

Dr. Mario Martini, Hamburg

Die Versteigerung – ein Allokationsmodell auf dem Siegeszug? - Zur Rolle des Marktes in der staatlichen Verteilungsordnung

„Einen Menschen, der mit Hammer und Zunge anderen die Taschen leert, nennen wir nicht Dieb, sondern Auktionator“. Der amerikanische Schriftsteller *Ambrose Bierce* bringt es auf den Punkt. Versteigerungen sind keine Wohltätigkeitsveranstaltungen. Sie sind von romantischen Begegnungen weit entfernt. Umso mehr erstaunt, dass ihre Anfänge in einer sehr romantischen Angelegenheit wurzeln: in der Eheschließung. Als vermutlich erste Auktion dokumentiert der griechische Historiker *Herodot*¹ die Versteigerung von Frauen an Männer im 5. Jahrhundert v. Chr. in Mesopotamien. Einmal im Jahr wurden dort sämtliche heiratsfähigen Mädchen zusammengerufen und versteigert. Waren die schönsten Frauen vergeben, kehrte sich das Prinzip um: Die verbliebenen Männer durften Geld für die Vermählung fordern. Derjenige, der am wenigsten forderte, erhielt den Zuschlag. Er musste aber eine Sicherheit dafür stellen, dass er mit der Ersteigerten zusammenleben werde.

Die Zeiten haben sich glücklicherweise gewandelt. Die Versteigerung ist heute zu einem universellen Instrument der Vermarktung von Gütern des Wirtschaftsverkehrs geworden. Auktionen haben mehr Konjunktur denn je². Angeboten werden längst nicht mehr nur Antiquitäten, Schmuck und Kunstgegenstände, sondern gebrauchte und neue Waren aller Art. Geschiedene Ehemänner versteigern das Brautkleid ihrer Verflissenen³; Arbeitslose bieten per Versteigerung ihre Arbeitskraft feil; es finden sich sogar Angebote über die eigene Niere oder die eigene Seele - „gut erhalten, mit wenig Sünden“. Selbst staatlich verwaltete Güter kommen unter den Hammer. Der Gedanke der Ökonomisierung erreicht alle Teile des gesellschaftlichen Lebens. Sind wird dabei, die Welt zu reduzieren auf Angebot und Nachfrage?

I. Das Problem der Knappheit in der staatlichen Verteilungsordnung

Gesellschaften leben in ständigen Verteilungskämpfen. Die Knappheit der verfügbaren Ressourcen ist allgegenwärtig. Sie ist nicht lediglich eine Erscheinung unserer Zeit, sondern ein ständiger Weggefährte der Menschheitsgeschichte; in unserer Zeit schreitet sie nur schneller voran. Wir stoßen immer weiter an die Grenzen unserer Ressourcen vor. „Die Welt hat genug für jedermanns Grundbedürfnisse, aber nicht für jedermanns Gier“, warnt *Mahatma Gandhi*.

Die Knappheit stellt den Staat vor das Problem der gerechten Verwaltung des Mangels. Eine gerechte Verteilungsordnung zu schaffen, gehört zu seinen vornehmsten Aufgaben.

Bei staatlich verwalteten Ressourcen bewältigt das öffentliche Recht Knappheitsprobleme bisher überwiegend im Wege von Sachausleseverfahren oder durch formale Zuteilungskriterien (insbesondere Losverfahren, first-come-first-serve-Prinzip, pro-rata-Verfahren)⁴. Die Verteilung

¹ *Herodot*, Historien, Band I, 196, 2-4.

² Vgl. zum Boom der online-Versteigerungen und den mit ihnen verbundenen Rechtsfragen *W. Bullinger*, Internet-Auktionen, WRP 46 (2000), 253 ff.; *G. Spindler/A. Wiebe* (Hrsg.), Internet-Auktionen, 2001, 1 ff.

³ Vgl. Spiegel-online „Frust macht Spaß (und reich?)“ ><http://www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,297492,00.html>.< (29. April 2004).

⁴ Zu den Verteilungsmechanismen und Problemlagen der öffentlich-rechtlichen Verteilungslenkung vgl. *P. Badura*, Verteilungsordnung und Zuteilungsverfahren bei der Bewirtschaftung knapper Güter durch die öffentliche Verwaltung, in: *R. Wendt* (Hrsg.), FS Friauf, 1996, 529 ff.; *W. Berg*, Die Verwaltung des Mangels, *Der Staat* 15 (1976), 1 ff.; *C. Heinze*, Autonome und heteronome Verteilung, 1970; *C. Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994; *C. Tomuschat*: Güterverteilung als rechtliches Problem, *Der Staat* 12 (1973), 433 ff.; *R. H. Weber*, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, 1986; *H. Zacher*, Erhaltung und Verteilung der natürlichen Gemeinschaftsgüter – eine elementare Aufgabe des Rechts, in: FS für Lerche, 1957, 107 ff.

knapper Güter ist weitgehend eine *domaine réservée* des Prioritäts-, des Los- und des Sachzuteilungsprinzips.

Formale Zuteilungskriterium finden z.B. bei einem Bewerberüberhang für Taxikonzessionen Anwendung. Hier entscheidet nach § 13 V PBefG das first-come-first-serve-Prinzip⁵. Der Staat schwingt sich erst gar nicht erst zu dem Versuch auf, selbst über inhaltliche Verteilungskriterien zu entscheiden⁶.

Formale Kriterien sind transparent, überlassen die Zuteilungswirkung aber eher dem Zufall. Sie laufen Gefahr, eine allokativen Fehlleitung knapper Kapazitäten an Gemeinschaftsgütern zu bewirken.

Verfahren vergleichender Bewerberauswahl, sog. beauty contests, – angewendet z.B. bei Zuteilung von Rundfunkfrequenzen – sind zwar grundsätzlich sachgerecht. Sie eröffnen aber faktisch einen Spielraum für nicht nachvollziehbare und willkürliche Entscheidungen. Sie laden ein zur Einflussnahme und Bevorzugung. Die Entscheidungskriterien bleiben nicht selten im Dunkeln. Ihre Auswahlwirkung halten viele für beschränkt, ihre Ergebnisse für manipulierbar⁷.

II. Wohlfahrtsökonomische Vorteile marktwirtschaftlicher Zuteilung

Die Optimierung staatlicher Verteilung ist eine ständige Herausforderung an das Recht. Gerade in Zeiten knapper werdender Ressourcen ist deren effizienter Einsatz von besonderer Wichtigkeit. Aus der Knappheit der Mittel folgt die Forderung nach Effizienz als Reflex⁸.

1. Allokationsfunktion

Als effizient und damit allokatiosoptimal erweist sich eine Güterverteilung dann, wenn die knappen Güter demjenigen zufließen, der sie am besten nutzen kann. In wessen Händen das der Fall ist, dafür fehlt es dem Staat freilich häufig an den erforderlichen Informationen. Er kann nicht zuverlässig beurteilen, bei welcher Verteilung der optimale Nutzen erzielt wird. Die Destinäre selbst können besser einschätzen, welchen Nutzen sie aus dem Gut ziehen können. Sie sind über ihre Verwendungsmöglichkeiten und den zu erwartenden Nutzen viel besser informiert. Es besteht eine Informationsasymmetrie⁹.

Will der Staat diese aufbrechen, muss er die Interessenten zur Offenbarung ihrer Effizienzpotenziale veranlassen. Bei einer Befragung werden die Interessenten ihre Effizienzpotenziale in bunten Farben malen. Es fehlt jeder Anreiz zur wahrheitsgemäßen Offenbarung von Information. Das ändert sich erst dann, wenn die falsche Angabe sanktioniert, d.h. mit Kosten verbunden ist.

Ein Mittel dazu ist der Preismechanismus. Der Markt bringt die Individuen über den Preis dazu, den Nutzen zu offenbaren, den sie aus einem Gut ziehen können. Im Preis drücken die Interessenten ihre Nutzenerwartungen aus. Die fehlerhafte Angabe wird sanktioniert: Bietet der Interessent einen Preis oberhalb seiner Wertschätzung, erweist sich die Transaktion für ihn im Zweifel als nachteilig. Liegt sein Angebot deutlich unter seiner wahren Wertschätzung, wird im Zweifel ein anderer das

⁵ Vgl. zum first-come-first-serve-Prinzip ausführlich A. Vosskuhle, „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!“, DV 1999, 21 ff.

⁶ Die Zuteilungsadressaten reagieren darauf häufig dadurch, dass sie die staatliche Verteilungsregulierungen unterlaufen, insbesondere einen grauen Handel mit Taxi- und Güterfernverkehrsgenehmigungen betreiben. Vgl. zu den damit verbundenen Problemen und Rechtsfragen W. Frotscher/E. Becht, Verfassungsrecht und Handel mit Taxikonzessionen, NJW 1986, 81 ff.

⁷ Siehe dazu A. Keuter/L. Nett/U. Stumpf, Regeln für das Verfahren zur Versteigerung von ERMES-Lizenzen/Frequenzen sowie regionaler ERMES-Frequenzen, 1996, 40 f.; W. Berg, Der Staat 15 (1976), 1, 26; R.H. Weber, 305 f.; 13. Hauptgutachten der Monopolkommission 1998/1999, BT-Drucks. 14/14002, 57 Tz. 46.

⁸ Vgl. zum Effizienzgedanken im öffentlichen Recht G. Britz, Umweltrecht im Spannungsverhältnis von ökonomischer Effizienz und Verfassungsrecht, DV 1997, 185 ff. (kritisch insbesondere 193); E. Gawel, Ökonomische Effizienzanforderungen und ihre juristische Rezeption, in: ders. (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001, 9 ff.; W. Hoffmann-Riem, Effizienz als Herausforderung des Verwaltungsrechts, in: ders./E. Schmidt-Assmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 11 ff., insbesondere 25; F. Kübler, Effizienz als Rechtsprinzip, in: Baur u.a. (Hrsg.), FS für Steindorff, 1990, 687 ff.; H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., 1998, 414 ff.

⁹ Vgl. zur wirtschaftlichen Problematik von Informationsasymmetrien G. Akerloff, The Market for “Lemons”: Quality and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84, 488 ff.; C. Picory, De l’usage des procédures d’enchères dans l’allocation des fréquences radioélectriques, Communications & Strategies 36 (1999), 71, 73; K. Homann/A. Suchanek, Ökonomik, 2000, 108 ff.

Gut erwerben. Wer sich den höchsten Nutzen aus dem Gut verspricht, wird – so die Logik des Marktes – bereit sein, den höchsten Preis dafür zu zahlen. Dem Preis fällt Allokationsfunktion zu. Er lenkt die Güter dorthin, wo sie die höchsten Erträge bringen.

Beim Austausch privater Güter hat der Markt sich als effektivstes System der Güterzuteilung entpuppt. Er stellt bei gegebenen Ressourcen die maximale Produktion privater Güter sicher. Er bewirkt, dass die Güter durch den Tauschprozess einer knappheitsgerechten, wirtschaftlich sinnvollen Nutzung zugeführt werden. Die ausgetauschten Ressourcen sind in der Hand der jeweiligen Erwerber wertvoller als in der Hand der Veräußerer.

Der knappheitsgerechte Preis, der so genannte Gleichgewichtspreis¹⁰, stellt sich auf Märkten unter der Bedingung vollständiger Konkurrenz ein. Diese Idealbedingungen des vollkommenen Marktes bilden Versteigerungen in idealtypischer Weise ab. Sie schaffen einen transparenten Markt der Anbieter und Nachfrager. Allein Angebot und Nachfrage entscheiden über den Preis und den Erwerber des Gutes. Versteigerungen laden die Kaufinteressenten ein, im Wettbewerb mit anderen um das Recht zum Erwerb des Gutes auf der Grundlage eines Preiswettbewerbs zu bieten. Optimal gestaltete Auktionen veranlassen die Bieter, ihre wahre Wertschätzung zu offenbaren.

Derjenige, der das Gut am effizientesten nutzen kann und deshalb die höchste Gewinnerwartung hat, wird bereit sein, das höchste Gebot abzugeben. Das knappe Gut wandert dorthin, wo ihm der höchste Wert beigemessen wird und es am besten genutzt werden kann. Die Versteigerung eignet sich damit insbesondere für solche Märkte, in denen der Wert bzw. der Preis des Gutes nicht bekannt ist, sondern erst ermittelt werden muss¹¹. Sie ist in hervorragender Weise geeignet, eine effiziente Allokation knapper Güter herzustellen. Ihr Effizienzpotenzial kann sie grundsätzlich auch bei staatlich verwalteten Gütern entfalten.

2. Abschöpfungsfunktion

Staatliche Zuteilung vermittelt den exklusiven gewinnversprechenden Zugriff auf eine ökonomisch wertvolle Ressource. Die Empfänger sind vor Konkurrenz geschützt. Die Höhe ihres Gewinns ist auch eine Folge ihrer marktlichen Sonderstellung¹². Diesen Vorteil zugunsten der Allgemeinheit einzuziehen, erscheint legitim¹³. Versteigerungen schöpfen den Sondervorteil der Zuteilung ab. Schon *Otto Mayer*¹⁴ sah es als eine "Forderung der natürlichen Billigkeit" an, dass derjenige, der "Vorteile auf Kosten des Gemeinwesens" erlange, "diesem eine angemessene Vergütung" schulde¹⁵.

3. Transparenzfunktion

Versteigerungsverfahren zwingen den Zuteilenden, seine Zuteilungskriterien offen zu legen. Der Entscheidungsprozess ist transparent. Der Spielraum für sachfremde Kriterien reduziert sich auf Null. Es gelten klare Zuteilungsregeln. Der Verdacht unsachlicher Beeinflussung des Entscheidungsvorgangs kommt gar nicht erst auf.

¹⁰ Gleichgewichtspreis ist derjenige Preis, bei dem weder ein Nachfrage- noch ein Angebotsüberhang besteht.

¹¹ Vgl. *R. Cassady*, Auctions and Auctioneering, 1967, 20; *K. Homann/A. Suchanek*, 278 f.; *V. Krishna*, Auction Theory, 2002, 3; *P. McAfee/J. McMillan*, Auctions and Bidding, Journal of Economic Literature 25 (1987), 699, 701 f.

¹² Die Ökonomie spricht von natürlichen Monopolen; vgl. *H. Demsetz*, Why regulate utilities?, Journal of Law and Economics 11 (1968), 55 ff.; *R. H. Weber*, 100 f.

¹³ Bei der Diskussion um die Abschöpfungsfunktion der Versteigerung wird häufig übersehen, dass eine (wertnähere) Abschöpfung sich auch über eine Gewinnbesteuerung erreichen lässt. Infolge der Vorwegabschöpfung der Versteigerung entstehen erst einmal keine Gewinne; diese können dementsprechend nicht besteuert werden. Unter Abschöpfungsgesichtspunkten handelt es sich daher eher um einen Verschiebeparkplatz.

¹⁴ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, 3. Auflage, 1924, 289.

¹⁵ Zu beachten ist dabei freilich, dass dem Vorteil der Leistungsempfänger kein staatlicher Aufwand gegenüber steht (vgl. dazu infra III.2.b.). Auf die Abschöpfungsfunktion der Versteigerung weist auch früh *R. Coase* in seinem Aufsatz The Federal Communications Commission, Journal of Law & Economics 2 (1959), 1, 23, hin; vgl. auch *J. McMillan*, Why auction the Spectrum?, Telecommunications Policy 19 (1995), 191, 197 f.; 13. Hauptgutachten der Monopolkommission 1998/99, BT-Drucks. 14/4002 Tz. 50.

III. Anwendungsfälle und- perspektiven

Die Vorteile des Marktgedankens im öffentlichen Recht machen sich immer mehr Staaten zu Nutze. Vorreiter war die Versteigerung von Rohstoffabbaurechten¹⁶. Fristet diese auch eher ein rechtspolitisches Schattendasein, durchläuft die Versteigerung von Frequenznutzungsrechten seit 1989 international eine juristische Blitzkarriere.

Als weltweit erster Staat führte Neuseeland eine Versteigerung von Frequenznutzungsrechten durch¹⁷. Die USA taten sich mit der Gestattung einer Frequenz-Versteigerung schwerer. Von der ersten rechtspolitischen Forderung¹⁸ bis zur gesetzlichen Zulassung der Versteigerung von Frequenzen als Mittel der Allokation von Gütern vergingen 42 Jahre. Erst 1993 ermächtigte der Omnibus Budget Reconciliation Act die Federal Communications Commission (FCC), Rundfunkfrequenzen im Wege der Auktion zuzuteilen¹⁹. Inzwischen kennt eine nicht unerhebliche Zahl der Industriestaaten eine Versteigerung knapper staatlich verwalteter Güter²⁰.

Die erwirtschafteten Erlöse überraschen selbst die größten Optimisten. Sie lassen die Staaten an dem Instrument der Versteigerung Gefallen finden. In Deutschland fanden aufgrund der Ermächtigung des TKG bisher drei Versteigerungen statt. Wurden die ersten beiden kaum in der Öffentlichkeit wahrgenommen, erregte die Versteigerung der UMTS-Frequenzen²¹ im Jahre 2000 großes Aufsehen²². Sie spülte im Bann des Börsen- und Technologiefiebers der New Economy rund

¹⁶ K.W. Dam, The Evolution of North Sea Licensing Policy in Britain and Norway, The Journal of Law and Economics 17 (1974), 213 ff.; ders., Oil resources: Who gets what how?, 1976, 7 ff., 26-28, 148; H. Hartung, Verfahren zur Nutzung erschöpfbarer Ressourcen, 1986.

¹⁷ Vgl. dazu M. Mueller, New Zealand's Revolution in Spectrum Management, Information Economics and Policy 5 (1993), 159 ff.

¹⁸ L. Herzel, "Public Interest" and the Market in Color Television Regulation, Univ. Chicago Law Review 18 (1951), 802, 809 ff.; Herzels Vorschlag griff wenig später der spätere Nobelpreisträger R. Coase (Journal of Law & Economics 2 [1959]), 1 ff.) auf.

¹⁹ Vgl. dazu P. Cramton, The FCC Spectrum Auctions, Journal of Economics and Management Strategy 4 (1997), 431, 446; E. Noam, Spectrum Auctions: Yesterday's Heresy, Today's Orthodoxy, Tomorrow's Anachronism, Journal of Law & Economics 41 (1998), 765 ff.; T. Schroepfer, Allocating Spectrum through the Use of Auctions, Hastings Communications and Entertainment Law Journal 1991, 35 ff.

²⁰ Einen Überblick liefern bspw. P. Klemperer, How (Not) to Run Auctions: the European 3G Telecom Auctions, Discussion Paper, Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper, 2002, 1 ff.; A. Pat/T Valetti, Spectrum Auctions versus Beauty Contests, Rivista di Politica Economica 91 (2001), 59 ff.

²¹ UMTS ist ein neuer Mobilfunkstandard, der eine wesentlich höhere Datenübertragungsrate als der bisherige GSM-Standard ermöglicht. Die Abkürzung steht für „Universal Mobile Telecommunications System“. Böse Zungen übersetzen das Akronym mit „Unerwartete Mehreinnahmen zur Tilgung von Schulden“. Versteigert wurden nicht – wie teilweise fälschlich angenommen – die UMTS-Lizenzen, d.h. das Recht, UMTS-Dienste anzubieten, sondern die Frequenzen, die Voraussetzung für das Angebot von UMTS-Dienstleistungen sind und (technisch bedingt) nur in begrenzter Zahl zur Verfügung stehen. Darauf weist zu Recht K. Ritgen, Versteigerung von Funkfrequenzen und Vergabe von Telekommunikationslizenzen, AöR 127 (2002), 351, 358 ff. nachdrücklich hin.

²² Zur Zulässigkeit der Frequenzversteigerung nach deutschem und europäischem Recht vgl. H. Altmeyden/H.-J. Bunte, Kartellrechtliche Probleme des deutschen UMTS-Versteigerungsverfahrens, in: H.-J. Piepenbrock/F. Schuster (Hrsg.), UMTS-Lizenzvergabe, 2001, 443 ff.; H.-W. Arndt, Versteigerung der UMTS-Lizenzen – ein Plädoyer für die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit, K&R 2001, 23 ff.; F. Becker, Die Versteigerung der UMTS-Lizenzen: Eine neuartige Form der Allokation von Rechten, DV 2002, 3 ff.; D. Beese/D. Neumann, Versteigerungserlöse auf dem TK-Sektor und deren Verwendung, MMR 2000, 145 ff.; R. Breuer, Verfassungsrecht und Versteigerungsverfahren nach § 11 TKG, in: M.-E. Geis/D. Lorenz (Hrsg.), FS für Maurer, 2001, 25 ff.; C. Degenhart, Versteigerung der UMTS-Lizenzen: Telekommunikationsrecht und Telekommunikationsverfassungsrecht, K&R 2001, 32 ff.; M. Faber, Die Verteilung knapper öffentlicher Güter durch Höchstgebot, GewArch. 2002, 264 ff.; M. Fehling, Ausschreibungen und Versteigerungen aus europarechtlicher Perspektive, in: G. Knieps (Hrsg.), Ausschreibungen und Versteigerungen in Verkehrs- und Versorgungsnetzen, 2004 (im Erscheinen); L. Gramlich, Rechtsfragen einer Versteigerung von Telekommunikations-Lizenzen und -Frequenzen, CR 1999, 752 ff.; ders., Versteigerung von Telekommunikations-Lizenzen und -frequenzen aus verfassungs- und EG-rechtlicher Perspektive, CR 2000, 101 ff.; B. Grzeszick, Versteigerung knapper Telekommunikationslizenzen, DVBl. 1997, 878 ff.; J. Heilbock, UMTS – Die dritte Mobilfunkgeneration aus rechtlicher Sicht, MMR 1999, 23 ff.; P. Hess, Das Versteigerungsverfahren nach dem TKG, 2003; U. Hufeld, Die Versteigerung der UMTS-Lizenzen zwischen Telekommunikations- und Finanzverfassungsrecht, JZ 2002, 871 ff.; J.A. Kämmerer, Gemeingüter unter dem Hammer?, NVwZ 2002, 161 ff.; C. Koenig/T. Schäfer, Versteigerung von Telekommunikationslizenzen und Europäisches Gemeinschaftsrecht, K&R 1998, 243 ff.; C. Koenig/A. Neumann, Telekommunikationsrechtliche Optimierung künftiger Lizenz- und Frequenz-Versteigerungen, ZRP 2001, 252 ff.; O. Klöck, Rechtliche Probleme der Versteigerung von UMTS-Lizenzen, RTkom 2000, 280 ff.; M. Kötter, Wettlauf der Abgabepflichtigen?, DVBl. 2001, 1556 ff.; K. Kruhl, Die Versteigerung knapper Frequenzen, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte von Versteigerungen nach § 11 IV TKG, 2003; K. Ritgen, AöR 127 (2002),

50 Mrd. Euro in die Kassen des Finanzministers. Das entsprach rund 20 % des Bundeshaushalts. Das Wort vom „Hans im Glück“ machte seiner Zeit die Runde. In Österreich und in der Schweiz verlief die UMTS-Versteigerung vergleichsweise enttäuschend. Sie erbrachte rund 830 bzw. 200 Mio. Euro. In der Schweiz musste die Versteigerung sogar verschoben werden, da zeitweilig die erforderliche Bewerberzahl weggebrochen war²³.

Über das Paradigma des Telekommunikationsrechts hinaus könnte der Versteigerung Modellcharakter für die Knappheitsverwaltung insgesamt zuwachsen. Die lange Hand des Staates könnte bald bei Zuteilung von knappen Güter- und Personenbeförderungskonzessionen²⁴, Außenwirtschaftsgenehmigungen²⁵, Rundfunkfrequenzen²⁶ etc. zugreifen. Gefunden scheint der staatliche Goldesel des 21. Jahrhunderts, der im Kampf gegen staatliche Finanznot bei Bedarf Geld auswirft.

Der Einfall, die Versteigerung als Mittel der Zuteilung staatlich verwalteter Güter zu verwenden, ist keine Erfindung unserer Tage. Erste Anwender waren die Römer. Sie setzten den Versteigerungsmechanismus nicht selten zur Vergabe öffentlicher Ämter ein. Da der römische Behördenapparat nur rudimentär ausgeprägt war, zog der römische Staat seine Zölle und Steuern nicht selbst ein, sondern vergab das Recht zur Einziehung der Staatseinkünfte an den Meistbietenden im Wege der Versteigerung (*auctio, licitatio*)²⁷. Die Verwalter durften von den Zahlungspflichtigen mehr einziehen, als sie an den Staat abzuführen hatten. Die Differenz verblieb ihnen als Gewinn. Zur prominentesten Versteigerung öffentlicher Ämter kam es im Jahre 193 n. Chr.: Nachdem die kaiserliche Leibgarde den Kaiser *Pertinax* getötet hatte, versteigerte sie die Kaiserwürde unter den Nachfolgeaspiranten. Das höchste Gebot gab der zwar allseits unbeliebte, aber sehr vermögende *Didius Julianus* ab. Seine Freude über den vergleichsweise günstigen Erwerb war jedoch nur von kurzer Dauer. Zwei Monate nach seiner Amtsübernahme köpfte ein Tribun den verhassten Kaiser. Ironischerweise gilt *Didius Julianus* seither als Schutzpatron aller Auktionatoren.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

So wie die Versteigerung der Kaiserwürde eher ein Zeichen des Verfalls als ein gelungener Einfall war, halten viele die Versteigerung unserer Tage für ein juristisches Kuckucksei²⁸, das die Rechtstreue mit der Verlockung des großen Geldes korrumpiert hat²⁹. Sie sei eine Sumpflüte des Ökonomismus³⁰ und Symptom eines neuen Feudalismus der vor einem Ausverkauf von Entscheidungspflichten nicht zurückschrecke.

Unterscheidet der Glaube an den Markt sich von dem Glauben an den Staat nur in der Richtung, nicht aber im Ausmaß des Irrtums?

Der Fall des Kaisers *Didius Julianus* macht jedenfalls eines deutlich: Die Anwendung des Versteigerungsmechanismus im öffentlichen Recht hat Grenzen. Staatlich verwaltete, knappe Güter sind keine gewöhnlichen Marktgüter. Sie stehen unter dem besonderen Regime der Verfassung.

351 ff.; *E.O. Ruhle/M. Geppert*, Versteigerungsverfahren für Funkfrequenzen und Lizenzen, MMR 1998, 175 ff.; *K.-D. Scheuerle*, UMTS – Der Verbraucher ist der Gewinner, MMR 2000, 577 f.; *C. Schulz*, Lizenzvergabe bei Frequenzknappheit, 2003; *K. Schumacher*, Versteigerungserlöse nach § 11 TKG als Verleihungsgebühr?, NJW 2000, 3096 ff.; *S. Storr*, Die Versteigerung von Telekommunikationslizenzen – sachgerechtes Verteilungsverfahren oder neue Einnahmequelle für den Staat?, K&R 2002, 67 ff.; *B. Varadinek*, Rechtmäßigkeit des UMTS-Lizenzvergabeverfahrens im Hinblick auf das TKG und Art. 12 GG, CR 2001, 17 ff.

²³ Vgl. *E. Wolfstetter*, The Swiss UMTS Spectrum Auction Flop, Bad Luck or Bad Design, in: H. Nutzinger (Hrsg.), FS für C. von Weizsäcker, 2003, 281 ff.

²⁴ In den USA werden neben Frequenzen bereits Taxikonzessionen versteigert.

²⁵ Dazu *H. Rummer*, Die Verteilung bei knappen Kontingenten, NJW 1988, 225 ff. *Rummer* lehnt eine Anwendung des Versteigerungsgedankens ausdrücklich ab. Er sieht die Versteigerung nicht als staatlichen Hoheitsakt an und hält eine Verteilung von knappen Außenwirtschaftsgenehmigungen schon deshalb für unzulässig.

²⁶ Vgl. dazu *A. Grünwald*, Fernsehen unter dem Hammer – Möglichkeiten und Grenzen einer Versteigerung von Rundfunkfrequenzen, MMR 2001, 721 ff. Er spricht sich ausdrücklich für eine Versteigerung von Rundfunkfrequenzen aus. § 59 Abs. 2 S. 3 TKG-E schließt das Versteigerungsverfahren für Rundfunkfrequenzen ausdrücklich aus (Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks. 13/3063, 6).

²⁷ Vgl. *M. Kaser*, Römische Rechtsgeschichte, 1993, 83.

²⁸ So ausdrücklich *R. Breuer*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 60, 625, 627; vgl. zum Problemkomplex auch *ders.*, FS für Maurer, 25 ff.

²⁹ So ausdrücklich *E. Schmidt-Jortzig*, Staatlicher Ausverkauf von Entscheidungspflichten, FAZ v. 9. Oktober 2000, 16; *ders.*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 60, 628 f.

³⁰ *K.A. Schachtschneider*, Lizenzversteigerung – eine Sumpflüte des Ökonomismus, FAZ v. 7. September 2000, 11.

Das Grundgesetz schweigt sich zwar über den idealen Zustand der Güterverteilung aus. Es gibt kein vollständiges System der vom Gesetzgeber zu verfolgenden Ziele vor. Die Herstellung einer effizienten Ressourcenallokation macht es weder zum direkten Ziel staatlichen Handelns noch verbietet es sie. Ausdrückliche Erwähnung findet der Begriff der Effizienz lediglich im EG-Vertrag. In Art. 98 S. 2 heißt es: "Die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft handeln im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird." Die Vorschrift sieht die Effizienz als notwendige Folge der Marktwirtschaft an, erklärt sie aber nicht zu einer eigenständigen mitgliedstaatlichen Verpflichtung. Es bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, ob Effizienz für ihre gesetzlichen Regelungen maßgeblich sein soll.

1. Die Grundrechte der Bewerber als Schranke: Sachgerechtigkeit der Versteigerung als Auswahlverfahren

Kommt dem Gesetzgeber bei der Bestimmung der Zuteilungsziele grundsätzlich auch ein weiterer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum³¹ zu, so lässt die Verfassung ihm aber auch nicht völlig freie Hand. Insbesondere die Grundrechte ziehen einer allein am Gedanken der Allokationseffizienz orientierten Verteilungsordnung Grenzen. Die Verteilung knapper staatlich verwalteter Güter wirkt sich auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten aus³². Die Grundrechte determinieren die Verteilungsordnung.

Die Freiheitsrechte schützen gegen eine künstliche Verknappung des Gutes. Wo sie diese nicht verhindern können, schwächt sich ihre Durchschlagskraft zwar ab; dem Freiheitsanspruch des einen steht der gleiche Anspruch des anderen gegenüber.

Die Freiheitsrechte wirken jedoch auf der Verteilungsebene als Auswahlleitlinie und ggf. Differenzierungsverbot fort. Für die Auswahl genügt nicht jedes willkürfreie Argument. Der Realisierungsgrad der Chancen muss durch objektiv sachgerechte und individuell zumutbare Kriterien bestimmt werden³³.

Wann ein Vergabekriterium objektiv sachgerecht und individuell zumutbar ist, hängt von dem mit der Zuteilung verfolgten Zweck ab. Das Kriterium muss sachlich auf den legitimen Zuteilungszweck bezogen sein, darf insbesondere den Zugang zu dem knappheitsbedingt zugangsbeschränkten Freiheitsrecht nicht unverhältnismäßig erschweren.

a. Markt und Umverteilung

Dem Markt fehlt es an einem Bezug zum Zuteilungszweck a priori dort, wo Zweck der Zuteilung eine Umverteilung nach Bedürftigkeit ist. Hier an die Zahlungsbereitschaft anzuknüpfen, stellt die Zuteilung auf den Kopf. Der Markt ist weder geeignet noch dazu gedacht, eine verteilungspolitisch motivierte Umverteilung von Rechten herzustellen. Er verteilt Rechte nach dem Leistungsprinzip: Er pocht auf die absolute Gleichheit von Leistung und Gegenleistung. Wer nicht gibt, bekommt auch nichts. Bedürftigkeit ist ihm fremd.

Leistungsgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) und Verteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*) sind gegenläufige gesellschaftspolitische Prinzipien. Sie sind beide unter dem Dach der Gerechtigkeitsidee des „*sum cuique tribuere*“ vereint, stehen aber in Zielkonflikt³⁴. Sie sind die

³¹ W. Berg, *Der Staat* 15 (1976), 1, 20; C. Koenig, *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung*, 1994, 357 ff.; S. Storr, *K&R* 2002, 67, 69; OVG NRW, NVwZ-RR 1992, 477; BayVGH, NVwZ-RR 1991, 550; BVerfGE 46, 246, 257; 53, 135, 145; 87, 363, 383.

³² Ein anderes Grundverständnis legt D. Murswiek zugrunde (*Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht*, DVBl. 1994, 77, 79 ff.; *ders.*, *Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht*, JZ 1988 S. 985, 992 f.): Er ist der Auffassung, dass die Reichweite der Freiheitsrechte dort endet, wo sie den Zugriff auf Güter erfordern, die nicht dem Einzelnen ausschließlich zugeordnet sind. Natürliche Ressourcen sind in seiner Sichtweise dem Freiheitsbereich des Einzelnen entzogen. Er schränkt damit den grundrechtlichen Freiheitsbereich, den das GG insbesondere im Gefolge des Art. 2 Abs. 1 GG sehr umfassend versteht, über die Verfassung hinaus ein. Ebenso die ganz überwiegende Meinung; vgl. z.B. überzeugend W. Kluth, *Verfassungs- und abgabenrechtliche Rahmenbedingungen der Ressourcenbewirtschaftung*, NuR 1997, 105, 106; K. Ritgen, *AöR* 127 (2002), 351, 375 (mit Fn. 91) u. 387.

³³ Vgl. BVerfGE 43, 291, 316 f. (*numerus clausus*); ferner BVerfGE 33, 303, 338; 55, 159, 166 f.; 57, 295, 327; 83, 238, 319.

³⁴ Ausführlich dazu D. Brown/G. Heal, *Equity, Efficiency and Increasing Returns*, *The Review of Economic Studies* 1979, 571 ff.; G. Britz, *DV* 1997, 185, 197.

beiden Antipoden der Gerechtigkeitsidee. Ihr Verhältnis zueinander rührt zugleich an Grundfragen der Gerechtigkeits- und Verfassungstheorie. Zielkonflikte zwischen ihnen sind nicht automatisch zugunsten des einen oder des anderen Prinzips zu entscheiden³⁵. Der Gesetzgeber kann ihnen auf unterschiedlichen Stufen Rechnung tragen. So kann die Primärverteilung dem Effizienzgedanken folgen, die Bereinigung unerwünschter allokatrischer Wirkungen aber dem Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit durch Transfers, z.B. des Steuer- und Sozialrechts, überantwortet werden³⁶. Unser Rechtssystem macht von diesem Zweistufensystem rege Gebrauch. Die erste Stufe füllt regelmäßig das Privatrecht aus, die zweite das öffentliche Recht.

b. Markt und Menschenrechte

Nicht zielführend ist der Markt auch dort, wo die Zuteilung der Wahrnehmung unverletzlicher und unveräußerlicher Menschenrechte dient, insbesondere im Bereich der Zuweisung lebenswichtiger oder für die Persönlichkeitsentfaltung wichtiger Güter³⁷. Gleiches gilt für staatsbürgerliche Rechte. Ihr Wert ist nicht monetarisierbar. Sie sind dem Nutzenkalkül entzogen. Einer Anknüpfung an die Zahlungsbereitschaft fehlt es an jedem Sachbezug zu dem gewährten Recht.

c. Markt und Marktzugang

Die Anwendung des Marktprinzips im öffentlichen Recht kommt dort in Betracht, wo Gegenstand der Zuteilung ein knappes Gut des Wirtschaftsverkehrs ist, das der Gewinnerzielung dient, wie z.B. bergrechtliche Erlaubnisse, Spielbank- und Wettkonzessionen³⁸, Start- und Landrechte³⁹ etc.⁴⁰. Die Inhaber dieser Güter sollen sich im Wettbewerb bewähren. Kann Wettbewerb *im* Markt aufgrund Knappheit nur eingeschränkt stattfinden, erscheint es nicht sachfremd, einen vorgezogenen Wettbewerb *um* den Marktzugang⁴¹ durchzuführen. Verteilungszweck und Verteilungskriterium scheinen hier Hand in Hand zu gehen.

aa. Chancengleichheit

Ein fairer Zugangswettbewerb setzt freilich die Chancengleichheit der Teilnehmer voraus. Die Individuen müssen eine möglichst gleichmäßige Chance haben, ihre Präferenzen zu artikulieren. Auf dem Markt können sich nur die Präferenzen derjenigen auswirken, die über die notwendigen Mittel verfügen. Die *Zahlungsbereitschaft* hängt von der *Zahlungsfähigkeit* ab.

Derjenige, der über wenige Geldmittel verfügt, hat eine geringere Möglichkeit, seine Präferenzen zu verwirklichen, als jemand, der über viele Geldmittel verfügt. Bei ihm steht hinter dem gleichen gebotenen Betrag ein stärkerer Wunsch, eine Sache zu erwerben, als bei dem, der über mehr Zahlungsmittel verfügt⁴². Geld hat nicht für jeden den gleichen Wert. Die Ökonomie spricht vom sinkenden Grenznutzen des Geldes.

³⁵ F. Kübler, 687, 698 ff.

³⁶ Vgl. G. Britz, DV 1997, 185 (200); E. Gawel, 9, 37.

³⁷ Ähnlich G. Britz, DV 1997, 185, 207; G. Calabresi/A. Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 85 (1972), 1089, 1102 ff.; W. Hoffmann-Riem, 11, 34; M. Kloepfer, Die lenkende Gebühr, AöR 97 (1972), 232, 259; K. Ritgen, AöR 127 (202), 351, 398; C. Tomuschat, Der Staat 12 (1973), 433, 449 f.; B. Wiegand, Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte, DVBl. 1974, 657, 660.

³⁸ Das BVerfG zog in seiner Spielbank-Entscheidung die Versteigerung von Spielbankerlaubnissen ausdrücklich in Betracht. Sie sei gegenüber einem Verbot privater Spielbanken und staatlichem Spielbankenbetrieb ein milderes Mittel, um der Berufsfreiheit Rechnung zu tragen, BVerfGE 102, 197, 218.

³⁹ Vgl. dazu K. Hüschelrath, Infrastrukturengpässe im Luftverkehr, 1998, 289 ff.; T. Tschentscher/C. Koenig, Rechtsqualität und Übertragbarkeit sog. „Slots“ nach dem deutschen Luftverkehrsrecht, NVwZ 1991, 219 ff.; H. Wolf, Zur Vergabe von Start- und Landrechten auf europäischen Flughäfen, Die Weltwirtschaft 1991, 187 ff.

⁴⁰ Der ebenfalls für den Marktgedanken prädestinierte Sonderbereich des Vergaberechts soll hier ausgeklammert bleiben (vgl. dazu instruktiv M. Fehling, Ausschreibungen und Versteigerungen aus europarechtlicher Perspektive, in: G. Knieps (Hrsg.), Ausschreibungen und Versteigerungen in Verkehrs- und Versorgungsnetzen, 2004 (im Erscheinen).

⁴¹ Die Unterscheidung zwischen Wettbewerb im Markt („Competition within the Field of Service“) und Wettbewerb um den Markt („Competition for the Field“) geht auf den Ökonomen E. Chadwick zurück. Er hat sie in seinem Aufsatz „Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe“, Journal of Royal Statistical Soc’y 22 (1859), 381 ff. begründet.

⁴² A. Smith (Der Wohlstand der Nationen. Eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen, hrsg. v. C. Recktenwald, 1993, 49) drückt dies plastisch aus: „So kann man in einem gewissen Sinne sagen, ein sehr armer Mann habe eine Nachfrage nach einem Sechsspänner, da er diesen gern haben möchte, doch handelt es sich hier nicht um eine wirksame Nachfrage.“

Die unterschiedliche Zahlungsfähigkeit blendet der Markt als Problem aus. Er gibt dem, der schon viel hat. Dass rücklagenstarke Unternehmen gegenüber neuen, aber vielleicht innovativen Unternehmen, die die Mittel auf dem Kapitalmarkt teuer beschaffen müssen, Startvorteile haben, interessiert den Markt nicht⁴³ – genauso wenig, dass etablierte Unternehmen, die bereits Vorinvestitionen getätigt, etwa einen Kundenstamm erworben haben, Effizienzvorteile gegenüber Neueinsteigern haben⁴⁴. Für jene hat das gleiche Gut einen höheren Wert. Sie setzen sich im Markt leichter durch. Es ist wohl auch kein Zufall, dass aus den europäischen UMTS-Versteigerungsverfahren nahezu ausschließlich etablierte Anbieter als Sieger hervorgegangen sind⁴⁵.

Will der Staat den Zugang zur Freiheitsbetätigung durch marktliche Verteilungsmechanismen nicht unverhältnismäßig beschränken, muss er Schutzvorkehrungen zugunsten von Neubewerbern vorsehen. Die Versteigerung ist für diese Forderung nicht prinzipiell taub: Teile des zuzuteilenden Kontingents können für Neulinge reserviert werden. Auch ein Abschlag auf den Versteigerungspreis kann die grundrechtlich gebotene Chancengleichheit wahren⁴⁶.

bb. Gefahr sinkender Investitionsbereitschaft und steigender Dienstpreise

Indem eine Versteigerung den Interessenten einen Preis für den Marktzutritt abverlangt, weckt sie die bange Sorge, dass sie die Mittel entzieht, die gerade für die Investition in die Sache erforderlich wären, und zu erhöhten Kundenpreisen führt⁴⁷. Diese Befürchtung überzeichnet indes die Kostenwirkung des Versteigerungserlöses. Es handelt sich für Unternehmen um sog. versunkene Kosten, d.h. irreversibel vordisponierte Ausgaben. Sie sind für das Verhalten im Markt nicht mehr relevant. Sie beeinflussen den Gewinn des Unternehmens, nicht aber den Preis, den es seinen Kunden in Rechnung stellen kann oder will⁴⁸. Die Unternehmen tätigen Investitionen solange und soweit, wie die erwarteten Erlöse die Investitionskosten übersteigen. Der irreversibel erbrachte Marktzutrittspreis ist darauf ohne Einfluss. In einem zugangsbeschränkten Markt können die Unternehmen zwar höhere Preise durchsetzen als in einem offenen. Dies ergibt sich jedoch nicht aus dem erhobenen Marktzutrittspreis, sondern aus der natürlichen bzw. staatlich herbeigeführten Knappheit des Angebots. Würden die Güter nicht versteigert, sondern kostenlos zugeteilt oder würde der Versteigerungserlös zurückgezahlt, würde dies nicht zu einer Senkung der Kundenpreise führen. Die Unternehmen würden die erlangten Vorteile als windfall profits einstreichen, ähnlich wie jemand ein Haus nicht deshalb günstiger verkauft, weil er das Grundstück geschenkt bekam⁴⁹. Die Versteigerung schöpft ihrem Anspruch nach lediglich den Vorteil eines höheren Gewinns, die Knappheitsrente einer Bevorzugung im Markt, ab.

cc. Spielcharakter der Versteigerung – Wertunsicherheit

Die Versteigerung ist eine spezielle Form des Spiels. Sie überlässt die Entscheidung über die Allokation der Ressourcen den Interessenten selbst. Der Staat vertraut das Ergebnis der Zuteilung der unsichtbaren Hand des Marktes an. Er trägt damit auch strategisches Bietverhalten und Anomalien des Marktes in die Auswahlentscheidung hinein.

⁴³ Vgl. grundlegend *D.C. Hubin*, *The Moral Justification of Benefit /Cost Analysis*, *Economics and Philosophy* 10 (1994), 169, 183 u. 185.

⁴⁴ *M. Geppert*, in: *Beckscher TKG-Kommentar*, 2. Aufl. 2000, § 11 Rz. 8; *C. Degenhart*, *K&R* 2001, 32, 33 u. 39; *D. Beese/D. Naumann*, *MMR* 2000, 145, 147; *E. Noam*, *Journal of Law & Economics* 41 (1998), 765 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu *P. Klempner*, 1 ff.

⁴⁶ In den USA wird von diesen Instrumenten in weitem Umfang Gebrauch gemacht; vgl. dazu *K. Wimmer/L. Tiedrich*, *Competitive Bidding and Personal Communications Services: A New Paradigm for FCC Licensing*, *CommLaw Conspectus* 3 (1995), 17, 25 ff.

⁴⁷ Vgl. *D. Beese/D. Naumann*, *MMR* 2000, 145, 147; *E. Noam*, *Journal of Law & Economics* 41 (1998), 765, 775 f.; ähnlich auch für die Verleihungsgebühr BVerfGE 86, 148, 226: Konzessionsabgaben werden „ganz überwiegend über den Preis auf die Abnehmer überwälzt, also von diesen aufgebracht“.

⁴⁸ Vgl. Gutachten der Monopolkommission 1998/99, BT-Drucks. 14/4002 Tz. 47; vgl. zum Problemkreis *H. Schaub*, *Sunk Costs, Rationalität und ökonomische Theorie*, 1997; *U. Blum/J. Mönius*, *Versunkene Kosten und Wirtschaftspolitik*, *Wirtschaftswissenschaftliches Studium* 27 (1998), 7 ff.; *R. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 6. Aufl., 2003, 7.

⁴⁹ Erwägenswert erscheint es gleichwohl, den Versteigerungspreis nicht einmalig vor der Nutzung, sondern über die Nutzungszeit verteilt zu erheben. Das erleichtert insbesondere kleineren, aber innovativen Unternehmen den Markteintritt. Ebenso *Bundesministerium für Post und Telekommunikation* (Hrsg.), *Frequenzregulierung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1991, 10 ff.; *K. Ritgen*, *AöR* 127 (2002), 351, 397.

- Die Absicht, bestimmte Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder keinen Neueinsteiger in den Markt dringen zu lassen, können das Bietverhalten steuern⁵⁰. Die Bieter können durch geheime Absprachen (Kollusion) oder verdeckte Signale an Mitbieter den Ausgang der Auktion zu beeinflussen versuchen⁵¹. Wo das Geld regiert, schweigt die Wahrheit, sagt man in Russland. Insbesondere die in der Praxis meist verwendete Englische Auktion (die Interessenten überbieten sich gegenseitig, bis keiner der Auktionsteilnehmer ein höheres Gebot abgibt) ist für Kollusion anfällig. Bieterkartelle können hier unerkannt arbeiten. Das Unterlaufen einer Kollusionsabsprache (sog. cheating) unterbleibt in der Regel. Es hat für den einzelnen Bieter keine Vorteile. Denn Abweichler aus den eigenen Reihen können sofort erkannt werden; auf die Abweichung können die anderen Bieter unverzüglich reagieren, indem sie weiter bieten⁵². Anders ist es hingegen in der sog. Holländischen Auktion, der Umkehrung der Englischen Auktion (hier beginnt der Versteigerer mit dem Aufruf eines Gebots, welches typischerweise deutlich über dem vermuteten Preis liegt. Er fährt solange mit der Senkung seiner eigenen Gebote fort, bis einer der Interessenten durch Wiederholung des genannten Betrages zuschlägt [oder das Mindestgebot erreicht ist]): Sobald das erste Gebot den Zuschlag erhält, kann ein Bieterkartell das Unterlaufen der Kartellabsprache nicht mehr ahnden. Der Anreiz, sich nicht an eine Kollusion zu halten, ist dadurch relativ hoch. Die Wahrscheinlichkeit für kollusives Verhalten wird deutlich geringer; die Kartellstabilität ist reduziert⁵³. Kollusion lässt sich gleichwohl auch hier keinesfalls ausschließen. Der Staat kann sie nur sanktionieren, insbesondere durch Ausschluss aus der Zuteilung bzw. Entzug des Gutes.
- Marktteilnehmer verhalten sich – wie uns z.B. die Börse lehrt – nicht immer rational. Der homo oeconomicus reinsten Wassers hat sich als Fabelwesen entpuppt. Die Psychologie des Menschen spielt der Rationalität bisweilen einen Streich. Hinter hohen Geboten von Wettberbern vermuten Bieter häufig bessere Informationen über den Wert des Gutes als bei sich selbst. Sie korrigieren ihre eigene Wertschätzung nach oben. Dieses Verhaltensmuster ist aus dem Herdenverhalten bekannt⁵⁴: Es kann Situationen geben, in denen es den Akteuren rational erscheint, ihre privaten Informationen zu ignorieren und dem Verhalten eines anderen Akteurs zu folgen, von dem der Akteur glaubt, dieser habe bessere Informationen als er selbst. Es kommt zu einem Dominoeffekt der Gebote⁵⁵. Auch der mit dem Auktionssieg als solchem verbundene Prestigegewinn lockt manchen Bieter in einen Bietrausch. Der Siegesdrang schaltet die wirtschaftliche Vernunft aus. Ruinöser Bieterwettbewerb, Bietfieber und Emotionskäufe sind die Folge. Auch professionelle Bieter sind davor nicht gefeit⁵⁶. Die Prämisse für die Effizienzgarantie des Marktes ist dann gefährdet. Es erwirbt nicht unbedingt derjenige das Gut, der es am effizientesten nutzt, sondern derjenige, der die optimistischsten Erwartungen an seinen Wert hat.

⁵⁰ Die Ökonomie spricht hier von identitätsabhängigen Externalitäten; vgl. *P. Cramton*, The Efficiency of the FCCs Spectrum Auctions, *Journal of Law and Economics* 41 (1998), 727, 731; *G. Das Varma*, Standard Auctions with Identity Dependent Externalities, *Rand Journal of Economics* 33 (2002), 689 ff.; vgl. zur Kollisionsgefahr auch *R. Breuer*, FS für Maurer, 25, 37 f.; *C. Koenig/A. Neumann*, ZRP 2001, 252, 255; *K. Schumacher*, NJW 2000, 3096, 3097; *B. Varadinek*, CR 2001, 17, 22.

⁵¹ Vgl. *C. Menzel*, Kollusion in Auktionen (Diss. oec.), abrufbar unter <http://www.sub.uni-hamburg.de/disse/375/Disse.pdf>; *S. Niemeier*, 50 ff.; *M. Robinson*, Collusion and the Choice of Auction, *Rand Journal of Economics* 16 (1985), 141 ff.; *P. McAfee/J. McMillan*, *Journal of Economic Literature* 25 (1987), 699, 724 f.

⁵² *J. Kruse* (Lizensierung und Wettbewerb im Mobilfunk, 1993, 193) hält deshalb eine Englische Auktion bei staatlichen Zuteilungsprozessen für ungeeignet.

⁵³ Diesem Vorteil der Holländischen Versteigerung korrespondiert allerdings eine geringere Verteilungswirksamkeit: Der Bieter ist noch mehr als bei der Englischen Auktion in seiner Bietstrategie darauf angewiesen, das strategische Verhalten der anderen Teilnehmer abzuschätzen. Das Versteigerungsobjekt wird nicht unbedingt von demjenigen Bieter ersteigert, der es ex post am meisten schätzt, sondern von dem risikofreudigsten Bieter. Vgl. *W. Vickrey*, Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders, *Journal of Finance* 16 (1961), 8, 17 u. 20.

⁵⁴ Vgl. dazu *A. Banerjee*, A Simple Model of Herd Behaviour, *Quarterly Journal of Economics* 107 (1998), 797 ff.; *D. Scharfstein/J. Stein*, Herd behaviour and investment, *American Economic Review* 80 (1990), 465 ff.

⁵⁵ Vgl. *J. Kagel/D. Levin*, Bidding in Common-Value Auctions: A survey of Experimental Research, in: dies. (Hrsg.), *Common Value Auctions and the Winner's Curse*, 2002, 1, 11 f.; vgl. dazu auch *M. Beckmann*, *Ökonomische Analyse deutscher Auktionen*, 1999, 286 f.; *D. Kahnemann/J. Knetsch/R.H. Thaler*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias, *Journal of Economic Perspectives* 5 (1991), 193, 199 ff.; *S. Niemeier*, *Die UMTS-Auktion – eine spieltheoretische Analyse*, 2002, 55 ff.

⁵⁶ *J. Kagel/D. Levin/R. Battalio/D. Meyer*, First-Price Common-Value Auctions: Bidder Behavior and the "Winner's Curse", in: *J. Kagel/D. Levin* (Hrsg.), *Common Value Auctions and the Winner's Curse*, 2002, 85, 101.

Zu irrationalem Bietverhalten kommt es insbesondere dort, wo der Wert des zu versteigernden Gutes mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Die Erstversteigerung staatlich verwalteter Güter, die einen neuen Markt eröffnen, ist ein blühendes Beispiel dafür. Sie verlangt den Interessenten eine Entscheidung unter Unsicherheit ab. Je höher der Grad der Unsicherheit über den Wert des Gutes, um so größer die Gefahr irrationaler Entscheidungen. Die Auswahlwirkung nimmt mit dem Grad der Unsicherheit über den Wert des Gutes ab. Dort, wo der Wert für die Marktteilnehmer zu einer bloßen Spekulationsgröße wird, ist der Markt als Verteilungsmechanismus ungeeignet.

Solange die Wertunsicherheit aber die Effizienzunterschiede zwischen den Interessenten nicht überwiegt und diese ihren Nutzen besser beurteilen können als der Staat, sichert der Markt freilich grundsätzlich eine effizientere Allokation als eine auf Basis staatlicher Information getroffene Entscheidung. Ist der Ausleseprozess auch nicht fehlerfrei, so erweist er sich im Zweifel als zielsicherer als die Alternativen. Diese gesetzgeberische Einschätzung ist jedenfalls nachvollziehbar. Sie scheint von dem gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum gedeckt.

dd. Gemeinwohlorientierung der Zuteilung

Mit Allokationseffizienz allein gibt sich das öffentliche Recht nicht zufrieden. Öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung ist mehr als leistungsgerechter Gütertausch. Sie zielt auf eine gemeinwohlorientierte, nicht lediglich effiziente Nutzung.

Effizienz muss sich mit öffentlichem Nutzen nicht decken. Der Gebrauch eines Gutes, der den privaten Nutzen am meisten steigert, wird nicht notwendig auch den sozialen Nutzen steigern. Der Markt hat nicht die Interessen der Allgemeinheit im Auge. Er sucht sich unter den Verteilungsoptionen nicht diejenige heraus, die nach einem übergeordneten Wohlfahrtskriterium die beste ist. Er interessiert sich nicht dafür, ob eine Güterverteilung als gut, gerecht oder gesellschaftlich wünschenswert anzusehen ist⁵⁷. Die Ausgeschlossenen sind ihm gleichgültig. Der Effiziente bietet denjenigen seine Leistungen an, die ihm den höchsten Gewinn versprechen. Ältere Menschen zählen dazu im Zweifel weniger als jüngere, ländliche Regionen weniger als Ballungsgebiete. Der Markt kennt keinen Infrastrukturauftrag. Er stellt als solcher keine verfassungsrechtlich hinnehmbare Güterverteilung, insbesondere gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung her. Der Marktprozess bedarf der Korrektur.

Die Zahlungsbereitschaft kann nur eine Facette eines umfangreicheren öffentlich-rechtlichen Zuteilungsmodells sein. Sie ist nicht als solche, sondern nur im Verbund mit anderen ein zulässiges Zuteilungskriterium. Für die Erreichung *bestimmter* Zuteilungswirkungen ist Zwang erforderlich. Die sonstigen Zuteilungsziele muss das Recht dem Markt als Rahmenbedingungen vorgeben. Sie können dem Marktprozess entweder vorgeschaltet werden. Sie können aber auch – das wird regelmäßig übersehen – in den Versteigerungsprozess integriert werden. Die Versteigerung kann durch eine entsprechende Gestaltung sehr viele Nebenziele erreichen, sofern sich diese exakt formulieren lassen⁵⁸. Insbesondere muss der Zuteilungspreis nicht notwendigerweise in Geld ausgedrückt werden; Preismechanismus und Geldmechanismus sind nicht dasselbe. Der Preis kann auch, zumindest teilweise, in nicht monetären öffentlichen Leistungen, insbesondere Auflagen bestehen, z.B. einer Netzabdeckungsverpflichtung⁵⁹. Das Ziel der Allokationseffizienz leidet darunter nicht. Es gibt den Inhalt der Gegenleistung nicht vor. Entscheidend ist für das Ziel der Allokationseffizienz alleine, dass die Leistungen die Präferenzen des Interessenten abfragen. Der Bieterwettbewerb soll die Interessenten zur wahrheitsgemäßen Offenbarung der eigenen Nutzererwartungen veranlassen und dadurch die Informationssymmetrie zwischen Staat und Interessenten aufbrechen – und zwar durch Auferlegung wertspiegelnder Kosten. Worin diese Kosten bestehen (ob in Geld oder Sachleistungen) und wohin sie fließen, ist insoweit ohne Belang. (Kriterientransparente, gegenleistungsorientierte) Ausschreibungen und Versteigerungen stehen einander näher, als die Diskussion um die Instrumente der Verteilungslenkung glauben macht⁶⁰.

⁵⁷ Vgl. A. Endres/I. Qurner, Die Ökonomie natürlicher Ressourcen, 2. Aufl. 2000, 156 ff.; C. von Weizsäcker, Leistet der Markt die optimale intertemporale Allokation von Ressourcen?, in: H. Siebert (Hrsg.), Erschöpfbare Ressourcen, 1980, 795, 797.

⁵⁸ Vgl. J. McMillan, Telecommunications Policy 19 (1995), 191, 194 f.

⁵⁹ Ähnlich für den Rundfunk, C. Engel, Medienordnungsrecht, 1996, 64 f. u. 84 f.

⁶⁰ Das wird bspw. nicht zuletzt daran deutlich, dass Ausschreibungen des Rechts der Leistungsvergabe sich aus Versteigerungen heraus entwickelt haben. In Deutschland des 17. und 18. Jahrhunderts wurden öffentliche Aufträge noch verbreitet im Wege von mündlichen versteigerungssähnlichen Verfahren vergeben. Infolge des dadurch

Beide sind Bieterwettbewerbe, die die Leistungsbereitschaft der Interessenten über den (wirtschaftlichen) Preis abfragen. Sie unterscheiden sich lediglich in der Art des festgelegten Preises.

Je enger der Sachbezug der Gegenleistung zu den sonstigen Verteilungszwecken ist, um so eher erreicht die Zuteilung nicht nur eine effiziente, sondern auch die erwünschte gemeinwohlorientierte Verteilungswirkung. Wo der Markt im Einzelfall dem Effizienzziel nicht gehorcht, stellt eine sachbezogene Gegenleistung eine gemeinwohlorientierte Nutzung des Gutes auch dann noch sicher, wenn eine zweckfreie Geldzahlung ohne Steuerungswirkung bleibt⁶¹. Sie kann Fehlallokationen noch während der Nutzungszeit durch Entzug korrigieren. Sie begrenzt die Risiken, die für die Gesellschaft mit einer marktlichen Allokation einhergehen.

Eine sachbezogene Gegenleistung führt den Staat auch nicht in die Versuchung, fiskalische Gesichtspunkte in die Verteilungsentscheidung hineinzutragen. Unter dem Diktat knapper Kassen wird für den Gesetzgeber die Vorstellung verlockend, den Verteilungsvorgang als Gelegenheit zur Sanierung angespannter Haushalte zu nutzen. Die Möglichkeit, durch die Wahl des Zuteilungskriteriums dem Staat erhebliche finanzielle Mittel zu erschließen, macht die Auswahlentscheidung anfällig für fiskalische Ertragsanliegen. Sie sät die Gefahr eines Missbrauchs staatlicher Verteilungsentscheidungen zu Zwecken staatlicher Haushaltssanierung. Es lässt aufhorchen, dass der US-Kongress seine Vorbehalte gegen Versteigerungsverfahren erst unter dem Eindruck eines großen Haushaltsdefizits beiseitegeschoben hat⁶². „Wer unter dem Joch des Geldes steht, dürfte wohl niemals gerecht sein können“, mahnt der griechische Philosoph *Demokrit*. Das Motiv eigener Einnahmeerzielung verträgt sich nicht mit der Aufgabe rechtsstaatlicher Bewältigung von Knappheit⁶³. Das grundrechtliche Teilhaberecht soll die Verwaltungsentscheidung gegen fiskalische Ertragsanliegen gerade abschirmen. Das Gebot der Sachgerechtigkeit soll sicherstellen, dass alleine die Zuteilungsziele die Zuteilungsentscheidung beeinflussen, nicht aber andere, insbesondere fiskalische Interessen des Staates. Die Unbefangenheit der staatlichen Zuteilungsentscheidung gegenüber fiskalischen Ertragsanliegen ist eine Errungenschaft des Rechtsstaates. Ihr dient auch die Trennung von staatlicher Zuteilung und Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs durch Steuern im Steuerstaat⁶⁴.

Allein die Möglichkeit eines sachfremden Motivs infiziert die Sachgerechtigkeit der Auswahl freilich nicht zwingend⁶⁵. Die *Gelegenheit* zum Missbrauch ist nicht der Missbrauch selbst. Der

hervorgerufenen teilweise ruinösen Preiswettbewerbs kam es jedoch häufig zu unüberlegten oder unvollständigen Angeboten, die die Zuschlagsgewinner nicht oder nur unter Qualitätseinbußen einhalten konnten. Die Versteigerungsverfahren wurden daher später durch qualitätsorientierte Ausschreibungsverfahren abgelöst. Vgl. *M. Fehling*, Ausschreibungen und Versteigerungen aus europarechtlicher Perspektive, in: G. Knieps (Hrsg.), Ausschreibungen und Versteigerungen in Verkehrs- und Versorgungsnetzen, 2004 (im Erscheinen), 17 des Manuskripts; *H. Glaes*, in: O. Reidt/T. Stickler/dies. (Hrsg.), Vergaberecht-Kommentar, 2. Aufl. 2003, Einl. Rz. 1.

⁶¹ Das übersieht *K. Kruhl*, 124, wenn er behauptet, es erscheine mehr als fraglich, ob durch sachbezogene Gegenleistungen, tatsächlich in vergleichbarem Maße das Gemeinwohl gefördert werden könne.

⁶² Vgl. *A. Bourdeau de Fontenay*, Auctions vs. Beauty Contests, Is it the Question?, *Communications & Strategies* 36 (1999), 111, 114; *E. Noam*, *Journal of Law & Economics* 41 (1998), 765 ff.; Auktionstheoretiker heben den Aspekt staatlicher Einnahmeerzielung gerne unverhohlen als Vorteil von Auktionen hervor, vgl. z.B. *J. McMillan*, *Telecommunications Policy* 19 (1995), 191, 193.

⁶³ Ebenso *R. Breuer*, FS für Maurer, 25, 38 f. u. 41 (er lässt allerdings eine fiskalische Einnahmeerzielung als „Nebenzweck“ zu; m.E. ist sie bei Versteigerungserlösen lediglich als Nebenfolge, nicht als Neben Zweck zulässig); *B. Grzeszick*, DVBl. 1997, 878, 883; *J. Heimlich*, Die Verleihungsgebühr als Umweltabgabe, 1996, 208 ff.; *J.A. Kämmerer*, NVwZ 2002, 161, 164; *P. Kirchhof*, Staatliche Einnahmen, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 1990, § 88, Rz. 183; *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 390; *P. Selmer*, Die UMTS-Versteigerung vor dem BVerfG: Alle Fragen bleiben offen, NVwZ 2003, 1304, 1311; wenig beeindruckt vom Gefahrenpotenzial einer Kommerzialisierung demgegenüber *K. Kruhl*, 114 („subjektive Wertung mit dem Inhalt, ein solches Verhalten `gehöre` sich für den Staat nicht“), 251 ff. („reine Schlagworte ohne verfassungsrechtlichen Gehalt“).

⁶⁴ *H.-W. Arndt*, Lenkung durch Steuern und sonstige Abgaben auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts: Bestandsaufnahme und Perspektiven, WiVerw. 1990, 1, 36; *P. Kirchhof*, HBSrR IV, § 88 Rz. 187. Der Begriff des Steuerstaates wurde erstmals 1918 von *Schumpeter* in einer Erwiderung auf kurz zuvor veröffentlichte Thesen *Goldscheids* geprägt. *Schumpeter* verstand den Begriff des Steuerstaates als Gegenbegriff zum „Unternehmerstaat“. Der Begriff des Steuerstaates sollte zum Ausdruck bringen, dass der Staat seine nach dem Ende des 1. Weltkrieges bestehenden finanziellen Probleme nicht vorrangig durch eigene erwerbswirtschaftliche Betätigung („Unternehmerstaat“), sondern über Steuern decken solle.

⁶⁵ Ebenso *J.A. Kämmerer*, NVwZ 2002, 161, 164; *P. Selmer*, NVwZ 2003, 1304, 1311; ähnlich für die Verleihungsgebühr *J. Heimlich*, 310.

Versteigerungserlös ist grundsätzlich als unausweichliche Nebenfolge des Zuteilungskriteriums „Zahlungsbereitschaft“ soweit hinzunehmen, wie das Zuteilungskriterium selbst sachgerecht und verhältnismäßig ist⁶⁶. Fehlerhaft ist die Auswahlentscheidung erst dann, wenn der fiskalische Zweck sie bestimmend beeinflusst, d.h. andere ebenso zielführende Vergabekriterien auf dem Altar fiskalischer Interessen geopfert werden.

- Wo der Staat eine allokatationseffiziente Zuteilung auch ohne die Informationen des Marktes vornehmen kann, insbesondere die ihm zugänglichen oder beschaffbaren Informationen ausreichen, um eine Effizienz-Auswahl zu treffen (Bsp.: Unter den sieben Bewerbern für sechs Marktzutrittsrechte befindet sich einer, der ersichtlich nicht die gleiche Effizienz wie die anderen Bewerber aufweist), darf er sich des Marktes als Zuteilungsmechanismus nicht bedienen. Er missbraucht sonst den Zuteilungsvorgang zur Freiheitsbeschränkung. Die Zahlungsbereitschaft ist ein Reservekriterium, das erst dort Einsatz finden kann, wo die Informationen des Staates nicht ausreichen, um eine allokatationseffiziente Auswahlentscheidung zu treffen. Ein genereller Vorrang der Versteigerung vor der Ausschreibung, wie ihn § 11 Abs. 6 TKG (bzw. § 59 Abs. 2 S. 1 TKG-E) anordnet, erscheint verfassungsrechtlich problematisch. Dem freiheitsrechtlichen Regime des Grundgesetzes entspricht eine umgekehrte Rangfolge. Das gilt jedenfalls dort, wo der Zugang zu der Freiheitsbetätigung grundsätzlich grundrechtlich gewährleistet ist.

- Wo nur der Preis die gewünschte effiziente Allokation sicherstellen kann, erscheinen sachbezogene Gegenleistungen sachnäher als monetäre. Sie sind freilich nicht unbegrenzt volkswirtschaftlich sinnvoll: Sie können den Wert des Gutes nicht immer spiegeln. Es können sich zudem Durchsetzungsprobleme stellen, wenn die versprochenen Leistungen nicht erbracht werden. Bei mehreren Sachkriterien werden Verrechnungseinheiten erforderlich.

Unter Beachtung des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums empfehlen sich daher Mischmodelle beider Zuteilungsmechanismen: In einem zweistufigen Verfahren könnte zunächst ein versteigerungsähnlicher Bieterwettbewerb auf der Basis sachbezogener Gegenleistungen, wie z.B. Netzabdeckungsgrad, stattfinden. Ist deren Auswahlwirkung nach Maßgabe des verteilungspolitisch Sinnvollen und Verhältnismäßigen ausgereizt, könnte in einer zweiten Stufe ggf. der Preis im Übrigen durch ein monetäres Verfahren ermittelt werden.

ee. Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt

Die Versteigerung überlässt die Bestimmung des Grundrechtsberechtigten wie die Höhe der hierfür geforderten Gegenleistung grundsätzlich den Marktteilnehmern. Entscheidungen über die Zuteilung von Rechten darf der Gesetzgeber freilich nicht ohne Weiteres und unbegrenzt delegieren. Das Grundgesetz legt ihm in gewissem Umfang Entscheidungspflichten auf. Insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung muss er alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Der Staat scheint sich bei der Versteigerung einer Entscheidung zu verweigern – ähnlich wie Buridans Esel, der zwischen zwei gleich großen Heuhaufen stehend, keinem von beiden den Vorrang einzuräumen vermochte und daher an Hunger verendete. Gleichwohl: Der Vergleich hinkt. Der Versteigerungsprozess verhandelt nicht die Zuteilungsentscheidung ohne den Staat. Er ist ein Informationsgewinnungsprozess, der dem Staat Informationen über die Leistungsbereitschaft der Interessenten verschafft. Auf ihrer Basis trifft er die Entscheidung über die Zuteilung nach seinen vorher festgelegten Regeln selbst: Er entscheidet, ob und wann das Leistungsgebot die Zuteilung rechtfertigt⁶⁷.

Damit sind die Fesseln des Parlamentsvorbehalts jedoch nicht gesprengt: Nicht die Verwaltung, sondern der Gesetzgeber darf und muss das Paket schnüren. Der Gesetzgeber muss angesichts der mit der Versteigerung verbundenen Grundrechtsbelastungen Rahmenbedingungen für „ob“ und „wie“ vorgeben. Wann die Versteigerung zur Anwendung kommt, darf er nicht dem Gutdünken der Verwaltung überlassen. Er muss auch die Grundzüge der Auktionsgestaltung festlegen. Versteigerung ist nicht gleich Versteigerung. Ob sie ihr Ziel effizienter Allokation und fairer Auslese erreicht, hängt entscheidend vom Auktionsdesign ab. Die Versteigerung darf insbesondere nicht lediglich auf eine staatliche Einnahmeveranschaffung ausgerichtet sein und hat die grundrechtlichen Erfordernisse von Newcomern zu beachten. Die Auktionsform (offen oder

⁶⁶ Vgl. dazu auch infra IV.2.b.; ähnlich für die Verleihungsgebühr, *J. Heimlich*, 159 u. 209; *S. Meyer*, Gebühren für die Nutzung von Umweltressourcen, 1995, 165 u. 212.

⁶⁷ *A.A. F. Becker*, DV 2002, 3, 19 f.

geschlossen, einstufig oder mehrstufig, simultan oder sequenziell⁶⁸), die Gebots- und Zahlungsbedingungen, Sonderregeln für Newcomer sind für die Auswahlwirkung des Zuteilungsvorgangs entscheidend und damit grundrechtswesentlich⁶⁹. Das TKG z.B. überantwortet dies der Verwaltung. Es setzt das Spiel an, sagt aber nicht, nach welchen Regeln gespielt werden soll. Mit dem Parlamentsvorbehalt scheint dies schwerlich vereinbar.

2. Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit; Grundrechte der Ersteigerer

Versteigerungserlöse verschaffen dem Staat aufwandsfrei erhebliche Einnahmen. Sie stellen die Finanzverfassung vor eine Herausforderung.

An der Finanzverfassung müssen sich die Erlöse dann messen lassen, wenn sie sich als Abgaben entpuppen, d.h. wenn sie dem Bürger einseitig und hoheitlich auferlegt werden⁷⁰.

Versteigerungserlöse sind die Folge eines eigenverantwortlichen und freiwilligen Gebots. Das Gebot ist zugleich aber Teil einer *hoheitlichen* Zuteilungsentscheidung. Die Zahlungspflicht erreicht den Bürger hoheitlich, knüpft dabei an das Gebot als Mitwirkungsakt an. Die Versteigerung veräußert nicht vertraglich eine dem Staat zustehende Sache. Der Staat maßt sich mit ihr keine Eigentümerstellung über das Gut an, sondern übt treuhänderisch eine hoheitliche Zuteilungsaufgabe aus. Für Telekommunikationsfrequenzen weist Art. 87 f II GG ihm diese Aufgabe zu; für andere Güter, wie Taxikonzessionen, Spielbankerlaubnisse, Emissionslizenzen etc. folgt sie (vorbehaltlich spezieller verfassungsrechtlicher Aufgabenzuweisungen) aus der Gesetzgebungskompetenz. Versteigerungserlöse sind damit nicht als vertragliche Entgelte dem Zugriff der Finanzverfassung entzogen. Sie unterstehen ihrem Regime⁷¹.

a. Finanzverfassungsrechtliche Verortung

Ob Versteigerungserlöse im Gebäude der Finanzverfassung einen rechtmäßigen Platz haben, ist geheimnisumwittert. Nur eines scheint weitgehend konsensfähig: In der Etage „Steuern“ ist für sie kein Raum. Versteigerungserlöse sind anders als Steuern marktliche Gegenleistungen⁷². Sie knüpfen an die Zuwendung eines Sondervorteils an, sollen dessen Wert vergüten. Es handelt sich um nichtsteuerliche Abgaben⁷³.

⁶⁸ Vgl. zu den unterschiedlichen Auktionsformen z.B. *R. Cassady*, 56 ff.; *V. Krishna*, 13 ff.; *P. McAfee/J. McMillan*, *Journal of Economic Literature* 25 (1987), 699 ff.; *J. McMillan*, *Selling Spectrum Rights*, *Journal of Economic Perspectives* 8 (1994), 145, 153.

⁶⁹ Das übersieht m.E. bspw. *L. Gramlich*, CR 2000, 101, 102 f.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 13, 181, 198; *H. Fischer-Menshausen*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 105, Rz. 7; *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 365.

⁷¹ Ebenso *H.-W. Arndt*, K&R 2001, 23, 24; *F. Becker*, DV, 2002, 3, 14; *B. Grzeszick*, DVBl. 1997, 878, 883; *M. Kötter*, DVBl. 2001, 1556, 1560; *K. Kruhl*, 160 f.; *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 365; *K. Schumacher*, NJW 2000, 3096, 3098; a.A. *P. Selmer*, NVwZ 2003, 1304, 1308 (es fehle an der Tatbestandsmäßigkeit der Gebühr, nämlich ihrer Auferlegung nach allgemeinem Maßstab. Dem Erfordernis ist m.E. insofern genügt, als die Leistungspflicht an den Tatbestand des Zuschlags in der Versteigerung anknüpft und von allen erhoben wird, die aus dem Versteigerungsverfahren als Sieger des Zuteilungswettbewerbs hervorgehen); *H. Altmeyen/H.J. Bunte*, in: Piepenbrock/Schuster, UMTS-Lizenzvergabe, 443 u. 493 (Versteigerung als Handlungsform des Zivilrechts; sie übersehen dabei den Charakter der Versteigerung als hoheitliche Zuteilungsaufgabe sowie, dass die Handlungsform nicht zwingend einen Schluss auf die Rechtsnatur zulässt); *O. Klöck*, RTKom 2000, 280, 286; *L. Gramlich*, CR 2000, 101, 106; *M. Faber*, GewArch. 2002, 264, 267; er stuft die Versteigerungserlöse – ähnlich wie Säumniszuschläge, Bußgelder, Geldstrafen, Zwangsgelder (vgl. §§ 40-43 StGB, § 17 f. OWiG, § 888 ZPO, § 11 VwZG u.a.) – nicht als hoheitliche Abgaben, sondern als sonstige Abgaben ohne Finanzierungsfunktion ein. Diese haben sich historisch gesondert vom Abgabenrecht entwickelt und werden daher üblicherweise nicht an seinen Maßgaben gemessen. Systematisch handelt es sich aber um Lenkungsabgaben, die auch finanzverfassungsrechtlich als solche behandelt werden sollten (so auch konsequent *D. Dickertmann/S. Gelbhaar*, Einnahmensystematische Zuordnung und Finanzausgleichsrelevanz von Geldstrafen und anderen monetären Sanktionen, DV 1995, 475 ff.). Vgl. dazu auch infra IV.2.c.

⁷² Insoweit kommt es auf den materiellen Gehalt der Abgabe, nicht auf ihre Bezeichnung an; vgl. BVerfGE 92, 91, 112.

⁷³ Ausdrücklich auch BVerfGE 105, 185, 193; ebenso im Ergebnis *H.-W. Arndt*, K&R 2001, 23, 25; *M. Kötter*, DVBl. 2001, 1556, 1560; *K. Kruhl*, 160 f.; *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 366 f.; einige wollen eine unzulässige nichtsteuerliche Abgabe noch als Steuer rechtfertigen (dezidiert *E. Sander*, *Der „Wasserpfeffig“ - eine Abgabe mit oder ohne staatliche Gegenleistung?*, DVBl. 1990, 18; 19; *R. Wendt*, *Die Gebühr als Lenkungsmittel*, 1975, 54 ff.; *K. Vogel*, *Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes*, in: J. Isensee/P. Kirchhof; HBSStR IV, 2. Aufl. 1999, § 87 Rz. 45. Dafür ist in dem auf Formenklarheit angelegten finanzverfassungsrechtlichen System des GG jedoch kein Raum.

Für diese enthält das GG keine *ausdrücklichen* Vorgaben, insbesondere keinen *numerus clausus* zulässiger Typen⁷⁴. Aus den Vorschriften der Finanzverfassung ergeben sich für sie aber mittelbar Anforderungen. Könnten neben den Steuern beliebig nichtsteuerliche Abgaben erhoben werden, würden die finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln umgangen. Die Architektur der Finanzverfassung geriete ins Wanken. Es käme zu einer zweiten akopyphen Finanzverfassung. Der schon als Steuerpflichtige zur Finanzierung der Gemeinlasten herangezogene Bürger würde einem zusätzlichen Zugriff auf sein Vermögen ausgesetzt. Nichtsteuerliche Abgaben bedürfen daher einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Sie müssen sich ihrer Art nach von der Steuer deutlich unterscheiden. Es muss einen einleuchtenden Grund dafür geben, dass der Gesetzgeber sein Regelungsanliegen gerade durch die Auferlegung einer Geldleistungspflicht zu realisieren sucht⁷⁵. Die Vorschriften der Finanzverfassung entfalten eine Schutz- und Begrenzungsfunktion.

b. Besondere sachliche Rechtfertigung

Als rechtfertigender Sachgrund für Versteigerungserlöse kommt ihre Zuteilungs- und Abschöpfungswirkung in Betracht. Sie schöpfen einen Sondervorteil ab, der sich aus der Bevorzugung in einer Knappheitssituation ergibt. Leistung und Gegenleistung stehen sich grundsätzlich aufkommensneutral gegenüber. Es handelt sich um einen Ausgleich für einen geldwerten Vorteil. Das ist die klassische Funktion der abschöpfenden Gebühr⁷⁶.

Der abgeschöpften Wertsteigerung auf Seiten des Abgabepflichtigen korrespondiert kein Verlust auf Seiten des zuwendenden Staates; der Zahlung steht kein staatlicher Aufwand gegenüber. Der Versteigerungserlös führt zu einer massiven Aufstockung des staatlichen Vermögenssaldos. Die Gebühr ist (entgegen häufig vertretener Auffassung⁷⁷) indes nicht darauf beschränkt, einen Abfluss staatlicher Finanzkraft auszugleichen. Die Kostenverursachung ist für die Gebühr nicht konstitutiv⁷⁸. Solange der Gebühr ein entsprechender Vorteil des Bürgers gegenüber steht, d.h. die Einnahmeerzielung lediglich Nebenfolge der Abgabenerhebung, nicht ihr Ziel ist, tritt sie grundsätzlich nicht in unauflösbaren Konflikt mit dem Verbot der Kommerzialisierung und der Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung. Für die Abgrenzung von Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben kommt es nicht auf den staatlichen *Aufwand*, sondern auf die staatliche *Leistung* an. Was die Gebühr von der Steuer unterscheidet, ist der besondere Grund ihrer Erhebung, nicht ein besonderer Verwendungszweck. Eine Leistung setzt nicht notwendig Vermögenseinbußen oder finanzielle Aufwendungen auf Seiten des Leistenden voraus. Auch ein aktives staatliches

Vgl. BVerfG, NVwZ 2003, 715; S. Meyer, 63 ff.; zur Problematik der formellen oder materiellen Abgrenzung zwischen Steuern und Vorzugslasten vgl. auch J. Wieland, Die Konzessionabgaben, 1991, 262 ff.

⁷⁴ BVerfGE 55, 274 (300 ff.); 78, 249 (266); 93, 319, 342; BVerfG, NVwZ 2003, 1241, 1242; H.-W. Arndt, K&R 2001, 23, 25; J. Heimlich, 31; K. Ritgen, AöR 127 (2002), 351, 368; kritisch P. Selmer/C. Brodersen, Die Verfolgung ökonomischer, ökologischer und anderer öffentlicher Zwecke durch Instrumente des Abgabenrechts, DVBl. 2000, 1153, 1154.

⁷⁵ Grundlegend BVerfGE 93, 319, 342 (Wasserpfeffig), st. Rspr.; aus der umfangreichen Literatur hierzu J. Heimlich, 155 ff.; J.A. Kämmerer, NVwZ 2002, 161, 162; K. Ritgen, AöR 127 (2002), 351, 372; U. Sacksofsky, Umweltschutz durch Abgaben, 2000, 153 ff.; J. Wieland, 296 ff.

⁷⁶ Die konkrete abgabenrechtliche Einordnung des Versteigerungserlöses in das Gebäude der Finanzverfassung ist sehr umstritten. Neben einer Benutzungsgebühr, insbesondere einer Sondernutzungsgebühr (in diese Richtung tendierend: M. Fehling, Gemeindegebrauch und Sondernutzung im System des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Wirtschaftsverwaltungsrechts, JuS 2003, 246, 249) wird vor allem eine Einstufung als Verleihungsgebühr vorgeschlagen, so z.B. F. Becker, Staatliche staatliche Versteigerungserlöse: Anlass zur Reform der Finanzverfassung?, DÖV 2003, 177, 178; B. Grzeszick, DVBl. 1997, 878, 883; M. Kötter, DVBl. 2001, 1556, 1560 ff.; J.A. Kämmerer, NVwZ 2002, 161, 162 f., 168; M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, 487; K. Ritgen, AöR 127 (2002), 351, 384 ff.; eine Verleihungsgebühr ablehnend rechtfertigt K. Kruhl, 232 ff. den Versteigerungserlös als Ressourcennutzungsgebühr. Andere (z.B. H.-W. Arndt, K&R 2001, 23, 25) sprechen von einer Abgabe sui generis. Einig ist man sich in der Ablehnung eines Sonderabgabencharakters des Versteigerungserlöses. Es fehlt an einer Finanzierungsverantwortlichkeit der Interessenten für die Aufgabe, die mit der Versteigerung finanziert werden soll, und der gruppennützigen Verwendung der erlösten Mittel (vgl. H.-W. Arndt, K&R 2001, 23, 28 f.; F. Becker, DV 2002, 3, 19).

⁷⁷ Vgl. F. Becker, DV 2002, 3, 17; K.H. Friauf, "Verleihungsgebühren" als Finanzierungsinstrument für öffentliche Aufgaben?, in: FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, 679, 682; E. Sander, DVBl. 1990, 18, 23.

⁷⁸ Ebenso insbesondere BVerfGE 93, 319, 346; H.W. Arndt, K&R 2001, 23, 30; J. Heimlich, 208 ff.; J. Wieland, 305; K. Vogel, Vorteil und Verantwortlichkeit: Der doppelgliedrige Gebührenbegriff des Grundgesetzes, in: FS für Willi Geiger, 1989, 518, 530 ff.

Handeln, das die Leistung hervorbringt, ist nicht unbedingt erforderlich. Eine auf die Abschöpfung beschränkte nichtsteuerliche Abgabe lässt insbesondere die allgemeine Leistungsfähigkeit der Bürger, die zu schützen der Grundgedanke des Steuerstaatsprinzips ist, unberührt⁷⁹.

Eine Gebühr darf einen Vorteil nur dann abschöpfen, wenn auf ihn nicht bereits von Verfassungs wegen ein Anspruch besteht. Sonst wird sie zu einem unzulässigen Preis für Freiheit⁸⁰. Auf die Durchführung eines rechtsstaatlichen Zuteilungsverfahrens hat der Bürger bereits kraft seines Teilhaberechts einen verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch. Die Zuteilung ist im Regelfall auch Voraussetzung für die Ausübung von grundgesetzlich verankerten Freiheitsrechten. Die Abschöpfung darf das Teilhaberecht nicht beeinträchtigen.

Die Versteigerung und ihr Erlös sollen den Zuteilungsvorgang freilich nicht unsachlich beeinflussen, sondern eine sachgerechte Auswahl gerade verwirklichen. Sie soll das Teilhaberecht nicht angreifen, sondern es wahrnehmen. Soweit die Zahlungsbereitschaft als Zuteilungskriterium sachgerecht und verhältnismäßig ist, erscheint ihre Abschöpfung als Gegenleistung mit der Finanzverfassung grundsätzlich vereinbar.

c. Zulässige Höhe der Abgabe

Kann der Versteigerungserlös auch auf einen legitimen Abgabenzweck verweisen, begrenzt dieser zugleich die zulässige Höhe der Abgabe⁸¹. Der Versteigerungserlös muss in seiner Höhe durch den Gebührenzweck legitimiert sein. Muss der Gesetzgeber bei Gebühren – anders als bei Steuern⁸² – auch nicht zwingend selbst die Höhe der Belastung festlegen⁸³, darf er es insbesondere bei einem Rahmen in Gestalt des Auktionsdesigns bewenden lassen⁸⁴, so lässt die Verfassung Gebühren keineswegs in beliebiger Höhe zu.

Die äußerste Grenze zulässiger Abschöpfung ist grundsätzlich dort erreicht, wo die Gebühr den Wert der öffentlichen Leistung übersteigt. Sie wird dann – wie die Steuer – „voraussetzungslos“ erhoben. Sie dient nicht mehr nur der Abschöpfung eines dem Abgabeschuldner zugewandten Vorteils, sondern greift zugleich auf seine allgemeine Leistungsfähigkeit zu. Dies ist der Steuer vorbehalten⁸⁵.

Gegen den Einwand möglicher Inäquivalenz scheint der Versteigerungserlös von vornherein dadurch immunisiert, dass die Versteigerung gerade dem Ziel der Wertermittlung dient⁸⁶. Sie zielt auf eine Ermittlung des Knappheitspreises.

Eine Richtigkeitsgewähr kann dem Marktpreis freilich nur dort zukommen, wo eine sichere Grundlage für eine Bewertung besteht. Daran fehlt es bei Versteigerungen staatlich verwalteter Güter häufig. Sie dienen typischerweise der Wertermittlung in Fällen, in denen der Wert des zuzuteilenden Gutes unbekannt, insbesondere mit vielen Unsicherheiten behaftet ist. Die Interessenten können ihn zwar besser beurteilen als der versteigernde Staat. Er ist ex ante jedoch für

⁷⁹ Ebenso *J. Heimlich*, 267; *J. Wieland*, 305 f.

⁸⁰ Vgl. *K.H. Friauf*, 679, 683; *J. Heimlich*, 255 ff.

⁸¹ Vgl. BVerfGE 93, 319, 347, seither st. Rspr.; das BVerfG verbindet seither Gebührenrechtfertigung und zulässige Gebührenhöhe miteinander; anders noch z.B. BVerfGE 50, 217, 227.

⁸² Steuern sind nicht gegenleistungsabhängig. Ihre Höhe kann sich – anders als Gebühren – nicht aus ihrem Gegenleistungsbezug, sondern nur aus der gesetzlichen Bestimmung ihrer Höhe durch den Gesetzgeber selbst ergeben. Steuerpflichtige Tatbestände müssen so gesetzlich bestimmt sein, dass der Steuerpflichtige die auf ihn entfallende Steuer vorausberechnen kann (sog. Tatbestandmäßigkeit der Steuer); vgl. BVerfGE 19, 253, 267; E 34, 348, 365; E 49, 343, 362.

⁸³ Vgl. *K. Vogel/C. Waldhoff*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts – Vorbemerkungen zu Art. 104a – 115 GG, 1999, Rz. 485.

⁸⁴ Vgl. supra IV.1.c.aa.; a.A. *F. Becker*, DV 2002, 3, 19 f.

⁸⁵ Vgl. statt vieler *J. Heimlich*, 269 f. u. 297 f.

⁸⁶ Zu diesem Ergebnis kommen etwa *K. Kruhl*, 244 f.; *M. Kötter*, DVBl. 2001, 1556, 1564 f.

niemanden objektiv ermittelbar⁸⁷. Die Gebote beruhen auf einer Schätzung des Wertes aufgrund von Unbekanntem⁸⁸.

Die Bieter befinden sich in einer schwierigen Entscheidungssituation: Bieten sie zu vorsichtig, erhalten sie den Zuschlag nicht und überlassen den Markt den Wettbewerbern. Bieten sie zu optimistisch, erwirtschaften sie Verluste. Starker Bieterwettbewerb infolge verengten Marktzugangs veranlasst auch erfahrene Bieter zu einer Überschätzung des mit dem Zuschlag verbundenen Gewinns. Für neue Märkte ist die Gefahr einer Überschätzung sehr hoch⁸⁹. Insbesondere dort, wo die Effizienzunterschiede zwischen den Interessenten geringer sind als die dem Gut anhaftende Wertunsicherheit, kommt es zu Fehleinschätzungen.

Das systematische Auftreten von Fehleinschätzungen ist zuerst bei der Versteigerung von Ölbohrrchten beobachtet worden⁹⁰. Hier hatten die Auktionsgewinner häufig Gebote abgegeben, die sich später nicht erwirtschaften ließen. Sie erhielten den Zuschlag, weil sie den Wert des Gutes von allen Bietern am meisten überschätzt hatten. Sie wurden Opfer des sog. Fluchs des Gewinners (winner's curse)⁹¹. Ein einfaches Experiment macht das Phänomen nachvollziehbar: Wissenschaftler füllten einen Glasbehälter mit einer großen Anzahl von Münzen und versteigerten den Inhalt unter Studienteilnehmern⁹². Das durchschnittliche Gebot lag deutlich niedriger als der wahre Wert der Münzen. Das höchste und damit siegreiche Gebot überstieg den wahren Wert aber durchschnittlich um 25 %. Der Gewinner zahlte für das Gut mehr, als dieses wert war. Die Versteigerung strafte den Auktionssieger regelmäßig ab, statt ihm einen Gewinn zu vermitteln.

Der Fluch des Gewinners ist eine typische Begleiterscheinung von Auktionen unter Wertunsicherheit. Seine Wahrscheinlichkeit steigt mit der Zahl der Bieter; der Versteigerungserlös liegt im Durchschnitt um so höher, je größer die Zahl der Bieter ist⁹³. Schon ab sieben Bietern ist die Gefahr eines Fluchs des Gewinners deutlich erhöht⁹⁴. Die Interessenten sind dann versucht, den Wert des Gutes zu überschätzen und aggressive Bietstrategien anzuwenden⁹⁵. Durch eine Begrenzung der Teilnehmerzahl, insbesondere eine strenge Vorauswahl anhand von Sachauswahlkriterien (vgl. dazu supra IV.1.c.dd.) lässt sich das Risiko begrenzen. Auch die Wahl und Modifikationen der Auktionsgestaltung können einer Wertüberschreitung entgegenwirken: Mehrstufige Auktionen, bei denen die Bieter mehrere Gebote abgeben können, erweisen sich insoweit grundsätzlich als günstiger als einstufige Auktionsformen⁹⁶. Das wechselseitig

⁸⁷ Zu optimistisch daher m.E. *K. Kruhl*, 198 u. 285 f. Er unterstellt – mit dem Gesetzgeber –, dass die Unternehmen ihre Gewinne hinreichend sicher prognostizieren können. Dieser auktionstheoretische Idealfall spiegelt die ökonomische Realität insbesondere bei langen Nutzungszeiten und technologischen Unsicherheiten nicht wider. Die Prognosegenauigkeit der Unternehmen wird hier zu einer Chimäre. Ähnlich wie hier im Grundsatz *K. Ritgen* AöR 127 (2002), 351, 394 f.

⁸⁸ Die Auktionstheorie nennt solche Versteigerungen common-value-Auktionen; vgl. dazu aus der umfangreichen Literatur: *M. Beckmann*, 32 f.; *J. Kagel/D. Levin* (Hrsg.): *Common Value Auctions and the Winner's Curse*, 2002, 1 ff.; *P. McAfee/J. McMillan*, *Journal of Economic Literature* 25 (1987), 699, 705.

⁸⁹ Vgl. dazu die empirischen Untersuchungen von *J. Kagel/D. Levin*, *Bidding in Common-Value Auctions: A survey of Experimental Research*, in: dies., *Common Value Auctions and the Winner's Curse*, 2002, 1, 46 f.

⁹⁰ *E.C. Capen/R.V. Clapp/W.M. Campbell*, *Competitive Bidding in High Risk Situations*, *Journal of Petroleum Technology* 23 (1971), 641 ff.

⁹¹ Ausführlich zu dieser Marktanomalie *R.H. Thaler*, *Anomalies - the Winner's Curse*, *Journal of Economic Perspectives* 2 (1988), 191 ff.; *J. Quirk/T. Katsuki*, *The Winner's Curse and Cost Estimation Bias in Pioneer Projects*, 1984; *J. Kagel/D. Levin* (Hrsg.), *Common Value Auctions and the Winner's Curse*, 2002, 1 ff.; *R. Wilson*, *Competitive Bidding with Asymmetric Information*, *Management Science* 13 (1967), 816 ff.

⁹² *M.H. Bazerman/W.F. Samuelson*, "I Won the Auction But I Don't Want the Prize", *Journal of Conflict Resolution* 27 (1983), 618 ff.; *D. Dyer/J. Kagel/D. Levin*, *A Comparison of Naive and Experienced Bidders in Common Value Offer Auctions*, *Economic Journal* 99 (1989), 108 ff.

⁹³ Vgl. dazu auch *C. Holt*, *Uncertainty and the Bidding for Incentive Contracts*, *American Economic Review* 69 (1979), 697 ff.; *V. Krishna*, 85; *P. McAfee/J. McMillan*, *Journal of Economic Literature* 25 (1987), 699, 708 u. 711; *L. Branmann/J.D. Klein/L. Weiss*, *Concentration and Winning Bids in Auctions*, *Antitrust Bulletin* 29 (1984), 27 ff.

⁹⁴ *J. Kagel/D. Levin/R. Harstad*, *Comparative Statistic Effects of Number of Bidders and Public Information on Behavior in Second-Price Common Value-Auctions*, in: *J. Kagel/D. Levin* (Hrsg.), *Common Value Auctions and the Winner's Curse*, 2002, 149, 150.

⁹⁵ Vgl. *E.C. Capen/R.V. Clapp/W.M. Campbell*, *Journal of Petroleum Technology* 23 (1971), 641, 645: "If one wins a tract against two or three others he may feel fine about his good fortune. But how should he feel if he won against 50 others?: III".

⁹⁶ Bei ihnen ist lediglich ein Gebot zulässig, das unmittelbar den siegreichen Bieter bestimmt, wie z.B. bei der verdeckten Erstoppreisauktion.

beobachtbare Bieterverhalten verschafft den Bietern während der Auktion ständig Informationen über die Einschätzungen der Mitbieter. Das Risiko individueller Fehleinschätzungen reduziert sich. Es kann aber auch umgekehrt einen Dominoeffekt der Gebote und einen kollektiven Bietausch auslösen (vgl. supra IV.1.c.cc).

Dem Fluch des Gewinners lässt sich nur durch weitgehendere Modifikationen des Auktionsdesigns wirksam begegnen. In Betracht kommen etwa Tantiemen-Auktionen. Das Gebot besteht hier nicht in einer festen Geldsumme, sondern in Prozentsätzen des erwirtschafteten Gewinns bzw. Umsatzes. Je höher die gebotene Tantieme, um so geringer ist jedoch für den Bieter der Anreiz zu Investitionen: Die Tantieme beeinflusst das Marktverhalten und die Investitionsneigung negativ⁹⁷. Sie begrenzt zudem das Verlustrisiko für ineffiziente Unternehmen. Entsteht infolge Ineffizienz kein Gewinn, kann dem Unternehmen keine gewinnorientierte Tantieme abverlangt werden. Knüpft die Tantieme nicht an den Gewinn, sondern an den Umsatz an, werden zwar nicht nur profitable Unternehmen belangt; bei schwachen Umsätzen fällt die Tantieme indes auch entsprechend niedrig aus. Die effizienzorientierte Auswahlwirkung des Zuteilungsvorgangs wird geschwächt. Die Tantieme bremst den effizienten Einsatz des knappen Gutes. Sie beteiligt den Staat an entstehenden Gewinnen und bedient damit die Abschöpfungsfunktion der Versteigerung, sorgt aber nicht für die erwünschte effiziente Nutzung des Gutes⁹⁸.

Geeigneter erscheint insoweit eine verdeckte Zweitpreisauktion, auch Vickrey Auktion genannt⁹⁹. Sie schlägt – wie alle Versteigerungen – das Gut dem Höchstbietenden zu, verlangt diesem aber nicht den gebotenen, sondern nur den zweithöchsten gebotenen Preis ab. Der Gewinner zahlt weniger, als er selbst geboten hat. Die Vickrey-Auktion trägt der Erkenntnis Rechnung, dass die Wahrscheinlichkeit eines winner's curse um so größer ist, je deutlicher der Abstand zwischen erfolgreichem Erst- und Zweitgebot ist¹⁰⁰. Durch das Abstellen auf das Zweitgebot ist die Vickrey-Auktion gegen den Fluch des Gewinners jedoch nicht sicher abgesichert. Sie verändert das Bieterverhalten insgesamt und bringt daher nahezu gleiche Erlöse wie die anderen Auktionsformen hervor (sog. *Revenue-Equivalence Theorem*)¹⁰¹.

Erwägenswert erscheint eine Erweiterung der Zweitpreisregel zu einer Durchschnittspreisauktion. Der Meistbietende zahlt dann nur den Durchschnittspreis der Gebote. Sie erhöht indes die Risikobereitschaft noch mehr als die Zweitpreisregel. Rationale Bieterstrategie ist hier die Abgabe eines Gebotes oberhalb der eigenen Wertschätzung¹⁰². Der Bieterprozess wird zu einem Roulettespiel. Hilfreicher ist die Festsetzung einer verdeckten Gebotshöchstgrenze. Eine solche lässt sich jedoch nur dort sinnvoll festlegen, wo der Staat den Wert der Sache zuverlässig einschätzen kann. Das ist hier gerade nicht der Fall. Der Staat kann dies noch weniger als die Marktteilnehmer¹⁰³.

Das Auktionsdesign kann das Risiko einer Wertüberschreitung also begrenzen, nicht aber hinreichend sicher ausschließen¹⁰⁴. Die Versteigerung bildet nicht notwendig den Wert einer Sache ab. Es kann sich ex post erweisen, dass der tatsächliche Wert der Sache die ex-ante-Erwartungen nicht rechtfertigt. Der Versteigerungserlös schöpft dann mehr als den Wert des Gutes ab. Er geht über eine Gegenleistung hinaus und wird insoweit voraussetzungslos erhoben. Vom Gebührenzweck der Abschöpfung ist er nicht mehr getragen. Der Staat greift steuergleich auf die allgemeine Leistungsfähigkeit des Bürgers zu.

Allenfalls ein Lenkungszweck kann die Wertüberschreitung rechtfertigen. Gebühren dürfen zulässigerweise auch Lenkungszwecke verfolgen. Sie dürfen nach Ansicht vieler um des

⁹⁷ Anders als im Regelfall der Versteigerung sind die Versteigerungskosten hier keine versunkenen Kosten (vgl. zum Begriff der versunkenen Kosten supra IV.1.c.bb).

⁹⁸ Ebenso P. McAfee/J. McMillan, *Journal of Economic Literature* 25 (1987), 699, 718; K. Dam, *Oil resources - Who gets what how*, 1976, 148 ff.

⁹⁹ W. Vickrey, *Journal of Finance* 16 (1961), 8 ff.; dazu z.B. D. Lucking-Reiley, *Vickrey-Auctions in Practice*, *Journal of Economic Perspectives* 14 (2000), 183 ff.

¹⁰⁰ Vgl. M. Beckmann, 281.

¹⁰¹ Vgl. M. Beckmann, 37; K. Hüschelrath, 294; V. Krishna, 29 ff.; P. McAfee/J. McMillan, *Journal of Economic Literature* 25 (1987), 699, 707 u. 710; P. Milgrom, *Journal of Economic Perspectives* 3 (1989), 3, 6 ff.; P. Milgrom/R. Weber, *Econometrica* 50 (1982), 1089, 1092 f.

¹⁰² Das übersieht M. Abramowicz (*The Law-and-Market-Movement*, *American University Law Review* 49 [1999], 327-399), der eine Durchschnittspreisauktion als geeignetes Instrument zur Bekämpfung des Fluchs des Gewinners ansieht.

¹⁰³ A.A. K. Schumacher, *NJW* 2000, 3096, 3099 f. Ähnlich wie hier im Grundsatz K. Ritgen, *AöR* 127 (2002), 351, 394.

¹⁰⁴ Die Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten macht zugleich aber deutlich, dass die Festlegung der Grundprinzipien des Auktionsdesigns grundrechtswesentlich ist (vgl. dazu supra IV.1.c.ee).

Lenkungszwecks willen auch den Wert des Gutes überschreiten¹⁰⁵. Der lenkenden Gebühr sei eine Entkoppelung vom Äquivalenzprinzip zuzugestehen. Die Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung gerät dabei sichtbar ins Wanken; die Gebühr tritt in eine bedenkliche Nähe zur voraussetzungslos erhobenen Steuer.

Versteigerungserlöse sollen nicht unmittelbar ein Verhalten des Zahlungspflichtigen lenken. Sie sollen nicht den Ersteigerer durch die Auferlegung einer Zahlung zu einer bestimmten Nutzung des Gutes anhalten, die er ohne die Zahlungspflicht nicht ausgeübt hätte¹⁰⁶. Sie sollen vielmehr eine Auswahl des effizientesten Nutzers ermöglichen. Sie haben keine Verhaltens-, sondern eine (Güter-)Lenkungsfunktion: Sie lenken das Gut grundsätzlich dorthin, wo seine effizienteste Nutzung gesichert erscheint. Dieses Ziel erreichen Versteigerungen grundsätzlich nur dann, wenn der nach den Auktionsregeln ermittelte Zahlbetrag den Ersteigerern auch tatsächlich abverlangt wird¹⁰⁷.

Kommt Versteigerungserlösen insoweit lenkender Charakter zu, gestattet dieser gleichwohl nicht zwingend eine unbegrenzte abgabenrechtliche Belastung. Lenkende Gebühren finden ihre Grenze in den Grundrechten der Zahlungspflichtigen. Sie dürfen diese nicht verletzen¹⁰⁸. Dem freiheitsrechtlichen Konzept der Verfassung entspricht es, die Zulässigkeit der Versteigerung nicht von den Erfordernissen der Allokationseffizienz her zu bestimmen, sondern umgekehrt das gesetzliche Ziel der Allokationseffizienz an den Grundrechten und den sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu messen¹⁰⁹.

Die Zuteilung im Wege der Versteigerung ist in der Regel Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis zur Ausübung eines Berufes (z.B. für die telekommunikationsrechtliche Erlaubnis – § 8 Abs. 3 Nr. 1, § 10 Abs. 2 TKG; für die Taxikonzession – § 13 Abs. 4 PBefG etc.). Die Zahlungspflicht berührt daher das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG¹¹⁰. Die Versteigerungssumme wird auch in einer inneren und äußeren Verbindung mit der beruflichen Betätigung erhoben; sie weist eine objektiv-berufsregelnde Tendenz auf, die einen Eingriff in den Schutzbereich darstellen kann¹¹¹. Ob der Interessent mitbietet, beruht zwar auf seinem freien Entschluss. Das schließt einen Eingriff in das Grundrecht jedoch nicht aus. Denn der Gesetzgeber macht die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit von der vorausgehenden Zahlung eines Geldbetrages abhängig und schränkt damit die grundrechtliche Freiheit ein. Er beschränkt den Zugang zur Ausübung des Berufes¹¹². Die Zahlungspflicht muss sich daher auch an den Grundrechtsschranken messen lassen, denen das betroffene Freiheitsrecht unterfällt. Die Gebührenhöhe muss insbesondere verhältnismäßig, v.a. dem Lenkungszweck angemessen sein. Der Staat darf das Ziel allokationseffizienter Verteilung des Freiheitszugangs nicht um den Preis der Entleerung des Grundrechts durchsetzen.

¹⁰⁵ Vgl. *M. Kloepfer*, AöR 97 (1972), 232, 252 f.; *F. Kirchhof*, Die Höhe der Gebühr, 1981, 141; Die Verleihungsgebühr als dritter Gebührentyp, DVBl. 1987, 554, 557, 559 u. 561, *ders.*, DÖV 1992, 233, 238.

¹⁰⁶ Für die Unternehmen handelt es sich bei Versteigerungserlösen um sog. versunkene Kosten, die für das Verhalten im Markt grundsätzlich keine unmittelbare Bedeutung haben (vgl. supra IV.1.c.aa.).

¹⁰⁷ Darauf weist *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 397 zu Recht hin.

¹⁰⁸ Allgemeine Meinung, vgl. nur *M. Kloepfer*, AöR 97 (1972), 232, 270 ff.; *S. Meyer*, 205 ff.; *R. Wendt*, 128 ff.

¹⁰⁹ Das wird in der Diskussion leider häufig übersehen. Das Argument, die Allokationseffizienz erfordere eine volle Übernahme des Kosten- und Werttrisikos durch die Ersteigerer ist daher nur begrenzt tragfähig.

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 13, 181, 184 ff.; 37, 1, 17; 81, 108, 121 f., VGH BW, DÖV 2000, 874, 876; *C. Degenhart*, K&R 2001, 32, 39; *J.A. Kämmerer*, NVwZ 2002, 161, 166; *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 392 f.; *K. Vogel*, HBStR IV, § 87 Rz. 84; a.A. *D. Murswiek* (DVBl. 1994, 77, 79 ff.; *ders.*, JZ 1988, 985, 992 f.): Er hält den Schutzbereich der Berufsfreiheit insoweit nicht für betroffen, als ihre Ausübung den Zugriff auf Güter erfordert, die ihm nicht ausschließlich zugeordnet sind.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 13, 181, 186; *M. Faber*, GewArch. 2002, 264 (266); *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 392.

¹¹² Im Fall der Zuteilung von Telekommunikationsfrequenzen hängt die zugangsbeschränkende Wirkung der Abgabe vor allem davon ab, ob der Nutzung der Frequenzen ein eigenes Berufsbild korrespondiert oder ob diese lediglich Teil einer bereits stattfindenden Berufsausübung ist. Für die UMTS-Frequenzen trifft (insbesondere angesichts der Bedeutung des im Zeitpunkt der Versteigerung insoweit erwarteten Marktes) ersteres zu; wie hier u.a. *R. Breuer*, FS für Maurer, 25, 39 ff.; *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 374 (mit Fn. 87) u. 392 f.; *M. Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts, AöR 124 (1999), 237, 263; a.A. (nur Berufsausübungsregel): *D. Ehlers*, Die Bestandskraft der von der RegTP vor der Vergabe der UMTS-Lizenzen erlassenen verfahrensleitenden Verfügungen, in: H.J. Piepenbrock/F. Schuster (Hrsg.), UMTS-Lizenzvergabe, 114, 139; *M. Faber*, GewArch. 2002, 264, 267; *M. Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 11 Rz. 103; *B. Varadinek*, CR 2002, 17, 23. Zu beachten ist aber, dass Eingriffe in die Berufsausübung aufgrund ihrer Schwere auch Eingriffe in die Berufswahl darstellen können. Bei der Versteigerung der UMTS-Frequenzen ist dies wohl jedenfalls zu bejahen (ebenso *D. Ehlers*, 114, 139, Fn. 79).

Soweit der Versteigerungserlös den Wert des zgedachten Knappheitsvorteils zugunsten des Staates einzieht, stellt er eine verhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit dar. Unter den Bedingungen der Wertunsicherheit kann der Versteigerungserlös aber auch eine Höhe erreichen, die außer Verhältnis zu dem tatsächlichen Wert des Gutes steht, und damit das Freiheitsrecht, zu dem die Versteigerung den Zugang verschaffen soll, für die Interessenten zu einer nahezu leeren Hülle werden lassen. In diesen Fällen entleert das Ziel allokatoren effizienter Zuteilung den Inhalt des Freiheitsrechts, namentlich das damit verfolgte Gewinnerzielungsziel. Es schüttet das Kind mit dem Bade aus. Der Zuteilungsmechanismus, der den Grundrechtsgebrauch ermöglichen soll, verliert seine grundrechtsdienende Funktion. Er stößt die Tür zu, die er öffnen soll. Allokation wird zur Konfiskation. Der Marktzutrittspreis hat faktisch, wenn auch ungewollt, erdrosselnde Wirkung.

Der Versteigerungsmechanismus schließt dies nicht aus und kann dies auch nicht ausschließen. Er enthält keine Sicherung gegen wertunsicherheitsbedingte Inäquivalenzen. Mit der Versteigerung weist der Staat das Risiko der Wertunsicherheit einseitig und unbegrenzt dem Bürger zu. Unterehmen haben das Risiko der Wertunsicherheit zwar bei gewöhnlichen Marktinvestitionen immer zu tragen¹¹³. Die Berufsfreiheit vermittelt auch keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilnahme oder künftige Erwerbsmöglichkeiten¹¹⁴. Der Versteigerungspreis ist jedoch keine gewöhnliche Marktinvestition, die ein zu nutzendes Gut erst fruchtbar macht, sondern ein gewillkürter, staatlich erhobener Marktzutrittspreis zu einer grundrechtlich geschützten Tätigkeit. Er ist Teil einer staatlichen Zuteilungsentscheidung. Er darf das Recht, zu dem er Zugang gewähren soll, nicht aushöhlen. Die Verlagerung des Wertunsicherheitsrisikos muss dort ihre Grenze finden, wo sie zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Grundrechtsausübung führt. Die Grundrechte lassen eine unbeschränkte Verlagerung des Wertunsicherheitsrisikos nicht zu.

Haben die Bieter aber mit ihren Geboten das Risiko der Wertunsicherheit nicht gerade freiwillig übernommen und damit auf entsprechenden Grundrechtsschutz verzichtet? Der Rechtsgedanke des „*volenti non fit iniuria*“¹¹⁵ scheint hier in einem seiner klassischen Anwendungsfälle aufzuscheinen¹¹⁶. Eine solche Argumentation verliert die grundrechtliche Ausgangssituation aus dem Blick. Die Abgabe eines Gebotes ist für die Teilnehmer die einzige Möglichkeit zur Ausübung der erwünschten beruflichen Tätigkeit. Sie müssen das Risiko der Wertunsicherheit tragen, wenn sie in den Genuss des grundrechtlich gewährleisteten Rechts kommen wollen. Es bleibt nur die Entscheidung zwischen dem Verzicht auf die ausgeübte Tätigkeit und der Übernahme des Wertunsicherheitsrisikos. *Tertium non datur*. Die unterstellte Freiwilligkeit der Risikübernahme entpuppt sich als Chimäre; der Grundrechtsverzicht wird zur Fiktion¹¹⁷.

Die Achillesferse der Versteigerung liegt in der unbegrenzten Verlagerung des Risikos der Wertunsicherheit – nicht darin, dass der Wert des Gutes nicht vorweg abgeschöpft werden dürfte¹¹⁸, sondern dass dessen Höhe nicht feststeht.

Das Gebührenrecht lässt in Fällen der Wertunsicherheit bei der Berechnung der Gebührenhöhe zwar auch einen Rekurs auf Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe zu, wenn die Höhe eines zu erwartenden Vorteils nicht bekannt ist¹¹⁹. Sobald ein Wirklichkeitsmaßstab vorhanden ist, ist jedoch dieser als Grundlage der Gebührenberechnung heranzuziehen¹²⁰. Ein Wirklichkeitsmaßstab entsteht bei der Versteigerung erst *ex post*, d.h. nach Ablauf der Nutzungszeit. Er darf jedenfalls dann nicht ignoriert

¹¹³ Darauf weist *K. Ritgen*, AöR 127 (2002), 351, 396 hin.

¹¹⁴ BVerfG, WM 2004, 997, 1000 (Ökosteuern).

¹¹⁵ Dig. 47, 10, 1 § 5 a.E. (Ulpian).

¹¹⁶ Vgl. dazu *J. Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 1978, 527 ff.; *M. Sachs*, „*Volenti non fit iniuria*“, VerwArch. 1985, 398, 424.

¹¹⁷ Zu den Anforderungen und Grenzen an die Freiwilligkeit auch *K. Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsguts, 1981, 86; *H. Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, VVdStRL 25 (1967), 308, 339 mit Fn. 141.

¹¹⁸ So aber *H.-W. Arndt*, K&R 2001, 23, 26 ff.; eine zulässige Vorabschöpfungsregelung sieht bspw. § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB vor (dazu BVerwG, NVwZ 1991, 1096; OVG NRW, NVwZ 1991, 1106).

¹¹⁹ Vgl. BVerwGE 26, 317, 318; *D. Wilke*, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, 209 ff.; *F. Kirchhof*, Die Höhe der Gebühr, 1981, 154 f.

¹²⁰ Vgl. *J. Heimlich*, 282; *J. Wieland*, 236 u. 316. *Wieland* (236) bezeichnet es als typisches Merkmal der Konzessionsabgaben, dass ihre Höhe an die wirtschaftliche Entwicklung der konzessionierten Unternehmen angepasst wird.

werden, wenn der ex-ante-Wahrscheinlichkeitsmaßstab Grundrechte in unverhältnismäßiger Weise tangiert¹²¹.

Hält die Versteigerung auch kein Sicherungsinstrument gegen eine Unverhältnismäßigkeit vor und kann sie zu verfassungswidrigen Ergebnissen führen, muss dies sie nicht gänzlich als Verteilungsinstrument diskreditieren. Ihre Verstöße beschränken sich auf krasse Ausnahmefälle. Grundsätzlich führt sie zu sachgerechten Verteilungsergebnissen und hält sich in den Grenzen des Verhältnismäßigen und Zumutbaren. Der Gesetzgeber darf sie im überwiegenden Gemeinwohlinteresse zulassen. Er muss aber im nicht vorhersehbaren Falle unverhältnismäßiger Ergebnisse für eine Korrektur sorgen, die die Folgen der Unverhältnismäßigkeit beseitigt (und die Zumutbarkeitsschwelle wahrt). Es bedarf eines Sicherungsinstruments gegen eine unverhältnismäßige Überabschöpfung, die die Grenzen der Risikozuweisung absichert. Als solches kommt ein effizienzorientierter Erstattungsanspruch in Betracht.

Dem geltenden Recht sind derartige Korrekturanträge nicht fremd. Man denke an das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) bei gestörten Vertragsbeziehungen¹²², die Kondiktion wegen Zweckverfehlung gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB (condictio causa data causa non secuta)¹²³ sowie den Anpassungsanspruch nach § 60 VwVfG^{124, 125}.

So wie eine Auflage, die einem begünstigenden VA mit Dauerwirkung beigegeben worden ist (z.B. eine Infrastrukturverpflichtung als sachbezogene Gegenleistung; vgl. supra IV.1.c.dd.), aufgehoben werden müsste, wenn sich ihre Unverhältnismäßigkeit herausstellt, muss Gleiches grundsätzlich für einen vorab gezahlten Geldbetrag gelten, dessen Unverhältnismäßigkeit sich ex post erweist. Für eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle gibt es keinen sachlichen Grund.

Ein Erstattungsanspruch ist nicht allein deshalb zuzubilligen, wenn und weil der Ersteigerer mit dem Gut keinen Gewinn erwirtschaftet hat. Die Gewinnverfehlung kann ebenso auf einer Wertüberschätzung wie auch einer Überschätzung des eigenen Effizienzpotenzials beruhen. Auf eine Überschätzung des eigenen Effizienzpotenzials braucht der Staat keine Rücksicht zu nehmen. Das Risiko ineffizienten Wirtschaftens fällt dem Einzelnen zur Last¹²⁶.

Anders ist es jedoch grundsätzlich dort, wo kein Marktteilnehmer, auch der effizienteste, den Versteigerungspreis nicht annähernd amortisieren konnte, und damit auch für den Effizientesten zu dem gegebenen Marktzutrittspreis aufgrund der Marktzutrittsgebühr von vornherein keine Möglichkeit der Gewinnerzielung bestand, etwa weil technische Neuentwicklungen das auktionierte Gut ersetzen oder nutzlos machen. Hier verwirklicht sich das dem Gut eigene, niemandem

¹²¹ A.A. K. *Kruhl*, 244 f.; ähnlich wie hier für den Fall einer kostendeckenden, pauschalierten Gebühr nach der TKGebVO, die einen künftigen Kostenaufwand für einen Zeitraum von 30 Jahren erheben will VG Köln, MMR 1999, 373, 375 (aufgehoben durch Beschl. des OVG NRW, MMR 2000, 115 im Hinblick auf die geringere Prüfungsintensität vorläufiger Rechtsschutzverfahren). Vgl. auch EuGH, Rs. C-188/95, *Fantask u.a.*, Slg. 1997 I 6783, 6834.

¹²² Vgl. dazu A. *Falkner*, *Geschäftsirrtum über Zukünftiges und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, 2003; W. *Haarmann*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen*, 1979; G. *Quass*, *Die Nutzungsstörung*, 2003. Eine entsprechende Anwendung der zivilrechtlichen Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auf die Versteigerung staatlich verwalteter Güter erwägt H.-W. *Arndt*, K&R 2001, 23, 31 f. Nicht unproblematisch ist dieser Analogieschluss insofern, als das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf Verträge zugeschnitten ist, Versteigerungen staatlich verwalteter Güter aber in eine hoheitliche Zuweisung von Gütern münden und sich in der Regel nicht in Vertragsform vollziehen. Vor allem bedarf es eines Rückgriffs auf das Zivilrecht nicht. Die Verfassung selbst hält mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit ein entsprechendes Korrekturinstrument vor. Der Tatbestand des Verstoßes und seine Rechtsfolge ergeben sich unmittelbar aus der Verfassung.

¹²³ J. *Mediger*, *Die Kondiktion wegen Zweckverfehlung im System der gesetzlichen Rückforderungsansprüche*, 1978.

¹²⁴ Vgl. dazu z.B. BGH, NJW 1991, 1478, 1479; S. *Littbarski*, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage beim verwaltungsrechtlichen Vertrag*, 1982; D. *Lorenz*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage beim verwaltungsrechtlichen Vertrag*, DVBl. 1997, 865 ff.

¹²⁵ Gedankliche Ähnlichkeit weisen auch die staatshaftungsrechtlichen Ansprüche der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung, des enteignenden Eingriffs und der Aufopferung sowie der polizeirechtlichen Ersatzansprüche für Anscheinsstörer (primärrechtliche Polizeipflichtigkeit ex ante, Ersatzanspruch ex post) auf. Das Gesetz lässt hier Maßnahmen und Eingriffe zu, die in atypischen Fällen auch zu unverhältnismäßigen Eingriffen führen, gewährt im Falle der Risikorealisation zum Schutz der Grundrechte jedoch eine Kompensation. Auch bei den Konzessionsabgaben, insbesondere der bergrechtlichen Förderabgabe, sehen die landesgesetzlichen Vorschriften zumeist Anpassungen der Abgabehöhe an die wirtschaftliche Entwicklung vor; vgl. z.B. Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Verordnung über Feldes- und Förderabgaben vom 11. September 1986, GVBl. 299.

¹²⁶ Ähnlich für die Verleihungs- bzw. Ressourcennutzungsgebühr J. *Heimlich*, 268 u. 280 ff. sowie das BVerfG in seiner Wasserpfennig-Entscheidung, BVerfG, DVBl. 1996, 357, 360: Das Gericht stellt fest, dass die Länder derartige Gebühren rechtmäßigerweise für die *Möglichkeit* der Wasserentnahme erheben.

zurechenbare Prognoserisiko der Wertunsicherheit in unverhältnismäßiger Weise. Es erweist sich ex post, dass der tatsächliche Wert der Sache hinter den Zahlungen deutlich zurückbleibt. Der Staat nahm sich vorab mehr, als er selbst gegeben hat.

Die Feststellung einer unverhältnismäßigen Wertüberschreitung ist mit praktischen Schwierigkeiten verbunden. Bei international tätigen Unternehmen mit vielen Geschäftsfeldern ist eine Zurechnung von Gewinnen zu einzelnen Geschäftsfeldern sehr schwierig. Sie ist aber deshalb nicht unmöglich. Auf der Basis eines Vergleichs tatsächlich erzielter Umsätze, Kosten und Gewinne lässt sich betriebswirtschaftlich ex post – zumindest annäherungsweise – eine Wertbestimmung vornehmen. Die Wertüberschreitung muss dabei nachweisbar und deutlich sein. Die Beweislast liegt bei den Unternehmen. Sonstige mit der Zuteilung verbundenen Vorteile, wie z.B. Synergien in anderen Märkten, oder Kompensationen, wie z.B. die ertragssteuerrechtliche Verlustabschreibung, sind anzurechnen. Ohne Wertungen wird ein solcher Anspruch nicht auskommen. Das gilt insbesondere für die exakte Lokalisierung der Zumutbarkeitsschwelle und die Vorhersehbarkeit einer Wertüberschreitung.

Ein Erstattungsanspruch darf nicht die Zuteilungswirkung der Versteigerung und damit das Verteilungsinstrument als solches in Frage stellen. Er darf keine Garantierversicherung schaffen, die sorgloses Bieten erlaubt oder die Sozialisierung von unternehmerischen Risiken predigt.

Ein Erstattungsanspruch verändert die Bietstrategie nicht grundsätzlich¹²⁷. Dominante Bietstrategie bleibt es, bis zur Höhe der eigenen Wertschätzung zu bieten. Ein höheres Gebot abzugeben, lohnt sich nicht. Insbesondere ist es für die Bieter nicht rational, in der Hoffnung auf den risikofreien Zuschlag unrealistische Gebote abzugeben. Denn jedes unrealistische Gebot vernichtet auch den Gewinn, der Ziel des Tätigwerdens auf dem Markt ist. Auf eine Erstattung kann ein Bieter nur dann spekulieren, wenn nicht nur er selbst, sondern auch alle anderen keine Gewinne erwirtschaften – und dann auch nur nach Maßgabe des Effizientesten; die Hürden liegen hoch. Investitionskosten bleiben unternehmerisches Risiko. Das Risiko ineffizienten Wirtschaftens trägt der Bieter nach wie vor in vollem Umfang. Die Auswahlwirkung des Verteilungsvorgangs nach Effizienzgesichtspunkten bleibt erhalten. Der Abstand zwischen effizienten und ineffizienten Bietern verändert sich nicht. Es reduziert sich lediglich das mit der Wertunsicherheit verbundene Risiko. Die Wahrscheinlichkeit, dass nicht derjenige die Auktion gewinnt, der die optimistischsten Erwartungen an den Wert hat, sondern derjenige, der am effizientesten ist, steigt eher, als dass sie sinkt.

Es lässt sich nicht auszuschließen, dass die Hoffnung auf einen Erstattungsanspruch die Investitionsbereitschaft der Ersteigerer untergräbt, wenn sich die Gewinnaussichten eintrüben. Der Versteigerungserlös verliert insoweit den Charakter versunkener Kosten¹²⁸. Der Anspruch ist jedoch auf Fälle drastischer Wertüberschreitung beschränkt. Er ersetzt nicht Gewinne, sondern Marktzutrittskosten. Ein rationaler Unternehmer, der eine realistische Chance eines Gewinns sieht, wird sich um eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit bemühen. Dass ein Tätigwerden erfolgt, kann darüber hinaus durch entsprechende sachbezogene Tätigkeitsauflagen sichergestellt werden (vgl. supra IV.1.c.dd). Sobald andere Unternehmen Gewinne erzielen, scheidet auch für die anderen in aller Regel eine Erstattung aus. Missbrauchsabsichten schließen den Anspruch grundsätzlich aus.

Die Bestandskraft der Zuteilungsentscheidung¹²⁹ steht einem solchen Anspruch nicht entgegen. Ob er besteht, lässt sich erst ex post, d.h. nach Ablauf der zugesprochenen Nutzungszeit, feststellen¹³⁰.

Will der Staat das Risiko der Wertunsicherheit auch über die Verhältnismäßigkeitsgrenze hinaus auf den Bürger verlagern und dem Regelungsziel der Allokationseffizienz uneingeschränkte Geltung verschaffen, so ist ihm dies möglich. Es bedarf dazu jedoch einer Verfassungsänderung, die die grundrechtlichen und finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes überspielt.

¹²⁷ A.A. K. Ritgen, AöR 127 (2002), 351, 397.

¹²⁸ Vgl. J. Kruse, 150.

¹²⁹ Vgl. dazu D. Ehlers, 114 ff.; M. Sachs, Bestandskraft der RegTP-Entscheidungen im Versteigerungsverfahren der UMTS-Lizenzen, K&R 2001, 13 ff.

¹³⁰ Das übersehen m.E. diejenigen, die eine Versteigerung generell für unverhältnismäßig halten, vgl. z.B. C. Degenhart, K&R 2001, 23, 37 ff.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Iustitia brauchte bislang den Gordischen Knoten der mit einer Versteigerung verbundenen Rechtsfragen nicht durchtrennen. Zwar hat die Mobilcom gegen die UMTS-Versteigerung unter lautem Säbelrasseln Klage erhoben. Als ihr Aktienkurs deshalb wegbrach und das Gespenst eines Phyrussieges in Form der Lizenzrückgabe umging, hat sie aber der Mut verlassen. Sie nahm die Klage zurück. Das BVerfG hätte in seiner Entscheidung zur Beteiligung der Länder am UMTS-Versteigerungserlös¹³¹ Gelegenheit gehabt, sich zur Rechtmäßigkeit von Versteigerungen äußern. Es hat sie – wies es scheint – gerne ausgelassen. Die Frage bleibt vorerst richterlich unbeantwortet. Um so vielstimmiger und bunter ist der Chor der Wissenschaft. Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft können sich hierbei gegenseitig befruchten.

Führt die Versteigerung Güter über den Preis auch grundsätzlich einer knappheitsgerechten Verwendung zu, nimmt die Auswahlwirkung des Zuteilungsvorgangs mit dem Grad der Unsicherheit über den Wert des Gutes ab. Unter den Bedingungen der Wertunsicherheit geht die ex ante höchste private Wertschätzung nicht notwendig mit der höchsten Nutzungseffizienz einher. Die Versteigerung schlägt das Gut nicht unbedingt demjenigen zu, der es am effizientesten nutzt, sondern demjenigen, der die optimistischsten Erwartungen an seinen Wert hat.

Stellt sich der Wert des Gegenstandes als bloße Spekulationsgröße dar, ist der Markt als Verteilungsmechanismus ungeeignet; eine Versteigerung ist unzulässig. Auch dort, wo dies nicht der Fall ist, darf die Versteigerung das mit der Wertunsicherheit verbundene Risiko den Interessenten grundsätzlich nicht über die Verhältnismäßigkeitsgrenze hinaus überantworten. Auch der Lenkungszweck der Allokationseffizienz kann dies grundsätzlich nicht rechtfertigen. Die Grundrechte und die Finanzverfassung ziehen hier eine Grenze. Wird sie überschritten, ist ein grundrechtswahrender Ausgleich herzustellen. Das gilt jedenfalls dort, wo die Zuteilung den Zugang zu einer Freiheitsbetätigung eröffnet, auf die grundsätzlich ein verfassungsrechtlicher Anspruch besteht, d.h. die Aufgabe des Staates sich auf die Aufgabe gerechter Zuteilung beschränkt. Besteht ein solcher Anspruch hingegen nicht, dürfte insbesondere das erstrebte Verhalten auch insgesamt untersagt werden, wie z.B. beim Betrieb von Spielbanken, besteht für einen Wertunsicherheitsausgleich keine zwingende verfassungsrechtliche Verpflichtung.

Die Versteigerung ist shooting-star und enfant terrible der Verteilungslenkung zugleich. Auf dem schmalen Grat zwischen Kommerzialisierung und Optimierung staatlichen Ressourceneinsatzes probt sie einen Ritt auf dem Skalpell. Ob er Wunden im Fleisch der Verfassung hinterlässt, hängt – wie beim Skalpell – von der Vorsicht des Anwenders ab. Die Versteigerung – umsichtig angewendet – ist ein hilfreiches Instrument, unbedacht eingesetzt und unbegrenzt gestattet hingegen ein gefährliches Werkzeug.

¹³¹ BVerfGE 105, 185; dazu *F. Becker*, DÖV 2003, 177 ff.; *P. Selmer*, NVwZ 2003, 1304 ff.