

MARIO MARTINI

Der Markt als
Instrument hoheitlicher
Verteilungslenkung

Jus Publicum

176

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 176



Mario Martini

Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung

Möglichkeiten und Grenzen
einer marktgesteuerten staatlichen
Verwaltung des Mangels

Mohr Siebeck

Mario Martini, geboren 1969; Studium der Rechtswissenschaften in Mainz; 1999 Promotion; 2006 Habilitation; wissenschaftlicher Assistent an der Bucerius Law School, Hamburg; z. Zt. Vertreter eines Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaften an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

e-ISBN PDF 978-3-16-151257-5
ISBN 978-3-16-149332-4
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck aus der Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

»Lesen heißt«, so wusste bereits Gotthold Ephraim Lessing, »sich wärmen an fremden Feuern«. Dieses Buch will ein Feuer entfachen, das dazu anreizt nachzudenken über die Bewältigung von Knappheit in der hoheitlichen Verteilungsordnung und den Beitrag der Ökonomik zur Verwaltung des Mangels im öffentlichen Recht. Es will dabei weder der Versuchung erliegen, einer Heilslehre des Marktes durch die Brille der Ökonomik zu verfallen, noch umgekehrt allein einen verfassungsrechtlichen Abwehrring gegen Ökonomisierungstendenzen im Recht ziehen. Vielmehr soll das Fundament ökonomischer Erkenntnisse und juristischer Dogmatik für eine differenzierte verfassungsrechtliche Analyse der Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten öffentlich-rechtlichen Verteilungslenkung nutzbar gemacht werden.

Die Bucerius Law School hat die Untersuchung im Herbst 2006 als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde im Juli 2006 abgeschlossen und berücksichtigt später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur bis zum Sommer 2007.

An der Entstehung des Buches haben viele Menschen Anteil, denen ich Dank für ihre Unterstützung, ihr Wohlwollen und ihre Rücksichtnahme sowie anregende wissenschaftliche Diskussionen schulde – allen voran meinem akademischem Lehrer Univ.-Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, der mir die Freiheit und Fürsorge hat zuteil werden lassen, die das Gelingen des Werkes möglich gemacht haben. Er hat nicht nur meinen wissenschaftlichen Werdegang nachhaltig gefördert, sondern war mir stets auch in persönlicher Hinsicht ein fürsorglicher Ratgeber. Univ.-Prof. Dr. Michael Fehling hat nicht nur das Zweitgutachten in großer Schnelligkeit erstellt, sondern zeigte sich auch während des Reifungsprozesses der Untersuchung in bester Gelehrtentradition jederzeit für eine wissenschaftliche Diskussion offen. Neben den beiden ist mir Univ.-Prof. Dr. Christian Bumke mit seiner Hilfe und seinen Ratschlägen zu einem wichtigen wissenschaftlichen Gesprächspartner und Wegbegleiter geworden. Mit vorbildlicher Schnelligkeit ist Univ.-Prof. Dr. Selmer bei der Erstellung des externen Gutachtens zu Werke gegangen. Auch ihm ist es zu verdanken, dass das Habilitationsverfahren zügig zu Ende geführt werden konnte.

Durch ihre tatkräftige Unterstützung bei der redaktionellen Korrektur des umfangreichen Textes hat sich meine Schwester Heike Schröer Meriten um das Gesamtwerk erworben – ebenso die Referendarinnen Julia Lob-schat, Friederike Munz, Anne Katrin Öhlschläger und Ulrike Werner so-wie meine Sekretärin an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswis-senschaften Beate Bukowski. Der ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius gebührt herzlicher Dank für die großzügige Gewährung eines Druckkos-tenstipendiums.

Die Brisanz der behandelten Thematik und die Freude an der wissen-schaftlichen Auseinandersetzung haben es mir ermöglicht, mich ihr mit Ausdauer zu widmen. Ich danke meiner lieben Frau Dr. Astrid Martini für die stete Geduld und Rücksichtnahme, mit der sie die damit verbundenen Entbehrungen mit mir geteilt hat. Zugleich gilt mein Dank der Kraft, mit der sie mich auf meinem Weg bestärkt hat, den anregenden wissenschaftli-chen Diskussionen und nicht zuletzt den schönen Momenten, die diese Le-bensphase geprägt haben.

Ihr ist dieses Buch gewidmet.

Hamburg, im Oktober 2007

Mario Martini

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Knappheitsbewältigung zwischen Staat und Markt: Zum Status quo der hoheitlichen Verteilungsordnung

| | |
|--|----|
| § 1 Knappheit und Verknappung in der Verteilungsordnung – Phänomenologie und Handlungsrahmen | 5 |
| § 2 Anforderungen an die Verteilung des Mangels in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes und des europäischen Gemeinschaftsrechts | 49 |
| § 3 Zuteilungsmechanismen der staatlichen Verteilungslenkung | 94 |

Zweiter Teil

(Allokations-)Effizienz als Credo einer Verteilungsordnung

| | |
|--|-----|
| § 4 Die Ökonomik als Motor einer effizienzorientierten Verteilungslenkung | 142 |
| § 5 Das Menschenbild der Ökonomik in der Begegnung mit dem Menschenbild des Grundgesetzes | 169 |
| § 6 Kriterien der Effizienzermittlung; Begriff und Inhalt der Effizienz | 188 |
| § 7 Rechtliche Ausprägungen und verfassungsrechtliche Anker eines Effizienzprinzips | 197 |
| § 8 Verfassungsrechtliche Grenzen des Effizienzstrebens | 238 |

Dritter Teil

Staatliche Primärallokation durch den Markt

– die Versteigerung als Allokationsmodell der Verteilungsordnung

| | |
|--|-----|
| § 9 Der Fiskus als Versteigerer – ein Überblick | 273 |
| § 10 Versteigerungen als Instrument der hoheitlichen Verteilungslenkung | 283 |

Vierter Teil

Staatliche Sekundärallokation durch den Markt

– Chancen und Grenzen eines Systems übertragbarer Nutzungsrechte

| | |
|---|-----|
| § 11 Ökonomisches Konzept und verfassungsrechtlicher Rahmen eines Systems übertragbarer Nutzungsrechte | 724 |
| § 12 Frequenzhandel | 734 |
| § 13 Handel mit kontingentierten (Umwelt-)Nutzungsrechten. | 757 |
| Resümee | 810 |
| Schrifttum | 825 |
| Sachregister | 901 |

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Knappheitsbewältigung zwischen Staat und Markt: Zum Status quo der hoheitlichen Verteilungsordnung

| | |
|---|----|
| § 1 Knappheit und Verknappung in der Verteilungsordnung – Phänomenologie und Handlungsrahmen | 5 |
| I. Problemaufriss und Überblick über den Gang der Darstellung | 6 |
| II. Staatliche Knappheitsverwaltung und ihre klassischen Anwendungsfelder | 11 |
| 1. Knappe natürliche Ressourcen – Zuteilung staatlicher Handlungsrechte an knappen Gütern der Allgemeinheit | 12 |
| 2. (Gewillkürte) Verknappung in wirtschaftspolitischen Ausnahmebereichen | 17 |
| a) Sozial schädliche Verhaltensweisen | 19 |
| b) Verhinderung ruinösen Wettbewerbs | 20 |
| c) Natürliche Monopole | 21 |
| d) Rechtliche Folgen | 24 |
| III. Der verfassungsrechtliche Handlungsrahmen des Gesetzgebers zur Einwirkung auf Knappheitsrelationen | 25 |
| 1. Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes als Handlungsgrenze des Gesetzgebers | 26 |
| 2. Die Grundrechte und Grundfreiheiten sowie die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften – gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die nationale Allokationsordnung | 30 |
| 3. Zum Prognosespielraum des Gesetzgebers in der Knappheitsverwaltung | 32 |
| IV. Rechtliche Instrumente der Knappheitsverwaltung | 35 |
| 1. Unterstellung natürlich knapper Güter unter staatliche Knappheitsverwaltung | 35 |
| 2. Knappheitssteuerung – Einwirkung auf die Knappheitsrelation | 36 |
| a) Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung – Preissteuerung | 37 |

| | |
|---|----|
| b) Instrumente direkter Verhaltenssteuerung – Mengensteuerung. | 38 |
| aa) Konzessionierung; Dispens | 38 |
| bb) Kontingentierung | 43 |
| 3. Bereitstellung staatlicher Leistungen – der Staat als Leistender . | 46 |
| 4. Zusammenfassung | 47 |
| §2 Anforderungen an die Verteilung des Mangels in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes und des europäischen Gemeinschaftsrechts | |
| 49 | |
| I. Determinanten des nationalen Verfassungsrechts für hoheitliche Verteilungsentscheidungen | 49 |
| 1. Die Gleichheitsrechte, insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG als Epizentrum und gesetzgeberische Schranke der Verteilungsordnung. | 49 |
| a) Zur Bindungsreichweite des Art. 3 Abs. 1 GG | 50 |
| b) Der Inhalt der Rechtsetzungsgleichheit | 52 |
| aa) Art. 3 Abs. 1 GG und das aristotelische Gerechtigkeitspostulat . . . | 54 |
| (1) Ausgleichende Gerechtigkeit | 55 |
| (2) Austeilende Gerechtigkeit. | 56 |
| bb) Versuche inhaltlicher Anreicherung der Forderung nach Gleichheit | 59 |
| (1) Jedem nach seiner Leistung – Leistungsgerechtigkeit. | 61 |
| (2) Jedem nach seinen Bedürfnissen – Bedürfnisgerechtigkeit. . . . | 63 |
| (3) Besitzstandsgerechtigkeit – formale Gerechtigkeit versus materielle Gerechtigkeit | 64 |
| cc) Gerechtigkeit als Messkunst und originär politische Gestaltungsaufgabe – die Relativität der Gerechtigkeit | 65 |
| (1) Die Willkürformel des Bundesverfassungsgerichts | 69 |
| (2) Art. 3 Abs. 1 GG und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit . . . | 73 |
| (a) Die »Neue Formel« des Bundesverfassungsgerichts. | 73 |
| (b) Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz – eine Synopse | 75 |
| (c) Eingriffsmodell des Gleichheitssatzes | 79 |
| (d) Schlussfolgerungen | 81 |
| 2. Die Freiheitsrechte als Zuteilungsprogramm der Verteilungsordnung – zum Verhältnis von Freiheit und Gleichheit | 82 |
| a) Gebot freiheits- und gleichheitssichernder Verfahrensgestaltung. | 86 |
| b) Inhaltliche Anforderungen an die Zuteilungsmaßstäbe. | 87 |
| c) Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt als institutioneller grundrechtlicher Sicherungsrahmen. | 88 |
| II. Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts für die Verteilungsordnung. | 90 |

| | |
|---|-----|
| § 3 Zuteilungsmechanismen der staatlichen Verteilungslenkung | 94 |
| I. Staatliche Erstzuteilung – Primärallokation | 94 |
| 1. Formale Zuteilungskriterien | 95 |
| a) Kopf- bzw. Quoten-Prinzip | 95 |
| b) Losverfahren | 96 |
| c) Pro-rata-Verfahren – Repartierung | 100 |
| d) Prioritätsprinzip | 101 |
| e) Zusammenfassende Bewertung | 111 |
| 2. Wertende Zuteilungskriterien | 112 |
| a) Anciennitätsprinzip | 114 |
| b) Verfahren vergleichender Bewerberauswahl | 117 |
| aa) Gegenleistungsfreie Zuteilungsmechanismen | 118 |
| bb) Gegenleistungsorientierte Zuteilungsverfahren | 120 |
| II. Sekundärallokation | 121 |
| 1. Staatliche Sekundärverteilung | 122 |
| a) Grandfathering | 122 |
| b) Referenzverfahren (»bekannt und bewährt«) | 124 |
| aa) Verteilungsrationalität und grundrechtliche Verteilungswirkung | 124 |
| bb) Anwendungsfelder | 125 |
| (1) Messen, Ausstellungen und Märkte | 125 |
| (2) Auswahl von Insolvenzverwaltern, Verfahrenspflegern und anderen gerichtlich bestellten Amtswaltern | 126 |
| (3) Zuteilung von Import- und Exportgenehmigungen | 130 |
| c) Rollierendes System | 132 |
| d) Mischsysteme | 133 |
| 2. Privatautonome Sekundärverteilung: Übertragbarkeit knapper, staatlich verwalteter Ressourcen. | 133 |
| a) Sekundärverteilung im Spannungsbogen zwischen hoheitlichem Zuteilungsziel und Privatautonomie | 133 |
| b) Systeme übertragbarer Nutzungsrechte: Frequenz- und Emissionshandel – ein Paradigmenwechsel? | 138 |

Zweiter Teil

(Allokations-)Effizienz als Credo einer Verteilungsordnung

| | |
|---|-----|
| § 4 Die Ökonomik als Motor einer effizienzorientierten Verteilungslenkung | 142 |
| I. Geistesgeschichtliche Grundlagen der Forderung nach Effizienz: eine philosophische Zeitreise | 144 |
| II. Das Recht als Rahmenordnung für die Entfaltung wirtschaftlicher Freiheit im Fokus der Ökonomik | 151 |
| 1. Die Chicago School of Economics und ihr verteilungspolitischer Impetus | 154 |

| | |
|---|-----|
| 2. Die ökonomische Analyse des Rechts als methodischer Ansatz. | 160 |
| § 5 Das Menschenbild der Ökonomik in der Begegnung mit dem Menschenbild des Grundgesetzes | 169 |
| I. Der homo oeconomicus und seine Grenzen | 169 |
| II. Der homo constitutionalis – das Menschenbild des Grundgesetzes | 183 |
| § 6 Kriterien der Effizienzermittlung; Begriff und Inhalt der Effizienz. | 188 |
| I. Pareto-Effizienz. | 190 |
| II. Kaldor-Hicks-Kriterium. | 192 |
| III. Reichtumsmaximierungsprinzip und Auktionsregel | 195 |
| § 7 Rechtliche Ausprägungen und verfassungsrechtliche Anker eines Effizienzprinzips | 197 |
| I. Nationales Verfassungsrecht. | 201 |
| 1. Der Nutzenmehrungsauftrag des Art. 56 S. 1 bzw. Art. 64 Abs. 2 GG | 202 |
| 2. Das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot | 203 |
| 3. Die abgaberechtlich relevanten Grundrechte (Art. 2 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) als objektive Wertordnung; Rechtsstaatsprinzip | 205 |
| 4. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip | 207 |
| 5. Der Gleichheitssatz | 211 |
| 6. Teilhaberechtliches Kapazitätsausschöpfungsgebot | 212 |
| 7. Das umweltrechtliche Nachhaltigkeitsprinzip | 214 |
| 8. Art. 87e Abs. 3 und Art. 87f Abs. 2 GG | 217 |
| 9. Das Gemeinwohl als Verfassungsprinzip | 218 |
| a) Verfassungsrechtliche Radizierung des Gemeinwohlprinzips | 219 |
| b) Der Inhalt des Gemeinwohlprinzips | 222 |
| aa) Gemeinwohldefinitionen der Ökonomik – zum Verhältnis von Gemeinwohl und Demokratie | 223 |
| (1) Arrowsches Unmöglichkeitstheorem. | 225 |
| (2) Das liberale Paradoxon | 228 |
| bb) Gemeinwohl als Verweis auf die Inhalte der Verfassung | 230 |
| 10. Zwischenergebnis | 232 |

| | |
|---|-----|
| II. Gemeinschaftsrechtliches Primärrecht | 233 |
| III. Ergebnis | 236 |
| § 8 Verfassungsrechtliche Grenzen des Effizienzstrebens | 238 |
| I. Das Effizienzkriterium im Konflikt mit der Idee der Verteilungsgerechtigkeit | 238 |
| II. Die Grundrechte als Grenze gesetzgeberischen Effizienzgriffs und Differenzierungsschranke | 251 |
| 1. Die Freiheitsrechte als Grenze gesetzgeberischen Effizienzgriffs | 256 |
| 2. Die Freiheitsrechte im Konzert mit den Gleichheitsrechten als Differenzierungsschranken einer effizienzorientierten Verteilungsordnung | 260 |
| a) Allokationseffizienz, Menschenwürde und Persönlichkeitsentfaltung | 261 |
| b) Allokationseffizienz, Berufsfreiheit und Wettbewerb | 263 |
| III. Zusammenfassung | 269 |

Dritter Teil

Staatliche Primärallokation durch den Markt
– die Versteigerung als Allokationsmodell der Verteilungsordnung

| | |
|--|-----|
| § 9 Der Fiskus als Versteigerer – ein Überblick | 273 |
| I. Die Versteigerung von forstfiskalischen Eigenjagd- und gemeinschaftlichen Jagdbezirken | 275 |
| II. Das Tendersverfahren der Deutschen Bundesbank und der Europäischen Zentralbank | 277 |
| III. Der Staat als Nachfrager auf dem Markt – die Vergabe von öffentlichen Aufträgen | 279 |
| § 10 Versteigerungen als Instrument der hoheitlichen Verteilungslenkung | 283 |
| I. Der Marktgedanke in der öffentlich-rechtlichen Verteilungslenkung im Spiegel der Zeit – ein geschichtlicher und rechtsvergleichender Überblick | 284 |
| II. Die Verteilungsidee der Versteigerung – rechtspolitische, insbesondere wohlfahrtsökonomische Vorteile einer Auktion als Instrument der Zuteilung staatlich verwalteter Güter | 296 |
| 1. Allokationseffizienzfunktion | 296 |

| | |
|--|-----|
| 2. Abschöpfungsfunktion: Der Versteigerungserlös als quid pro quo | 298 |
| 3. Transparenzfunktion und Neutralität des Verfahrens | 302 |
| 4. Verfahrensschnelligkeit | 302 |
| 5. Fiskalfunktion – Staatliche Einnahmeerzielung und Minimalisierung des staatlichen Verteilungsaufwandes als Verteilungsziel? | 303 |
| III. Typologie der Auktionen – Begriff, Erscheinungsformen und Gestaltungsmöglichkeiten | 305 |
| 1. Differenzierungskriterien | 306 |
| a) Bestimmung des Versteigerungserlöses – Erstpreis- und Zweitpreisauktionen | 307 |
| b) Biétrichtung – aufsteigende und absteigende Auktion | 307 |
| c) Transparenz der Gebotsabgabe – offene und verdeckte Auktionen | 308 |
| d) Zahl der zulässigen Gebote – einstufige und mehrstufige Auktionen. | 308 |
| e) Zahl der versteigerten Güter – singuläre und multiple Auktionen. | 309 |
| 2. Wichtige Auktionsformate – Synopse der Auktionsformate. | 312 |
| a) Standardformen der Auktion | 312 |
| aa) Englische Auktion | 313 |
| bb) Holländische Auktion | 315 |
| cc) Geheime Höchstpreisauktion | 319 |
| dd) Vickrey-Auktion | 321 |
| b) Auktionssonderformate | 324 |
| aa) Anglo-holländische Auktion | 324 |
| bb) Amerikanische Auktion (All pay-Auktion). | 324 |
| cc) Tantiemenauktionen | 325 |
| 3. Vergleich der Auktionsformen und ihrer Erlöse: Der Versteigerungserlös und seine Determinanten | 326 |
| a) Äquivalenz der Standardauktionen (Revenue Equivalence-Theorem). | 326 |
| b) Voraussetzungen und Grenzen des Revenue Equivalence-Theorems: das benchmark model. | 329 |
| aa) Bieterasymmetrie | 329 |
| bb) Risikoaversion | 330 |
| cc) Bieterkollusion. | 332 |
| dd) Budgetgrenzen. | 332 |
| ee) Wechselseitige Bieterinflüsse (sog. identitätsabhängige Externalitäten) | 333 |
| ff) Schlussfolgerungen | 333 |
| c) Sonstige Determinanten des Versteigerungsergebnisses | 334 |
| aa) Anzahl der Bieter | 334 |
| bb) Unsicherheiten der Bieter – Auktionstheoretische Modellierungen (1) Wertunsicherheit | 336 |
| (2) Unsicherheit über die Wertschätzung der anderen Bieter | 337 |
| (3) Gemengelagen | 338 |
| cc) Die Rolle des Auktionators als Herr des Verfahrens | 340 |
| (1) Information des Veräußerers – linkage-Prinzip | 340 |
| (2) Verhalten während der Auktion | 341 |

| | |
|--|-----|
| IV. Versteigerungen als Auswahlmechanismus – zur Sachgerechtigkeit des Zuteilungskriteriums »Zahlungsbereitschaft« in der hoheitlichen Verteilungslenkung | 343 |
| 1. Markt und Menschenwürde; ausgleichende Gerechtigkeit versus Verteilungsgerechtigkeit | 346 |
| 2. Markt und Menschenrechte – der Zugang zu nichtwirtschaftlichen Freiheitsrechten | 346 |
| 3. Die Versteigerungsidee und der Zugang zur Ausübung wirtschaftlicher Freiheitsrechte – die Versteigerung zwischen Büchse der Pandora und zielgenauer Verteilungssteuerung. | 347 |
| a) Auszehrung des durch die Zuteilung zu eröffnenden freiheitsrechtlichen Betätigungsraumes | 349 |
| b) Der Spielcharakter der Versteigerung als Zulässigkeitsschranke | 355 |
| aa) Konkurrentenabwehr und wettbewerbswidriges Verhalten | 356 |
| (1) Strategische Bieterbeeinflussung | 356 |
| (2) Marktverdrängung | 359 |
| (3) Schutzinstrumente; rechtliche Schlussfolgerungen. | 363 |
| bb) Kollusion | 365 |
| (1) Schranken des nationalen und europäischen Verfassungsrechts | 369 |
| (2) Instrumentelle Optionen der Kollusionsabwehr | 371 |
| (a) Die Wahl des Auktionstypus | 372 |
| (b) Auktionstypunabhängige Maßnahmen | 375 |
| (3) Zwischenfazit | 378 |
| cc) Fehlallokationen unter den Bedingungen der Wertunsicherheit | 379 |
| (1) Versteigerungen knapper, staatlich verwalteter Güter als Entscheidungen unter Unsicherheit | 380 |
| (2) Auswirkungen der Wertunsicherheit auf das Allokationsziel | 381 |
| (3) Schlussfolgerungen für die Vereinbarkeit von Versteigerungen mit dem nationalen und europäischen Verfassungsrecht | 392 |
| (4) Zusammenfassung. | 396 |
| c) Chancengleichheit. | 396 |
| aa) Vom Konnex zwischen Zahlungsbereitschaft und Zahlungsfähigkeit; das Gesetz vom sinkenden Grenznutzen des Geldes. | 397 |
| bb) Verfassungsrechtliche Schlussfolgerungen | 400 |
| cc) Chancengleichheit und Wettbewerbsfreiheit – das Risiko asymmetrischer Marktzutrittsbedingungen | 403 |
| dd) Die Verwirklichung von Chancengleichheit im System der Versteigerung: Diskont und Reservation | 404 |
| d) Gemeinwohlbindung des Zuteilungsprozesses und Komplexitätsverarbeitungsdefizit des Versteigerungsverfahrens | 405 |
| aa) Rechtfertigungsgrenzen des Marktes in der öffentlich-rechtlichen Verteilungsordnung | 406 |
| bb) Sachbezogene Gegenleistungen als Instrument der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Zwecke – ein Plädoyer. | 407 |
| cc) Exkurs: Zur Nähe zwischen Versteigerung und Ausschreibung – die Folie des Vergaberechts | 410 |
| e) Kommerzialisierung der staatlichen Verteilungslenkung: Die Versteigerung zwischen staatlicher Pleonexie und sachgerechter Auswahlentscheidung | 414 |

| | | |
|------|---|-----|
| aa) | Das Koppelungsverbot als rechtsstaatlicher Sicherungsmechanismus | 417 |
| bb) | Die Kommerzialisierungsgefahr zwischen unzulässiger Koppelung von Zwecken und legitimer Zielsetzung | 420 |
| (1) | Die Freiheitsrechte als Verknappungsschranken | 422 |
| (2) | Die Freiheitsrechte als Leitlinien bei der Wahl der Zuteilungsinstrumente | 423 |
| (a) | Erforderlichkeit einer preisgeleiteten Zuteilung | 424 |
| (b) | Sicherungsinstrumente gegen die Wirkmächtigkeit fiskalischer Interessen | 425 |
| (aa) | Gesetzliche Zweckbindung der in der Versteigerung erzielten Versteigerungserlöse | 426 |
| (bb) | Sachbezogene Gegenleistungen | 427 |
| (3) | Zusammenfassung. | 429 |
| f) | Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt sowie rechtsstaatliche Bestimmtheit als Schranken | 429 |
| aa) | Die Versteigerung zwischen Eingriff und »Verwaltungsakt auf Unterwerfung« | 431 |
| bb) | Die Versteigerung zwischen Zuteilungsverantwortung des Parlaments und Mitwirkungsbefugnis der Zuteilungsadressaten | 435 |
| cc) | Die Reichweite des Gesetzesvorbehalts – das Bestimmtheitsgebot | 438 |
| (1) | Eingrenzung der Höhe des Versteigerungserlöses? | 439 |
| (2) | Anforderungen an die Auktionsgestaltung | 443 |
| g) | Das Vertrauensschutzprinzip als Grenze | 447 |
| V. | Versteigerungserlöse im System der Finanzverfassung. | 450 |
| 1. | Der Versteigerungserlös als Abgabe – Überlegungen zum finanzverfassungsrechtlichen Abgabebegriff. | 451 |
| a) | Öffentlich-rechtlicher versus privatrechtlicher Veräußerungserlös. | 452 |
| b) | Öffentlich-rechtlicher Vertrag versus Abgabe?. | 454 |
| c) | Auferlegung nach einem allgemeinen Merkmal – Tatbestandsmäßigkeit als abgabespezifisches Begriffsmerkmal | 464 |
| d) | Öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht ohne Finanzierungszweck versus Abgabe? | 468 |
| 2. | Der Ort des Versteigerungserlöses im System der Abgaben | 471 |
| a) | Der Versteigerungserlös – eine Steuer?. | 471 |
| b) | Der Versteigerungserlös als nichtsteuerliche Abgabe | 474 |
| aa) | Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit nichtsteuerlicher Abgaben. | 474 |
| (1) | Die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip insbesondere | 474 |
| (2) | Vorrang der Steuer? – Prinzip des Steuerstaates | 474 |
| (a) | Herleitung und Inhalt eines Steuerstaatsprinzips | 475 |
| (aa) | Besondere sachliche Rechtfertigung. | 478 |
| (bb) | Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen. | 478 |
| (b) | Zur argumentativen Standfestigkeit und Aussagekraft des Steuerstaatsarguments. | 479 |
| bb) | Einordnung des Versteigerungserlöses in das System der nichtsteuerlichen Abgaben | 483 |
| (1) | Grenzlinien zwischen Vorzugslasten und Sonderabgaben | 483 |
| (2) | Grenzlinien zwischen Gebühren und Beiträgen | 484 |
| (3) | Der Versteigerungserlös – eine Gebühr?. | 486 |
| (a) | Verwaltungsgebühr | 488 |
| (b) | Benutzungsgebühr | 489 |

| | | |
|------|---|-----|
| (c) | Verleihungsgebühr | 493 |
| (aa) | Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Verleihungsgebühren | 496 |
| a) | Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – der Wasserpfennig-Beschluss | 496 |
| β) | Kritik und Grenzen. | 498 |
| αα) | Rechtsstaatliche und kompetenzordnungsrechtliche Bedenken: Gewinnerzielung durch Gebühren? | 499 |
| ββ) | Grundrechtliche Bedenken | 504 |
| (bb) | Der Versteigerungserlös – eine zulässige Verleihungsgebühr? | 510 |
| 3. | Zur besonderen sachlichen Rechtfertigung des Versteigerungserlöses neben steuerlichen Lasten des Bürgers | 512 |
| a) | Rechtfertigung dem Grunde nach | 515 |
| aa) | Der Versteigerungserlös als Abschöpfungsgebühr – Abschöpfung als Instrument der Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit | 515 |
| bb) | Grenzen der Abschöpfungsmacht in Teilhabevorgängen. | 518 |
| cc) | Konnex von sachgerechter Auswahl und Abschöpfung | 520 |
| (1) | Der teilhaberechtliche Anspruch auf sachgerechte Zuteilung als Grenze der Abschöpfung | 520 |
| (2) | Erforderlichkeit der Abschöpfung. | 522 |
| dd) | Zusammenfassung. | 524 |
| b) | Rechtfertigung der Höhe nach – die Höhe des Versteigerungserlöses und die Grenzen seiner finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit | 524 |
| aa) | Die doppelte Legitimationsgrundlage des Versteigerungserlöses als Bezugspunkt | 526 |
| bb) | Angemessenheit, insbesondere Äquivalenz | 527 |
| (1) | Verfassungsrechtliche Verankerung und Verortung des Äquivalenzprinzips | 529 |
| (2) | Abgrenzung zum finanzwissenschaftlichen Äquivalenzprinzip | 532 |
| (3) | Der Versteigerungserlös und das Äquivalenzprinzip – Der Wert als Grenze der Gebührenäquivalenz. | 532 |
| (a) | Der Begriff des Wertes bzw. Nutzens | 535 |
| (b) | Zum Verhältnis von Preis und Wert im Zuteilungsmodell der Versteigerung | 551 |
| (c) | Möglichkeiten zur Begrenzung bzw. Vermeidung eines Fluchs des Gewinners. | 564 |
| cc) | Der Versteigerungserlös – eine Lenkungsgebühr? | 582 |
| (1) | Zur Zulässigkeit lenkender Gebühren | 582 |
| (2) | Lenkungswirkung des Versteigerungserlöses? – das Ziel der Allokationseffizienz als unterscheidungsfähiger Legitimationsgrund | 589 |
| (3) | Grenzen verteilungslenkender Gebühren – die Freiheitsrechte und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als Grenze wertüberschreitender, nicht-steuerlicher Zahlungspflichten | 593 |
| (a) | Das Wertrisiko zwischen Privatautonomie, unternehmerischem Investitionsrisiko und Verhältnismäßigkeitsprinzip | 598 |

| | | |
|------|---|-----|
| (b) | Auswirkungen einer Unverhältnismäßigkeit des Versteigerungserlöses – Möglichkeiten und Grenzen eines Kompensationsausgleichs | 620 |
| (aa) | Realisierung des Wertrisikos – schwerwiegende Veränderung der Umstände nach Zuschlagserteilung. . . | 626 |
| (bb) | Grobes Missverhältnis zwischen gezahltem Betrag und erzielbarem Erfolg – schwerwiegende Äquivalenzstörung | 628 |
| (cc) | Überschreiten der Zumutbarkeitsschwelle und fehlende Vorhersehbarkeit | 629 |
| (dd) | Sachwalterfunktion des Staates. | 630 |
| (ee) | Vereinbarkeit mit dem Allokationskonzept der Versteigerung. | 630 |
| (ff) | Ergebnis. | 633 |
| c) | Der Versteigerungserlös und die Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen | 633 |
| aa) | Belastungsgleichheit der erfolgreichen Bieter. | 634 |
| bb) | Belastungsgleichheit der Zuteilungsvorgänge – Gleichheit in der Zeit als Verfassungsproblem | 637 |
| VI. | Referenzbereiche einer marktwirtschaftlichen Primärallokation in der hoheitlichen Verteilungslenkung | 640 |
| 1. | Verteilung als Folge der Unterwerfung von Gütern unter (sachwalterische) staatliche Knappheitsverwaltung | 642 |
| a) | Frequenzen | 642 |
| aa) | Mobilfunkfrequenzen | 643 |
| (1) | Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben | 645 |
| (a) | Gemeinschaftsrechtliches Primärrecht | 646 |
| (aa) | Diskriminierungsverbot | 646 |
| (bb) | Beschränkungsverbot. | 648 |
| (b) | Gemeinschaftsrechtliches Sekundärrecht | 649 |
| (2) | (Telekommunikations-)Verfassungsrechtliche Vorgaben des nationalen Rechts | 654 |
| (a) | Der Gewährleistungsauftrag des Art. 87f Abs. 1 GG . . . | 656 |
| (b) | Wettbewerbsprinzip des Art. 87f Abs. 2 GG sowie grundrechtliche Chancengleichheit und Sachgerechtigkeit i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG als Schranke | 658 |
| bb) | Rundfunkfrequenzen – an der Schnittstelle zwischen Telekommunikationsrecht und Rundfunkrecht | 663 |
| b) | Rufnummern und Domainnamen | 668 |
| 2. | Verteilung in Fällen gekorener Knappheit | 673 |
| a) | Kontingentierung | 674 |
| aa) | Kontingentierung zur Sicherung einer geordneten Berufsausübung, insbesondere zur Abwendung der Gefahren ruinösen Wettbewerbs | 675 |
| (1) | Taxikonzession. | 675 |
| (2) | Schornsteinfegerregal. | 679 |
| (3) | Notarbestellung | 680 |
| (4) | Fazit | 681 |
| bb) | Kontingentierung aus außenwirtschaftlichen Gründen – Import- und Exportkontingente. | 681 |

| | | |
|-----|--|-----|
| cc) | Kontingentierung als Maßnahme des Ressourcenschutzes für verbrauchbare Umweltgüter – Verschmutzungsrechte, insbesondere Emissionshandelsrechte | 683 |
| | (1) Zuteilung zu einem staatlich festgesetzten Preis | 685 |
| | (2) Versteigerung. | 686 |
| b) | Konzessionierung; Verbot mit Befreiungsvorbehalt. | 698 |
| aa) | Sozial schädliches Verhalten | 699 |
| bb) | Ressourcenschutz verbrauchbarer Umweltgüter. | 702 |
| | (1) Bergrechtliche Bewilligungen. | 703 |
| | (2) Gewässererlaubnisse bzw. -bewilligungen. | 707 |
| cc) | Unmöglichkeit von Wettbewerb in natürlichen Monopolen der Daseinsvorsorge; Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben | 709 |
| 3. | Staatlich bereitgestellte Güter, Verteilung als Folge staatlicher Angebotsknappheit | 710 |
| a) | Zulassung zum Hochschulstudium | 713 |
| b) | Zuteilung von Standplätzen auf kommunalen Volksfesten, Messen und Märkten | 714 |
| c) | Start- und Landrechte (sog. Slots) | 716 |

Vierter Teil

Staatliche Sekundärallokation durch den Markt

– Chancen und Grenzen eines Systems übertragbarer Nutzungsrechte

| | | |
|------|---|-----|
| § 11 | Ökonomisches Konzept und verfassungsrechtlicher Rahmen eines Systems übertragbarer Nutzungsrechte | 724 |
| I. | Das Coase-Theorem als Leitgedanke einer dezentralisierten Verteilungslenkung – eine Idee und ihre Prämissen. | 725 |
| II. | Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen und Schranken einer dezentralisierten Verteilungslenkung | 730 |
| § 12 | Frequenzhandel | 734 |
| I. | Internationale Vorbilder | 736 |
| II. | Europarechtlicher Rechtsrahmen | 738 |
| III. | Das Frequenzhandelsregime des § 62 TKG und seine Schranken. | 740 |
| | 1. Effizienz der Frequenznutzung | 742 |
| | 2. Zielkonflikte mit dem ursprünglichen Vergabeverfahren | 744 |
| | 3. Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen. | 749 |
| | 4. Zweckgebundenheit der Frequenznutzungsrechte | 752 |
| | 5. Sicherstellung der Regulierungsziele | 754 |
| | 6. Veräußerungserlös und Abschöpfung. | 754 |

| | |
|---|-----|
| IV. Rechtsnachfolge und Handel im Regime des Telekommunikationsgesetzes – zum Verhältnis von § 55 Abs. 7 TKG und § 62 TKG | 754 |
| § 13 Handel mit kontingentierten (Umwelt-)Nutzungsrechten. | 757 |
| I. Das umweltökonomische Grundmodell | 758 |
| II. Anwendungsfelder und internationale Paradigmen | 761 |
| III. Der Handel mit Kohlendioxid-Zertifikaten als nationales Paradigma | 764 |
| 1. Industrielle versus private Nutzungen | 767 |
| 2. Unternehmensbezogener versus staatenbezogener Ansatz | 767 |
| 3. Downstream- versus Upstream-Ansatz | 769 |
| IV. Erfolgsvoraussetzungen und -grenzen eines Systems handelbarer Nutzungsrechte. | 769 |
| 1. Vereinbarkeit mit den Grundrechten | 770 |
| a) Vereinbarkeit mit der Eigentumsfreiheit der Umweltnutzer | 773 |
| aa) Eigentumsschutz in der Errichtungsphase. | 774 |
| (1) Geschützter Bereich | 774 |
| (a) Die Anlagengenehmigung als Schutzgegenstand | 774 |
| (b) Sacheigentum an berührten Betriebsanlagen als Schutzgegenstand | 775 |
| (c) Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb als Schutzgegenstand | 777 |
| (2) Beeinträchtigung der Eigentumsfreiheit und Anforderungen an ihre Rechtfertigung. | 778 |
| (a) Vereinbarkeit mit den Allgemeinwohlzielen der Gemeinschaft und Eignung zur Erreichung dieser Ziele | 780 |
| (b) Erforderlichkeit und Angemessenheit | 781 |
| bb) Eigentumsrechtliche Schranken der Betriebsphase | 789 |
| (1) Eigentumsfreiheitsschutz für Zertifikate? | 791 |
| (2) Reichweite der Eigentumsfreiheit und des Vertrauensschutzes | 794 |
| (3) Zwischenfazit | 797 |
| b) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit | 797 |
| c) Grundrechte Drittbetroffener | 802 |
| 2. Systemimmanente Erfolgsvoraussetzungen und -grenzen. | 806 |
| Resümee | 810 |
| Schrifttum | 825 |
| Sachregister | 901 |

Knappheitsbewältigung zwischen Staat und Markt: Zum Status quo der hoheitlichen Verteilungsordnung

In einer Zeit, in der die Schere zwischen dem Ressourcenbedarf und den Verfügbarkeiten natürlicher Ressourcen zusehends weiter auseinander klafft, sehen sich Staat und Gesellschaft immer drängender mit der Aufgabe sachgerechter Verteilung des Mangels konfrontiert.

Die Dimensionen der sich stellenden Herausforderung gerechter Verwaltung des Mangels, das Vordringen des Menschen zu den absoluten Grenzen der Ressourcenverfügbarkeit sind neu, nicht aber das Phänomen der Knappheit selbst. Knappheit ist eine Grundbedingung menschlicher Existenz. »Unsere physische Existenz ebenso wie die Befriedigung unserer idealsten Bedürfnisse stößt auf die quantitative Begrenztheit und qualitative Unzulänglichkeit der dafür benötigten äußeren Mittel«. Mit diesen Worten deutet etwa bereits *Max Weber* in seiner Schrift über die »Objektivität« sozialwissenschaftlicher Erkenntnis Knappheit als zentrales anthropologisches Datum an¹. Das Leben führt dem Menschen unentwegt seine Endlichkeit als ein Mangelwesen² mit vielfältigen Bedürfnissen und anthropologischen Unzulänglichkeiten vor Augen, dessen Ressourcen für die Befriedigung aller Bedürfnisse und Wünsche zu knapp bemessen ist³. Mit

¹ *M. Weber*, Die »Objektivität« sozialwissenschaftlicher Erkenntnis, in: *ders.*, Wissenschaftslehre, 6. Aufl., 1985, S. 146 [161]). Ähnlich bereits aphoristisch *Machiavelli* in seiner Schrift über *Titus Livius*: »Die menschlichen Wünsche sind unersättlich, da die menschliche Natur alles begehrt und alles will, das Schicksal aber nur wenig gewähren kann« (abgedruckt bei *Teggart* [Hrsg.], *The Ideas of Progress*, S. 127 [130]). *Lorenz von Stein* nimmt in seiner Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 1, 1921, S. 13 ff. das Phänomen der Knappheit plastisch mit den Worten auf: »Der größte Widerspruch, den die irdischen Dinge enthalten, ist der zwischen dem einzelnen Menschen und seiner Bestimmung. In jedem Einzelnen lebt ein unbesiegbarer Drang nach einer vollendeteren Herrschaft über das äußere Dasein, nach dem höchsten Besitz aller geistigen und sachlichen Güter. Aber zugleich ist jeder einzelne, für sich betrachtet, ein unendlich beschränktes Wesen«. *Von Stein* beschreibt die soziale Bewegung als eine Verkettung von Versuchen zur Überwindung der Spannung zwischen den Bestrebungen des Menschen und seinen Beschränkungen.

² Das Bild des Menschen als Mangelwesen durchzieht die Philosophiegeschichte als anthropologische Aporie bereits seit Platons »Protagoras«. Vgl. dazu etwa *Balla*, Knappheit als Ursprung sozialen Handelns, 2005, S. 17 ff.

³ Vgl. etwa *Robbins*, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 2. Aufl. 1935, S. 15: »We have been turned out of Paradise. We have neither eternal life nor unlimited means of gratification«.

dem Phänomen der Knappheit als menschlicher Existenzbedingung verbindet sich dabei nicht lediglich ein absoluter Mangel Malthusianischer Angebotsknappheit (absolute Knappheit), sondern zunächst eine Beschränkung in Relation zu einer möglichen Nachfrage (relative Knappheit)^{4,5}. Knappheit ist »limitation in relation to demand«⁶. Sie bezeichnet immer ein Verhältnis, genauer ein Missverhältnis zwischen den Nutzungswünschen und Verfügbarkeiten. Ihre Facetten sind bunt. Sie begegnet uns – auch jenseits eines Mangels an physischen Gütern – als Endlichkeit des Wissens⁷, der

⁴ Die Unterscheidung zwischen absoluter Knappheit und relativer Knappheit durchzieht die klassische Nationalökonomie seit ihren ersten Tagen. Sie kommt in der Beschreibung von *Daly* treffend zum Ausdruck: »Relative (or ›Ricardian‹) scarcity refers to the scarcity of a particular resource relative to another resource or to a lower quality of the same resource. Absolute (or ›Malthusian‹) scarcity refers to the scarcity of all resources in general, relative to population and per capita consumption levels«. Er bietet zugleich Lösungsansätze an: »The solution to relative scarcity is substitution. Absolute scarcity assumes that all economical substitutions are made so that the total burden of absolute scarcity is minimized but still exists and may increase«).

⁵ Die Bedürfnisse entpuppen sich dabei nicht als eine feststehende Größe. Sie können auch das Ergebnis eines Vergleichs zwischen dem eigenen und dem Status der anderen Gesellschaftsmitglieder sein und dadurch Knappheit generieren (sog. *komparative Knappheit*). Darauf stützt *Karl Marx* seine Betrachtungen über Knappheit und Teile seiner Philosophie. Knappheit ist für ihn vor allem gesellschaftlich erzeugt. Der Grund für Mangel und Armut liege nicht so sehr im Fehlen von Gütern als im Vergleich mit dem Entwicklungszustand der Gesellschaft überhaupt. »Unsere Bedürfnisse entspringen aus der Gesellschaft: Wir messen sie daher an der Gesellschaft; wir messen sie nicht an den Gegenständen ihrer Befriedigung. Weil sie gesellschaftlicher Natur sind, sind sie relativer Natur.« (*Marx*, Lohnarbeit und Kapital, in: *Marx/Engels*, Werke, Bd. 6, 1968 [1849], S. 411f.). Marx verweist auf den Vergleich eines kleinen Wohnhauses mit einem Palast. Das Wohnhaus befriedige solange alle gesellschaftlichen Ansprüche an eine Wohnung, als die umliegenden Häuser ebenfalls klein sind. Werde daneben jedoch ein Palast gebaut, schrumpfe das Haus zur Hütte zusammen und seine Bewohner würden unabhängig von ihren Ansprüchen unbefriedigt leben. Auch ein Ausbau des Hauses könne daran nichts ändern, wenn der benachbarte Palast in gleichem oder gar in höherem Maße in die Höhe schieße.

⁶ So ausdrücklich *Robbins* (Fn. 3), S. 45. Vgl. auch *Böske/Heuterkes*, Absolute und relative Knappheit, 2005, S. 8f.; *P. Michaelis*, Ökonomische Instrumente in der Umweltpolitik, 1996, S. 5; *Wills*, Economics and the Environment, 1997, S. 3 ff., 18 ff.; *Cansier*, Umweltökonomie, 2. Auflage 1996, S. 13; *A. Endres*, Umweltökonomie, 1994, S. 1.; ähnlich aus soziologischer Sicht *Balla*, Knappheit als Ursprung sozialen Handelns, 2005, S. 17: Knappheit beschreibt ein »Missverhältnis zwischen Bedürfnissen und Aspirationen einerseits, Vorräten, Verfügbarkeiten andererseits« bzw. S. 52: »Knappheit bedeutet ein Missverhältnis, ein Defizit in irgendeinem Bedürfnisbereich«. Zu Begriff und Erscheinungsformen der Knappheit in den Wirtschafts- und Rechtswissenschaften vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 55f.; *Streissler*, Die Knappheitstheorie – Begründete Vermutungen oder vermutete Fakten?, in: Siebert (Hrsg.), Erschöpfbare Ressourcen, 1980, S. 9ff.; *Kloepfer/Reinert*, Umweltprobleme als Verteilungsprobleme in rechtlicher Sicht, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995, S. 23 (25ff.), in der Soziologie: *Balla*, Soziologie der Knappheit, 1978, S. 3 ff.; *ders.*, Knappheit als Ursprung sozialen Handelns, 2005, S. 17 ff.

⁷ Vgl. dazu etwa *Albert*, Aufklärung und Steuerung, 1976, S. 17 u. 31; *von Hayek*, Rechtsordnung und Handelsordnung, in: *ders.*, Freiburger Studien, 1969, S. 170f.; dazu *Balla*, Soziologie der Knappheit (Fn. 6), S. 31 ff.

soziokulturellen Beziehungen⁸ und vor allem als Begrenzung der zum Genuss der materiellen Güter verfügbaren Zeit⁹. Der Mensch steht immerfort am Scheideweg zwischen verschiedenen Zielen, deren Realisierung sich gegenseitig ausschließt¹⁰.

Knappheit zwingt den Menschen als homo inadaequationum mit den ihm gegebenen knappen Gütern zu wirtschaften; die Bedürfnisse müssen gegeneinander abgewogen und bewertet, d. h. je nach ihrer Dringlichkeit in eine Präferenzordnung gebracht werden, die die Wünsche und Bedürfnisse in eine Vorzugsrelation transponiert¹¹. Knappheit erweist sich insoweit als eine der stärksten Triebkräfte gesellschaftlicher und menschlicher Entwicklung, die den Menschen zur Gestaltung und Verbesserung bestehender Nutzungsrelationen anspornt¹², wie auch als Grenze menschlicher Entwicklungsfähigkeit. Soziales Handeln stellt sich in wesentlichen Teilen als Knappheitsbekämpfung dar¹³.

Die Knappheit induziert Nutzungskonkurrenzen zwischen den Gesellschaftsmitgliedern¹⁴. Sie verlangt nach einem Kommunikations- und Konfliktlichtungsmechanismus, mit dessen Hilfe sich die Gesellschaftsmitglieder in einer Welt der Knappheit über ihre unterschiedlichen Nutzungsvorstellungen verständigen und allfällige Nutzungskonflikte austragen können¹⁵. Ein ständiger gewaltsamer Verteilungskampf um die Güter

⁸ Dazu *Balla*, *ibid.*, S. 16ff.

⁹ Vgl. etwa *Mises*, *Human Action*, 1949, S. 101f. Die Knappheit der Zeit bildete als Säkularisation puritanischer Theologie des 17. Jahrhunderts einen der Ausgangspunkte der Nationalökonomie. Vgl. *Streissler*, *Die Knappheitsthese – Begründete Vermutungen oder vermutete Fakten?*, in: Siebert (Hrsg.), *Erschöpfbare Ressourcen*, 1980, S. 9 (12).

¹⁰ Hatten im 18. bzw. 19. Jahrhundert noch *Condorcet* und *Godwin* eine Überwindung von Knappheit als Folge des Fortschritts verheißen, bei der sich »ein günstigeres Verhältnis zwischen den Fähigkeiten des Menschen und seinen Bedürfnissen« ergebe (*Condorcet*, *Entwurf einer historischen Darstellung der Fortschritte des menschlichen Geistes*, 1963, S. 373) ist grenzenloser Fortschrittsglaube heute dem Realismus gewichen. Der Glaube an die Überwindung von Knappheit und immerwährende Prosperität der Fortschrittsphilosophie erweist sich als ein kurzer Tagtraum; »das Gold des technischen Fortschritts« hat sich »zu einem großen Teil in Blei verwandelt« (*Röpke*, *Maß und Mitte*, 2. Aufl. 1979, S. 219).

¹¹ Vgl. allgemein zur Präferenzlogik *Wright*, *The Logic of Preference*, 1963; *ders.*, *Neuere Überlegungen zur Präferenzlogik*, in: *ders.*, *Normen, Werte und Handlungen*, 1994, S. 87ff.

¹² Vgl. dazu etwa *Losonczy*, *Az életmódról (Von der Lebensweise)* 1973, S. 226 zitiert und übersetzt nach *Balla*, *Soziologie der Knappheit*, 1978, S. 40.

¹³ Vgl. dazu im Einzelnen *Balla*, *Knappheit als Ursprung sozialen Handelns*, 2005, S. 147ff.

¹⁴ »So werden zwei Menschen zu Feinden, wenn beide zu erlangen versuchen, was nur einem von ihnen zukommen kann. Um ihr Ziel zu erreichen (...) trachten sie danach, den anderen zu vernichten oder ihn zum Untertan zu machen«, drückt *Hobbes*, *Leviathan*, 1965, S. 97 die Problematik treffend aus.

¹⁵ Die Geschichte der Menschheit erweist sich als die Geschichte eines Kampfes um knappe Ressourcen – Land, Macht und Einfluss, Wasser, Nahrungsmittel. In diesem Sinne bereits *Max Weber* (*Die »Objektivität« sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Er-*

zuordnung, in dem das Recht des Stärkeren siegt, bindet unangemessen viele knappe Ressourcen. Er zwingt die Individuen dazu, sich weniger auf den Ausbau und den Einsatz der Ressourcen als vielmehr auf deren Verteidigung und den Schutz vor Entzug zu konzentrieren.

Eine sinnvolle Zuordnung und Beschreibung der Handlungsrechte an Gütern vorzunehmen, die einem Rechtssubjekt in der Gesellschaft zukommt¹⁶, und die Rahmenbedingungen für eine gerechte Verteilungsordnung zu schaffen, gehört zu den vornehmsten Aufgaben der Rechtsordnung. Ihr fällt der Beruf zu, die Nutzungskonflikte konkurrierender Interessenten zu einem friedlichen Ausgleich zu bringen und die Frage zu beantworten, wie die knappen Ressourcen auf die alternativen Gebrauchsmöglichkeiten zu verteilen sind. An der Fähigkeit der Rechtsordnung, diese Aufgabe sachgerecht zu bewältigen, bemisst sich ihre Legitimität und Bewährungskraft. Die Verteilungsordnung ist die Stellschraube gesellschaftlicher Wohlfahrt und des Rechtsfriedens. Die Zuteilung knapper Güter entscheidet über die Möglichkeit zur Verwirklichung von Lebenschancen; sie ist die Schicksalsfrage jeder Gesellschaft.

kenntnis, in: ders., *Wissenschaftslehre*, 6. Aufl. 1985 S. 161): »Dass unsere physische Existenz ebenso wie die Befriedigung unserer idealsten Bedürfnisse überall auf die quantitative Begrenztheit und qualitative Unzulänglichkeit der dafür benötigten Mittel stößt, dass es zu ihrer Befriedigung der planvollen Vorsorge und der Arbeit, des Kampfes mit der Natur und der Vergesellschaftung mit Menschen bedarf, das ist der grundlegende Tatbestand, an den sich alle jene Erscheinungen knüpfen, die wir im weitesten Sinne als »sozio-ökonomisch« bezeichnen«.

¹⁶ »Es haben danach die menschliche Wirtschaft und das Eigentum einen gemeinsamen wirtschaftlichen Ursprung, denn beide haben ihren letzten Grund darin, dass es Güter gibt, deren verfügbare Quantität geringer ist, als der Bedarf der Menschen,« weist *Menger* auf die staatliche Aufgabe der Knappheitsbewältigung und die verloren gegangene Einheit von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften hin, *Menger*, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, 1871, S. 56. Ähnlich hat bereits *David Hume* in einer Betrachtung über den Ursprung des Rechtswesens und das Eigentum die Entstehung des Rechts auf die »knappe Vorsorge« (»scanty provision«) der Natur, unsere beschränkten Möglichkeiten im Verhältnis zu unseren Bedürfnissen sowie auf die hiermit zusammenhängende Selbstsucht des Menschen zurückgeführt; *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, 1888 (1967), S. 495.

§ 1 Knappheit und Verknappung in der Verteilungsordnung – Phänomenologie und Handlungsrahmen

Der Rechtsordnung stehen prinzipiell zwei Möglichkeiten zu Gebote, um die Zuteilung der knappen Handlungsrechte an Gütern zu organisieren. Sie kann diese selbst zentral übernehmen und die Zuteilung aller produzierten Güter und Handlungsrechte dem Staat anvertrauen oder der Gesellschaft und ihren Akteuren einen Spielraum der Güterzuordnung überantworten, der ihnen lediglich einen Handlungsrahmen für den Gütertausch setzt.

Unsere Rechtsordnung beschreitet grundsätzlich den letztgenannten Weg: Sie überlässt die Güterverteilung primär der privatautonomen Steuerungskraft des Marktes. Die Knappheitsbewältigung ist der allokativen Kraft eines Verteilungsmechanismus anvertraut, der über Angebot und Nachfrage zu einer knappheitsgerechten Güterzuordnung gelangen soll; die Marktteilnehmer entscheiden über die Verteilung der Ressourcen¹⁷.

Nur in bestimmten Fällen nimmt das Recht auf die Bewältigung der Knappheitssituation unmittelbar¹⁸ Einfluss: Es steuert die Menge der Mittel, die zur Bedürfnisbefriedigung zur Verfügung stehen, oder nimmt auf die Preisbildung Einfluss, um als unerwünscht angesehene Marktergebnisse zu korrigieren, soweit das Ziel feinsteuernden regulierenden Eingreifens oder die Unfähigkeit des Marktes, bestimmte Strukturprobleme zu bewältigen, das Bedürfnis nach regulatorischem Eingreifen auf den Plan rufen. Die Komplexität der zu bewältigenden Verteilungsaufgaben veranlasst den Staat in zunehmendem Maße, zur Erreichung von Allokationszielen auf die Ergebnisse des Marktprozesses einzuwirken und sich kraft seiner hoheitlichen Aufgabe der Gemeinwohlverwirklichung als Zentrum der Knapp-

¹⁷ Vgl. zu der Frage, inwieweit das Grundgesetz und die Europäische Gemeinschaftsordnung dem Gesetzgeber hier Vorgaben, insbesondere ein Modell der Wirtschaftsverfassung, mit auf den Weg geben infra S. 25 ff.

¹⁸ Mittelbar hat der Gesetzgeber immer insoweit auf die Knappheitssteuerung Einfluss, als er durch seine gesetzlichen Regelungen die institutionellen Rahmenbedingungen des Gütertauschs determiniert: Haftungs- und Schadensersatzregelungen, abgabenrechtliche Vorschriften geben den Handlungsrahmen vor, in dem die Güterverteilung des Marktes stattfindet.

heitsverwaltung zu betätigen. Dieses Wirken soll hier mit dem Begriff der hoheitlichen Verteilungslenkung eingefangen werden¹⁹.

I. Problemaufriss und Überblick über den Gang der Darstellung

Während die Rechtfertigung hoheitlicher Verteilungslenkung, insbesondere die Beschneidung des freiheitlichen Betätigungsraums der Bürger, der mit ihr einhergeht (das »Ob« staatlicher Knappheitsbewältigung; §1²⁰) seit jeher dem aufmerksamen Blick einer ausgefeilten Dogmatik der Rechtswissenschaft ausgesetzt ist, stand der Modus, den die Rechtsordnung zur Bewältigung bewusst staatlich herbeigeführter oder geborener Mangelsituationen einsetzt (das »Wie« staatlicher Knappheitsbewältigung), lange Zeit im Schlagschatten der rechtswissenschaftlichen Forschung. Ihm widmet sich diese Untersuchung (infra §§2–13).

In einer Welt der Knappheit ist der Modus staatlicher Verteilungslenkung dem Gebot der Optimierung seiner Verteilungswirkungen nicht entzogen, sondern in besonderer Weise ausgesetzt. Hoheitliche Verteilungsmacht vermag nur dort ihren Zugriff auf die Freiheit der Bürger zu rechtfertigen, wo die angewendeten Zuteilungsmaßstäbe die mit ihr intendierten Zielsetzungen tatsächlich zu erreichen in der Lage sind (§2²¹). Die Mechanismen der hoheitlichen Verteilungslenkung müssen sich einer Analyse auf erkannte und behauptete Steuerungsdefizite stellen (§3²²).

Angesichts diagnostizierter Steuerungsdefizite sieht sich der Status quo der Verteilungslenkung in zunehmendem Umfang mit der Forderung nach einer verstärkten Effizienzorientierung der hoheitlichen Verteilungslenkung konfrontiert. Namentlich die Ökonomik reklamiert für sich mit lauter werdender Stimme den Anspruch, Effizienzüberlegungen in stärkerem Maße in das Verfassungs- und Verwaltungsrecht einziehen zu lassen und die Verteilungsmodi an dem Kriterium wohlfahrtsökonomischer Effizienz auszurichten (Zweiter Teil, §§4–8²³). Mit der Brille der Ökonomik be-

¹⁹ Wenngleich sachlich verwandt und für den Untersuchungsgegenstand marktorientierter Verteilungsverfahren interessante Vergleichserkenntnisse versprechend, entsagt sich die Untersuchung dem zwar reizvollen, aber rahmensprengenden Versuch, auch jene Bereiche einer intensiven Betrachtung zu unterziehen, in denen der fiskalisch tätig werdende Staat vermittels des staatlichen Beschaffungswesens zur Deckung seines Bedarfs Leistungen am Markt anbietet und sich dabei gegenleistungsorientierter, marktnaher Ausschreibungsverfahren bedient. Die Untersuchung bezieht diese Verfahren als Vergleichsobjekte und Anker einer wissenschaftlichen Betrachtung zwar ein (vgl. etwa S. 279 ff. und 410 ff.), erhebt sie – als nicht zur hoheitlichen Verteilungslenkung im eigentlichen Sinne des Wortes gehörend – jedoch nicht zum selbstständigen Untersuchungsgegenstand.

²⁰ Siehe S. 11 ff.

²¹ Siehe S. 49 ff.

²² Siehe S. 94 ff.

²³ Siehe S. 142 ff.

trachtet, ist es nicht nur begründungsbedürftig, sondern entbehrt es auch der Rationalität, die Ressourcenoptimierungspotenziale des Marktes dort nicht zu nutzen, wo der Staat als zuteilende Einheit auftritt. Die Ökonomik sieht ihre Forderungen nicht allein als rechtspolitisches Credo an die Verfassung herangetragen, sondern als Reflex auf die Knappheit der verfügbaren Mittel und Desiderat rationaler Handlungswahl in signifikantem Umfang unmittelbar in ihr angelegt (§7²⁴). Wird ihr Credo diesem Anspruch, wie sich zeigen wird²⁵, auch nur teilweise gerecht, ist damit das Urteil über den gesetzgeberischen Spielraum, in dem sich Effizienzüberlegungen bei der Ausfüllung der Verfassungsinhalte als Teil des einfachen Gesetzesrechts zulässigerweise entfalten können, noch nicht gefällt; die Frage nach den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Grenzen des gesetzgeberischen Verteilungsspielraums tritt auf den Plan (§§8–13²⁶).

Im Sog verstärkter Ökonomisierungsbemühungen und wachsender Ressourcenverknappung folgt der Gesetzgeber in zunehmendem Umfang den Handlungsempfehlungen der Wohlfahrtsökonomik und nimmt für sich den Verteilungsspielraum in Anspruch, die Mangelverwaltung an Effizienzkriterien auszurichten. Als Mittel effizienzorientierter staatlicher Primärallokation hat namentlich die Versteigerung einen Siegeszug in der Verteilungsordnung angetreten (Dritter Teil, §§9–10²⁷). Dem fiskalisch tätig werdenden Staat als Zuteilungs- und Handlungsinstrument bereits seit der Antike insbesondere als Teil staatlicher Ausgabenwirtschaft vertraut (§9²⁸), hat in der jüngeren Vergangenheit²⁹ die Pforten der hoheitlichen Verteilungslenkung als Novize durchbrochen (§10³⁰). Das Telekommunikations- und das Emissionshandelsrecht haben ihr einen ersten gesetzlichen Anwendungsbereich eingeräumt, dem paradigmatischer Charakter für die Entfaltung gesetzgeberischer Effizienzziele in anderen Sachbereichen, etwa der Zuteilung von Emissionshandelsrechten, knappen Start- und Landrechten, Rufnummern, Taxikonzessionen, Import- und Exportkontingenten, bergrechtlichen Erlaubnissen³¹, zuwachsen kann. Gefunden scheint (*cum grano salis*) der Goldesel des 21. Jahrhunderts, der im Kampf gegen öffentliche Finanznot bei Bedarf Geld auswirft.

Welche dogmatische und rechtspraktische Sprengkraft von dem effizienzorientierten Zuteilungsmaßstab der Versteigerung für die Verteilungsordnung ausgeht, hat die Versteigerung der UMTS-Frequenzen im Jahre

²⁴ Siehe S. 197 ff.

²⁵ Siehe S. 232 ff.

²⁶ Siehe S. 238 ff.

²⁷ Siehe S. 238 ff.

²⁸ Siehe S. 273 ff.

²⁹ Zu historischen Anwendungsfällen des Allokationsmechanismus der Versteigerung §10 I, S. 284 ff.

³⁰ Siehe S. 283 ff.

³¹ Dazu im Einzelnen §10 VI, S. 640 ff.

2000 der Öffentlichkeit beispielhaft vor Augen geführt. Ihre exorbitanten Erlöse haben alle Schätzungen übertroffen – ihre wirtschaftlichen und rechtlichen Folgeprobleme ebenso³². Die theoretische Modellierung und ihre wohlfahrtsökonomische Idee (§ 10 II³³) scheint dem zuteilungsverantwortlichen Staat, der die Versteigerung als experimentellen Feldversuch unternommen hat, aus den Händen gegliitten und ihn in die Rolle eines Zaublerlehrings zu treiben, der die Geister des Marktes, die er rief, nicht mehr beherrscht.

Die Verlockungen, die eine Einnahmen erzielende Verteilungsoption auf den zuteilenden Staat ausübt, der warme Regen zusätzlicher aufwandsfrei erwirtschafteter fungibler Mittel, den sie über die staatlichen Haushalte ausgießt, und die Schwierigkeiten des Staates in der Bewältigung ihrer Folgeprobleme wecken Assoziationen an das mythologische Schicksal des Königs *Midas* von Phrygien, welcher (als Gott Dionysos ihm einen Wunsch zu erfüllen versprach) sich gewünscht haben soll, dass alles, was er berühre, zu Gold werden möge, nach anfänglichem Freudentaumel aber bald feststellen musste, dass seine habgierige Verblendung ihm unweigerlich zum Verhängnis würde. Ob der deutsche Gesetzgeber, nachdem er sich des Einnahmen generierenden Instruments der Versteigerung bedient hat, Opfer

³² Beispielhaft machen dies sowohl die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in welche die erfolgreichen Bieter im Anschluss an die Versteigerung geraten sind, wie auch die von der Mobilcom AG unmittelbar im Anschluss an die Zuteilung unter großer Anteilnahme der Öffentlichkeit erhobene (später zurück genommene) Klage gegen die Zuteilungsentscheidung deutlich (vgl. dazu die gutachterlichen Äußerungen in Piepenbrock/F. Schuster [Hrsg.], UMTS-Lizenzvergabe, 2001 sowie *Kämmerer*, NVwZ 2002, S. 161 ff.), ferner die sich an die Versteigerung anschließende Auseinandersetzung zwischen Bund und Ländern um die Ertragszuständigkeit für die erzielten Versteigerungserlöse (dazu BVerfG, Urt. v. 28.3.2002, BVerfGE 105, S. 185 ff.; *F. Becker*, DÖV 2003, S. 177 ff.; *S. Bumke*, Frequenzvergabe nach dem TKG, 2006, S. 344 ff.; *Koriotb*, Verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale Aspekte einer Beteiligung der Länder an den Erlösen aus der Versteigerung der UMTS/IMT-2000-Lizenzen, 2001; *Selmer*, NVwZ 2003, S. 1304 ff.) oder die Diskussion um die Mehrwertsteuerpflichtigkeit der erzielten Erlöse und daraus möglicherweise erwachsende Erstattungsansprüche der Bieter. Die Telekommunikationsunternehmen standen auf dem Standpunkt, dass in den Versteigerungserlösen Umsatzsteuer enthalten sei, die sie als Vorsteuer geltend machen könnten. Denn die Zuteilung im Wege der Versteigerung stelle eine wirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern (6. Mehrwertsteuer-Richtlinie) dar (Ersuchen um Vorabentscheidung auf Beschluss des LG Wien vom 6.6.2004 in dem Rechtsstreit *T-Mobile Austria* gegen Republik Österreich, RS. C-284/04, ABl. EG Nr. C 262, S. 12; dazu *Fraberger/Gerdes*, IStR 2005, S. 836 ff.; *Hidien*, UR 2002, S. 165 ff.; *Tiedtke*, UR 2001, S. 528 ff.; *Jabndorf*, K & R 2004, S. 171 ff.). Der EuGH ist dem zu Recht entgegengetreten (EuGH, Urt. v. 26.6.2007, IStR 2007, S. 512 ff.; a. A. unter Verkenning des Charakters der Versteigerung als hoheitliches Zuteilungsinstrument *Tiedtke*, UR 2007, S. 718 ff.). Einer gerichtlichen Klärung harrt noch die Frage, ob die vorzeitige Rückgabe ersteigter Frequenzen – wie sie die Mobilcom AG etwa im Falle der UMTS-Frequenzen vorgenommen hat – Erstattungsansprüche des Bieters auszulösen vermag.

³³ Siehe dazu S. 296 ff.

seiner Exkuberanz geworden ist und sich dem Reueruf des *Midas* in der von *Herodot* überlieferten Sage anschließen sollte oder ob ihm mit der Etablierung des Instruments der Versteigerung in der öffentlich-rechtlichen Verteilungsordnung der Einstieg in eine neue Generation zielgerechter, innovativer Knappheitsverwaltung gelungen ist, harret einer Antwort.

Es liegen zwar bereits einige Untersuchungen zu Einzelaspekten der Problematik³⁴ vor. Die grundlegenden, komplexen Fragen freiheitsrechtlicher (§ 10 IV³⁵) wie finanzverfassungsrechtlicher Natur (§ 10 V³⁶), die die Versteigerung als Allokationsmodell aufwirft, können indes nach wie vor nicht annäherungsweise als beantwortet bezeichnet werden. Es fehlt an einer umfassenden Gesamtanalyse, die eine grundlegende Untersuchung der verfassungsrechtlichen Fragen unternimmt, welche eine ökonomische Analyse der hoheitlichen Verteilungsordnung aufwirft und einen übergreifenden Blick auf die verschiedenen Felder hoheitlicher Knappheitsverwaltung wirft. Das gilt in Sonderheit für die mit den spieltheoretischen Implikationen von Versteigerungen verbundenen Herausforderungen, namentlich die ihr eigenen Möglichkeiten wechselseitiger Bieterbeeinflussung³⁷, der Kollusion³⁸ und das (bislang in der Diskussion nicht angemessen wahrgenommene) Risiko der Fehlallokation³⁹, das die Abverlangung einer Entscheidung unter Unsicherheit für die Grundrechtsträger mit sich bringt. Die Effizienzverheißungen des ökonomischen Modells vermögen ihr Versprechen nicht mit Selbstverständlichkeit einzulösen, sondern bedürfen der Anpassung an die Bedingungen der realen Entscheidungssituation und ihre auktionstheoretischen Prämissen⁴⁰. Der Versteigerungsmechanismus stellt die Ordnungsfunktion und Gemeinwohlorientierung eines öffentlich-rechtlicher Zuteilungsmacht vorbehaltenen Zuteilungsvorgangs auf die Probe⁴¹. Es erscheint rechtfertigungsbedürftig, Güter zunächst dem privaten Güterverkehr zu entreißen und hoheitlicher Rechtsmacht zu unterwerfen, um sie im Gewande hoheitlicher Verteilungslenkung erneut marktlichen Mechanismen zu überantworten. Ob ein spieltheoretischer, auf quantitativen, ins-

³⁴ So etwa *S. Bumke*, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, 2006; *Kruh*, Die Versteigerung knapper Frequenzen, 2003; *Kupfer*, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2005; *Piepenbrock/Schuster* (Hrsg.), UMTS-Lizenzvergabe, 2001, S. 207 ff; *Robert*, Die Vergabe der UMTS-Lizenzen durch Auktion gem. § 11 Abs. 4 TKG, 2004.

³⁵ Siehe S. 343 ff.

³⁶ Siehe S. 450 ff.

³⁷ Dazu S. 356 ff.

³⁸ Dazu S. 365 ff.

³⁹ Dazu S. 378 ff.

⁴⁰ Ohne Rückgriff auf die Vielfalt auktionstheoretischer Modellierungen und der ihnen jeweils zugrunde liegenden ökonomischen Logik bleibt die Frage nach der legitimen Funktion der Versteigerung als Allokationsmodell nur unvollständig beantwortet. Ihrer Grundlegung widmet sich § 10 III (S. 305 ff.).

⁴¹ Siehe S. 405 ff.