

Exposé

Thema:

**Distribution von staatlichen Rechtspositionen an knappen
Gütern der Allgemeinheit**

Dissertationsgebiet:

Verfassungsrecht

Dissertant:

Mag. Stefan Honeder

Betreuer:

o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard Raschauer

1.) Darstellung, Zielsetzung und Methodik des Forschungsthemas¹

I. Einleitung und Grundlagen

Der Staat als Akteur im öffentlichen Wirtschaftsrecht muss sich zur Steuerung immer komplexer werdender Wirtschaftssysteme entweder aufgrund der Überlagerung durch Gemeinschaftsrecht im Vorhinein auf bestimmte Märkte beschränken oder diese nach dessen Vorgaben regeln.

Dabei ist nicht nur die Steuerung dieser Märkte über die Festlegung von Handlungsspielräumen an sich (sofern sie nicht ohnehin schon dem marktwirtschaftlichen Grundmodell von Angebot und Nachfrage unterliegen) problematisch, sondern auch der Umgang mit immer knapper werdenden Wirtschaftsgütern in diesen Märkten.

Zudem ist aus dem Blickwinkel der Daseinsvorsorge² des Staates auch die Frage zu stellen, inwiefern der Staat (und was genau bedeutet Staat eigentlich in diesem Zusammenhang?) sich überhaupt aus bestimmten Märkten von öffentlichem Interesse zurückziehen kann, bzw wie der Gesetzgeber mit gewissen „Prognosespielräumen“ aktuell umgeht, und welche rechtliche Folgen das nach sich zieht. Dies insb im Zusammenhang mit der „Suche nach hoheitlichen Indizien“³ in der Judikatur zum AHG, hier ist also auch die Frage nach der Haftung für den Umgang bzw für die Zuteilung von knappen Gütern zu stellen.

II. Forschungsansatz

Die Frage nach welchen Märkten und auf welche Weise der Staat in diese eingreift sowie einer Aufzählung von knappen Gütern ist aber nicht Hauptanliegen der hier zu untersuchenden Thematik.

Eher wird versucht, das Phänomen der Verknappung⁴ und den Umgang damit in der Verteilungsordnung öffentlicher Rechtspositionen anhand einzelner, ausgewählter Beispiele zu untersuchen. Die Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten, staatlichen

¹ Alle personenbezogenen Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen.

² Vgl etwa *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ Rz 330

³ Siehe *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ Rz 709

⁴ Grundlegend wurde dieses Phänomen bereits bei *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, auf Grundlage der deutschen Rechtsordnung untersucht. Die volkswirtschaftliche Ausgangslage, dem dieses Problem zugrunde liegt, herrscht natürlich auch in der österreichischen Rechtsordnung vor, das sich anhand von besonders aktuellen Beispielen wie der Zuteilung von Emissionszertifikaten untersuchen lässt.

Verwaltung des Mangels sollen auf diese Weise aufgezeigt und systematisch sowie dogmatisch erfasst werden. Natürlich soll auch der dieser Thematik übergeordneten (bzw mehr philosophischen) Frage nach Verteilungsgerechtigkeit nicht ausgewichen werden, diese aber bezogen auf die positiv-rechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen beantwortet werden. Weiters sollen „private Lösungen“ im Fall von ineffizienter Zuteilung von öffentlichen Ressourcen (etwa auf Basis des Coase-Theorems⁵) aufgezeigt und mit dem Gegenmodell des Regulierungsansatzes (siehe III. unten) verglichen werden.

III. Dogmatische Einordnung der Arbeit

Die Verwaltung des Mangels ist ein klassisches aber auch aktuelles verfassungsrechtliches sowie wirtschaftsverwaltungsrechtliches Thema⁶, Beispiele dafür bieten in neuerer Zeit und aktuellerer Judikatur etwa die Zuteilung von Emissionszertifikaten⁷ zur Verminderung des Treibhauseffekts, die Verteilung knapper öffentlicher Güter durch Höchstgebot, die Bedarfsprüfung bei öffentlichen Apotheken⁸ oder der „Vergabe“ von Taxikonzessionen⁹ (auch ein Beispiel für frühere Judikatur zum Thema) sowie die moderne Variante (digitale Dividende) etwa bei der Vergabe von Funkfrequenzen im Telekommunikationsbereich¹⁰.

III./I. Exemplarischer Themenaufriß anhand des Problems des Handels mit Emissionszertifikaten

Aktuelle Fragen wie man den Ausstoß von Treibhausgasen reduzieren könnte, werden derzeit mit dem mehr oder weniger populären Instrument „Emissionszertifikat“ beantwortet.

Nach den Ereignissen im Zusammenhang mit dem weitgehend gescheiterten Klimagipfel in Kopenhagen ist fraglich, welche Chancen sich mit diesem Instrument überhaupt noch

⁵ Behauptung von *Ronald Coase*, die Marktparteien könnten das Problem externer Effekte selbst lösen und mit den Märkten zu effizienter Ressourcenallokation gelangen, wenn sie nur über die Allokation verhandeln, und kein Kostenaustausch stattfindet.

⁶ *Dominik Kupfer*, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Baden-Baden, Nomos 2005. 604 S.

⁷ ZB *Holley*, Emissionszertifikate an der Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht, JAP 2006/2007/22

⁸ Siehe schon *Puck* in *IndRME* 1989: Die Prüfung des Bedarfes bei öffentlichen Apotheken (Art 6 StGG.)

⁹ *Funk*, Zur Bewirtschaftung von Taxikonzessionen Oder: Wie demontiert man die Verfassung? WBl 1987, 182

¹⁰ Beispielhaft etwa *VwGH* vom 31. 1. 2005, 2003/03/0107

ergeben¹¹, bzw welche (va rechtliche) Folgen sich im Zuge der Wirtschaftskrise (erheblicher Rückgang der Nachfrage nach industriell gefertigten Waren führen zu Problemen bei der Zertifikatszuweisung, Stilllegungen von zertifikatspflichtigen Anlagen haben Einfluss auf die Zertifikatsmenge) einstellen werden.¹² Mit dem derzeitigen Prüfbeschluss des VfGH¹³ zum Verstoß des nationalen Zuteilungsplans für Emissionszertifikate gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems ist zudem wieder eine Wunde seiner Vorjudikatur aufgerissen worden, die unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben geschlossen werden muss.

Bei all diesen Fragen ist nicht unbedingt der umweltpolitische bzw umweltrechtliche Fokus allein zu sehen, sondern auch die energiepolitische bzw –rechtliche Blickwinkel des Themas zu beachten und dessen Bedeutung für (öffentlich-) wirtschaftsrechtliche Aussagen und der darauf aufbauenden Schlussfolgerungen.

Ebenso muss man sich vor der Betrachtung des Themas dessen Entwicklungsgang¹⁴ ansehen, der nicht nur seine normativen Aspekte umfasst. Begriffe wie *Treibhauseffekt*, *Gefangenendilemma* oder auch das bekannte *Kyoto Protokoll* lassen sich nur im Zusammenhang verstehen, der naturwissenschaftlich vorgegeben ist, und durch politische und rechtliche Wertvorstellungen bzw Wertungen in normativer Form auf internationaler, gemeinschaftsrechtlicher und nationaler sowie regionaler Ebene einzufangen versucht wird.

III./II. Betroffene Rechtsgebiete

Dieses Beispiel zeigt den vielseitigen, aber va volkswirtschaftlichen Ordnungszusammenhang des Themas, das durch den Hauptakteur Staat am Wesentlichsten gestaltet wird. Daher wird die Arbeit auch primär dem Fach Verfassungsrecht zugeordnet, weil Determinanten wie die Erwerbs- und Berufsfreiheit sowie va der Gleichheitssatz die wesentlichen rechtlichen Grundpfeiler für die Einordnung und den Aufbau des Themas bilden.

¹¹ *Der Standard* vom 22. Dezember 2009 Rubrik Wirtschaft, Emissionshandel vor neuen Hürden: „Nach dem weitgehend gescheiterten Klimagipfel droht der international geplante Emissionshandel ins Stocken zu geraten. Da die Staats- und Regierungschefs keine festen Reduktionsziele vereinbarten, fällt auch ein Anreiz für den Handel mit den Rechten auf den Ausstoß der klimaschädlichen Treibhausgase weg“, abgerufen am 02.01.2010 13:50, <http://derstandard.at/1259282499270/Nach-Klimagipfel-Emissionshandel-vor-neuen-Huerden>

¹² *Andreas Hauer*, Emissionszertifikate und Wirtschaftskrise, *ecolex* 2009, 997.

¹³ Beschluss v 3.9.2009, B 95/08.

¹⁴ *Barbara Pflüglmayer*, Vom Kyoto-Protokoll zum Emissionshandel – Entwicklung und ausgewählte Rechtsfragen; Dissertation, abgedruckt in Band 8 der Schriftenreihe des Energieinstituts an der Johannes Kepler Universität Linz.

Natürlich spielen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben (seien sie primärer oder sekundärer Natur, erwähnt sei hier zB das allgemeine Diskriminierungsverbot) ebenso eine Rolle, und auch verwaltungsrechtliche Rechtsinstitute (va im Bereich des Verfahrens bei der Zuordnung) sind aus diesem Themenskreis nicht wegzudenken. In diesem Zusammenhang fällt auch das Schlagwort „Regulierungsrecht“, das mit Ge- und Verboten externen Effekten¹⁵, die zur ineffizienten Allokation von Ressourcen führen, entgegenzuwirken versucht, und dazu dient, damit das Verhalten von Marktteilnehmern zu beeinflussen. Dieses soll ebenso aus materieller wie formell-organisatorischer Sicht im jeweiligen Zusammenhang kurz beleuchtet werden, und ist ebenso wie das Recht der öffentlichen Unternehmungen und Monopolbetriebe ein zentraler Themenkreis der modernen Variante der Verteilungsproblematik.¹⁶ Genauso bedeutend ist aber auch der Rechtsschutz des Einzelnen bei der Verteilung von knappen Rechtspositionen. Reicht dieser grundsätzlich nur für alle Verfahrensformen der Verteilung, die mit Bescheid enden, oder ist mit den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ein weiterer Schutzweg für den Einzelnen eröffnet? An die Frage ob überhaupt ein Rechtsschutz bei bestimmten Verteilungsformen besteht, ist dann die Frage nach der materiellen Ausgestaltung des Rechtsschutzgesuchs zu stellen. Dieser verfahrensrechtliche Schwerpunkt wird in der Arbeit genauer untersucht.

Die Frage welche Einflussmöglichkeiten iS von rechtlichen Mitgestaltungsmöglichkeiten der Einzelne etwa schon im bzw vor (Lobbying, Interessensvertretung) dem Gesetzgebungsprozess hat, bzw. welche Interventionsmöglichkeiten die Rechtsordnung im Stadium zwischen Anspruchsstellung und Verteilung gibt, ist strikt davon zu trennen.

IV. Zielsetzung

Nicht zuletzt aufgrund der immermehr sichtbaren, schwerwiegenden Folgen der Wirtschaftskrise wird der Staat bei der Haushaltung mit öffentlichen Mitteln (und dies gilt nicht nur im Zusammenhang bei der Verwendung von Steuergeldern) immer mehr in die Pflicht genommen.

Vieles, was man zunächst als betriebswirtschaftlich und für den Moment als nützlich empfunden hat, erweist sich als volkswirtschaftliches Instrument und auf lange Zeit als unbrauchbar. Dabei muss man in erster Linie gar nicht so sehr an das „Zurückrudern“ im

¹⁵ Volkswirtschaftlicher Terminus, der die unkompensierte Auswirkung ökonomischen Handelns auf die Wohlfahrt eines unbeteiligten Dritten bezeichnet.

¹⁶ Kahl in *Holooubek/Potcas* (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*², *Öffentliche Unternehmen* S 347.

Bankenbereich¹⁷ (Verstaatlichung statt Privatisierung oder Ausgliederung) denken, sondern auch an die Verwendung von für das öffentliche Gemeinwohl bedeutsamen Ressourcen (und mag es auch trivial klingen, der Umgang mit dem Gut Wasser¹⁸ ist dafür wohl das anschaulichste Beispiel).

Andererseits ist es natürlich sinnvoll, auf bestimmten „Schauplätzen“ der staatlichen Hoheitsverwaltung mit öffentlichen Gütern liberaler bzw. „effizienter“¹⁹ umzugehen, dh nicht den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens zu genügen, sondern über Aufsichts- bzw. Regulierungsbestimmungen dem Markt auf die „Finger zu schauen“, und ein gewisses Risiko bei der Verteilung außer Acht zu lassen.

Bei all diesen Entscheidungen dürfen der Gesetzgeber und die vollziehenden Behörden nicht auf wirtschaftliche Grundsätze, rechtliche Vorgaben und tatsächliche Gegebenheiten vergessen, diese stehen außerdem in einem Zusammenhang, der mit dieser Arbeit aufgezeigt werden soll.

IV./I. Persönliche Motivation

Nachdem ich mich während meines Diplomstudiums über den Wahlfachkorb Öffentliches Wirtschaftsrecht vor für die „hoheitliche Sicht“ wirtschaftlicher Abläufe und deren rechtlichen Funktionsgrundlagen begeistern konnte, wollte ich nach dessen Abschluss mein Interesse daran nicht einschlafen lassen. Insbesondere ist es Herrn Hofrat Dr. Elmar Puck in seiner LV KU zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht II gelungen, die hier zu beschreibende Thematik überhaupt einmal aufzugreifen, die Idee, diese dann vi in einer Dissertation enden zu lassen, verdanke ich Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard Raschauer, ohne den diese Arbeit zunächst einmal in dieser Form wohl nicht möglich wäre, und der mir maßgeblich bei der Themenfindung weitergeholfen hat.

Da es, wie oben bereits dargelegt, zu dieser Thematik noch keine abgeschlossene wissenschaftliche Untersuchung gibt, möchte ich mit dieser Arbeit die Problematik mit der Verteilung von knappen Gütern bzw hier vor Rechtspositionen zunächst einmal angeschnitten haben, eine abschließende Untersuchung kann in dem hier vorgegebenen Rahmen ohnedies nicht verwirklicht werden.

¹⁷ *Die Presse* vom 20.12.2009, Hypo als Staatsbank zur Sparsamkeit verpflichtet, http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/529355/index.do?_vl_backlink=/home/recht/rechtallgemein/index.do, zuletzt abgerufen am 13.01.2010 um 10:17 Uhr.

¹⁸ *Oberleitner*, Staatseigentum als öffentliches Gut? *ecolex* 2004, 321.

¹⁹ *Hanno Wollmann*, Liberalisierung der Telekommunikation und Wettbewerbsrecht, *ecolex* 1997, 614.

V. Methodik und Systematik

In der Arbeit selbst wird zunächst das ökonomische Phänomen der Verknappung in rechtliche Anwendungsfelder zerlegt und anhand von gemeinschafts- und verfassungsrechtlicher Vorgaben beleuchtet, weiters werden rechtliche Instrumente für die Verteilungslenkung vorgestellt.

Sofern sich dabei weitere Implikationen für das öffentlich-rechtliche Doktrinspektrum ergeben, wird auf diese näher eingegangen. Schließlich soll anhand von ausgewählten Beispielen die Verteilungsproblematik mit praktischen Anwendungsfällen vertieft werden.

Zur wissenschaftlichen Untersuchung der oben dargestellten Forschungsfragen bietet sich folgende Gliederung²⁰ an:

1. Kapitel: Grundlagen

- I. Einbettung in die Wirtschaftsordnung
- II. Ökonomisierung des öffentlichen Sektors
- III. Konkretisierung u Kategorisierung der Knappheitskonstellationen
- IV. Externe Effekte und Ineffizienz der Märkte
- V. Private Lösungen im Fall von externen Effekten – privatautonome Sekundärverteilung
- VI. Politische und rechtliche Maßnahmen bei externen Effekten
- VII. Öffentliche Güter und gesellschaftliche Ressourcen
- VIII. Verteilung knapper Güter als Staatsaufgabe
- IX. Rechtliche Instrumente zur Steuerung der Knappheitssituation
- X. Sonderfall der gewillkürten Verknappung betrachtet anhand von natürlichen Monopolen

²⁰ Diese Gliederung versteht sich nicht als starrer Aufbaumaßstab der Arbeit, sondern als erster Überblick der in Betracht kommenden Themenschwerpunkte. Inhaltliche und strukturelle Änderungen im Thema werden damit nicht ausgeschlossen, Änderungen am Thema und am Dissertationsgebiet sind gem § 6 Abs 6 des Curriculums für das Doktoratsstudium nicht zugelassen, diese Punkte bleiben insofern starr.

2. Kapitel: Verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Handlungsrahmen der Legislative zur Einwirkung auf die Knappheitssituation

- I. Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts
- II. Waren-, Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit als Freiheitsentzug für den Staat?
- III. Neuerungen im Lissaboner Reformvertrag
- IV. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen insb Kompetenzgrundlagen
- V. Rechtliche Ausprägungen und verfassungsrechtlicher Anker eines Effizienzprinzips sowie dessen Grenzen
- VI. Rechtsschutz durch das rechtsstaatliche Prinzip
- VII. Grundrechte als Handlungsgrenze
- VIII. Anwendung des Gleichheitssatz
- IX. Erwerbsfreiheit und Berufsfreiheit
- X. Eigentumsgarantie
- XI. Der Gedanke der Daseinsvorsorge

3. Kapitel: Umspannung des Themas durch Beispiele in Judikatur und Gesetzesvorhaben

- I. Zuteilung von Emissionszertifikaten
- II. Bedarfsprüfung bei öffentlichen Apotheken
- III. Vergabe von Funkfrequenzen
- IV. Wasserkraftnutzung und Nutzung von öffentlichen Gewässern
- V. Börsebildung im Bereich der Energiewirtschaft
- VI. Öffnung von Märkten durch Erhöhung der Schwellenwerte im Vergaberecht
- VII. Rückzug aus Märkten durch Organisations- und Funktionsprivatisierung
- VIII. Beeinflussung des Marktes durch Nutzung des privatrechtlichen Spektrums – Förderungen

2.) Zeitplan

- I. Themenaufbereitung und Erstellung des Exposé's (November 2009 – Jänner 2010),
Absolvierung der LV der Studieneinangphase, insb
 - a. Vorstellung und Diskussion des Dissertationsvorhabens im SE aus öffentlichem Recht
(LV-Nr: 030277, Raschauer) WS 09/10
- II. Exposé: Abgabe mit Jänner 2010
- III. Einreichen eines Antrages auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens (inkl Exposé',
Betreuungszusage und Dissertationsvereinbarung) beim zuständigen studienrechtlichen Organ
und dessen Genehmigung
- IV. Genehmigung der Dissertationsvereinbarung und deren Einhaltung
- V. Abfassen der Dissertation (in etwa Februar 2010 – Juni 2011), dzw findet mind ein jährlicher
Bericht über das Vorankommen der Arbeit statt

Durch monatlich stattfindende Feedbackgespräche soll die Arbeit regelmäßig besprochen
werden, wesentliche Fortschritte und Herausforderungen werden zumindest vierteljährlich auf
Grundlage eines vom Studierenden zu erstellendem Protokoll besprochen und der SPL per
Annexen zur Dissertationsvereinbarung zur Verfügung gestellt
- VI. öffentliche Defensio (angestrebt wird ein Termin im Oktober 2011)

3.) Ressourcen

Siehe dazu auch die Dissertationsvereinbarung Punkt 5, Sach- und Geldmittel der Fakultät
(gem Antragsformular S 3) sind nicht erforderlich.

4.) Literaturverzeichnis

Monographien

- I. *Mario Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Mohr Siebeck 2008
- II. *Dominik Kupfer*, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Baden-Baden, Nomos 2005
- III. *Holooubek/Potcas* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht², Springer Verlag 2008
- IV. *Oberleitner*, WRG², Manz 2007
- V. *Bachmann* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*⁷, Springer Verlag 2008
- VI. *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, Springer 2009
- VII. *Barbara Pflüglmayer*, Vom Kyoto-Protokoll zum Emissionshandel – Entwicklung und ausgewählte Rechtsfragen; Dissertation, abgedruckt in Band 8 der Schriftenreihe des Energieinstituts an der Johannes Kepler Universität Linz
- VIII. *Schule v.-Steindl Eva*, Subjektive Rechte, Springer-Verlag 2008
- IX. *Griller Stefan / Holoubek Michael / Grabenwarter Christoph*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I, Springer-Verlag 2008
- X. *Winkler*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Manz 2008
- XI. *Habich Holger*, Handel mit Emissionszertifikaten, Verlag Österreich 2007

Aufsätze

- I. *Holley*, Emissionszertifikate an der Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht, JAP 2006/2007/22
- II. *Puck* in *IndRME* 1989: Die Prüfung des Bedarfes bei öffentlichen Apotheken
- III. *Funk*, Zur Bewirtschaftung von Taxikonzessionen Oder: Wie demontiert man die Verfassung? *WBl* 1987, 182
- IV. *Oberleitner*, Staatseigentum als öffentliches Gut? *ecolex* 2004, 321.
- V. *Hanno Wollmann*, Liberalisierung der Telekommunikation und Wettbewerbsrecht, *ecolex* 1997, 614
- VI. *Andreas Hauer*, Emissionszertifikate und Wirtschaftskrise, *ecolex* 2009, 997
- VII. *Stephan Lurger u Alexander Patsch*, Von der Aufgrabungsbewilligung zum vertraglichen Einbautenmanagement - Paradigmenwechsel im Umgang mit dem öffentlichen Gut am Beispiel Wien, *bbl* 2003, 223
- VIII. *Christoph Grabenwarter u Waltraud Bauer*, Fragen gesetzlicher Leitungs- und Mitbenutzungsrechte im TKG 2003, *ÖZW* 2005, 98
- IX. *Pia Abel, Dragana Damjanovic, Michael Holoubek, Kerstin Holzinger*, Möglichkeiten einer Verankerung der energiepolitischen Zielsetzung "Versorgungssicherheit" im österreichischen Elektrizitätsrecht, *JRP* 2008, 219
- X. *Markus Burgstaller*, Die vertikale Kompetenzverteilung der Europäischen Union - Ökonomische, rechtliche und politische Aspekte, *JRP* 2004, 255