **Marktzutrittsbeschränkungen** auch daraus, dass die **für den Marktzutritt benötigten „Güter“ aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen knapp** sind. So stehen beispielsweise Funkfrequenzen nicht in unbeschränkter Anzahl zur Verfügung und sind der Errichtung neuer Wasserkraftwerke im Hinblick auf die Zahl der geeigneten Standorte Grenzen gesetzt. Auch werden andere Unternehmen vom Betrieb von Energienetzen ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber aus ökonomischen und umweltpolitischen Gründen die Errichtung paralleler Netze behindert.

**Überlegen Sie:** Gegen welche Bestimmungen des Unionsrechts könnten Marktzutrittsbeschränkungen verstoßen, die sich aus der Verknappung der für den Marktzutritt erforderlichen Ressourcen ergeben? Welche Instrumente bzw Kriterien kommen für eine Verteilung knapper Ressourcen in Betracht?

Im Bereich Telekommunikation ermächtigt die GenehmigungsRL 2002/20/EG die Mitgliedstaaten zur Vergabe von Nutzungsrechten an knappen Funkfrequenzen und Rufnummern im Wege von Einzelgenehmigungen (Art 5, Ausnahme vom Prinzip der Allgemeingenehmigung) sowie unter gewissen Voraussetzungen zur zahlenmäßigen Begrenzung der Funkfrequenzen (Art 7); zudem dürfen im Interesse der optimalen Ressourcennutzung für Funkfrequenzen, Nummern und Rechte zur Installation von Einrichtungen objektiv gerechtfertigte, transparente, nicht diskriminierende und ihrem Zweck angemessene Entgelte eingehoben werden (Art 13). Im TKG 2003 wurde von diesen Möglichkeiten hinsichtlich der Frequenzen (§§ 51 ff) und der Kommunikationsparameter (zB Nummern; §§ 61 ff) Gebrauch gemacht: Bei der Vergabe von knappen Frequenzen kommt der Höchstbieter zum Zug, für die Benutzung von Kommunikationsparametern (§ 67) kann der BM durch VO ein zu entrichtendes Entgelt festlegen.

### 6.3 Netzzugangsregulierung

Die Regelungen über den Netzzugang stellen das **Herzstück der Infrastrukturegulierung** dar. Hintergrund ist, dass **Netze als natürliche Monopole** (und auch aus umweltpolitischen Gründen) **nicht beliebig duplizierbar** sind, sodass Wettbewerb auf den Infrastrukturmärkten am sinnvollsten dadurch etabliert werden kann, dass die Netze einem Wettbewerb auf Diensteebene geöffnet werden.

**Überlegen Sie:** Warum handelt es sich bei Infrastrukturnetzen um ein natürliches Monopol?

Beim Netzzugang handelt es sich allerdings um keine Besonderheit der Infrastrukturegulierung; vielmehr finden sich Regelungen betreffend den Zugang zu Infrastrukturen Dritter – allerdings mit anderer Zielsetzung als der Schaffung von Wettbewerb – als sog. „**Mitbenutzungsrechte**“ über das gesamte besondere Verwaltungsrecht verstreut (zB 19 WRG, §§ 66, 66a ForstG). Auch handelt es sich beim freien Netzzugang im Bereich der Netzwirtschaften um keine Errungenschaft der heutigen Zeit, sondern hat beispielsweise bereits das preußische Eisenbahngesetz aus 1838 einen freien Netzzugang zur Schieneninfrastruktur vorgesehen. In Österreich wurde ein derartiger Anspruch aus § 10 lit g EisenbahnkonzessionsG 1854 abgeleitet, der Mitbenutzungsrechte zugunsten angrenzender Eisenbahnen vorsah. Dieser – ursprünglich auch in § 24 EisebG 1957 vorgesehene – Anspruch wurde allerdings mit der Verstaatlichung der meisten Eisenbahnen in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts weitgehend bedeutungslos.

**Lesen Sie:** *Raschauer*, Mitbenutzungsrechte von Leitungen und Netzzugang, ÖZW 2000, 65-66, 70-71.

Im Zusammenhang mit dem Netzzugang können zwei Modelle unterschieden werden:

- **Verhandelter Netzzugang (negotiated third party access):** Jeder Netzbenutzer hat individuell die Konditionen für den Netzzugang auszuverhandeln (deutsches Energierecht vor Inkrafttreten des EnergiewirtschaftsG 2005)
- **Geregelter Netzzugang (regulated third party access):** Der Netzzugang erfolgt nach Maßgabe vorweg festgelegter Allgemeiner Bedingungen sowie (zumindest hinsichtlich der Methoden) vorweg festgelegter Tarife (Modell gem § 15 EIWOG 2010, §§ 27, 31 GWG 2011 mit Einschränkungen für den Speicherzugang; ähnlich auch §§ 56 Abs 1, 58b EisebG; gem § 38 Abs 3 TKG Möglichkeit der Auferlegung der Veröffentlichung eines Standardangebotes). Das GWG 2011 unterscheidet allerdings zwischen verhandeltem und reguliertem Speicherzugang und grenzt letzterem von ersterem dadurch ab, dass bei letzterem die Entgelte einer verstärkten Regulierung unterliegen (§§ 98 ff GWG 2011; der verhandelte Speicherzugang ist dabei der Regelfall, doch kann der BNetzA durch VO einen regulierten Zugang festlegen).

**Überlegen Sie:** Was sind die Vor- und Nachteile dieser beiden Netzzugangsmodelle?

In der ursprünglichen ElektrizitätsbinnenmarktRL 96/92/EG war als alternatives Liberalisierungsmodell das sog. „Alleinabnehmerprinzip“ (single buyer principle) vorgesehen, demzufolge die Mitgliedstaaten ein Unternehmen zur Abnahme der von zugelassenem Kunden erworbenen Strommenge verpflichten konnten.

Im Telekommunikationsbereich besteht – von der Zusammenschaltung abgesehen – eine Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang (Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen) **nur für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, denen dies** durch die Regulierungsbehörde auferlegt wurde (§ 41). Das Gesetz enthält einen demonstrativen Katalog an Maßnahmen, die auferlegt werden können (Entbündelung des Teilnehmeranschlusses, Resale,

Zugang zu Schnittstellen uä bzw Systemen zur Betriebsunterstützung, Kollokation, Ermöglichung der Interoperabilität, Betreiber[vor]auswahl). Bei außergewöhnlichen Umständen können mit Zustimmung der Europäischen Kommission auch weitergehende Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegt werden (§ 47).

Im Postbereich war vor Inkrafttreten des PMG nur vorgesehen, dass **Hausbrieffachanlagen** auch für **alternative Betreiber verwendbar** sein müssen (§ 14 PostG 1997). Zugang zum öffentlichen Postnetz iSd § 2 Z 3a (maW: die Infrastruktur der Österreichischen Post AG) war und ist auch derzeit nach § 6 Abs 3 PMG nicht zu gewähren (vgl aber in Deutschland § 28 dPostG sowie EuGH verb Rs C-287/06ua *Deutsche Post*, ECLI:EU:C:2008:141, wonach Universaldienstbetreiber im reservierten Bereich Sondertarife für Geschäftskunden Mitbewerbern nicht verweigern dürfen; abweichend davon allerdings jüngst EuGH Rs C-340/13 *bpost*, ECLI:EU:C:2015:77). Art 11a PostRL idF der RL 2008/6/EG sieht jedoch vor, dass die Mitgliedstaaten erforderlichenfalls den diskriminierungsfreien Zugang zu Teilen des Postnetzes zu gewährleisten haben und nennt als Beispiele Postleitzahlssysteme, Adressendatenbanken, Hausbriefkästen, Postfächer sowie Informationen über Adressenänderungen, die Umleitung von Sendungen und die Rückleitung an den Absender. Das PMG sieht daher in den §§ 35 f den Zugang von Anbietern zu den Postleitzahlen des Universaldiensteanbieters sowie den gegenseitigen Zugang der Anbieter zu ihren Adressdaten vor. § 34 PMG verpflichtet zudem die Österreichische Post AG als Universaldienstbetreiber, die Hausbrieffachanlagen bis 31.12.2012 so umzurüsten, sodass sie auch alternative Anbieter nutzen können. Für die Kosten der Umstellung haben dabei im Wesentlichen jene alternativen Anbieter, die Briefe bis 50g befördern, aufzukommen. Dies erscheint RL-widrig, weil es sich bei der Umstellung um keine Universaldienstverpflichtung iSd Art 3 PostRL handeln dürfte, deren Kosten nach Art 7 Abs 3 der RL auf die übrigen Marktteilnehmer umgelegt werden dürfen.

Durchwegs ist vorgesehen, dass der **Netzzugang diskriminierungsfrei** zu gewähren ist (genauer § 9 ElWOG 2010, § 9 GWG 2011, §§ 56 Abs 1, 58b und 63 Abs 1 EisbG; gem § 38 TKG 2003 können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegt werden). Das bereits in den einschlägigen RL grundlegende Diskriminierungsverbot bedeutet, dass vergleichbare Sachverhalte nur dann unterschiedlich behandelt werden dürfen, wenn dies objektiv gerechtfertigt ist (EuGH Rs C-17/03 *VEMW*, ECLI:EU:C:2005:362, Rn 48); es erfasst auch versteckte Diskriminierungen (VwGH 21.10.2014, 2013/03/0112). Neben einer Gleichbehandlung externer Zugangsberechtigter zielt es insb auch darauf ab, zu verhindern, dass der Netzbetreiber Zugangsberechtigte aus dem eigenen Konzern besser behandelt als externe Zugangswerber (so ausdrücklich §§ 9, 40 Abs 1 Z 9 und 45 Z 20 ElWOG 2010 bzw §§ 9, 58 Abs 1 Z 6 und 62 Abs 1 Z 4 GWG 2011). Um den diskriminierungsfreien Zugang sicherzustellen, haben die zur Zugangsgewährung Verpflichteten Allgemeine Bedingungen aufzustellen (§ 17 ElWOG 2010; §§ 16, 26, 28, 32, 102 GWG 2011 [nur für Regelzonenführer bzw Markt- und Verteilergebietsmanager, Netzbetreiber, Speicherzugang]; Schienennetz-Nutzungsbedingungen gem § 59 EisbG; Ermächtigung der Regulierungsbehörde gem § 38 Abs 3 TKG 2003, von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebotes zu verlangen). Diese bedürfen einer Vorabgenehmigung (ElWOG 2010, GWG 2011) oder sind der Behörde zumindest vorab vorzulegen (§ 59 Abs 7 EisbG).

Im Energierecht bestehen auf Grund der VO 714/2009 und 715/2009 besondere Regelungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel bzw für Erdgasfernleitungen, welche insb den Ausgleichsmechanismus zwischen Übertragungsnetzbetreibern, die Netzzugangsentgelte, Informationspflichten über Verbindungskapazitäten und allgemeine Grundsätze für das Engpassmanagement betreffen.

Nach Art 17 der StromhandelsVO 714/2009 und § 42 GWG 2011 können neue Verbindungsleitungen bzw Infrastrukturen durch die Regulierungsbehörde zur Ankurbelung von Investitionen von der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang sowie der Preisregulierung ausgenommen werden. Das EisbG sieht in § 54a die Freistellung insb weniger bedeutender Nebenbahnen von gewissen Regeln iZm dem Netzzugang vor, wobei hierfür in gewissen Fällen eine Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission erforderlich ist.

Oft besteht das Problem, dass ein effektiver Netzzugang den **Zugang zu mehreren Infrastrukturen** erforderlich macht: Während im EIWOG 2010 eine diesbezügliche Regelung fehlt, erfolgt auf Grund von § 27 Abs 1 GWG 2011 der Zugang zu derartigen „vorgelagerten Netzen“ über Vermittlung des Regelzonenführers und kann gem § 71 Abs 2 EisbG der Zugangsberechtigte das Begehren auf Zuweisung von Zugtrassen bei der Zuweisungsstelle seiner Wahl einbringen, wobei eine Zusammenarbeitsverpflichtung der Zuweisungsstellen explizit vorgesehen ist (§ 64a EisbG; siehe dazu auch Art 13 VO 913/2010 für europäische Güterverkehrskorridore).

Da der Endverbraucher nicht über das nötige Know-How verfügt, sehen § 75 Abs 2 EIWOG 2010 und § 122 Abs 2 GWG 2011 vor, dass **Elektrizitäts- und Erdgasunternehmen den Netzzugang im Namen ihrer Kunden** beantragen können. In § 27 Abs 1 GWG 2011 ist zudem die ergänzende Regelung getroffen, dass für den Kunden bisher verwendete Leitungskapazitäten bis zum virtuellen Handlungspunkt dem Kunden auch im Falle eines Lieferantenwechsels zustehen (sog „Rucksackprinzip“; die Übertragung der Einspeisekapazitäten in das Marktgebiet auf den neuen Lieferanten sieht § 40 GWG 2011 dagegen nur als ultima ratio vor). Damit Infrastrukturen nicht durch Nichtnutzung reservierter Kapazitätsrechte blockiert werden, sehen § 27 Abs 2 und § 32 Abs 3 Z 7 GWG 2011 die Verpflichtung zur Freigabe nicht genutzter Kapazitäten vor (Rechte für Kapazitäten sind nach § 39 GWG 2011 auf einer Online-Plattform, für die der Marktgebietsmanager verantwortlich ist, anzubieten). Dieses sog „**Use It Or Loose It-Prinzip**“ ist auch in § 60 EisbG verwirklicht, wonach die Zuweisungsstelle drei Monate hindurch nicht genutzte Zugtrassen wieder entziehen kann (vgl auch die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts für nicht genutzte Fahrwegkapazität nach § 67i EisbG als ex ante-Anreiz zur Verhinderung ungerechtfertigter Kapazitätsreservierungen). Während im Gasbereich die VO 715/2009 den Handel erworbener Kapazitätsrechte auf einem Sekundärmarkt ermöglichen möchte (siehe dazu insb Art 22), ist im Eisenbahnrecht ein Handel mit Zugtrassen ausgeschlossen (§ 63 Abs 3 und 4 EisbG).

Den Netzbetreiber trifft in Bezug auf den Netzzugang ein **Kontrahierungszwang**, doch bestehen gewisse **Netzzugangsverweigerungsgründe**.

- Im **Energiebereich** (§ 21 EIWOG 2010, § 33 GWG 2011) sind dies
  - Störfälle
  - mangelnde Netzkapazitäten
  - Beantragung des Netzzuganges durch einen nicht zugelassenen Kunden.

Weitere Verweigerungsgründe sind im Strombereich die Verdrängung von Strom aus sinnvollen KWK-Anlagen oder erneuerbaren Energieträgern, im Gasbereich die Verhinderung der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durch den Netzbetreiber sowie die technische Inkompatibilität.

**Bei mangelnden Kapazitäten haben das alte EIWOG und das alte GWG früher eine Reihung der Netzzugangsbegehren vorgesehen**, wobei ua ein Vorrang für bestehende vertragliche Verpflichtungen vorgesehen war. Derartige Regelungen bestehen nach wie vor für den Speicherzugang (§ 97 Abs 3 GWG 2011). Im Lichte der

EuGH-Judikatur kann allerdings die Bevorzugung der Inhaber von Altverträgen beim Netzzugang wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot problematisch sein (so zum Strom EuGH Rs C-17/03 *VEMW*, ECLI:EU:C:2005:362). In diesem Sinne sieht § 20 EIWOG 2010 nunmehr vor, dass unbeschadet der Verpflichtungen auf Grund der VO 714/2009 (grenzüberschreitender Stromhandel) nur noch Transporte zur Belieferung von Kunden mit elektrischer Energie aus erneuerbaren Energieträgern und KWK-Anlagen Vorrang haben.

- Im **Eisenbahnrecht** ist als einziger Netzzugangsverweigerungsgrund die mangelnde Kapazität vorgesehen (vgl § 65c EisbG), doch ergibt sich aus den Bestimmungen über den Netzzugang, dass dieser auch nicht zugangsberechtigten Unternehmen und im Falle von Störfällen (vgl § 66 EisbG) verweigert werden darf; zudem dürfen an Zugangsberechtigte angemessene, transparente und diskriminierungsfreie Anforderungen gestellt werden, die in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu veröffentlichen und der Europäischen Kommission mitzuteilen sind (§ 57b EisbG).

Die optimale Kapazitätsauslastung soll durch ein **besonderes Verfahren der Netzfahrplanerstellung** sichergestellt werden: Dieser ist einmal jährlich zu erstellen und hat sämtliche geplanten Zugbewegungen (einschließlich der besonderen Berücksichtigung grenzüberschreitender Zugtrassen und Fahrwegkapazität für regelmäßige Instandhaltung, vgl § 65a) festzulegen, wobei Begehren auf Zuweisung von Zugtrassen innerhalb bestimmter Frist zu stellen sind (§ 65). Die Zuweisung von Zugtrassen ist nur für die Dauer einer Netzfahrplanperiode möglich (§ 63 Abs 5), doch können über längere Zeiträume Rahmenregelungen betreffend die Zuweisung von Fahrwegkapazität getroffen werden (§ 64). Kann nicht allen Zuweisungsbegehren stattgegeben werden, so haben nicht berücksichtigte Bewerber ein Anhörungsrecht (§ 65 Abs 8). Bei Begehren verschiedener Zugangsberechtigter, die miteinander unvereinbar sind, hat die Zuweisungsstelle ein Koordinierungsverfahren zur Erzielung einer einvernehmlichen Lösung durchzuführen und ein Streitbeilegungssystem einzurichten (§ 65b). Im Falle mangelnder Kapazität haben primär Zugtrassen zur Erbringung integrierter Taktverkehre (siehe dazu auch § 63 Abs 2, wonach systemwidrig dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Festlegung der notwendigen Fahrwegkapazität zwischen Taktknotenbahnhöfen obliegt) und sekundär Zugtrassen zur Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen Vorrang; im weiteren hat die Reihung nach dem gesellschaftlichen Nutzen zu erfolgen, wobei – inbs grenzüberschreitende – Güterverkehrsleistungen vor Personenverkehrsleistungen Vorrang haben und nähere Regelungen über das Verfahren bei überlasteter Infrastruktur und die Vorrangkriterien in den Schienenverkehrs-Nutzungsbedingungen zu treffen sind (§ 65c). Sonderbestimmungen bestehen zudem nach Art 13 ff VO 913/2010 für die nach dieser VO eingerichteten europäischen Güterverkehrskorridore.

**Überlegen Sie:** Erscheint Ihnen ein unbedingter Vorrang für Zugtrassen für integrierte Taktverkehre bzw zur Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen verfassungskonform?

- Im **Telekombereich** sieht das TKG 2003 keine ausdrücklichen Netzzugangsverweigerungsgründe vor. Freilich verlangt § 16 Abs 2, dass „Infrastruktureinrichtungen und Kommunikationsnetze, die zur Zusammenschaltung mit öffentlichen Kommunikationsnetzen oder zur Erbringung eines öffentlichen Kommunikationsdienstes bestimmt sind, [ ] in ihrem Aufbau und ihrer Funktionsweise den anerkannten Regeln der Technik betreffend die 1. Sicherheit des Netzbetriebes, 2. Aufrechterhaltung der Netzintegrität, 3. Interoperabilität von Diensten und 4. Einhaltung der veröffentlichten Schnitt-

stellenbeschreibungen entsprechen [müssen].“ § 48 Abs 1 TKG 2003 wiederum verpflichtet jeden Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes, „anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen“. Das bedeutet, dass dann, wenn die Vorgaben des § 16 Abs 2 erfüllt sind, grundsätzlich eine Zusammenschaltung anzubieten ist. Erfolgt dies nicht bzw sind die Bedingungen strittig, kann die Regulierungsbehörde angerufen werden. Diese hätte somit allfällige vorgebrachte Gründe für eine Netzzugangsverweigerung zu prüfen.

**Positivrechtlich, wenn überhaupt, nur vage verankert** waren lange Zeit **Verpflichtungen zum Netzausbau**. Allerdings treffen den Regelzonenführer iSd EIWOG 2010 sowie die Markt- und Verteilergebietsmanager iSd GWG 2011 gewisse Pflichten in Bezug auf Engpässe (§ 23 Abs 2 Z 5 [neugefasst mit BGBl I 2017/108] und 10 EIWOG 2010, § 14 Abs 1 Z 8, § 18 Abs 1 Z 16, § 26 GWG 2011). Das Dritte Energiepaket fordert zudem seit 2011 die Erstellung von Netzentwicklungsplänen auf nationaler Ebene durch die Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber sowie eines unionschaftsweiten Netzentwicklungsplanes durch ENTSO-Strom bzw –Gas, das neu zu errichtende Europäische Netzwerk der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber; die Vorgaben betreffend den von den Übertragungs- bzw Fernleitungsnetzbetreibern zu erstellenden Netzentwicklungsplan wurden in den §§ 37 bis 39 EIWOG 2010 und §§ 63 bis 65 GWG 2011 umgesetzt, wobei der Plan der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde bedarf und diese auch umfangreiche Befugnisse hat, Änderungen zu verlangen (§ 22 GWG 2011 sieht für die überregionalen Verteilerleitungen zudem weiterhin eine sog „langfristige Planung“ vor, die ähnlich ausgestaltet ist; zur Verfahrensausgestaltung vgl VfGH 3.12.2014, G 156/2014 [Parteistellung]). Die VO 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur (TEN-E-VO) zielt zudem darauf ab, den Ausbau bedeutender Energieinfrastrukturen zu erleichtern (und wird innerstaatlich durch das Energie-InfrastrukturG, BGBl I 2016/4, ergänzt). Im Eisenbahnrecht besteht die Verpflichtung der Zuweisungsstelle, den betreffenden Schieneninfrastrukturabschnitt für überlastet zu erklären, wenn nicht allen Trassenzuweisungsbegehren im angemessenen Umfang stattgegeben werden kann (§ 65c EisebG): Diesfalls hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine Kapazitätsanalyse durchzuführen (§ 65d EisebG) und sodann binnen sechs Monaten nach deren Abschluss einen Plan zur Erhöhung der Fahrwegkapazität (einschließlich eines Zeitplans für die durchzuführenden Maßnahmen) zu erstellen (§ 65e EisebG); zudem kann die Zuweisungsstelle uU die Aufgabe nicht ausreichend genutzter Zugtrassen verlangen (§ 65f EisebG) und ist die Erhebung von Zuschlägen zu den Benützungsentgelten zulässig (§ 67a EisebG; Ausnahmen bei Säumigkeit mit der Erstellung des Planes zur Erhöhung der Fahrwegkapazität oder wenn keine Fortschritte mit den dort vorgesehenen Maßnahmen). Sonderbestimmungen bestehen zudem nach Art 11 f VO 913/2010 für Investitionen in europäische Güterverkehrskorridore; zudem treffen die §§ 55a und 55b EisebG seit der Nov BGBl I 2015/137 Regelungen betreffend eine Leitstrategie für den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur und diesbezügliche Finanzierungsverträge. Im Telekommunikationsbereich kann aus der Verpflichtung zur Stellung eines Angebotes auf Zusammenschaltung grundsätzlich keine Pflicht des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zum Netzausbau abgeleitet werden.

**Überlegen Sie:** Mittels welcher Instrumentarien könnten Infrastrukturbetreiber zum Ausbau ihres Netzes veranlasst werden?

## **6.4 Unbundling (Entflechtung)**

**Sinn und Zweck:** Das – auch als „Entflechtung“ oder „Desintegration“ – bezeichnete Unbundling soll durch einen Organisationszwang verhindern, dass es zu Diskriminierungen, Quersubventionierungen und Wettbewerbsverzerrungen innerhalb sog „**integrierter Unternehmen**“ kommt, in denen sowohl der Monopolbereich (=Netz) als auch der Wettbewerbsbe-

reich (=Dienste) vereinigt sind (damit kann das integrierte Unternehmen auch sog Verbundvorteile [„economies of scope“] nutzen). Da das Unbundling dazu beiträgt, faktische Diskriminierungen beim Netzzugang hintanzuhalten, handelt es sich um ein **zum Netzzugang komplementäres Regulierungsinstrument**.

**Lesen Sie:** *Koenig/Kühling/Rasbach*, Das Energierechtliche Unbundling-Regime, RdE 2003, 222-223; *Koenig/Rasbach*, Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente: Netzzugang, Unbundling, Sofortvollzug, DÖV 2004, 733-734

### **Erscheinungsformen des Unbundling:**

**Buchhalterisches Unbundling:** Durch getrennte Rechnungslegung (Behandlung einzelner Unternehmenssparten wie eigenständige Unternehmen) sollen Quersubventionierungen (insb zwischen verschiedenen Unternehmensbereichen) verhindert werden (TransparenzRL, § 8 EIWOG 2010, § 8 GWG 2011, § 21 Abs 1 und § 40 TKG 2003, § 55 Abs 2 und 3, § 62a Abs 3 EisbG, § 23 PMG).

**Informationsunbundling:** Verpflichtung zum Aufbau von „Chinese Walls“ zwischen Unternehmenssparten und Verbot des Missbrauchs wirtschaftlich sensibler Informationen zugunsten des eigenen integrierten Unternehmens (§ 11 EIWOG 2010, § 11 GWG 2011; vgl aber auch § 6 Abs 1 Z 2 DSG 2000; vgl ferner § 48 Abs 2 TKG 2003).

**Organisatorisches bzw funktionelles Unbundling:** Getrennte Verwaltung bestimmter Unternehmensbereiche wie etwa Netz und Vertrieb.

- Als „ultima ratio“ kann eine Pflicht zum funktionellen Unbundling einem Telekomunternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden (§ 47a TKG 2003). Diesfalls hat ein vertikal integriertes Unternehmen seine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung bestimmter Zugangsprodukte auf Vorleistungsebene in einem unabhängig arbeitenden Geschäftsbereich unterzubringen, dessen Zweck es ist, allen Unternehmen, einschließlich der anderen Geschäftsbereiche des (integrierten) Mutterunternehmens, sämtliche Zugangsprodukte und -dienste mit den gleichen Fristen und zu den gleichen Bedingungen, insbesondere im Hinblick auf Preise und Dienstumfang, sowie mittels der gleichen Systeme und Verfahren zur Verfügung zu stellen.

**(Gesellschafts-)Rechtliches Unbundling:** Vollständige rechtliche Trennung verschiedener Aktivitäten eines integrierten Unternehmens, wobei das Eigentum des Mutterunternehmens am ausgegliederten Unternehmen aufrecht bleibt.

Kombination zwischen rechtlichem und organisatorischem Unbundling:

- § 42 Abs 3 bis 8 EIWOG 2010, § 106 GWG 2011: Gas- und Strom-Verteilernetzbetreiber müssen von Erzeugung und Versorgung bzw Lieferung hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig sein:
  - Ausgliederung des Netzbetriebes in eine eigene Gesellschaft (Ausnahme: „kleine“ Netzbetreiber)
  - Sicherstellung der Unabhängigkeit hinsichtlich Organisation und Entscheidungsgewalt anhand gewisser Mindestanforderungen (Unabhängigkeit der Leitungsorgane des Netzbetreibers von den anderen Unternehmensfunktionen, Handlungsunabhängigkeit der Leitungsorgane des Netzbetreibers, unabhängige und tatsächliche Entscheidungsbefugnisse des Netzbetreibers im Rahmen des Tagesgeschäfts, Compliance-Programm zum Ausschluss diskriminierenden Verhaltens)

- Konzernbeziehungen, schlanke Ressourcenausstattung des Netzbetreibers und sog „shared services“ zulässig
- Ähnlich auch Entflechtung der Speicherunternehmen (§ 107 GWG 2011), des Betreibers des Virtuellen Handlungspunktes (§ 68 Abs 3 GWG 2011) sowie des Marktgebietsmanagers (§ 20 GWG 2011).
- § 55 Abs 1 EisbG: Eisenbahnverkehrsunternehmen müssen eine von Gebietskörperschaften unabhängige Stellung haben (siehe dazu auch das BBG).
- § 62 Abs 3 EisbG: Ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das rechtlich, organisatorisch und in seinen Entscheidungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht unabhängig ist, hat die Funktion der Zuweisungsstelle auf die Schieneninfrastruktur-DienstleistungsgmbH (das haben einige Privatbahnen getan) oder ein anderes Unternehmen bzw eine andere Stelle zu übertragen, wenn dieses die Anforderungen erfüllt (im Rahmen des ÖBB-Konzerns fungiert die ÖBB Infrastruktur AG als Zuweisungsstelle; diese vergibt etwa auch Zuweisungen auf der privaten Montafonerbahn). Ähnliche Vorgaben gelten gemäß §§ 62a und 62b seit der EisebG-Nov BGG I 2015/137 auch für Betreiber einer Serviceeinrichtung und das Eisenbahninfrastrukturunternehmen in seiner Funktion als entgelterhebende Stelle. Das in Diskussion befindliche „Vierte Eisenbahnpaket“ würde hier mittelfristig deutliche Verschärfungen bringen.

**Eigentumsrechtliches Unbundling (ownership-unbundling):** Eigentumsrechtliche Trennung verschiedener Sparten eines integrierten Unternehmens (vgl zB in den USA seinerzeitige Zerschlagung des Kommunikations„giganten“ AT&T in sog „baby bells“). Diese Form der Entflechtung wurde in Österreich im Hinblick auf grundrechtliche Bedenken und zweifelhafte Unionskompetenzen (Art 345 AEUV) bislang nicht verwirklicht; allerdings sieht das Dritte Energiepaket das ownership-unbundling für Strom-Übertragungs- und Gas-Fernleitungsnetzbetreiber als Regelfall vor (siehe dazu Art 9 RL 2009/72/EG bzw 2009/73/EG). Nur soweit der Übertragungs- bzw Fernleitungsnetzbetreiber am 3.9.2009 zu einem vertikal integrierten Unternehmen gehörte, sind alternativ auch das sog „ISO-Modell“ (Independent System Operator) bzw das sog „ITO-Modell“ (Independent Transmission Operator) zulässig: Beim ISO dürfen die bisherigen Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber zwar weiterhin Eigentümer der Netze bleiben, sie müssen jedoch sämtliche Netzbetreiberfunktionen (laufender Betrieb, Erhaltung, Ausbau) gegen eine vom Regulator festgelegte Rendite auf einen sog „Independent System Operator“ (ISO) übertragen. Beim ITO werden dagegen die bestehenden Anforderungen an das rechtliche und funktionelle unbundling verschärft und effektiver ausgestaltet (so muss der ITO über die zum Netzbetrieb erforderlichen sachlichen und personellen Ressourcen grundsätzlich selbst verfügen und dürfen ihm diese nicht bloß vom integrierten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden; auch bestehen etwa Vorgaben betreffend die Unabhängigkeit des Personals, die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans, die Aufstellung eines Gleichbehandlungsprogramms und Bestellung eines Gleichbehandlungsbeauftragten sowie den Netzausbau und Netzanschluss). Die §§ 24 ff EIWOG 2010 und die §§ 108 ff GWG 2011 ermöglichen – nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen – alle drei Entflechtungsoptionen für Übertragungsnetzbetreiber (Ownership-Unbundling, ISO, ITO).

Teilweise ist ein Verbot der Diskriminierung von Netzbenutzern zugunsten des eigenen integrierten Unternehmens explizit verankert (zB § 9 EIWOG 2010, § 9 GWG 2011).

## 6.5. Preisregulierung

**Sinn und Zweck:** Ursprüngliches Ziel der Preisregulierung ist die Verhinderung eines Marktmachtmissbrauchs durch marktbeherrschende Unternehmen. Vielfach dient die Preisregulierung jedoch auch darüber hinaus der Schaffung von Wettbewerb: Je niedriger die regulierten Renditen im Monopolbereich (=Netz) sind, desto weniger haben regulierte Unternehmen die Möglichkeit, durch „Kampfpreise“ im Wettbewerbsbereich den Markteintritt von Mitbewerbern zu verhindern. Besonders im Telekommunikationsbereich besteht das Problem des sog „Price-Squeeze“ („Preis-Kosten-Schere“), wenn der Abstand zwischen den Tarifen auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten so niedrig ist, dass selbst Wettbewerber mit einer effizienten Kostenstruktur daran gehindert werden, ihre Dienste zu gewinnbringenden Preisen anzubieten (Beispiel: Das Unternehmen A kann nur 7 Cent pro Gesprächseinheit vom Kunden verlangen [Endkundenmarkt], muß aber dafür 6,99 Cent an den Netzbetreiber B, dessen Netz es mitbenutzt, zahlen [Vorleistungsmarkt]). Darüber hinaus dient die Preisregulierung der Herstellung eines einheitlichen Tarifsystems (zB Schaffung eines entfernungsunabhängigen „Briefmarkentarifs“) und der Verhinderung von Diskriminierungen.

Dementsprechend steht bei der Preisregulierung die **Kontrolle der Netztarife im Vordergrund:**

- **Systemnutzungsentgelte für Strom und Gas** gem §§ 48 ff EIWOG 2010, §§ 69 ff GWG 2011: Die Entgelte sind auf Grundlage der – dem Grunde und der Höhe nach angemessenen – Kosten zu bestimmen, wobei eine Durchschnittsbetrachtung, die von den Kosten eines rationell geführten Unternehmens ausgeht, zulässig ist und für die Ermittlung der Kosten Zielvorgaben zugrunde zulegen sind, die sich am Einsparungspotenzial der Unternehmen orientieren (siehe dazu insb § 59 EIWOG 2010, § 79 GWG 2011). Für die Entgelte auf Fernleitungen besteht nach § 82 GWG 2011 eine sog „Methodenregulierung“ auf Basis der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Kostenorientierung. Die Speichernutzungsentgelte sind dagegen gem § 99 GWG 2011 nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Kostenorientierung zu vereinbaren, wobei im Falle übermäßiger Entgelte Kalkulationsgrundlagen durch VO festgelegt werden können; nur im Zusammenhang mit dem regulierten Speicherzugang bedürfen die Methoden zur Berechnung der Speichernutzungsentgelte nach § 100 GWG 2011 der Genehmigung der E-Control.
- Bei **Benutzungsentgelten für Eisenbahninfrastruktur** gem §§ 67 ff EibG grundsätzlich keine Vollkostendeckung: Die Entgelte sind grundsätzlich nur in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen (soziale Grenzkosten), wobei nach Art der umweltbezogenen Auswirkung des Zugbetriebes differenziert werden darf; zudem sind Zuschläge bei zeitlichen und örtlichen Kapazitätsengpässen zulässig und müssen Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur verpflichtend vorgesehen werden. Überdies dürfen höhere Entgelte für Schieneninfrastruktur, deren Bau oder Ausbau nach 1988 abgeschlossen wurde, verlangt werden, wenn dies zu einer erhöhten Leistungsfähigkeit oder verminderten Kosten der Nutzung führt, die sonst nicht erzielbar wären, und sind auf mit dem Zugsicherungssystem ECTS ausgestatteten Korridoren Anreize zur Ausstattung auch der Züge mit diesen System im Rahmen der Wegeentgelte vorzusehen. Zuschläge zur Vollkostendeckung sind zulässig, doch dürfen sie die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen nicht ausschließen, die mindestens die sozialen Grenzkosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können.

- Im Bereich **Telekommunikation** kann die Regulierungsbehörden gem § 42 TKG 2003 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Kostenkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen und Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilen. Für den Bereich des Roaming haben die Novellen 2015/2120 und 2017/920 der VO 531/2012 („Roaming-III-VO“) ab 15.6.2017 ein grundsätzliches Ende von Roamingaufschlägen für Endkunden bei „fair use“ gebracht und begrenzen darüber hinaus die zwischen Großkunden (Vorleistungsmarkt) verrechenbaren Roamingentgelte (mit dem Ziel, Tarifsteigerungen auf den Inlandsmärkten zu verhindern).

Unterschiedlich ist auch die Umsetzung der Preiskontrolle: Während im EIWOG 2010 und GWG 2011 die Festlegung der Systemnutzungsentgelte VO der Regulierungsbehörde erfolgt (Ausnahmen im GWG 2011: Speicherentgelte), wobei nach dem EIWOG 2010 und GWG 2011 die Kostenbasis durch Bescheid festzustellen ist, ergeben sich aus dem EisbG sowie den spezifischen Verpflichtungen auf Grund des TKG 2003 nur Vorgaben für den Infrastrukturbetreiber hinsichtlich der Kalkulation der Netznutzungsentgelte.

Während für **Strom- und Gaslieferungen keine Preiskontrolle** mehr besteht (der Preis wird durch den Markt geregelt; die im Jahr 2012 geplante Schaffung eines speziellen Missbrauchstatbestandes für Energieversorgungsunternehmen bei „verdächtigen“ Preisen wurde vom Justizausschuss des NR abgelehnt [AB 2035 BlgNR XXIV GP]), kann die Regulierungsbehörde im **Telekombereich** gem § 43 TKG 2003 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht subsidiär, dh wenn am relevanten Endnutzermarkt kein Wettbewerb herrscht und spezifische Verpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten nicht zur Erreichung der Regulierungsziele führen würden, **spezifische Verpflichtungen in Bezug auf Dienste für Endnutzer** auferlegen (zB Genehmigungspflicht für Entgelte und AGBs, verbunden mit der Vorgabe eines Kostenrechnungssystems; zu dieser Genehmigungspflicht siehe auch § 45 TKG 2003). Die Entgelte für den Universaldienst iSd TKG 2003 und des PMG unterliegen nur einer Anzeigepflicht (§ 26 Abs 3 TKG 2003; nach § 21 Abs 1 PMG sind sie so zu gestalten, dass sie jedenfalls allgemein erschwinglich, kostenorientiert transparent und nichtdiskriminierend sind). Auf die „Roaming III-VO“ 531/2012 wurde bereits hingewiesen.

Die REMIT sieht zudem Maßnahmen zur Verhinderung von Marktmanipulation und Insiderhandel auf Strom- und Gasgroßhandelsmärkten vor.

Ziel der Preisregulierung im Bereich der natürlichen Monopole ist es letztlich, **Monopolgewinne auszuschalten** und dem Unternehmen eine „**fair rate of return**“ zu sichern.

Die Preisregulierung kann nach unterschiedlichen Methoden erfolgen:

- Bei **Cost+ Pricing** Heranziehung der tatsächlichen Kosten zuzüglich einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung – Problem: kein Anreiz zu Effizienzsteigerung (1. Stufe bei Bestimmung der Systemnutzungsentgelte nach EIWOG 2010 und GWG 2011)
- Abbildung der Kosten effizienter Unternehmen durch den sog „**Effizienzkostensatz**“ – Simulation von Wettbewerb:
  - **Durchschnittsbetrachtung, die auf die Kosten eines rationell geführten Unternehmens abstellt** (sog „Benchmarking“) – Problem: bedingte Anreize zur Effizienzsteigerung (2. Stufe bei der Systemnutzungstarifbestimmung nach EIWOG 2010 und GWG 2011)
  - **Produktivitätsabschläge** (sog „Price-Caps“): Anreiz zur Weitergabe von Produktivitätssteigerungen: Korrektur des Inflationsaufwertungsfaktors durch einen Pro-

duktivitätsfaktor (RPI-X) (3. Stufe bei der Bestimmung der Systemnutzungstarife nach EIWOG 2010 und GWG 2011, vgl ferner § 45 Abs 4 TKG 2003)

- **Anreizregulierung:** Ein Preisregulierungssystem, das effiziente Unternehmen „belohnt“ und weniger effiziente Unternehmen „bestraft“ und zu Effizienzsteigerungen anhält (durch § 59 Abs 2 bis 7 EIWOG 2010 und § 79 Abs 2 bis 7 GWG 2011 ist die Anreizregulierung nunmehr verpflichtend vorgegeben). Dabei werden über eine mehrjährige Regulierungsperiode Effizienzsteigerungen vorgegeben; der Anreiz besteht darin, dass Unternehmen zusätzliche Effizienzsteigerungen als Gewinn behalten dürfen.

Weitere Probleme der Preisregulierung:

- Bestimmung der anzuerkennenden Kosten als sog „Kosten effizienter Leistungsbereitstellung“ (So ausdrücklich § 42 Abs 2 TKG 2003 – Konzept des wettbewerbsanalogen Preises)
  - zB FL-LRAIC: Forward looking long run incremental costs (va Telekom-Bereich) – diese können sowohl nach dem Top-Down-Ansatz, bei dem die Kosten des tatsächlichen Netzes des regulierten Unternehmens, die dann modifiziert werden, als auch nach dem Bottom-Up-Ansatz, bei dem ein optimales Netz modelliert wird, zugrunde gelegt werden.
  - oder auch Vergleichsmarktkonzept (sog „Benchmarking“; kritisch zu einem internationalen Vergleich in der Telekommunikation allerdings VwGH 20.6.2012, 2009/03/0059)
- Ansatz der historischen Anschaffungskosten (§ 59 Abs 1 EIWOG 2010, § 79 Abs 1 GWG 2011) oder der Tagesneu- bzw Wiederbeschaffungswerte: Problem Vertrauensschutz, Nettosubstanzerhaltung, Erwirtschaftung von Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen
- Bestimmung des betriebsnotwendigen Kapitals und der Eigenkapitalverzinsung:
  - Ansatz des tatsächlichen Eigenkapitals oder der branchenüblichen Eigenkapitalquote?
  - Eigenkapital zu bilanziellen Werten oder zu Tagesneuwerten?
  - Angemessene Kapitalverzinsung nach der WACC-Methode (sog „Gewogener Kapitalkostensatz – weighted average costs of capital“): Bestimmung des Verhältnisses von Eigen- und Fremdkapital in einer Durchschnittsbetrachtung (Ziel: Optimierung der Kapitalstruktur bei den regulierten Unternehmen) sowie des Zinssatzes für Eigen- bzw Fremdkapital
  - Hintergrund der Bestimmung der angemessenen Eigenkapitalverzinsung ist, dass regulierte Unternehmen zur Sicherstellung der künftigen Kapitalbereitstellung im Rahmen der Regulierung (zumindest) genau jene Rendite gewähren müssen, die diese für eine Investition ihrer Mittel in eine Anlage mit vergleichbarer Risikostruktur erhalten: Die angemessene Eigenkapitalverzinsung wird dabei typischerweise unter Zugrundelegung der Verzinsung langfristiger Anleihen zuzüglich einer Marktrisikoprämie gleich dem sog „unverschuldeten Beta“ (Risikoeinschätzung des nicht diversifizierbaren Risikos) ermittelt
- Ausgleich von Kostenüber- bzw Unterdeckungen durch Abweichung der tatsächlichen Erlöse von jenen Erlösen, die der Tarifierung zugrunde gelegt wurden: § 50 EIWOG

2010 und § 71 GWG 2011 sehen in diesem Zusammenhang ein sog „Regulierungskonto“ vor

Der Preisregulierungsbehörde ist, jedenfalls nach EIWOG 2010 und GWG 2011, ein **Planungsermessen** eingeräumt, wenn sie im Rahmen der Preisbestimmung die Auswahl zwischen verschiedenen Planungszielen hat. Im Sinne einer „Legitimation durch Verfahren“ kommt dabei der ordnungsgemäßen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen, der Einhaltung der Verfahrensbestimmungen sowie der ordnungsgemäßen Abwägung zwischen den Gesetzeszielen besondere Bedeutung zu (vgl VfSlg 17.348 zu den Systemnutzungstarifen nach § 25 EIWOG-alt). Das bedeutet freilich nicht, dass das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG bei der Festlegung der gesetzlichen Grundlagen der Systemnutzungstarife völlig außer Acht gelassen werden kann (vgl die Aufhebung des § 25 EIWOG alt durch VfSlg 19.422; die Nachfolgeregelung im EIWOG 2010 wurde in VfSlg 19.700 dagegen als verfassungskonform angesehen; vgl weiters auch VfSlg 19.740).

**Lesen Sie:** *Holoubek*, in: *Potacs* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Gaswirtschaftsrechts (2005) 9

**Überlegen Sie:** Welche widerstreitenden Interessen könnten bei der Bestimmung der Systemnutzungstarife im Energiebereich eine Rolle spielen?

Aus **verfassungsrechtlicher Sicht** ist anzumerken, dass der im Rahmen der Preisregulierung festgesetzte Preis im Hinblick auf das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit sowie die Eigentumsgarantie **grundsätzlich kostendeckend** wird sein müssen (VwSlgNF 10.491 A; VfSlg 12.564; vgl auch Art 37 Abs 6 lit a RL 2009/72/EG bzw Art 41 Abs 6 lit a RL 2009/73/EG, wonach die Lebensfähigkeit der Strom- und Gasnetze sichergestellt sein muss). Dass dabei eine Durchschnittsbetrachtung angestellt wird und Unternehmen durch Produktivitätsabschläge zum effizienten Wirtschaften angehalten werden, wurde allerdings durch den VfGH ebenso als zulässig beurteilt wie ein Benchmarking mit einem „individuellen Effizienzfaktor“ (VfSlg 17.661). Problematisch ist dagegen die sog „Terminierungsempfehlung“ 2009/396/EG der Kommission, wonach die Terminierungsentgelte in der Telekommunikation auf Basis des Kostenrechnungstandards „Pure-LRIC“, der keine Aufschläge für gemeinsame Kosten und Gemeinkosten vorsieht, ermittelt werden sollten (siehe dazu auch das Vorabentscheidungsverfahren des niederländischen College van Beroep voor het Bedrijfsleven an den EuGH in der Rs C-28/15 *Koninklijke KPN ua*).

## **6.6 Rechte der Nutzer, Marktregeln und Interoperabilität**

Aufgrund der einschlägigen europarechtlichen Vorgaben in den Bereichen Energie (Art 3 und Anhang I RL 2009/72/EG und 2009/73/EG), Telekommunikation (Art 20 UniversaldienstRL 2002/22/EG) und Post (Qualitätsnormen gem Art 16 ff RL 97/67/EG idF RL 2008/6/EG) bestehen zudem Regelungen zum Schutz der Nutzer. Bezüglich der Eisenbahnen sind die Rechtsbeziehungen zwischen Eisenbahn und Nutzer im EisbBFG und im EisbG geregelt, daneben sind die Bestimmungen der VO 1371/2007 zu beachten. Vgl zu dieser VO noch am Ende dieses Abschnitts.

Das Rechtsverhältnis zwischen Nutzer und Betreiber ist **durchwegs privatrechtlicher Natur** (Ausnahme gemäß § 17 PMG: Zustellungen nach ZustG). Im Zeitalter vor der Liberalisierung beruhte die Erbringung von Post- und Telekommunikationsdiensten auf einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis.

Was die **Erbringung von Diensten** anlangt, so besteht mit Ausnahme der Energiewirtschaft jeweils ein **Kontrahierungszwang** (§ 69 Abs 1 TKG 2003, §§ 2, 22 EisbG bzw § 11 EisbBFG, §§ 19 und 31 Abs 4 PMG) sowie die **Verpflichtung zur Aufstellung von AGBs und**

**Tarifen** (§ 80 EIWOG 2010, § 125 GWG 2011, § 25 TKG, §§ 12 EisbBFG, § 22a EisbG, §§ 20 f und 31 PMG), die regelmäßig zu veröffentlichen sind. Letztere unterliegen teilweise der **Vorabkontrolle** durch die Regulierungsbehörde (Widerspruchsrecht gem § 25 Abs 6 TKG 2003, § 20 Abs 3 und 4 bzw § 31 Abs 2 PMG, vgl auch § 22b EisbG für Beförderungsbedingungen im Personenverkehr mit Möglichkeit der Unwirksamklärung durch die Schienen-Control-Kommission gem § 78b EisbG); im Energiebereich kann die Regulierungsbehörde die Anwendung von Bedingungen, die auf Endverbraucher Anwendung finden und gegen ein gesetzliches Verbot bzw die guten Sitten verstoßen, untersagen (§ 12 Abs 1 Z 2 E-ControlG).

Gem §§ 78 und 79 EIWOG 2010 und § 130 GWG 2011 besteht die Verpflichtung zum Ausweis der Herkunft des verkauften Stromes bzw Gases durch Stromhändler bzw Lieferanten (sog „Labeling“; seit 2015 unter Verwendung von Nachweisen über die Erzeugung), nach §§ 81 ff EIWOG 2010 und §§ 126 ff GWG 2011 bestehen Mindestanforderungen an Rechnungen und Informations- und Werbematerial sowie die Pflicht, Kunden Verbrauchsinformationen mit gewissem Inhalt zukommen zu lassen.

§ 82 Abs 3 EIWOG 2010, § 127 Abs 3 GWG 2011 und die §§ 70 und 72 TKG 2003 schützen den Kunden zudem vor Abschaltungen. § 76 EIWOG 2010 und § 123 GWG 2011 erleichtern den Lieferantenwechsel (der über eine von der Verrechnungsstelle zu betreibende Plattform innerhalb von drei Wochen abzuwickeln ist), indem sie Haushalte und Kleinunternehmen jedenfalls nach Ende des Vertragsjahres zur Kündigung mit einer Zweiwochenfrist zum Monatsletzten berechtigen (die Kündigungsfrist ihnen gegenüber beträgt hingegen mindestens acht Wochen). Die §§ 83 ff EIWOG 2010 und §§ 128 ff GWG 2011 sehen überdies die Möglichkeit vor, dass der BmWi die Einführung intelligenter Messeinrichtungen vorschreibt (sog „smart metering“; das ist für den Elektrizitätsbereich durch die Intelligente-Messgeräte-Einführungsverordnung BGBl II 2012/138 idGF; aktuelles Ziel sind nach deren § 1 ein Einsatzgrad von 95% bis Ende 2022 „im Rahmen der technischen Machbarkeit“).

Im Rahmen der liberalisierten Märkte besteht eine gehäufte **Schnittstellenproblematik**, weil sich eine größere Anzahl von Marktteilnehmern gegenübersteht als auf monopolistisch organisierten Märkten. Zur Sicherstellung des Funktionierens der liberalisierten Märkte sind fast durchwegs Maßnahmen zur Bewältigung dieser Schnittstellen vorgesehen.

Das **Energierecht** kennt in diesem Zusammenhang den Begriff der **Marktregeln**: Darunter ist die Summe aller Vorschriften, Regelungen und Bestimmungen auf gesetzlicher oder vertraglicher Basis zu verstehen, die Marktteilnehmer einzuhalten haben, um ein geordnetes Funktionieren des Marktes zu ermöglichen und zu gewährleisten (§ 7 Abs 1 Z 46 EIWOG 2010, § 7 Abs 1 Z 37 GWG 2011). Die Marktregeln sind von den Marktteilnehmern in den verschiedensten Zusammenhängen zu beachten (zB Verpflichtung der Regelzonenführer bzw Verteilernetzbetreiber zum Abschluss von Verträgen über den Datenaustausch entsprechend den Marktregeln gem §§ 23 Abs 2 Z 11, 40 Abs 1 Z 6 bzw 45 Z 19 EIWOG 2010). Gem § 22 Z 1 E-ControlG hat zudem die E-Control in Zusammenarbeit mit den Marktteilnehmern **sonstige Marktregeln** zu erstellen und in geeigneter Weise zu veröffentlichen; gem § 7 Abs 1 Z 56 GWG 2011 bzw § 17 Abs 3 Z 1 EIWOG 2010 erlangen diese auf Grund gesetzlicher Anordnungen im Wege der Allgemeinen Bedingungen Geltung. Da im Sinne einer dynamischen Verweisung die jeweils geltenden sonstigen Marktregeln maßgebend sind und kein adäquater Rechtsschutz besteht, erscheint die Konstruktion verfassungsrechtlich bedenklich (so auch *Potacs*, in: *Potacs*, Aktuelle Fragen des Gaswirtschaftsrechts [2005] 22 f).

Der E-Control obliegt ferner in Zusammenarbeit mit den Netzbetreibern die Erarbeitung von technischen und organisatorischen Regeln für Betreiber und Netzbutzer (sog „TOR“, siehe dazu § 22 Z 2 E-ControlG); darüber hinaus erfolgt die Sicherstellung der Interoperabilität

durch die Verpflichtung zur Verankerung technischer Mindestanforderungen für den Netzzugang in den Allgemeinen Bedingungen (§ 17 Abs 3 Z 3 EIWOG 2010, §§ 28 Abs 3 Z 2, 32 Abs 3 Z 2 GWG 2011; vgl auch die Verpflichtung gem § 133 GWG 2011 zur Einhaltung der Regeln der Technik bei Herstellung und Betrieb von Leitungsanlagen). Die VO 714/2009 und 715/2009 sehen überdies jeweils in Art 6 eine Vereinheitlichung der Marktregeln und technischen Regeln in der EU durch sog „Netzkodizes“ vor, welche primär von ENTSO-Strom und ENTSO-Gas, den europäischen Vereinigungen der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber erlassen werden und von der Kommission für verbindlich erklärt werden können.

Im **Postbereich** sieht Art 20 der PostRL vor, dass das Europäische Komitee für Normung die Harmonisierung der technischen Normen vorantreiben soll. Das PMG enthält dazu keine näheren Regelungen.

Für den **Telekombereich** sieht § 73 Abs 1 TKG 2003 vor, dass Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen in ihrem Aufbau und ihrer Funktionsweise den anerkannten Regeln der Technik und den nach den internationalen Vorschriften zu fordernden Voraussetzungen entsprechen müssen. Auch Infrastruktureinrichtungen und Kommunikationsnetze, die zur Zusammenschaltung mit öffentlichen Kommunikationsnetzen oder zur Erbringung eines öffentlichen Kommunikationsdienstes bestimmt sind, müssen in ihrem Aufbau und ihrer Funktionsweise den anerkannten Regeln der Technik betreffend die Sicherheit des Netzbetriebes, Aufrechterhaltung der Netzintegrität, Interoperabilität von Diensten und Einhaltung der [Fehlverweis, weil Gesetz aufgehoben; nunmehr gilt das ElektrotechnikG] gem § 5 des BG über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen, BGBl I 2001/134 idgF, veröffentlichten Schnittstellenbeschreibungen entsprechen (§ 16 Abs 2 TKG 2003).

Im **Eisenbahnwesen**, wo sich wesentliche Hindernisse für die Marktentwicklung aus den unterschiedlichen technischen Standards (Stromsysteme, Zugsicherungssysteme) ergeben, erfolgt die Harmonisierung der technischen Vorschriften auf Grund der InteroperabilitätsRL 2008/57/EG (Umsetzung der Neufassung in das österr Recht insb mit BGBl I 2011/124); zudem gibt die EisenbahnsicherheitsRL 2004/49/EG gemeinsame Sicherheitsstandards vor und wurde auf Grund der VO 881/2004 (nunmehr VO 2016/796) eine – vor allem für Belange der Eisenbahnsicherheit zuständige – Europäische Eisenbahnagentur in Valenciennes/Lille eingerichtet. Mit der Nov BGBl I 2010/25 wurden die Bestimmungen der RL 2007/59/EG über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern (sog „Europäischer Lokführerschein“) umgesetzt, indem in das EisenbahnG in den §§ 128 ff Regelungen über die in der EU bzw dem EWR wechselseitig anzuerkennende „Fahrerlaubnis“ eingefügt wurden.

Hinsichtlich der **Rechte der Eisenbahnfahrgäste** sieht die im Dezember 2009 in Kraft getretene (unmittelbar anwendbare) VO 1371/2007 der EU einen europaweit einheitlichen Katalog an Fahrgastrechten vor, etwa ein Recht auf teilweise Fahrpreisrückerstattungen und sonstige Hilfeleistung bei Verspätungen, besondere Rechte behinderter Fahrgäste oder die Verpflichtung der Eisenbahnunternehmen zur Einrichtung von einheitlichen Buchungssystemen sowie von Beschwerdestellen. Im innerstaatlichen Personenverkehr kann die Wirksamkeit der meisten Bestimmungen der VO jedoch bis zu 15 Jahre aufgeschoben werden (Art 2 Abs 4 leg cit). Als (europarechtlich vorgesehene) Begleitgesetz zu dieser VO dient der 1. Teil (insb dessen erstes Hauptstück) des EisbBFG).

## **6.7 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen**

Häufig sorgt die **Liberalisierung der Märkte allein nicht** dafür, dass das **gewünschte Leistungsniveau in der gewünschten Qualität und zum gewünschten Preis zur Verfügung** gestellt wird. Grund dafür ist, dass sich die marktwirtschaftlich handelnden Unternehmen auf

die Erbringung jener Leistungen konzentrieren, die einen Ertrag erwarten lassen, und die Erbringung nicht rentabler Leistungen vermeiden (Theorie des sog „Rosinenpicken“). Es bedarf daher **Maßnahmen, die sicherstellen, dass ein bestimmtes Leistungsniveau auch dort vorhanden ist, wo es sich unter Marktbedingungen nicht rentieren würde** (zB Netzinfrastuktur, Postämter, Eisenbahnverkehrsleistungen in entlegenen dünn besiedelten Gebieten).

Das Unionsrecht (Art 106 Abs 2 AEUV) kennt im Zusammenhang mit dieser Problematik den Begriff der „**Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse**“ (vgl ferner Art 14 AEUV, wo von „Diensten“ von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse die Rede ist). Für diesen Begriff werden – ua in Kommissionsdokumenten – häufig auch der französische Begriff „Service Public“ bzw der deutsche Begriff „Daseinsvorsorge“ als Synonym verwendet.

Diese begriffliche Gleichsetzung ist problematisch: Mit den Begriffen „Service Public“ und „Daseinsvorsorge“ werden regelmäßig bestimmte Leistungen bezeichnet, wobei damit der – meist ideologisch motivierte – Anspruch verbunden ist, dass diese Leistungen durch die öffentliche Hand erbracht werden. Demgegenüber ist der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse insofern offen, als er die Definition solcher Leistungen in ein **weites Ermessen der Mitgliedstaaten** stellt, das allerdings nicht unbegrenzt ist: Der EuGH stellt bei der Beurteilung, ob eine solche Dienstleistung vorliegt, nämlich nicht primär auf den Inhalt der Leistung, sondern darauf ab, nach welchen **Erfüllungsmodalitäten** sie erbracht wird, ob es sich also um eine Leistung handelt, die **unter Marktbedingungen nicht oder nicht in der gleichen Weise erbracht** würde (vgl EuGH C-18/88 *GB-Inno-BM*, ECLI:EU:C:1991:474, Rn 22); zudem haben die Mitgliedstaaten das **Sekundärrecht zu beachten**. So ist beispielsweise in Art 3 der Erdgas- und ElektrizitätsbinnenmarktRL 2009/72/EG und 2009/73/EG teils eine Ermächtigung und teils eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthalten, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorzusehen; Verpflichtungen, einen Universaldienst sicherzustellen, bestehen ferner gem Art 3 ff PostRL 97/67/EG (wobei die entsprechenden Regelungen zwischenzeitig durch die bis Ende 2010 umzusetzende RL 2008/6/EG modifiziert wurden) und auf Grund der UniversaldienstRL 2002/22/EG (elektronische Kommunikationsnetze und -dienste).

Paradigmatisch ist in diesem Zusammenhang auch die Definition der „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ in Art 2 der (früheren) VO 1191/69 als „Verpflichtungen, die das Verkehrsunternehmen im eigenen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang und nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde.“

Vom Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist der Begriff der „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ zu unterscheiden. Dieser ist weiter und umfasst auch nicht marktbezogene Dienstleistungen (zB Sozialversicherung).

Als Verpflichtungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind vor diesem Hintergrund insb anzusehen:

- Die **allgemeine Anschlusspflicht und die Verpflichtung der Netzbetreiber zur Gleichbehandlung aller Netzkunden** im Energiesektor (§ 5 Abs 1 und 2 EIWOG 2010, § 5 Abs 1 und 2 GWG 2011, § 45 Z 2 EIWOG 2010, § 59 GWG 2011; dagegen haben sich der Gesetzgeber in § 5 EIWOG 2010 und § 5 GWG 2011 im Ausdruck vergriffen, wenn dort jeweils auch die Erreichung der Gesetzesziele mit den den Netzbetreibern zur Verfügung stehenden Mitteln, die Erfüllung der durch Rechtsvorschriften auferlegten Pflichten im öffentlichen Interesse anführen); die **Pflicht zur Grundversorgung von Haushaltskunden** (§ 77 EIWOG 2010, § 124 GWG 2011; sog „Versorger letzter Instanz“ – dazu flankierende Verpflichtungen treffen allerdings auch den

jeweiligen Netzbetreiber); die Pflicht zur Ersatzversorgung nach § 77a EIWOG 2010 und § 124a GWG 2011, wenn ein Versorger keiner Bilanzgruppe mehr angehört

- Der **Universaldienst** im Post- und Telekommunikationssektor (§ 6 PMG, §§ 26 ff TKG 2003). Dieser wird definiert als „Mindestangebot an öffentlichen Diensten, zu denen alle Endnutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen“ (§ 26 Abs 1 TKG 2003) bzw als „Mindestangebot an Postdiensten, die allgemein zur Aufrechterhaltung der Grundversorgung der Nutzerinnen und Nutzer als notwendig angesehen werden, die flächendeckend im Bundesgebiet angeboten werden und zu denen alle Nutzerinnen und Nutzer zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben.“ (§ 6 Abs 1 PMG). Er erfasst im Telefonbereich insb den Zugang zum öffentlichen Telefondienst über einen Festnetzanschluss, einen betreiberübergreifenden Auskunftsdienst, ein betreiberübergreifendes Teilnehmerverzeichnis sowie eine flächendeckende Versorgung mit öffentlichen Sprechstellen (§ 26 Abs 2 TKG 2003), im Postbereich bezieht er sich auf die Beförderung (Abholung, Sortieren, Transport und Zustellung) von Postsendungen bis 2 kg und Paketen bis 10 kg sowie Dienste für Einschreib- und Wertsendungen (§ 6 Abs 2 PMG). Während die Festlegung näherer Qualitätsstandards im TKG 2003 durch VO des BMVIT zu erfolgen hat (§ 27), sind diese im PMG großteils unmittelbar selbst verankert (siehe dazu insb die Vorgaben für die Dichte des Postfilialnetz in § 7).
- Im Eisenbahnrecht hat die VO 1191/69 (die durch VO 1370/2007 abgelöst wurde) die **Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht**, soweit sie als gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen anzusehen waren, weitgehend aufgehoben; die diesbezüglichen Verpflichtungen im EisbG (vgl im Wesentlichen § 22 EisbG) sind europarechtskonform so zu verstehen, dass sie keine gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im beschriebenen Sinn darstellen.

In Bezug auf die Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bzw gemeinwirtschaftlichen Leistungen existieren **verschiedene Modelle**:

- Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen als **jeden Betreiber betreffende Verpflichtungen** (Allgemeine Anschlusspflicht nach EIWOG 2010, GWG 2011; Bereithaltung von Einrichtungen zur Telefonüberwachung gem § 94 TKG 2003 – sowohl für Überwachungen nach der StPO als auch nach dem Polizeilichen StaatsschutzG)
- Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen als **Verpflichtungen des Marktbeherrschers** (Verpflichtung der Österreichischen Post zur Erbringung des bundesweiten Universaldienstes gem § 12 Abs 1 PMG)
- **Bereitstellung durch den Markt** (nach § 30 TKG 2003 für den Telekom-Universaldienst nunmehr als Grundmodell vorgesehen)
- **Ausschreibung** des Universaldienstes (§ 30 TKG 2003: sofern nicht durch den Markt bereitgestellt; nach § 12 PMG, der Art 7 PostRL idF der RL 2008/6/EG umgesetzt, ist eine Ausschreibung zukünftig auch für den Post-Universaldienst vorgesehen)
- **Auferlegung** gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen **durch Vertrag** (sog „Verkehrsdiensteverträge“) oder **Hoheitsakt**; bei Vertrag uU Ausschreibung nach Vergaberecht nötig (vgl nun auch Art 2 und 3 der VO 1370/2007; hierunter fällt auch die vieldiskutierte Frage der „Direktvergabe“ von Verkehrsdienstleistungsverträgen, die zuletzt zu mehreren Rechtsstreitigkeiten zwischen „Westbahn“, ÖBB und dem Verkehrsverbund Ostregion geführt hat).

Auch bei der Finanzierung von Verpflichtungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gibt es verschiedene Modelle:

- **Unternehmensinterne Quersubventionierung** (Strom- und Gasnetzbetreiber)
- **Gesonderte Abgeltung** durch die öffentliche Hand (zB öffentliche Dienstleistungsaufträge auf Grund der VO 1370/2007 sowie des ÖPNRV-G; Blindensendungen und Vermisstensuchdienst iSd § 16 PMG, vgl auch Art 7 Abs 3 lit a PostRL idF der RL 2008/6/EG), wobei hier selbstverständlich das **EU-Beihilferecht** (Art 107 AEUV; zu Verkehrsbeihilfen siehe auch Art 93 AEUV) zu beachten ist: Der EuGH hat allerdings in seinem Urteil in der Rs C-280/00 *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415, judiziert, dass **Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen dann keine Beihilfe** sind, wenn kumulativ
  - das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut ist und diese klar definiert sind,
  - die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs zuvor objektiv und transparent aufgestellt wurden,
  - der Ausgleich nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken, und
  - die Höhe des Ausgleichs, wenn die Auswahl nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens erfolgte, im Vergleich mit den Kosten bestimmt wurde, die ein durchschnittliches Unternehmen unter Berücksichtigung der Einnahmen und eines angemessenen Gewinns zu tragen hätte.

Sind Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen mangels nicht vollständiger Erfüllung der vorzitierten „*Altmark-Kriterien*“ als Beihilfe zu qualifizieren, so gelten allerdings im Wesentlichen dieselben Vorgaben mit der Maßgabe, dass eine solche Beihilfe dann gerechtfertigt ist, wenn nicht mehr als die tatsächlichen sog „*Nettokosten*“ zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung abgegolten werden (vgl dazu den sog „DAWI-Beschluss“ 2012/21/EU der Kommission; der Unterschied besteht also in erster Linie darin, dass anders als bei *Altmark Trans* kein sog „Effizienzkostenansatz“ Platz greift).

- **Finanzierung durch die Marktteilnehmer** (zB Universaldienstfonds iSd § 31 TKG 2003; Art 7 Abs 3 lit b und Abs 4 PostRL idF der RL 2008/6/EG und §§ 13 f PMG; auch hier kann eine beihilfenrechtliche Problematik bestehen, wenn die Zahlungen über eine staatliche oder vom Staat kontrollierte Stelle laufen: zB EuGH Rs C-261/01 *Van Calster*, Slg 2003, I-12249, bzw C-206/06 *Essent*, Slg 2008, I-5497; EuG 10. 5. 2016, T-47/15 *Deutschland/Kommission*; vgl dazu auch die Entscheidungen der Europäischen Kommission N 317a/2006, N 317/b/2006 und SA.33384 zur österreichischen Ökostromförderung; anders bei einer direkten Abnahmepflicht von Kunden ohne Zwischenschaltung staatlicher Stellen noch EuGH Rs C-379/98 *Preußen Elektra*, ECLI:EU:C:2001:160; diese Entscheidung aber deutlich relativierend EuGH Rs C-262/12 *Vent de Colère ua*, ECLI:EU:C:2013:851 sowie die genannte EuG-Entscheidung vom 10.5.2016.
- **Belastung des Betreibers** unter Beachtung von Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten (vgl VfSlg 16.808 zur Bereithaltung von Einrichtungen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs durch Festnetz- und Mobilfunkbetreiber)

Unter anderem der Sicherstellung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen dient im Energierecht die sog „**Einweisung**“, der zu Folge dann, wenn ein Netzbetreiber die ihm auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllt, ein anderer Netzbetreiber vorübergehend oder als ultima ratio endgültig zur Übernahme des Netzbetriebes verpflichtet werden kann (vgl die AusführungsG zum ElWOG 2010, § 57 GWG 2011). Ähnlich ist auch als ultima ratio die Übertragung des reservierten Postdienstes sowie des Universaldienstes auf einen anderen Betreiber als die Post AG vorgesehen (§ 12 Abs 2 PMG).

## **7. Strukturen des Regulierungsrechts – Behörden und Verfahren**

### ***7.1 Regulierungssysteme (im Bereich Infrastruktur): Internationale Perspektiven***

Unterstellt der Staat den Bereich der Netzwerkindustrien einem speziellen Wirtschaftssteuerungssystem (das in Österreich als „Regulierungsrecht“ ausgeprägt ist), so stellt sich die Frage, wie dieses System institutionell gestaltet werden soll.

#### **7.1.1 Unionsrechtliche Vorgaben**

Die unionsrechtlichen Vorgaben für die Regulierungsbehörden können derzeit (nach den Novellen 2009 im Energie- und Telekombereich und nach der Kodifizierungs-RL 2012/34/EU im Eisenbahnbereich, die hier inhaltlich keine bloße Kodifizierung, sondern Änderungen brachte) in zwei Gruppen unterteilt werden.

In der ersten Gruppe verlangt das Unionsrecht, allerdings nur für gewisse Regulierungsaufgaben, die Einrichtung von Regulierungsbehörden, die von **gewissen Stellen** unabhängig sind.

- **Art 22 PostRL 97/67/EG idF RL 2008/6/EG:** Jeder Mitgliedstaat bestimmt eine oder mehrere nationale Regulierungsbehörden für den Postsektor, die von den Postbetreibern rechtlich getrennt und betrieblich unabhängig ist/sind. Mitgliedstaaten, die weiterhin an Postdiensteanbietern beteiligt sind oder diese kontrollieren, müssen eine wirksame strukturelle Trennung der Regulierungsfunktionen von den Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle sicherstellen.
- **Ähnliches war bis 2009 auch im Energie- und im Telekombereich sowie bis 2015 auch im Eisenbahnbereich vorgesehen.** Art 25 ErdgasbinnenmarktRL 2003/55/EG (und wortgleich Art 23 ElektrizitätsbinnenmarktRL 2003/54/EG) bzw Art 3 RahmenRL 2002/21/EG forderten die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von den beaufsichtigten Unternehmen. War an diesen der Staat beteiligt, musste dieser eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle sicherstellen. Art 30 RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegskapazitäten für den Eisenbahnsektor sah vor, dass die Regulierungsstelle von Betreibern der Infrastruktur, entgelterhebenden Stellen, Zuweisungsstellen (von Fahrwegerechten) und Antragstellern unabhängig war.

Das Unionsrecht verlangt(e) hier somit Unabhängigkeit von der regulierten Industrie, was in Bereichen, in denen der Staat Anteile an Unternehmen hält, besondere Trennungsmaßnahmen erforderlich macht(e).

**Ein System spezieller, von den staatlichen Behörden unabhängiger „Regulatoren“ ist bzw war somit in diesen Bereichen vom Unionsrecht nicht explizit gefordert. Freilich**

**war dies schon bisher oft die beste Lösung, um die unionsrechtlichen Anforderungen zu gewährleisten.**

Die zweite Gruppe an Vorgaben findet sich in den neuen RL im Bereich Energie und Telekommunikation sowie seit 2015 auch im Eisenbahnbereich. Hier wird nunmehr auch eine Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden nicht nur von der **regulierten Industrie**, sondern **auch von der sonstigen staatlichen Verwaltung** verlangt. Um diese Unabhängigkeit sicherzustellen, ist eine Weisungsfreiheit dieser Behörden, ihre finanzielle Unabhängigkeit sowie eine Mindestamtsdauer ihrer Leitungsorgane vorgesehen:

- **Art 35 ElektrizitätsbinnenmarktRL 2009/72/EG:** Jeder Mitgliedstaat benennt auf nationaler Ebene eine einzige nationale Regulierungsbehörde (auf regionaler Ebene dürfen zusätzliche Regulierungsbehörden eingerichtet werden) und gewährleistet deren Unabhängigkeit. Die Regulierungsbehörde hat bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen und privaten Einrichtungen zu sein; ihr Personal und Management hat unabhängig von Marktinteressen zu handeln und die Regulierungsbehörde darf bei der Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben keine direkten Weisungen von Regierungsstellen oder anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen einholen oder entgegennehmen. Insb ist sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde unabhängig von allen politischen Stellen selbständige Entscheidungen treffen kann und ihr jedes Jahr separate Haushaltsmittel zugewiesen werden, sodass sie den zugewiesenen Haushalt eigenverantwortlich ausführen kann und über eine für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben angemessene personelle und finanzielle Ressourcenausstattung verfügt; und dass die Mitglieder des Leitungsgremiums der Regulierungsbehörde oder, falls kein solches Gremium vorhanden ist, die Mitglieder des leitenden Managements der Regulierungsbehörde für eine Amtszeit von fünf bis sieben Jahren ernannt werden, die einmal verlängert werden kann. Eine Absetzung ist nur bei Rechtsverletzungen möglich.
- **Art 39 ErdgasbinnenmarktRL 2009/73/EG:** entspricht vollständig der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL.
- **Art 3 RahmenRL 2002/21/EG idF RL 2009/140/EG** (insg etwas weniger streng als im Energiebereich): Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden (das können hier also auch mehrere sein) ihre Befugnisse unparteiisch, transparent und innerhalb eines angemessenen Zeitraums ausüben. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass den nationalen Regulierungsbehörden angemessene finanzielle und personelle Ressourcen zur Verfügung stehen, damit sie die ihnen übertragenen Aufgaben erfüllen können. Die für die Vorabregulierung des Markts oder für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen zuständigen nationalen Regulierungsbehörden handeln unabhängig und holen im Zusammenhang mit der laufenden Erfüllung der ihnen nach den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung des EU-Rechts übertragenen Aufgaben weder Weisungen einer anderen Stelle ein noch nehmen sie solche entgegen. Dies steht einer Aufsicht im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegen. Ausschließlich Beschwerdestellen sind befugt, Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden auszusetzen oder aufzuheben. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Leiter einer nationalen Regulierungsbehörde oder die Stellvertreter nur entlassen werden können, wenn sie die in den nationalen Rechtsvorschriften vorab festgelegten Voraussetzungen für die Ausübung ihres Amtes nicht mehr erfüllen. Der entlassene Leiter der nationalen Regulierungsbehörde muß eine Begründung erhalten und hat das Recht, die Veröffentlichung dieser Begründung zu verlangen.

- **Art 55 RL 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums:** Jeder Mitgliedstaat richtet für den Eisenbahnsektor eine einzige nationale Regulierungsstelle ein, wobei diese allerdings Teil einer auch für andere Netzwerkindustrien zuständigen Behörde sein darf (etwa im Fall der deutschen Bundesnetzagentur). Diese Stelle ist in Bezug auf ihre Organisation, Funktion, hierarchische Stellung und Entscheidungsfindung rechtlich getrennt und unabhängig von anderen öffentlichen oder privaten Stellen. Sie ist zudem organisatorisch, bei ihren Finanzierungsbeschlüssen, rechtlich und in ihrer Entscheidungsfindung von Infrastrukturbetreibern, entgelterhebenden Stellen, Zuweisungsstellen und Antragstellern unabhängig. Darüber hinaus ist die Regulierungsstelle funktionell unabhängig von allen zuständigen Behörden, die bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge mitwirken. Für das Personal, insbesondere das Leitungspersonal, wird sowohl bei deren Bestellung (die in einem transparenten Verfahren erfolgen muss) als auch bei deren Tätigkeit weitestgehende Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit verlangt; eine Abberufung ist nur in einem geordneten Verfahren möglich. Für das Leitungspersonal ist nach dessen Ausscheiden ausdrücklich eine „cooling-off-Periode“ (keine Tätigkeit in einem regulierten Unternehmen) von mindestens einem Jahr vorgesehen.

Diese Vorgaben werden in den Erwägungsgründen der RL damit begründet, dass die bisherigen Vorgaben nicht ausgereicht hätten, ein unabhängiges Agieren der Regulierungsbehörden sicherzustellen. Mit den neuen Vorgaben verlangt das Unionsrecht explizit die Einrichtung von Behörden, die von der sonstigen nationalen Verwaltung getrennt und unabhängig sind. Sie wurden in Österreich mit dem neuen E-Control-G, BGBl I 2010/110 umgesetzt (dazu aber unlängst VwGH 15.12.2014, 2013/04/0108; vgl unten 7.2.), hinsichtlich der RTR-GmbH wurden entsprechende Änderungen durch zwei Nov zum Komm-Austria-Gesetz, nämlich BGBl I 2010/50 und BGBl I 2011/102, vorgenommen.

Betreffend den Eisenbahnsektor wurde mit Art 13 BGBl I 2013/96 (Änderung des EisbG) wieder eine Schienen-Control Kommission eingerichtet (ursprünglich hatte die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov BGBl I 2012/51 ihre Auflösung mit 1. 1. 2014 vorgesehen). Dies wurde mit dem Erfordernis der Einrichtung einer Regulierungsbehörde nach den Art 55, 56 RL 2012/34/EU begründet (2194 BlgNR XXIV GP, 5f). Durch die EisbG-Nov BGBl I 2015/137 erfolgte dann eine weitgehende, wenn auch nicht in allen Punkten unionsrechtskonform erscheinende Anpassung des EisbG an die Vorgaben der RL 2012/34/EU.

Das vom Unionsrecht vorgegebene System (weitgehend) unabhängiger Regulierungsbehörden ist in Österreich (Details im nächsten Abschnitt) und zahlreichen anderen Mitgliedstaaten auch verwirklicht worden. Interessanterweise gilt dies jedoch nicht nur für den Infrastrukturbereich, viele Mitgliedstaaten haben etwa die **Aufsicht über die Finanzmärkte** speziellen Behörden, die von der sonstigen staatlichen Verwaltung getrennt sind, übertragen. Dies gilt auch für die österreichische **Finanzmarktaufsicht FMA**, die mitunter auch als „Finanzmarktregulator“ bezeichnet wird. Im Sinne des österreichischen oder unionsrechtlichen Regulierungsbegriffes ist sie das aber nicht. Woher kommt dieses Konzept dann?

### 7.1.2 Das anglo-amerikanische Modell der „regulators“ bzw „regulatory agencies“

#### USA:

Entstanden ist es – im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts – in den USA. Bereits 1887 wurde mit der Interstate Commerce Commission (ICC) eine unabhängige Verwaltungsbehörde („independent regulatory commission“) eingerichtet, die unter anderem den bundesstaatenüberschreitenden Verkehr in den Bereichen Bahn, Fernverkehrslasttransporte, Fernver-

kehrsbusse, Wassertransporte und Ölpipelines steuerte (Vergabe von Lizenzen, Preisfestsetzung, Qualitätserfordernisse). Weitere Kommissionen folgten in den darauffolgenden Jahrzehnten (zB Federal Trade Commission 1914 – „Wettbewerbsbehörde“; Federal Communications Commission 1934 – Individual- und Massenkommunikation), wobei insb der „new deal“ einen verstärkten Eingriff des Staates in die Wirtschaft mit sich brachte.

Die independent commissions sind dadurch gekennzeichnet, dass sie – im Gegensatz zu sonstigen agencies – rechtlich weder der Regierung noch dem Präsidenten unterstellt sind. Das garantiert ihnen tatsächlich eine gewisse Unabhängigkeit, wenn auch der Präsident durch das ihm direkt unterstellte Office of Management and Budget finanziellen Druck ausüben kann und ihm auch durch die regelmäßig zu erfolgende Neu- bzw Wiederbestellung des Behördenleiters großer Einfluss auf das Verhalten der commissions möglich ist. Wesentlich ist nunmehr, dass die agencies **klassische Verwaltungsfunktionen mit solchen der verwaltungsrechtlichen Rechtsetzung und der streitigen Entscheidung über im Zuge ihrer Arbeit auftretende Rechtsfragen verbinden** (sog „hybrider Charakter“ der agencies). Dabei unterliegen sie letztlich nur der Kontrolle durch die Gerichte und, großteils informell (siehe oben) des Präsidenten. Dies hat diese agencies bei der Legislative, aber auch Interessensgruppen teilweise unpopulär gemacht und das Bild vom „headless fourth branch of government“ geschaffen (vgl in diesem Zusammenhang auch die Stärkung der Regulatoren im Rahmen des Dritten Energiepakets sowie in Österreich das Erk VfSlg 17.961 zum ÜbernahmeG: Die Erlassung von VO durch [damalige] Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag [Art 133 Z 4 B-VG alt] ist ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung unzulässig). Gerade dies war aber als ihr Vorteil gedacht gewesen – nämlich dass sie ihre Aufgaben „in Äquidistanz“ („at arm’s length“) zu allen beteiligten Interessen erfüllen sollten („That no one controls the agency, yet the agency is under control“).

Insb die Geschichte der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen der commissions ist überaus wechselhaft verlaufen. Zeiten, in denen die Gerichte eine sehr starke Nachprüfungsfunktion in Anspruch nahmen, wechselten mit solchen, in denen den commissions deutlich mehr Ermessen eingeräumt wurde. In jüngerer Zeit wird von den commissions auf Grund ihrer Unabhängigkeit immer mehr die Durchführung eines gerichtsgleichen Verfahrens gefordert, wenn sie quasi-gerichtliche Aufgaben wahrnehmen (Dieser Aspekt kann durchaus mit der österreichischen Entwicklung betr die Anwendung des Art 6 MRK auf verwaltungsbehördliche Verfahren verglichen werden).

Wesentlich ist auch, dass der Kongress und andere Kritiker der independent commissions darin erfolgreich waren, sie (ebenso wie die der Regierung und dem Präsidenten unterstellten sonstigen agencies) einem Verfahrensgesetz, dem Administrative Procedure Act aus 1946, zu unterwerfen, wovon man sich weniger verwaltungsbehördliche Willkür versprach (diese Diskussion ist auch in Österreich unter dem Begriff „Legitimation durch Verfahren“ geführt worden).

Die independent commissions wurden zu einem sehr beliebten Untersuchungsgegenstand der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften. Zahlreiche Theorien zu den Ursachen der Wirtschaftsaufsicht wurden von Befürwortern (zB public interest Theorien) und Gegnern (zB capture theory) am Beispiel der commissions entwickelt. Einige dieser commissions (zB die Security and Exchange Commission – SEC) hatten bedeutende Vorbildfunktion für andere Staaten (denken Sie auch an die FMA), sie zeigten aber auch die Grenzen der Wirtschaftssteuerung auf (die Interstate Commerce Commission beendete ihre Arbeit etwa 1995/1996, nachdem zahlreiche von ihr beaufsichtigte Bereiche dereguliert worden waren).

**Großbritannien:**

Das Modell unabhängiger Regulatoren etablierte sich im Rahmen der von *Thatcher* eingeleiteten Privatisierungsmaßnahmen auch im **britischen Infrastrukturbereich**. Der Hintergrund war hier freilich verschieden: Waren die „independent commissions“ in den USA vor allem geschaffen worden, um unerwünschte Erscheinungen des freien Marktes zu verhindern, war in Großbritannien – wie später auch im übrigen Europa – das Ziel ein etwas anderes, das viel mehr mit dem zu tun hat, was in Österreich als „Regulierung“ bezeichnet wird. Es ging darum, ehemals durch staatliche Unternehmen beherrschte Branchen in den freien Wettbewerb zu führen; also „Wettbewerb zu schaffen“.

Doch auch für diesen Zweck wurde auf das Konzept spezieller Verwaltungsbehörden zurückgegriffen. Verzichtet wurde aber darauf, sie rechtlich völlig unabhängig zu machen, eher wurden neue Behörden, die etwas außerhalb der allgemeinen Ministerialverwaltung standen, geschaffen. Das ursprüngliche System beruhte auf „director-generals“, die als monokratische Organe mit einem Hilfsapparat organisiert waren. Als spezialisierte Organe mit beschränktem Aufgabenbereich wurden sie außerhalb der allgemeinen Ministerialverwaltung angesiedelt. Der „director-general“ wurde als persönlicher Garant für die Objektivität des Regulators angesehen und verkörperte ein stark personalisiertes System der Wirtschaftssteuerung. Der zuständige Minister vergab zwar grundsätzlich Lizenzen für neue Marktteilnehmer, hielt sich ansonsten aber im Hintergrund. Damit sollte eine Trennung der Funktion des Staates als Eigentümer beteiligter Unternehmen von seiner anderen Funktion als Wirtschaftssteuerer deutlich gezeigt werden.

Das System wurde jedoch vor allem aus zwei Gründen kritisiert: Zum einen sah man es als bedenklich an, dass **eine Person allein Entscheidungen von großer wirtschaftlicher Tragweite traf**, zum anderen wurde insb nach dem Regierungswechsel von den Tories zu Labour verstärkt gefordert, dass die **Regierung stärker bei Regulierungsentscheidungen mitreden solle**, insb um soziale Belange der Konsumenten zu schützen.

Daher kam es, beginnend mit dem Utilities Act 2000 (für den Bereich Energie), zu einer Umstellung des Systems: Grob gesprochen, wurden die „director-generals“ durch Kommissionen (entweder als „authorities“ oder als „boards“ bezeichnet) an der Spitze der Regulierungsbehörden („Offices“) ersetzt, die jedoch durch allgemeine Richtlinien der Minister gewisse Vorgaben erhalten können, wie sie hinsichtlich sozial als relevant angesehener Fragen (zB Qualität der Versorgung) vorzugehen haben. Dafür wanderte die Lizenzvergabe, teilweise auch auf Grund unionsrechtlicher Vorgaben, größtenteils zu den Regulatoren. Das neue System ist nunmehr in den Bereichen Strom und Gas (OFGEM), Telekom und Post (OFCOM), Eisenbahn (ORR; auch für Autobahnen zuständig) und Wasser/Abwasser (OFWAT) verwirklicht. Ein Brexit wird daran voraussichtlich nichts ändern.

In der unionsrechtlichen Diskussion um die Liberalisierung der in den meisten Staaten von staatlichen Monopolisten beherrschten Infrastruktursektoren wurde natürlich auch immer wieder auf das US-amerikanische bzw das britische Modell verwiesen, da eben auch andere Mitgliedstaaten das Problem hatten, in Zukunft **ihre marktsteuernden von ihren unternehmerischen Tätigkeiten** trennen zu müssen. Wie bereits festgestellt, legt(e) sich das Unionsrecht hinsichtlich des Weges der Zielerreichung nicht fest, aber die Vorbildwirkung des Systems der unabhängigen Regulierungsbehörden des anglo-amerikanischen Raums sollte nicht unterschätzt werden.

Auch in Österreich hat die Einführung dieses Systems einige der oben geschilderten allgemeinen Fragen aufgeworfen.

## **7.2 Regulierungsbehörden und Verfahren in Österreich**

**Das „österreichische Modell“:**

In Österreich, wo der Staat (Bund, Länder) in allen Netzwerkindustrien infolge seiner Beteiligung an den Unternehmen noch wirtschaftliche Interessen hat, war unionsrechtlich schon bislang auf Grund der oben dargestellten ersten Gruppe von Vorgaben (Unabhängigkeit von den Marktteilnehmern) eine gewisse Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von der staatlichen Verwaltung geboten. Diese Anforderung musste zusätzlich noch mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des B-VG in Einklang gebracht werden. Das „österreichische Modell“ der Netzwerkregulierungsbehörden wurde erstmals im TKG 1997 geschaffen, das für die weiteren Sektoren eine – mehr oder weniger große – Vorbildfunktion ausübte. Es besteht (bzw bestand im Energiebereich) aus einer **Kombination einer beliebigen juristischen Person des Privatrechts (einer GmbH) mit einer unabhängigen Kollegialbehörde** (nunmehr: Art 20 Abs 2 B-VG), die zumindest ein richterliches Mitglied aufweist. Bis 2008 wurde das österreichische Modell in allen Infrastrukturbereichen (Energie, Telekom, Eisenbahn und Post) verwirklicht. Ein von Anfang an abweichendes Modell findet sich im Bereich der Rundfunk„regulierung“ (neben der RTR GmbH gibt es die KommAustria, eine dem BKA unterstellte Bundesbehörde).

Dieses österreichische Modell ist weiterhin in den Bereichen Telekom, Eisenbahn und Post verwirklicht, im Energiebereich hingegen wurde es im März 2011 durch das Inkrafttreten des E-Control-Gesetzes nicht mehr fortgeführt. Durch dieses Gesetz wurde im Energiebereich die von den Energiebinnenmarkt-RL geforderte „einheitliche Regulierungsbehörde“ geschaffen. Dies erfolgte in der Weise, dass eine einzige Anstalt öffentlichen Rechts „Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control)“ eingerichtet wurde. Bereits zuvor war in Österreich allgemein anerkannt gewesen, dass das Nebeneinander zweier Behörden (beliebene GmbH einerseits und unabhängige Kollegialbehörde andererseits) mit den Vorgaben der Energiebinnenmarkt-Richtlinien nicht vereinbar wäre.

Bemerkenswert ist, dass die EisebG-Nov BGBl I 2013/96 und I 2015/137 im Eisenbahnbereich am österreichischen Modell (beliebene Schienen-Control GmbH und unabhängige Kollegialbehörde Schienen-Control Kommission) festhalten, obwohl Art 55 der RL 2012/34/EU ebenfalls eine einheitliche nationale Regulierungsstelle vorsieht. Es ist freilich einzuräumen, dass auch die Energie-Control durch die Verteilung ihrer Aufgaben auf mehrere behördeninterne Organe inhaltlich am österreichischen Modell angelehnt bleibt (siehe dazu noch unten).

Derzeit sind die folgenden Regulierungsbehörden eingerichtet:

- Im Telekommunikationsbereich: RTR-GmbH und Telekom-Control Kommission (TKK)
- Im Eisenbahnbereich: Schienen-Control GmbH (SCG) und Schienen-Control Kommission (SCK)
- Im Postbereich: RTR-GmbH und Post-Control Kommission
- Im Energiebereich (Strom und Gas): Energie-Control Austria als Anstalt des öffentlichen Rechts.

Das klassische „österreichische Modell“ (in den Bereichen Telekom, Eisenbahn und Post) bietet zum einen eine gewisse Unabhängigkeit der beliebigen GmbH, da diese außerhalb der allgemeinen staatlichen Verwaltung angesiedelt sind. Weisungen gegenüber der GmbH sind zwar zulässig, aber schriftlich und mit Gründen versehen zu erteilen (§ 18 Abs 3 Z 3 KommAustria-Gesetz für die RTR-GmbH; 79 Abs 2 EisebG für die SCG), was zu einer Kontrolle durch die Öffentlichkeit führt. Daneben kann freilich der Bund als Eigentümer auf gesellschaftsrechtlichem Wege „mitreden“.

Zum zweiten hat das „österreichische Modell“ im Lichte des Art 6 MRK, aber auch des weiter gehenden Art 47 GRC, den Vorteil, dass dort, wo die unabhängigen Kollegialbehörden

(Kommissionen) zuständig sind, bereits in erster Instanz ein „tribunal“ entscheidet – immerhin betreffen **zahlreiche regulatorische Entscheidungen** (zB Verpflichtung zur Gewährung von Zugang) „**civil rights**“ iS dieser Bestimmungen. Zwar ist gegen die Entscheidungen der Kommissionen jedenfalls ein Verwaltungsgericht (das ebenfalls ein tribunal ist) anrufbar, aber die Kommissionen sind auf Grund ihrer Zusammensetzung regelmäßig schon mit technischem Sachverstand ausgestattet, was bereits in erster Instanz fachkundige Entscheidungen durch ein tribunal ermöglicht (Aspekt der Spezialisierung).

Der VwGH hat allerdings unlängst festgestellt, dass es mit den unionsrechtlichen Vorgaben für die Behördenunabhängigkeit im Energiebereich unvereinbar ist, wenn in der Regulierungskommission der E-Control eine Energieexpertin (und Arbeitnehmerin) der Arbeiterkammer tätig ist, da die Arbeiterkammer auch als Interessenvertretung für Energieendverbraucher tätig ist. Die Frage, ob diese Bedenken auch auf Bedienstete eines Bundeslandes zutreffen, ließ er unbeantwortet (VwGH 15.12.2014, 2013/04/0108). Er erklärte aus diesem Grund die Regulierungskommission in einem Kostenbasisfeststellungsverfahren nach § 69 GWG im konkreten Einzelfall für unzuständig und hat diese Rsp zu einem Kostenbescheid iSd § 48 EIWOG 2010 fortgesetzt (VwGH 17.12.2015, 2013/05/0066). Da Rechtsmittel gegen Kostenbescheide nunmehr nicht mehr an die Regulierungskommission, sondern das Verwaltungsgericht gehen, erscheint eine Wiederholung dieser Rsp **im Moment** unwahrscheinlich (vgl auch *Poltschak*, Mangelnde Unabhängigkeit der Regulierungskommission, ZTR 2016, 23). Zudem wurden entsprechende personelle Umstellungen vorgenommen.

### **Besonderheiten der E-Control als Anstalt des öffentlichen Rechts**

Auch das Modell der E-Control als Anstalt des öffentlichen Rechts baut in gewissem Ausmaß weiterhin auf dem „österreichischen Modell“ auf. Die E-Control hat drei Organe: den zweiköpfigen Vorstand (§ 6 ff E-ControlG), die – als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag eingerichtete – Regulierungskommission (§ 10 ff E-ControlG) sowie den Aufsichtsrat (§ 13 ff E-ControlG). Die wesentlichen Aufgaben sind zwischen Vorstand und Kommission aufgeteilt, die Kommission ist als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag vom Vorstand (und vom Aufsichtsrat) vollkommen unabhängig (was unionsrechtlich die Frage aufwirft, ob das wirklich den RL-Vorgaben entspricht, die „ein“ Leitungsgremium bzw „ein“ leitendes Management vorsehen). Allenfalls könnte man von einem „Etikettenschwindel“ sprechen, da die alte zweigliedrige Struktur nunmehr in einer Behörde mit mehreren Organen weiterbesteht. Wie bisher unterstützt das Personal der E-Control sowohl den Vorstand als auch die Regulierungskommission.

Durch die „neue, alte“ Doppelstruktur versucht der Gesetzgeber, weiterhin sowohl den unionsrechtlichen als auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art 6 MRK, auch Art 47 GRC als Unionsgrundrecht) Rechnung zu tragen. In einem Punkt wirft die Einrichtung der E-Control jedoch verfassungsrechtliche Bedenken auf: Ebenfalls als Fortschreibung der alten Strukturen ist es nämlich zu sehen, dass die E-Control (dh: ihr Vorstand) in bestimmten Bereichen weisungsgebunden ist. Grundsätzlich sind alle Organe der E-Control in allen von den RLen geforderten Bereichen (sog Regulierungsaufgaben) weisungsfrei, in Fragen des ÖkostromG (mit Ausnahmen), des PreistransparenzG, des Bundes-EnergieeffizienzG, des EnergielenkungsG 2012 (mit Ausnahmen), des KWK-Gesetzes und betr statistische Erhebungen nach EIWOG 2010 bzw GWG 2011 besteht jedoch eine Weisungsbindung des Vorstandes gegenüber dem BMWA (§ 5 Abs 4 E-ControlG). Dies erscheint unionsrechtlich unbedenklich, fraglich ist aber, ob Art 20 Abs 2 B-VG (zu dieser Bestimmung noch unten) erlaubt, eine nationale Behörde teils als weisungsfrei und teils als weisungsgebunden einzurichten.

Auf Grund einer entsprechenden Rüge der Kommission wurde zur Abwendung eines Vertragsverletzungsverfahrens mit BGBI I 2017/108 durch eine einmalige Verlängerung der

Funktionsperiode der Regulierungskommission eine zeitliche Trennung der Bestellung der Regulierungskommission von der Bestellung des Vorstands verankert (§ 44 Abs 2 E-ControlG).

### **Verfassungsrechtliche Fragen:**

Freilich warf und wirft das „österreichische Modell“ ebenso wie die Einrichtung der E-Control als Anstalt öffentlichen Rechts auch verfassungsrechtliche Fragen auf: Betreffend den Einsatz von Beliehenen – das sind die GmbH, da sie „Private“ sind, auch wenn der Bund 100% der Anteile hält – ist die Jud des VfGH zu beachten, die aus dem verfassungsrechtlich vorgezeichneten hierarchischen und vom Weisungsprinzip beherrschten Aufbau der österr Verwaltung ableitet, dass einer Ausgliederung behördlicher Aufgaben an Beliehene Grenzen gesetzt sind. Diese Jud gilt auch für außerhalb der eigentlichen Staatsorganisation angesiedelte juristische Personen des öffentlichen Rechts wie etwa die E-Control als Anstalt (vgl VfSlg 16.400 – Bundeswertpapieraufsicht als Vorläufer der FMA). Die Eckpunkte dieser Jud sind (vgl insb das Austro Control-Erkenntnis VfSlg 14.473):

- Ist die Beleihung **sachlich gerechtfertigt** iSd Gleichheitssatzes?
- Ist die Ausgliederung **effizient**, verstanden iS eines Verbotes der ineffizienten Verwendung öffentlicher Mittel?
- Handelt es sich um die **Übertragung bloß einzelner Aufgaben**, die jedenfalls nicht in einen „Kernbereich staatlicher Aufgaben“ fallen?
- Bestehen **ausreichende Leitungsbefugnisse der obersten Organe**, die ja die Träger der politischen Verantwortung gegenüber dem Nationalrat sind? Auf Grund dieser Anforderung sind weisungsfreie Beliehene nur auf Grund einer Verfassungsbestimmung zulässig. Der VfGH handhabt dieses Kriterium streng und hat etwa auch die einfachgesetzliche weitgehende Weisungsunabhängigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (also keines „echten“ Privaten) als verfassungswidrig aufgehoben (VfSlg 16.400 – Bundeswertpapieraufsicht; aus diesem Grund ist die Finanzmarktaufsicht durch Verfassungsbestimmung weisungsfrei gestellt).

Einige der einschlägigen Entscheidungen stammen aus Verfahren, die Netzwerkregulatoren betrafen (zB VfSlg 16.995 – Erlassung von VO mit außenpolitischer Brisanz durch die [damalige, nur für Elektrizität zuständige] ECG).

Der Einsatz unabhängiger Kollegialbehörden wiederum ist im Lichte des **Art 20 Abs 2 B-VG idF BGBl I 2008/2** (und BGBl I 2012/51) zu beurteilen. Die entsprechende Novelle wurde auch durch die Rsp des VfGH zur Zulässigkeit des Einsatzes sog „Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag“ geprägt (ein Behördentyp, den es in dieser Form seit 1.1.2014 nicht mehr gibt). Mehrere der einschlägigen Entscheidungen betrafen Regulierungsbehörden (zB VfSlg 15.427 – TKK). Gemäß Art 20 Abs 2 B-VG ist die **einfachgesetzliche Weisungsfreistellung** von Organen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Zulässig sind solche Organe gem Art 20 Abs 2 B-VG zum einen, wenn sie eingerichtet sind (Z 1) zur sachverständigen Prüfung, (Z 2) zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, (Z 3) zur Wahrnehmung von Schieds-, Vermittlungs- und Interessenvertretungsaufgaben, (Z 4) zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht, (Z 5) zur Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien und zur Förderung der Medien, (Z 6) zur Durchführung einzelner Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts, (Z 7) zur Durchführung und Leitung von Wahlen, oder (Z 8) soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist. Zum Anderen muss durch Gesetz ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorgesehen werden, zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unter-

richten, und – soweit es sich nicht um Organe gemäß Z 2, Z 5 und Z 8 handelt – das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abzurufen (vgl § 18 Abs 6 KOG für TKK und PCK; § 8 Abs 3 und § 10 Abs 6 E-ControlG für Vorstand und Regulierungskommission der E-Control; § 82 EibG enthält für die SCK hingegen keine vergleichbare Regelung, hier entscheidet die Kommission selbst). Die Befugnis des BM, sich über die Geschäftsführung des Vorstands der E-Control zu unterrichten (§ 5 Abs 3 E-ControlG) wurde vom VwGH als unionsrechtskonform eingestuft und eine gegenteilige Entscheidung des BVwG daher aufgehoben (VwGH 23. 11. 2016, Ro 2016/04/0013); dennoch erfolgte mit BGBl I 2017/108 eine Umformulierung des § 5 Abs 3 E-ControlG.

Insbesondere die Z 1, Z 3 und Z 4 des Art 20 Abs 2 B-VG decken die Einrichtung der Regulierungskommissionen jedenfalls in den Fällen ab, in denen das Unionsrecht keine explizite Unabhängigkeit von der öffentlichen Verwaltung fordert (wobei nicht abschließend klar ist, ob bei der Einrichtung einer Behörde mehrere Ermächtigungen „kombiniert“ werden dürfen; die Staatspraxis scheint dies anzunehmen). Soweit das Unionsrecht explizit eine Unabhängigkeit auch von der staatlichen Verwaltung fordert (Telekom, Energie, Eisenbahn), ist hingegen (ergänzend) auf Art 20 Abs 2 Z 8 B-VG (Unabhängigkeit nach Maßgabe des Rechts der EU) zurückzugreifen. Dies ist insb im Energiebereich zu beachten, wo nicht nur die Unabhängigkeit im fachlichen Bereich, sondern auch in Bezug auf die personellen und sachlichen Ressourcen der Regulierungsbehörde gefordert wird (die durch die anderen Tatbestände des Art 20 Abs 2 B-VG geregelte Unabhängigkeit in fachlicher Hinsicht bewirkt nämlich noch keine Ausnahme von den übrigen Aspekten der Leitungsbefugnis der obersten Organe, vgl dazu *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> [2017] Rz 383 f).

Bereits erwähnt wurde das Problem, dass es fraglich ist, ob Art 20 Abs 2 B-VG es erlaubt, eine nationale Behörde teils als weisungsfrei und teils als weisungsgebunden einzurichten, wie dies nunmehr bei der E-Control der Fall ist.

### **Aufgaben der Regulierungsbehörden:**

Welches sind nunmehr die Aufgaben der Regulierungsbehörden? Versucht man dieses systematisch darzustellen, so fallen zum einen einige Gemeinsamkeiten auf, zum anderen, dass bestimmte Aufgaben nur in einzelnen Regulierungsbereichen vorkommen:

- Entscheidungen über die Zulässigkeit von Netzzugang (§ 50 TKG 2003, §§ 21 f ElWOG 2010, § 33 GWG 2011, §§ 53c, 72, 73, 75e EibG)
- Genehmigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unternehmen (bzw Untersagung bei bloßer Anzeigepflicht) (Genehmigung der Allgemeinen Bedingungen für Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber gem §§ 41, 47 ElWOG 2010; Genehmigung der Bedingungen des Netzzugangs zu Verteiler- und Fernleitungen gem §§ 28, 32 GWG 2011; Anzeigepflicht und Widerspruch gegen AGB des Universaldienstbetreibers und der übrigen Postdiensteanbieter gem § 20 Abs 4 bzw § 31 Abs 2 PMG; Widerspruch gegen AGB nach § 25 TKG 2003; Verpflichtung zur Vorlage der Schienen-netz-Nutzungsbedingungen nach § 59 EibG; Prüfung und allfällige Unwirksamkeitserklärung von Beförderungsbedingungen im Personenverkehr nach § 78b EibG)
- Festlegung bzw Genehmigung von Tarifen (zB im Energiebereich für die Systemnutzungsentgelte gem §§ 48 ff ElWOG 2010 bzw §§ 69 ff GWG 2011: zweistufiges Verfahren – Kostenbasisbescheid und Verordnung; im Telekom- und Postbereich Anzeigepflicht für den Universaldienstanbieter sowie sonstige Anbieter von Postdiensten gem § 26 Abs 3 TKG 2003 bzw §§ 20 und 31 PMG)
- Durchführung von Schlichtungsverfahren (§ 26 E-Control-G, § 22 ElWOG 2010, § 132 GWG 2011, § 122 TKG 2003; § 78a EibG; siehe dazu auch das PFAG, wel-

ches von und bei der SCG die Agentur für Passagier- und Fahrgastrechte einrichtet). Auf die Schlichtungsverfahren ist (im Verhältnis Unternehmen – Konsumenten) zusätzlich das Alternative-Streitbeilegung-Gesetz (AStG; StF BGBl I 2015/105) anzuwenden, welches nach seinem § 2 sektorspezifischen Gesetzen vorgeht)

- Genehmigungsbehörde für Betreiber (zB für Netzbetreiber im Gasbereich – § 43 GWG 2011 [für Stromnetzbetreiber ist die LReg zuständig]; im Telekommunikationsbereich Anzeige der Dienstaufnahme bei der Regulierungsbehörde gem § 15 TKG 2003); Zertifizierung im Zusammenhang mit der Bestätigung der Erfüllung der Unbundling-Vorgaben (§§ 34, 35 EIWOG 2010, §§ 119, 120 GWG 2011); Zuständigkeiten für die Genehmigung bzw Überwachung von Planungen (§ 38 EIWOG 2010: Netzentwicklungsplanung; § 23 GWG: langfristige Planung); Genehmigung von Investitionsanträgen nach der VO 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur (TEN-E-VO; § 21 Abs 7 E-ControlG)
- Marktdefinition, Marktanalyse und Feststellung von beträchtlicher Marktmacht (§ 36 iVm § 117 Z 6 TKG 2003); Anordnung spezieller Maßnahmen für marktbeherrschende Unternehmen (§§ 38 bis 47a TKG 2003)
- Zuweisung knapper Ressourcen (Frequenznutzung im Telekommunikationsbereich – §§ 51 ff TKG 2003; im Eisenbahnrecht und Energierecht überwachen die Regulierungsbehörden nur die entsprechende Tätigkeit der Zuweisungsstellen bzw Regelzonenführer)
- Allgemeine Regulierungs- bzw Wettbewerbsaufsicht: § 24 (allgemein), § 25 (ISO/ITO), §§ 25a und 25b (flankierende Maßnahmen zur REMIT) E-ControlG; § 74 EisbG, § 91 TKG 2003. Zu den Möglichkeiten und Grenzen dieser Aufsicht vgl das (großzügige) VfGH-Erk vom 29. 9. 2012, B 54/12ua und dazu kritisch *Schneider*, Auskunftspflicht gegenüber der E-Control im Zusammenhang mit Marktuntersuchungen (ZTR 1/2013, 43)
- Auskunfts- und Einsichtsrechte, Marktbeobachtung (§ 10 EIWOG 2010, § 10 GWG 2011), § 25 E-ControlG (ISO/ITO: Antragsrecht beim KartellG auf Hausdurchsuchung), nach §§ 15 Abs 2 und 27 Abs 2 EnergielenkungsG 2012: Monitoring der Versorgungssicherheit, §§ 73a, 74a, 77, 78d, 84a EisbG, § 90 TKG 2003); Beantragung von Strafen [Geldbußen] beim Kartellgericht (§ 104 Abs 1 EIWOG 2010; § 164 Abs 1 GWG 2011)
- Gewährung von Ausnahmen vom Regulierungsregime (Art 17 der VO 714/2009; § 42 GWG 2011)

Im Detail zeigen sich somit zum Teil gravierende Unterschiede zwischen den Aufgaben, die den einzelnen Regulierungsbehörden übertragen sind:

Als prominentes Beispiel ist der Umfang der **Entscheidung über den Netzzugang** zu nennen: Im **Telekommunikations- und Eisenbahnrecht** kann im Falle der Nichteinigung die Regulierungsbehörde den nicht zu Stande kommenden Vertrag durch einen Bescheid „substituieren“. Mit diesem „**vertragsersetzenden Bescheid**“ wurde eine Bescheidspielart geschaffen, die in vielerlei Hinsicht schwierige Fragen aufwirft (näher dazu *Raschauer*, in: Krejci-FS II [2001] 2053 ff). Freilich würden sowohl das Verfassungsrecht als auch das Unionsrecht andere Lösungen zulassen, sofern diese einen effektiven Rechtsschutz begründen (ob dies auch bei bloßen Schadenersatzansprüchen der Fall wäre, ist zumindest zu hinterfragen). Im **Energierecht** hat dennoch die Regulierungsbehörde nur mit Feststellungsbescheid über die **Rechtmäßigkeit der Zugangsverweigerung** zu entscheiden, diese Entscheidung kann Grundlage für Schadenersatzansprüche sein, keinesfalls aber eine Einigung zwischen den Par-

teilen über den Netzzugang ersetzen. Warum diese unterschiedlichen Modelle gewählt wurden, ist zumindest den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen.

### **Rechtsschutz:**

Die bis dahin bestehenden gravierenden Unterschiede hinsichtlich der **Instanzenzüge** gegen Entscheidungen der Regulatoren-GmbHs wurden durch die Einführung einer allzuständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz mit 1. 1. 2014 beseitigt: Gegen Entscheidungen **sowohl der GmbHs als auch der Kommissionen** (bzw bei der **E-Control**: Vorstand und Regulierungskommission) ist die Anrufung der Verwaltungsgerichte vorgesehen, wobei die Materienengesetze – in Entsprechung der verfassungsrechtlichen Grundregel für unmittelbare Bundesverwaltung – weitgehend die Anrufung des **Bundesverwaltungsgerichts** vorsehen (vgl insb § 78 Abs 2 und § 84 Abs 4 EibG: SCG und SCK; § 44 Abs 3 PMG: PCK; § 121 Abs 5 und implizit § 121a TKG: TCK und RTR; im E-Control-Gesetz ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht ausdrücklich angeordnet, hier gilt daher der allgemeine verfassungsrechtliche Rahmen). Abweichend davon ist im Energierecht ein (gemäß Art 94 Abs 2 B-VG idF der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012 zulässiger) **Rechtszug an die Zivilgerichte** nach bestimmten – ua den Netzzugang betreffenden – Entscheidungen der Regulierungskommission (§ 12 Abs 4 E-ControlG) vorgesehen, der, bedingt durch unionsrechtliche Vorgaben, vom herkömmlichen Konzept der sukzessiven Kompetenz abweicht, weil die Entscheidung der Regulierungsbehörde erst mit rechtskräftiger Gerichtsentscheidung außer Kraft tritt.

### **Finanzierung durch Marktteilnehmer:**

Fast durchgehend verwirklicht ist jedoch eine (Mit-)Finanzierungspflicht der Marktteilnehmer (der „Industrie“) für die Tätigkeit der Regulierungsbehörden (zB § 34 (Telekom) und § 34a (Post) KommAustria-Gesetz für die RTR-GmbH; § 80 EibG für die SCG; § 32 E-ControlG). Die Idee dahinter ist, dass die Regulierung letztlich auch den Unternehmen nutzt, die am Markt tätig sind. Allerdings hat der VfGH die Finanzierungsregelungen der RTR-GmbH teilweise aufgehoben, da manchen der überwälzten Kosten auch objektiv kein Nutzen für die regulierte Industrie gegenüberstand (VfSlg 17.326: dominierendes Interesse der Allgemeinheit). Dh die Überwälzung von Kosten der Regulierungsbehörden auf die Marktteilnehmer muss rechtfertigbar sein. Vgl unlängst auch wieder mwN VwGH 20. 12. 2016, 2016/03/0004.

### **Konsultation, Europaweite Zusammenarbeit:**

Da zahlreiche Marktteilnehmer in den regulierten Industrien europaweit tätig sind, versucht die Kommission schon seit mehreren Jahren, die Zusammenarbeit zwischen nationalen Regulierungsbehörden zu verstärken. Dementsprechend bestand schon bislang auch eine koordinierte, wenn auch grundsätzlich auch informeller Basis stattfindende, Zusammenarbeit zwischen diesen.

Teilweise sind auch sehr konkrete Maßnahmen vorgesehen, für die im Folgenden einige Beispiele genannt werden sollen: So ist etwa im Telekommunikationsbereich, bevor gewisse Vollziehungshandlungen (zB Erlassung von VO) gesetzt werden, eine Konsultationsverfahren mit den Marktteilnehmern durchzuführen (§ 128 TKG 2003); bei bestimmten, europaweit relevanten Problemen (zB nationales Marktdefinitions- oder Marktanalyseverfahren gem §§ 36, § 37 TKG 2003) ist ein europaweites Begutachtungsverfahren einzuleiten, an dem die Europäische Kommission und die nationalen Regulierungsbehörden mitwirken (sog „Koordinationsverfahren“ gem § 129 TKG 2003). Damit sollen Störungen des Binnenmarktes verhindert und ein einheitlicher und kohärenter Vollzug des Unionsrechts erreicht werden (hierin ist ein gewisse Ähnlichkeit zum Notifikationsverfahren für technische Vorschriften zu erkennen). Auch im Energiebereich sehen die RL die Möglichkeit der Kommission vor, von den nationalen Regu-

lierungsbehörden die Rücknahme von Entscheidungen zu verlangen, wenn diese mit sog „Leitlinien“ – das sind im Komitologieverfahren zu erlassende Durchführungsbestimmungen zu den RL bzw den VO über Strom- bzw Gashandel) – in Widerspruch stehen (Art 39 RL 2009/72/EG bzw Art 43 RL 2009/73/EG; vgl § 27 E-ControlG). Im Eisenbahnbereich ist etwa nach Art 20 VO 913/2010 in Bezug auf europäische Güterverkehrskorridore ein besonderes Zusammenarbeitssystem der nationalen Regulierungsstellen vorgesehen, das insb einen Informationsaustausch und Konsultationen umfasst; zudem trifft § 84c EisbG nunmehr ausdrücklich Regelungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit.

Die neuen RL im Energie- und im Telekombereich sehen darüber hinaus auch auf europäischer Ebene **organisierte Strukturen der Zusammenarbeit** zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission vor, womit hier ein sog „**Europäischer Verwaltungsverbund**“ förmlich etabliert wird. Zu nennen sind hier die jeweils durch VO eingerichtete Agentur zur Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER; VO 713/2009) und das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) samt des ihn unterstützenden Büros (VO 1211/2009). Diese Einrichtungen sind primär ein Forum der Diskussion der Zusammenarbeit der (nunmehr unabhängigen!) nationalen Regulierungsbehörden mit der Kommission und ermöglichen dieser somit schon faktisch eine **starke Rolle im Europäischen Regulierungsprozess**. In Einzelfällen kommt ACER im Energiebereich darüber hinaus Entscheidungsbefugnis zu (und zwar insb bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, bei denen die nationalen Regulierungsbehörden keine Einigung erzielen können). Da die Übertragung von Kompetenzen auf ein nicht im EUV bzw AEUV vorgesehenes Unionsorgan primärrechtlich jedoch nicht unbedenklich ist (siehe dazu EuGH Rs 9/56 *Meroni*, ECLI:EU:C:1958:7; 98/80 *Romano*, ECLI:EU:C:1981:104), sind die Befugnisse von ACER letztlich deutlich zurückhaltender ausgefallen als von der Kommission geplant (was freilich auch mit entsprechendem Widerstand der Mitgliedstaaten zusammenhing).

Dennoch ist zu bedenken, dass die Kombination aus Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von der nationalen Verwaltung und einer gestärkten Rolle der Kommission letztlich zu einer „Europäisierung“ der Regulierung in diesen Bereichen beiträgt.

**Lesen Sie:** *Urbantschitsch*, Europäisierung der Energieregulierung. Über das Zusammenspiel von Europäischer Kommission, Europäischer Regulierungsagentur und nationalen Regulierungsbehörden, ÖJZ 2009, 849.

Vgl Sie weiters auch: *Stöger*, Gedanken zur institutionellen Autonomie der Mitgliedstaaten am Beispiel der neuen Energieregulierungsbehörden, ZÖR 2010, 247.

### **Flexibilität: Anwendbares Verfahrensrecht/Finale Programmierung:**

Grundsätzlich haben die Regulatoren das AVG bzw das VStG anzuwenden. Dies hat zu Kritik von Seiten mancher Regulatorvertreter geführt, da die **Verwaltungsverfahrensgesetze** für die mehrpoligen Rechtsverhältnisse, über die zu entscheiden ist, **nicht ideal** seien. Manche meinen, dass das Regulierungsverfahren eher dem Außerstreitverfahren (*Raschauer*, Rechtsstaatliche Anforderungen an das Verfahren vor Regulierungsbehörden, in: *Akyürek ua* [Hrsg] *Verfassung in Zeiten des Wandels* [2002] 190) oder überhaupt dem streitigen Zivilverfahren (*Lehofer*, Spezifische Probleme unabhängiger Kollegialbehörden, in *ÖJK* [Hrsg] *Entstaatlichung - Gefahr für den Rechtsstaat* [2002] 212) ähnelt. Manche Tätigkeiten der Regulierungsbehörden, zB Schlichtungsverfahren, zielen überhaupt nicht auf die Erlassung eines Bescheides ab. Aber auch dort, wo es um die Erlassung von Bescheiden geht, treten oft zuvor wenig beachtete rechtliche Konstruktionen auf: man denke an die bereits erwähnte „Zwangsschlichtung“ durch „vertragsersetzenden Bescheid“. Vgl zum ganzen auch *Müller*, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 411 ff.

Auf manche Probleme hat der jeweilige Gesetzgeber mit **Sonderregelungen** reagiert; vgl etwa § 121 Abs 4 (bzw § 121a Abs 3) TKG 2003 und § 44 Abs 2 (bzw § 44a Abs 3) PMG, die – abweichend von § 39 Abs 3 AVG (auch nach „Nachschärfung“ nur beschränktes Neuerungsverbot im Verwaltungsverfahren nach Schluß des Ermittlungsverfahrens) – ein absolutes Neuerungsverbot nach Schluß des Ermittlungsverfahrens im Verfahren vor der TKK bzw PCK angeordnet haben. Vgl auch § 91 Abs 4 TKG 2003: Anwendung des Mandatsverfahrens gem § 57 AVG durch die TKK. Verkürzte Entscheidungsfristen enthält etwa § 41a EISbG. Weitestgehend vorgesehen ist ein **gesetzlicher Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden** gegen Bescheide der Regulierungsbehörden.

Generell ist zu beachten, dass die Regulatoren vom Gesetzgeber in bestimmten Fällen **besondere Freiheiten bei der Entscheidungsfindung** erhalten, um auf Veränderungen des Marktes individuell reagieren zu können. Teile des Regulierungsrechts sind daher vom Prinzip der finalen Determinierung geprägt; die Behörde hat zwischen gegenläufigen Zielen (zB Schaffung von Wettbewerb und Investitionssicherheit) abzuwägen und dabei verhältnismäßig viel Entscheidungsspielraum (was der VfGH in VfSlg 17.348 etwa für die Bestimmung der Kostenbasis im Zusammenhang mit der Festlegung der Systemnutzungstarife durch VO der ECK im Hinblick auf das Legalitätsprinzip für zulässig erachtete; vgl aber nunmehr die Aufhebung des hinsichtlich der Frage, wer bestimmte Systemnutzungsentgelte zu tragen hatte, nach Ansicht des VfGH zu unbestimmten § 25 EIWOG alt durch VfSlg 19.422). In gewissen Fällen ist dieser Entscheidungsspielraum auch EU-rechtlich vorgegeben, so insb im Zusammenhang mit der Marktanalyse und Marktdefinition nach Telekommunikationsrecht (vgl dazu EuGH Rs C-424/07 *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:749, Rn 69 ff: Verbot der Konkretisierung der der Regulierungsbehörde obliegenden Abwägungen durch den Gesetzgeber). In Deutschland wird in diesem Zusammenhang auch von „**Regulierungsermessen**“ gesprochen (zB BVerwG 28.11.2007, 6 C 44/06; *Franzius*, DVBl 2009, 410; zur Übernahme des Begriffs in Österreich siehe *C. Fuchs*, Zur „Regulierungsautonomie“ nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011, 943; VwGH 23.10.2013, 2010/03/0075; vgl auch VwGH 18.11.2014, 2012/05/0092). Wie auch sonst bei Planungsentscheidungen kommt dabei der ordnungsgemäßen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen sowie die Einhaltung der Verfahrensvorschriften besondere Bedeutung zu. Insoweit ist der Wunsch der Regulatoren nach mehr Flexibilität auch am Legalitätsprinzip (insb am Aspekt der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns) zu messen.

Der Wunsch nach mehr gestalterischem Freiraum für die Regulatoren dürfte oft daher kommen, dass sie sich an britischen und US-amerikanischen Vorbildern orientieren. Dass sich das Verwaltungsrecht des common law freilich wesentlich von dem Kontinentaleuropas unterscheidet (und selbst in den USA etwa der Administrative Procedure Act die Regulatoren zumindest verfahrensrechtlich „an die rechtsstaatliche Leine nehmen“ sollte), wird dabei mitunter übersehen.

**Zwischen der spezifischen Wettbewerbsaufsicht im Rahmen des Regulierungsrechts und dem allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrecht bestehen mitunter schwierige Abgrenzungsfragen**, die daraus resultieren, dass ein Verstoß gegen regulierungsrechtliche Bestimmungen (zB unberechtigte Netzzugangsverweigerung) regelmäßig auch einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung iSd § 5 KartG 2005 darstellt. Die Problematik wird noch dazu durch missverständliche Bestimmungen betreffend die Zuständigkeitsabgrenzung verstärkt (zB § 22 Abs 1 EIWOG 2010, § 132 Abs 1 GWG 2011, § 24 Abs 1 E-ControlG, § 74 Abs 4 EISbG, wonach die Zuständigkeiten des Kartellgerichtes jeweils unberührt bleiben). Der Grundsatz, dass **kumulative Zuständigkeiten** zwischen Regulierungsbehörde und Kartellgericht bestehen (vgl etwa OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03), erscheint im Hinblick auf **Art 83 Abs 2 B-VG** (Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter) und **Art 94**

**B-VG** (Trennung von Justiz und Verwaltung) eingeschränkt, soweit es um das Verhältnis zum **österreichischen Kartellrecht** geht (vgl dazu zutreffend entgegen der überwiegenden Lehre *Potacs*, MR 2009, 335 ff, entgegen *Lehofer*, MR 2009, 392 ff; ein Vorrang des Regulierungsrechts gegenüber dem europäischen Kartellrecht ist hingegen auf Grund dessen primärrechtlicher Verankerung ausgeschlossen, vgl zur kumulativen Anwendung etwa EuG 10.4.2008 Rs T-271/03 *Deutsche Telekom*, Rn 85): So ist es **unzulässig, dass ein und dieselbe Sache durch zwei verschiedene Behörden unter dem gleichen Gesichtspunkt beurteilt wird** (zutreffend daher die hL, wenn sie die Entscheidung der Frage der Rechtmäßigkeit der Netzzugangsverweigerung der E-Control vorbehalten möchte; vgl etwa *Potacs*, in: *Potacs*, Aktuelle Fragen des Gaswirtschaftsrechts [2005] 26 ff). Auch ist eine **Korrektur von Verwaltungsentscheidungen der Regulierungsbehörden durch das Kartellgericht ausgeschlossen** (so kann etwa die Vorschreibung eines Systemnutzungstarifes durch die E-Control niemals kartellrechtswidrig sein; problematisch OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04 zum Markt-machtmissbrauch der Telekom Austria durch den regulierungsbehördlich genehmigten Tik Tak-Tarif; zur Unzulässigkeit des Eingriffs anderer staatlicher Gerichte und Behörden in Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde vgl zudem EuGH Rs C-489/15 *CTI Logistics*, E-CLI:EU:C:2017:834). Hinzuweisen ist schließlich auf die Verpflichtung zur Zusammenarbeit der Bundeswettbewerbsbehörde mit den Regulatoren auf Grund des WettbewerbsG sowie die Antrags- und Stellungnahmerechte der Regulatoren vor dem Kartellgericht (§§ 36 Abs 4 Z 2, 46 KartG 2005; zum Antragsrecht siehe auch schon § 127 TKG 2003).

## **8. Regulierungsrecht als Teil des österr Wirtschaftsrechts**

Nachdem wir nunmehr die Grundstrukturen des österreichischen Regulierungsrechts kennen gelernt haben, ist zum Abschluss der Frage nachzugehen, welcher traditionellen Kategorie des österreichischen Wirtschaftsrechts (Wirtschaftspolizei, Wirtschaftsaufsicht, Wirtschaftslenkung) das Regulierungsrecht zuzuordnen ist. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil die einschlägigen Kompetenztatbestände nach der Rsp des VfGH vor allem wirtschaftslenkende Maßnahmen häufig nicht decken (vgl etwa VfSlg 10.831 zu Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG – Angelegenheiten des Gewerbes).

- **Wirtschaftspolizeirecht:** Diese betrifft die Abwehr klassischer, mit Wirtschaftstätigkeiten verbundener Gefahren (für Leben, Gesundheit, Vermögen etc).
- **Wirtschaftsaufsichtsrecht:** Dieses enthält jene Regelungen, die zur Sicherung der dauerhaften Erfüllung bestimmter, im öffentlichen (volkswirtschaftlichen) Interesse gelegener Funktionen erforderlich sind. Im Sinne der sog „Funktionsschutztheorie“ besteht die ursprüngliche und nach wie vor fundamentale Aufgabe der Wirtschaftsaufsicht in der Funktionssicherung von für die Volkswirtschaft besonders wichtigen, stör anfälligen Wirtschaftszweigen (zB Banken, Versicherungen).
- **Wirtschaftslenkungsrecht:** Während das Wirtschaftspolizei- und das Wirtschaftsaufsichtsrecht – im Normalfall – nicht in die laufende unternehmerische Geschäftsführung eingreifen, werden im Wirtschaftslenkungsrecht konkrete unternehmerische Entscheidungen in zentralen Fragen determiniert oder beschränkt. Wesentliches Merkmal der Wirtschaftslenkung ist dabei die Verfolgung gesamtwirtschaftlicher, (volks-)wirtschaftspolitischer Ziele (zB Preisstabilität, Vollbeschäftigung); teilweise wird auch die Intensität der Eingriffsmittel als Abgrenzungskriterium herangezogen. Dabei wird zwischen direkter und indirekter Wirtschaftslenkung unterschieden: Während bei der direkten Wirtschaftslenkung wirtschaftliche Planelemente (zB Produktionsart und –menge, Investitionen, Preise) durch einseitige Befehls- und/oder Zwangsgewalt beeinflusst werden, werden durch indirekte Wirtschaftslenkung Plandaten (zB

Lohn-, Zins- und Steuersätze, Subventionen) festgesetzt oder beeinflusst, wobei ihre Wirkung auf das Unternehmer- und Konsumentenverhalten von Rentabilitätsüberlegungen abhängig ist und die Steuerung häufig durch – meist monetäre – Anreize erfolgt. Für die indirekte Lenkung, die sowohl durch hoheitliche als auch durch nicht-hoheitliche Akte erfolgen werden kann, ist dabei typisch, dass die unternehmerische Dispositionsfreiheit größer als bei direkter Lenkung ist.

**Überlegen Sie:** Wie würden Sie nunmehr das österreichische Regulierungsrecht qualifizieren? Wirtschaftsaufsicht, Wirtschaftslenkung oder etwas Anderes, Neues?

**Lesen Sie:** *Kneihs*, Verfassungs- und Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2011) 20–22 (in der Folgeauflage entfiel diese Passage ersatzlos), der ebenso wie *Stöger* (Die Behörden der Elektrizitätsaufsicht nach der Nov 2002 des Energie-Regulierungsbehördengesetzes, in *Mayer* [Hrsg] Hauptfragen des Elektrizitätswirtschaftsrechts [2003] 102) zum Ergebnis kommt, dass das Regulierungsrecht trotz gewisser Sonderaspekte dem Wirtschaftsaufsichtsrecht zuzuordnen ist. Aber ist es nicht vielleicht mehr als das, also eher Wirtschaftslenkung?