

Das ökonomische Paradigma als Herausforderung an die verwaltungsrechtliche Systembildung Dargestellt am Beispiel der Handelbarkeit von Nutzungsrechten

Johannes Saurer, Bayreuth

1. Bei der verwaltungsrechtlichen Regulierung bedient sich der Gesetzgeber zunehmend ökonomischer Modellvorstellungen. Beispielsweise kombiniert er – mit dem Ziel einer effizienten Ressourcenallokation – die Zuordnung bestimmter öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen zu einzelnen Akteuren mit der Organisation marktförmiger Austauschprozesse. Eine besondere Herausforderung an die verwaltungsrechtliche Systembildung stellt die für funktionierende Austauschprozesse erforderliche Verkehrsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen (Berechtigungen, Erlaubnisse, Genehmigungen, Konzessionen) dar. Dies verdeutlicht das Beispiel der Handelbarkeit von Nutzungsrechten im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht.

2. Die Entwicklungsgeschichte des Verwaltungsrechts zeigt einen Spannungsbogen von der Nichtübertragbarkeit verwaltungsrechtlicher Berechtigungen in der Zeit des Spätkonstitutionalismus bis zur Vervielfachung öffentlich-rechtlicher Übertragungstatbestände in der Gegenwart. In der Systematik Otto Meyers existierte eine Verkehrsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen grundsätzlich nicht. Stattdessen wurde das Fortbestehen bestimmter hoheitlicher Erlaubnisse bei Übergang des Eigentums oder Besitzes an einem genehmigten Betrieb oder Grundstück mit dem Vorliegen eines „Scheinübergangs“ erklärt. Mayer grenzte die im „Scheinübergang“ sichtbar werdende sachbezogene Erlaubnis von den wegen ihres höchstpersönlichen Charakters untrennbar mit dem Rechtsträger verbundenen personenbezogenen Erlaubnissen ab.

3. Unter der demokratischen Verfassungsordnung des Grundgesetzes setzte sich die Übertragbarkeit öffentlich-rechtlicher Berechtigungen im Zuge der Expansion des Regulierungsanspruchs des Verwaltungsrechts zunehmend durch. Ökonomisch motivierte normative Impulse der 1970er und 1980er Jahre, die den Übergang von der Nichtübertragbarkeit zur Verkehrsfähigkeit katalysierten, entstammten dem Personenbeförderungrecht, der öffentlich-rechtlichen Ressourcenbewirtschaftung, aber auch dem europäischen Wirtschaftsrecht.

4. In Begleitung dieser Entwicklung hielt die verwaltungsrechtliche Dogmatik zunächst noch an der überkommenen gegenstandsbezogenen Differenzierung fest, orientierte sich aber zunehmend an dem Kriterium der gesetzgeberischen Entscheidung für oder gegen die Übertragbarkeit. Unterdessen entwickelte die Rechtsprechung in Abwägung der Interessen von Alt- und Neuinhaber einer Genehmigung sowie eventuell betroffener Wettbewerber grundrechtsrationale Maßstäbe wie die Verknüpfung von Sachübergang und Berechtigungsübergang, z.B. beim Erfordernis der Betriebsakzessorietät der Übertragung bestimmter wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Genehmigungen.

5. Die Übertragungstatbestände der jüngsten Generation – interessant vor allem: der Handel mit Emissionszertifikaten nach dem TEHG sowie der Transfer von Frequenzen nach dem TKG – zeigen gegenüber den vorhergehenden Regelungsmodellen entscheidende Modifikationen. Insbesondere ist die Verkehrsfähigkeit der Berechtigung erheblich erhöht, was im wesentlichen durch Auflösung der Kopplung von Sach- und Berechtigungsübergang als Voraussetzung der Nachfolgefähigkeit erreicht wird. Dies bedeutet aus Sicht der ökonomischen Theorie eine erhebliche Effizienzsteigerung gegenüber dem Zustand der Nicht- bzw. beschränkten Übertragbarkeit.

6. Mit der zunehmenden Anerkennung der Verkehrsfähigkeit stellen sich der verwaltungsrechtlichen Systembildung und Dogmatik neue Aufgaben. Im Hinblick auf die Ausgestaltung des Verteilungsverfahrensrechts gilt es beispielsweise den Zusammenhang der Verteilungsmodi von Primär- und der Sekundärallokation öffentlicher Rechtspositionen näher auszu-leuchten. Auch stellt sich die Frage der konkreten Ausgestaltung der Übertragungstatbestände (behördliche Zustimmungsvorbehalte, weitere individuelle Voraussetzungen). Schließlich stellen die neueren Übertragungstatbestände mit Blick auf die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht eine Herausforderung dar, indem sie durch die Kombination verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Elemente einen Trend zum Entstehen hybrider Regelungskomplexe verstärken. Dabei kann die Zuordnung zum öffentlichen oder zum Privatrecht vielfach nicht einfach dahinstehen, wie praktische eminent wichtige Fragen wie insbesondere die Wahl des Rechtswegs zeigen.

7. Die Orientierung am ökonomischen Paradigma durch Verstetigung der Verkehrsfähigkeit und des Transfers von Berechtigungspositionen des Verwaltungsrechts legt auch in methodischer Hinsicht einen veränderten Zugang nahe. Materiell-gegenstandsbezogene Kriterien erweisen sich – nicht zuletzt mit Blick auf die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit – zunehmend als instabile Parameter der verwaltungsrechtlichen Systembildung. Der dynamisch-prozesshafte Gesichtspunkt der normativen Ausdifferenzierung erscheint demnach zur systematischen Erfassung des Problems der Übertragbarkeit öffentlich-rechtlicher Berechtigungen weit-aus eher geeignet als eine materielle Unterscheidung nach dem Regelungsgegenstand. Insoweit wirkt der Perspektivenwechsel zurück auf den verwaltungsrechtlichen Systembegriff selbst.