

KURZGUTACHTERLICHE ERSTEINSCHÄTZUNG

- RECHTSRAHMEN FÜR CARSHARING -

1. Fragestellungen

Das BMK hat im Rahmen des Werkvertrages zur rechtlichen Beratung zur Stärkung des Klimaschutzes im österreichischen Verkehrsrecht (GZ 2023-0.540.348) folgende Fragestellungen aufgeworfen, die in der Folge beleuchtet und im Sinne einer kurzgutachterlichen Ersteinschätzung näher erörtert werden sollen, wobei

A. Individuell zugewiesene Stellflächen (stationsbasiertes Carsharing)

- Ist es rechtlich zulässig, in der StVO oder einem anderen Materiengesetz im Zuständigkeitsbereich des BMK eine Bestimmung zu verankern, welche es ermöglicht, einer natürlichen oder juristischen Person eine öffentliche Stellfläche zum Zweck des stationsbasierten Carsharings zuzuweisen?
 - Wenn ja, in welcher Form?
 - Wenn nein, bedarf es hierfür eines eigenen Carsharing Gesetzes?
 - Gibt es vergaberechtliche Aspekte, welche es explizit im Materiengesetz/Carsharing Gesetz zu regeln gilt?

B. Kennzeichnung von Carsharing-Fahrzeugen (Kennzeichen/Plakette)

- Ist es rechtlich zulässig, in der StVO oder einem anderen Materiengesetz im Zuständigkeitsbereich des BMK eine Bestimmung zu verankern, welche es ermöglicht, Carsharing-Fahrzeuge österreichweit einheitlich zu kennzeichnen?
Konkret:
 - Art und Weise der Kennzeichnung
 - Die für das Erteilen der Kennzeichnung erforderlichen Angaben
 - Das Verfahren für das Erteilen der Kennzeichnung
 - Im Falle einer Plakette deren Ausgestaltung (Material, Form, Klebstoff, Hersteller/Anbieter)
- Wenn ja, in welcher Form?
- Wenn nein, bedarf es hierfür eines eigenen Carsharing Gesetzes?
- Gibt es vergaberechtliche Aspekte, welche es explizit im Materiengesetz/Carsharing Gesetz zu regeln gilt?

Der Zugang der Ersteinschätzung ist entsprechend des gemeinsam skizzierten Ansatzes in der Besprechung vom 20.03.2024 bewusst so gewählt, dass zunächst grundlegende Fragen

identifiziert werden und erst in einem allfälligen nächsten Schritt konkrete Detailfragestellungen aufgearbeitet werden sollen. Die Fragen sollen in der Folge jedoch nicht unbedingt im Einzelnen abgearbeitet werden, sondern dem methodischen und systematischen Gang einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung folgend, wo geboten, konsolidiert behandelt werden.

2. Fragenkomplex 1: Individuell zugewiesene Stellflächen für stationsbasiertes Carsharing

2.1. Vorbemerkungen

Vorauszuschicken ist, dass sich der Fragenkomplex 1 explizit auf stationsbasiertes Carsharing bezieht (und nicht auf „free floating“ bzw stationsungebundenes Carsharing, bei welchem im Unterschied zu stationsbasierten Angeboten des Carsharings der Nutzer das Fahrzeug dort aufnimmt, wo er es vorfindet, und es dort abstellt, wo er die Nutzung beenden möchte. Auch dabei finden regelmäßig sowohl die Bereitstellung der Mietfahrzeuge als auch der Abschluss des Mietvertrags auf öffentlichen Wegen und Plätzen mittels einer App statt.¹).

In der Sache geht es aufgrund der besonderen Gegebenheiten beim stationsbasierten Carsharing um einen Wettbewerb zwischen den verschiedenen Carsharing-Anbietern, deren Konzept die Nutzung stationärer Stellflächen vorsieht. Die betreffenden Flächen sollen für einen bestimmten Zeitraum exklusiv einem bestimmten Unternehmen und dessen Kunden zur Verfügung gestellt werden (unter Ausschluss des Gemeingebrauchs).² Auf diesen Umstand ist später noch zurückzukommen.

2.2. Bisheriger Zugang

Punktuell, insbesondere in Wien oder Graz, haben sich bereits bisher Carsharing-Angebote etabliert. Realisiert wird das Vorhaben dabei am Beispiel Wien in Grundzügen durch ein zwischen der Stadt Wien und der jeweiligen Firma abgeschlossenes Rahmenübereinkommen, mit dem näher festzulegende Grundflächen auf grundsätzlich öffentlichem Straßengrund der jeweiligen Firma gegen monatliches Entgelt zur Nutzung (Abstellen von Carsharing-Fahrzeugen des jeweiligen Betreibers) überlassen werden. Die konkreten Abstellplätze werden dann mittels Standortverträgen paktiert. Es können sowohl Plätze zum Längs- als auch zum Schrägparken vergeben werden, die Plätze sind mit Bodenmarkierungen und einer Tafel (jeweils kreisrundes "CS") zu kennzeichnen. Die Absperrung mittels umklappbarer Sperrbügel ist vertraglich möglich, in der Praxis aber nicht anzutreffen.³

¹ Zur Differenzierung statt vieler: *Barth/Kase*, Die Nutzung des öffentlichen Straßenraums für Shared Mobility-Dienste, NVwZ 2021, 177 (177).

² So bereits *Burgi*, Die Straße als Wettbewerbsraum: Beschaffung und Verteilung bei Sondernutzungstatbeständen, NVwZ 2017, 257 (261).

³ Vgl nur *ZVR-Redaktion*, Carsharing-Plätze in Wien - rechtlich perfekt? ZVR 2015, 220.

Bereits dieses Vorgehen *de lege lata* eröffnete in der rechtswissenschaftlichen Literatur rege Diskussionen darüber, wie die Carsharing-Parkplätze gegen Falschparker abgesichert werden können. So wurde herausgearbeitet,⁴ dass es sich bei Carsharing-Plätzen grundsätzlich um Straßen mit öffentlichem Verkehr iSd Straßenverkehrsordnung („StVO“)⁵ handelt.⁶ Anderes würde nur dann gelten, wenn die Standplätze durch eine entsprechende Beschilderung⁷ dem öffentlichen Verkehr faktisch entzogen werden. In diesem Fall haben Carsharing-Betreiber immerhin die Möglichkeit, sich mit einer zivilrechtlichen Besitzstörungs- bzw Unterlassungsklage gegen "Falschparker" zu wehren. Ein straßenpolizeiliches Vorgehen kommt aber nicht in Betracht, weil die von den Betreibern aufgestellten Hinweisschilder in der StVO keine Entsprechung finden.⁸ Wird der öffentliche Verkehr nicht exkludiert, müsste von der zuständigen Behörde ein Halte- und Parkverbot verordnet werden, um gegen Falschparker vorzugehen - und zwar auch mittels straßenpolizeilicher Exekution. Dabei stellt sich aber die Frage, ob ein Halte- und Parkverbot für alle Fahrzeuge, ausgenommen Carsharing-Fahrzeuge, von der aktuellen gesetzlichen Grundlage des § 43 StVO gedeckt ist. Hierzu bestehen im rechtswissenschaftlichen Diskurs unterschiedliche Auffassungen (bejahend hinsichtlich einer gesetzlichen Deckung in § 43 StVO: *Pürstl*⁹; anderer Ansicht jedoch: *Raab*¹⁰ sowie *Frankl-Templ*¹¹).

Die vorstehenden Ausführungen belegen einen Befund, der sich auch in entsprechenden Literaturmeinungen niederschlägt, nämlich, dass die derzeitige Rechtssituation für Carsharing-Betreiber „nicht ideal“ sei. Damit einher geht die Forderung der Schaffung eines eigenen Carsharing-Gesetzes.¹² Der Mangel einer bundesweiten Rechtsgrundlage und damit die Ausweichung auf dem öffentlichen Verkehr entzogene „privatisierte“ Parkplätze führe nach dieser Literaturmeinung dazu, dass Carsharing-Betreiber für jeden angemieteten Parkplatz privatrechtlich individuelle Vereinbarungen treffen müssen. Dazu käme, dass nicht auf Grundlage der StVO Sanktionsmöglichkeiten für Falschparker bestünden. Der Betreiber könne nur auf dem (kostspieligen) Gerichtsweg mittels Besitzstörungs- und Unterlassungsklage gegen allfällige Falschparker vorgehen.

Diesen kursorischen Überblick vorausgeschickt ist in der Folge auf die konkreten Fragestellungen einzugehen.

⁴ Zum Folgenden mwN ua *Schulev-Steindl/Romirer/Lienberger*, Mobilitätswende: Klimaschutz im Verkehr auf dem rechtlichen Prüfstand (Teil I), RdU 2021, 237 (241).

⁵ BGBl 159/1960 idgF.

⁶ § 1 Abs 1 iVm § 2 Abs 1 Z 1 StVO; vgl nur *Pürstl*, Schutz vor "Falschparkern" mangelhaft, ZVR 2015, 221.

⁷ Der VwGH ist diesbezüglich streng und verlangt sinngemäß, dass aus der Beschilderung ein absolutes Benützungsverbot hervorgeht; in diese Richtung etwa VwGH 19.10.1994, 94/03/0266.

⁸ Vgl *Frankl-Templ*, Das Elektromobilitätspaket 2017, ZVR 2017, 156 (159 f).

⁹ Schutz vor „Falschparkern“ mangelhaft, ZVR 2015, 221.

¹⁰ Zivilrechtlicher Schutz vor "Falschparkern", ZVR 2015, 220.

¹¹ Das Elektromobilitätspaket 2017, ZVR 2017, 156 (159).

¹² Dazu und zum Folgenden *Frankl-Templ*, Das Elektromobilitätspaket 2017, ZVR 2017, 156 (160).

2.3. Möglichkeiten einer zweckgebunden Zuweisung von öffentlichen Stellflächen

Fragt man nun danach, ob es zulässig ist, in der StVO (oder einem anderen Materiengesetz) eine Bestimmung zu verankern, welche es ermöglicht, einer natürlichen oder juristischen Person eine öffentliche Stellfläche zum Zweck des stationsbasierten Carsharings zuzuweisen, so ist in der Folge eine differenzierende Betrachtung geboten. Der Fokus der Betrachtung soll dabei auf Straßen mit öffentlichem Verkehr iSd § 1 StVO liegen.¹³

Nähert man sich dieser Aufgabenstellung, so stechen – in der Fragestellung angelegt – zwei regelungstechnische Zugänge ins Auge:

- Aufnahme zusätzlicher Bestimmungen in die Straßenverkehrsordnung; oder
- Schaffung eines eigenen gesetzlichen Rahmens in Form eines eigenen Carsharing-Gesetzes.

Dieser grundsätzlichen Unterteilung folgend strukturieren sich die Folgepunkte, wiewohl bereits an dieser Stelle betont sei, dass auch ein gemischter Zugang denkmöglich, uU sogar sinnvoll, ist.

2.3.1. Straßenverkehrsrechtlicher Zugang – einfachgesetzlicher Zugang

Greift man eines der im wesentlichen identifizierten Problemfelder in der bisherigen Anwendungspraxis¹⁴ auf, stellt sich zunächst die Frage der konkreten Absicherung einer allfälligen Zuweisung. Hier soll zunächst der der straßenverkehrsrechtliche Zugang im Rahmen einer StVO-Regelung herangezogen werden.

Als „**Role Model**“ könnte man versucht sein, die **28. StVO-Novelle**¹⁵ heranzuziehen, die eine neue Zusatztafel in § 54 Abs 5 lit m StVO eingeführt hat,¹⁶ welche Ausnahmen vom Halte- und Parkverbot für Elektrofahrzeuge vorsieht und in Kombination mit dem entsprechenden Verbotsschild¹⁷ wie folgt aussieht:

¹³ Zur Diskussion iZm Carsharing siehe auch *Pürstl*, StVO-ON¹⁶, § 1 (Stand: 15.09.2023, rdb.at) Rz 3.

¹⁴ Vgl Punkt 2.2.

¹⁵ BGBl I 6/2017.

¹⁶ Eine solche Zusatztafel unter dem Zeichen ‚Halten und Parken verboten‘ zeigt nach dem Gesetzeswortlaut an, dass das Halte- und Parkverbot nicht für ein von außen aufladbares Kraftfahrzeug mit einem Antriebsstrang, der mindestens einen nicht-peripheren elektrischen Motor als Energiewandler mit einem elektrisch aufladbaren Energiespeichersystem, das extern aufgeladen werden kann, enthält (Elektrofahrzeug), während des Ladevorgangs gilt.

¹⁷ § 52 Z 13b StVO.



Dabei darf freilich nicht übersehen werden, dass sich diese Zusatztafel weitestgehend friktionsfrei in das bestehende normative Korsett einfügt.

Bei einem Halte- und Parkverbot iVm der Ausnahme für Elektrofahrzeuge während des Ladevorgangs handelt es sich um eine Verordnung. Als solche ist ihre Erlassung (zumal nicht verfassungsunmittelbar) nur bei Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage zulässig. **§ 43 StVO** bildet (hier interessierend) den dafür maßgeblichen Katalog ab.¹⁸ Die hM geht davon aus, dass die verordnungsmäßige Ausnahme für Elektrofahrzeuge während des Ladevorgangs von einem Halte- und Parkverbot ihre Deckung in § 43 Abs 1 lit b iVm § 54 Abs 5 lit m StVO findet.¹⁹

In diesem Sinne und im Lichte der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs („VfGH“) entstehen mE **bereits auf einfachgesetzlicher Ebene Zweifel an der Tauglichkeit der Einführung einer weiteren Ausnahmen-Zusatztafel iSd § 54 Abs 5 lit m StVO**. Dies aus nachstehenden Überlegungen:

- Nach einer älteren Entscheidung des VfGH ist ein Parkverbot, das nicht der Vermeidung einer Verkehrsbehinderung, sondern lediglich der Erleichterung der geschäftlichen Tätigkeit einzelner Personen oder Unternehmungen oder ihrer Bequemlichkeit dient, im Gesetz nicht gedeckt.²⁰ Mit Blick auf diese Rechtsprechungslinie des Höchstgerichts ist eine Halte und Parkverbot, das letztlich (exklusiv) der Erleichterung der geschäftlichen Tätigkeit eines Carsharing-Betreibers dient kritisch zu hinterfragen.
- Nicht übersehen werden darf sodann, dass die Verordnung von Halte- und Parkverboten (sowie allfälliger Ausnahmen) jeweils im Einzelfall am Maßstab des generalklauselartigen § 43 Abs 1 lit b StVO (allenfalls iVm einer Bestimmung für eine Zusatztafel) nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs an bestimmten Kriterien zu messen ist.²¹

¹⁸ Beachte insbesondere den Passus zur „Ordnung des ruhenden Verkehrs“.

¹⁹ ZB *Frankl-Templ*, Die E-Ladezone im Straßenverkehr, ZVR 2021, 300 (301).

²⁰ VfGH 17.10.1959, V 10/59 und B 294/58 = VfSlg 3625/1959.

²¹ Vgl zum Folgenden nur die Ausführungen in VfGH 13.03.2019, V 83/2018 mwN.

§ 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO sieht die Erlassung dauernder oder vorübergehender Verkehrsbeschränkungen oder Verkehrsverbote für bestimmte Straßen oder Straßenstrecken oder für Straßen innerhalb eines bestimmten Gebietes durch Verordnung vor, wenn und soweit es die Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des sich bewegenden oder die Ordnung des ruhenden Verkehrs, die Lage, Widmung, Pflege, Reinigung oder Beschaffenheit der Straße, die Lage, Widmung oder Beschaffenheit eines an der Straße gelegenen Gebäudes oder Gebietes oder wenn und insoweit es die Sicherheit eines Gebäudes oder Gebietes und/oder der Personen, die sich dort aufhalten, erfordert.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes hat die Behörde vor Erlassung einer verkehrsbeschränkenden Verordnung die im Einzelnen umschriebenen Interessen an der Verkehrsbeschränkung mit dem Interesse an der ungehinderten Benützung der Straße abzuwägen und dabei die (tatsächliche) Bedeutung des Straßenzuges zu berücksichtigen. Die sohin gebotene Interessenabwägung erfordert sowohl die nähere sachverhaltsmäßige Klärung der Gefahren oder Belästigungen für Bevölkerung und Umwelt [Anmerkung: hierin könnte ein mögliches, aber nicht unbedingt belastbares Argument für die Carsharing-Ausnahme erblickt werden], vor denen die Verkehrsbeschränkung schützen soll, als auch eine Untersuchung der Verkehrsbeziehungen und der Verkehrserfordernisse durch ein entsprechendes Anhörungs- und Ermittlungsverfahren. Die Gefahrensituation muss sich für die betreffende Straße deutlich von der allgemeinen, für den Straßenverkehr typischen Gefahrenlage unterscheiden. Wie der Verfassungsgerichtshof in den Erkenntnissen VfSlg 8984/1980 und 9721/1983 ausführte und in zahlreichen nachfolgenden Erkenntnissen wiederholte, sind bei der Prüfung der Erforderlichkeit einer Verordnung nach § 43 StVO die bei der bestimmten Straße oder Straßenstrecke, für die die Verordnung erlassen werden soll, anzutreffenden, für den spezifischen Inhalt der betreffenden Verordnung relevanten Umstände mit jenen Umständen zu vergleichen, die für eine nicht unbedeutende Anzahl anderer Straßen zutreffen. Der Verfassungsgerichtshof geht somit in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Behörde bei Anwendung der vom Gesetzgeber mit unbestimmten Begriffen umschriebenen Voraussetzungen für die Erlassung von Verkehrsbeschränkungen oder -verboten durch Verordnung einen Vergleich der Verkehrs- und Umweltverhältnisse anzustellen hat: Die betreffenden Verhältnisse an den Straßenstrecken, für welche ein Halte- und Parkverbot in Betracht gezogen wird, müssen derart beschaffen sein, dass sie gegenüber anderen Straßen die Verhängung eines Halte- und Parkverbotes gebieten.

Wird ein Halte- und Parkverbot ausschließlich zur Durchsetzung eines Sondernutzungsrechtes, war für den Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 13.03.2019 zu V 83/2018-12 nicht erkennbar, inwiefern das verordnete Halte- und

Parkverbot iSd § 43 Abs 1 lit b StVO für die Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des sich bewegenden oder die Ordnung des ruhenden Verkehrs erforderlich ist.

Nach alledem eröffnen sich Bedenken dahingehend, dass die Einführung einer reinen Zusatztafel iSd 28. StVO-Novelle ein taugliches Instrument auf einfachgesetzlicher Ebene zur rechtssicheren Umsetzung einer zweckgebunden Zuweisung von öffentlichen Stellflächen an natürliche oder juristische Personen darstellt. Eine allfällige Novelle der Straßenverkehrsordnung hat hier mE weitergehend einzugreifen und auf einfachgesetzlicher Ebene auch die Verordnungsgrundlage zu schaffen.

Disloziert (und wohl auch verfassungsrechtlich schwer begründbar) wären weitergehende Regelungen in der StVO, die sich im hier zu behandelnden Kontext regelmäßig auf den Kompetenztatbestand „Straßenpolizei“ stützt.

Detailfragen werden im Rahmen der Ersteinschätzung bewusst noch nicht eingehender beleuchtet. So drängt sich beispielsweise die Frage auf, wie man der Situation begegnet, wenn (Carsharing-)Fahrzeuge eines „fremden“ Carsharing-Betreibers oder -Nutzers auf den Stellflächen jener Person abgestellt werden, der die Fläche zugewiesen wurde. Dies ist auf den ersten Blick weniger in der StVO abbildbar, denn im Rahmen der (wohl weiterhin erforderlichen) privatrechtlichen Gestaltungsinstrumente.

2.3.2. Straßenverkehrsrechtlicher Zugang – Exkurs Deutschland

Dass (neben einem allfälligen Carsharing-Gesetz) eine Verankerung entsprechender Verkehrszeichen in der StVO zielführend erscheint zeigt ein Blick nach Deutschland.²² § 45 Abs 1h dStVO²³ enthält (bei anderen Voraussetzungen bereits auf einfachgesetzlicher Ebene) eine Bestimmung zur Parkbevorrechtigung von Carsharingfahrzeugen – gegebenenfalls auch von nur bestimmten Firmen (*„Zur Parkbevorrechtigung von Carsharingfahrzeugen ordnet die Straßenverkehrsbehörde unter Beachtung der Anforderungen der §§ 2 und 3 des Carsharinggesetzes die dafür erforderlichen Zeichen 314, 314.1 und 315 in Verbindung mit dem dazu vorgesehenen Zusatzzeichen mit dem Carsharingsinnbild nach § 39 Absatz 11 an. Soll die Parkfläche nur für ein bestimmtes Carsharingunternehmen vorgehalten werden, ist auf einem weiteren Zusatzzeichen unterhalb dieses Zusatzzeichens die Firmenbezeichnung des Carsharingunternehmens namentlich in schwarzer Schrift auf weißem Grund anzuordnen.“*).

²² Weiterführend dazu: Müller/Rebler, Parkvorrechte: Elektromobilität und Carsharing, DRA 2020, 354.

²³ Deutsche Straßenverkehrsordnung.

Das Zusatzzeichen mit dem Carsharingsinnbild nach § 39 Abs 11 dStVO stellt sich wie folgt dar:



2.3.3. Straßenverkehrsrechtlicher Zugang – verfassungsrechtlicher Zugang

Abseits der vom Verfassungsgerichtshof judizierten und aus Art 18 B-VG erfließenden Anforderungen an Verordnungen²⁴ ist im Rahmen einer allfälligen Novelle der StVO auch die Kompetenzverteilung näher zu untersuchen.

Im Bereich „**Straßenpolizei**“ (**Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG**)²⁵ obliegt die Gesetzgebung bekanntlich dem Bund, die Vollziehung den Ländern. Nach Art 11 Abs 3 B-VG obliegt die Erlassung von Durchführungsverordnungen iZm diesem Kompetenztatbestand dem Bund; er darf aufgrund der Formulierung „soweit in diesen Gesetzen nicht anderes bestimmt ist“ anderes bestimmen.²⁶ In §§ 94a bis Art 94d StVO hat der Bundesgesetzgeber von der Ermächtigung Gebrauch gemacht. Als verordnungserlassende Behörden kommen neben dem (nach dem Gesetzeswortlaut) Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie die Landesregierung, die Bezirksverwaltungsbehörden, die innergemeindlichen Organe (im eigenen Wirkungsbereich) und die Bürgermeister (im übertragenen Wirkungsbereich), uU auch die Landespolizeidirektionen in Frage.

Der Kompetenztatbestand „Straßenpolizei“ kam mit der B-VG-Novelle BGBl 1960/148 in den Art 11 B-VG. Mit dieser Verfassungsänderung erfolgte eine Neuregelung der straßenpolizeilichen Kompetenzen, gleichzeitig wurde die StVO 1960 (BGBl 1960/159) beschlossen.

Unter den Kompetenztatbestand „Straßenpolizei“²⁷ fallen – so der Stehsatz der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung – Regelungen, die der Sicherheit, Leichtigkeit und

²⁴ Zu den damit einhergehenden Rechtsfragen insbesondere mit Blick auf die StVO siehe nur *Krysl*, Verordnungserlassung nach § 43 StVO in der Rsp des VfGH, ZVR 2016, 184.

²⁵ Auf diesen Kompetenztatbestand stützt sich auch die 28. StVO-Novelle, mit der die Zusatztafel für die Bestimmung hinsichtlich der Ausnahme für das Laden von E-Fahrzeugen aufgenommen wurde. Vgl 1356 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage – Erläuterungen.

²⁶ *Glassl*, Die Verordnungsermächtigungen des § 94 Straßenverkehrsordnung 1960, ZVR 1961, 25.

²⁷ Zum Folgenden: *Pürgy*, Art. 11 (1) B-VG, in Kahl/Khazkzadeh/Schmid (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht - B-VG und Grundrechte (2021) Rz 13 ff.

Flüssigkeit des Verkehrs dienen.²⁸ Ebenso umfasst sind Maßnahmen, die aus dem technischen Zustand der Straße oder des Straßennetzes oder aus dem allgemeinen Verkehrsbedürfnis der Straßenbenützer abzuleiten sind sowie Vorschriften, die dem Schutz der übrigen Verkehrsteilnehmer von Gefahren dienen, die von Verkehrsteilnehmern jeder Art herrühren.

Die Straßenpolizei ist eng mit dem Kompetenztatbestand **Kraftfahrwesen** (Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG) verwoben. Dieser umfasst nach der Rechtsprechung des VfGH alle Angelegenheiten, die das Kraftfahrzeug und seinen Lenker betreffen. Dazu gehören die nach der Eigenart des Kraftfahrzeuges notwendigen verkehrspolizeilichen Bestimmungen, ferner die Bestimmungen über die Beschaffenheit der Fahrzeuge und ihren Betrieb.²⁹

Abgrenzungsfragen stellen sich auch hin zu den **Straßenkompetenzen** gemäß Art 10 Abs 1 Z 9 und Art 15 B-VG. Dazu hat der VfGH ausgesprochen, dass es Sache der Bundesgesetzgebung gemäß Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG (Straßenpolizei) ist zu bestimmen, welchen Erfordernissen der Verkehrsregelung und Verkehrssicherheit die Straßen in Bezug auf die Ausstattung zB mit Straßenbeleuchtungsanlagen und in Bezug auf den Betrieb dieser Anlagen entsprechen müssen.³⁰ Der zuständige Straßenrechtsgesetzgeber darf somit Aspekte der Sicherheit des Straßenverkehrs regeln und berücksichtigen, soweit diese iZm der Herstellung (bautechnische Belange) und Erhaltung des Straßenkörpers stehen.

Schließlich besteht eine Schnittstelle zur Zuständigkeit des Bundes betreffend die **Luftreinhaltung**. Diese war bis zur B-VG-Novelle BGBl 1988/685 eine Querschnittsmaterie. Es konnten somit Geschwindigkeitsbeschränkungen im Interesse der Luftreinhaltung auch unter dem Titel der „Straßenpolizei“ geregelt werden. Seit der Begründung des Kompetenztatbestandes „Luftreinhaltung, unbeschadet der Zuständigkeit der Länder für Heizungsanlagen“ in Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG durch die genannte B-VG-Novelle ist umstritten, ob weiterhin Zuständigkeiten des Bundes im Rahmen anderer Zuständigkeiten nach Art 10 bis 12 B-VG bestehen. Es stellt sich ua die Frage, ob die Anordnung von Geschwindigkeitsbeschränkungen für den Kfz-Verkehr (aber wohl auch in Hinblick auf Parkbevorrechtigungen für Carsharing-Fahrzeuge zur Reduktion des urbanen Verkehrs) im Interesse der Luftreinhaltung kompetenzrechtlich dem Tatbestand „Luftreinhaltung“ (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG) oder dem Tatbestand „Straßenpolizei“ (Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG) zuzuordnen ist. So hat der Bundesgesetzgeber im Jahr 1997 gestützt auf Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG das Immissionsschutzgesetz-Luft erlassen, das auch die ordnungsmäßige Anordnung von Geschwindigkeitsbeschränkungen sowie von zeitlichen und räumlichen Beschränkungen des

²⁸ Vgl etwa VfSlg 4381/1963 sowie die wN, aber auch die Kritik an der Auslegung des VfGH hinsichtlich des Versteinerungsmaterials bei *Resch*, Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Kommentar zum Verfassungsrecht (9. Lfg 2012) Rz 7.

²⁹ Vgl *Resch*, Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Kommentar zum Verfassungsrecht (9. Lfg 2012) Rz 19.

³⁰ VfSlg 4349/1963.

Kfz-Verkehrs im Interesse der Luftreinhaltung vorsieht. Im Schrifttum wird überwiegend davon ausgegangen, dass mit der B-VG-Novelle 1988 zwar Angelegenheiten betreffend Luftreinhaltung aus Art 15 B-VG in den Art 10 B-VG überführt wurden, damit aber nicht bestehende Kompetenz- und Aufgabenbereiche der Art 10 bis 12 B-VG neu strukturiert werden sollten. Demnach wären die Verkehrsbeschränkungen im Immissionsschutzgesetz-Luft nicht kompetenzkonform.

Bereits dieser erste thematische Aufriss belegt die Komplexität der Kompetenzfrage, welche im Falle einer den reinen Kompetenzbereich der „Straßenpolizei“ überschreitenden Regelung einer eingehenderen Untersuchung bedarf, wobei diese sinnvollerweise erst dann geboten sein wird, wenn man den Inhalt einer denkmöglichen Regelung etwas spezifischer festmachen kann. Darüber hinaus kommen nämlich abhängig von der Ausgestaltung der Regelung noch weitere fragliche Kompetenztatbestände in Betracht (zB Angelegenheiten des Gewerbes, Zivilrechtswesen etc) bzw eröffnen sich Abgrenzungsfragen zu Landeskompetenzen.

Nicht übersehen werden darf schließlich die grundrechtliche Dimension allfälliger Einschränkungen hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Flächen, an denen grundsätzlich Gemeingebrauch besteht.

2.3.4. Gesamtregulatorischer Zugang – Frage der Eigentumsverhältnisse

Aus den bisher umgesetzten Carsharing Projekten zeigt sich, dass die dafür vorgesehenen Stellflächen vor allem im Gemeindebereich zu lokalisieren sind. Daran anknüpfend soll zunächst die kommunale Ebene in den Fokus der Betrachtung geraten, wenn es um die Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit der Zuweisung einer öffentlichen Stellfläche an eine natürlichen oder juristischen Person zum Zweck des stationsbasierten Carsharings geht.

Sollen nun öffentliche Stellflächen (im hier interessierenden Kontext zutreffend: **öffentliches Gut iSd § 287 ABGB bzw Gemeindegut iSd § 288 ABGB**), nämlich Parkplätzen und Flächen im Eigentum des Staates (nämlich Bund, Land oder Gemeinde), einzelnen Personen exklusiv zugewiesen werden, stellt sich zunächst die Frage der Einordnung auf Basis des bestehenden Rechtsrahmens.

Gemeindegut iSd § 288 ABGB stellt das Pendant zu öffentlichem Gut iSd § 287 ABGB dar. Gemeindegut und öffentliches Gut sind demnach Gemeindeeigentum, an dem Gemeingebrauch (also die jedermann offenstehende Möglichkeit, die Sache unabhängig von

einer behördlichen Bewilligung und auch unabhängig vom Willen des Eigentümers entsprechend ihrer Zweckbestimmung zu gebrauchen) besteht.³¹

Öffentliche Wege und Straßen sind solche, an denen Gemeingebrauch besteht. Dass die Wege oder Straßen im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen, ist keine Voraussetzung für ihre Öffentlichkeit; ist dies aber der Fall, so gehören sie zum öffentlichen Gut. Eigentümer der Bundesstraßen ist der Bund und jener der nicht im Privateigentum stehenden, den Landesstraßengesetzen unterliegenden öffentlichen Straßen der jeweilige Träger der Straßenbaulast, im Zweifel die Gemeinde.³²

2.3.5. Gesamtregulatorischer Zugang – Nutzungsregelung / Kompetenz ua

Die **Nutzungsregelung** des Gemeindegutes (sowie des öffentlichen Gutes im Allgemeinen) ist nach Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes **öffentlich-rechtlicher Natur**.³³ Es ist daher **kompetenzrechtlich** idR (zum Bundesbereich vgl die Hinweise in der FN³⁴) Sache der Landesgesetzgebung, einen gesetzlichen Rahmen für entsprechende Nutzungsregelungen zu schaffen.³⁵

Statt vieler im föderalen System sei exemplarisch zur Veranschaulichung im Wesentlichen gleich konzipierter Gesetze die Tiroler Rechtslage herausgegriffen.³⁶

Der Tiroler Landesgesetzgeber hat zum Zwecke der Nutzungsregelung das **Tiroler Straßengesetz** (Gesetz vom 16.11.1988 über die öffentlichen Straßen und Wege³⁷) erlassen, welches ua für öffentliche Straßen und Wege (das sind gemäß § 2 Abs 3 leg cit dem Gemeingebrauch gewidmete Straßen und Wege) gilt.

Auszugsweise wird im Tiroler Straßengesetz festgehalten und in diesem Zusammenhand ausgeführt wie folgt:

³¹ Vgl *Stabentheiner* in Fenyves/Kerschner/Vonklich (Hrsg), Klang³ § 287 ABGB Rz 3 ff sowie *Stabentheiner* in Fenyves/Kerschner/Vonklich (Hrsg), Klang³ § 288 ABGB Rz 1 ff. Auch zum Folgendem mwN.

³² OGH 1 Ob 7/79, SZ 52/96.

³³ VfSlg 5666/1968.

³⁴ Für den kompetenzrechtlich auf Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG gestützten Bereich der Bundesstraßen vgl das Bundesstraßengesetz 1971, BGBl 296/1971 idgF, insbesondere § 28 leg cit hinsichtlich Sondernutzungen. Siehe dazu auch *Klingenbrunner/Raptis*, Straßenrecht, in Bauer (Hrsg), Handbuch Verkehrsrecht (2009), 157.

³⁵ MwN VfGH 06.10.1989, B1071/87; VfSlg 12.187/1989.

³⁶ Weiterführend zu Sondernutzungen und Sondergebrauch sowie allgemein zu den Regelungen in anderen Bundesländern: *Baumgartner*, Straßenrecht, in Pürgy (Hrsg), Das Recht der Länder – Band II/2 (2012), insbesondere Rz 22 f.

³⁷ LGBl 13/1989 idF LGBl 13/2024.

- **Bestandteile der Straße** sind gemäß § 3 Abs 1 lit a Tiroler Straßengesetz die unmittelbar dem Verkehr dienenden Flächen, wie Fahrbahnen, Radwege, Reitwege, Gehsteige, Gehwege, Geh- und Radwege, Schutzinseln, Haltestellenbuchten, Parkflächen sowie der Grenzabfertigung und der Einhebung von Benützungsentgelten dienende Flächen und dergleichen. Jene Flächen, auf denen die Stellflächen für Carsharing exklusiv zur Verfügung gestellt werden sollen, sind im örtlichen Geltungsbereich des Gesetzes demnach Bestandteile einer dem Tiroler Straßengesetz unterliegenden Straße.
- Prinzipiell besteht an öffentlichen Straßen **Gemeingebrauch** (§ 4 Abs 1 Tiroler Straßengesetz). Das heißt, es besteht die jedermann offenstehende Möglichkeit, die Straße unabhängig von einer behördlichen Bewilligung und auch unabhängig vom Willen des Eigentümers entsprechend ihrer Zweckbestimmung zu gebrauchen.
- **Sondernutzungen**³⁸ (also insbesondere Privatrechte Dritter wie exklusive Nutzungsrechte eines Carsharing-Anbieters) am öffentlichen Gut können nur insoweit bestehen, als sie den gleichen Gebrauch durch alle Berechtigten nicht dauernd einschränken oder ausschließen. Solche Sondernutzungen können einem Einzelnen nur aufgrund eines Privatrechtstitels, des Gesetzes oder einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung zustehen.

In einer rezenten, die Stadt Innsbruck betreffenden Entscheidung, verlangte der Oberste Gerichtshof kumulativ die Zustimmung des Straßenverwalters einerseits und jene des Eigentümers des Straßengrundes andererseits – selbst wenn es sich um dieselbe (juristische) Person handelt.³⁹ So führt der OGH (wörtlich) aus, dass *für die Sondernutzung (den Sondergebrauch) an einer öffentlichen Straße oder an einem anderen öffentlichen Gut klar voneinander zu unterscheidende Voraussetzungen gegeben sein müssen, nämlich die behördliche Bewilligung des Straßenverwalters unter den im § 5 des Tiroler Straßengesetzes, LGBl 1989/13 idgF normierten Voraussetzungen und (kumulativ) die Zustimmung des Eigentümers des Straßengrundes.*

Jedenfalls unzulässig wäre demnach die Sondernutzung ohne einen besonderen Rechtstitel, auch wenn sie noch so geringfügig ist.

Ein **Sondergebrauch** (nämlich nach der Legaldefinition des § 2 Abs 6 Tiroler Straßengesetz jede nicht unter den Gemeingebrauch fallende Benützung einer Straße) bedarf, wie vom OGH ausgeführt, einer Bewilligung nach § 5 Tiroler

³⁸ Weiterführend zu folgenden Ausführungen mwN zB *Stabentheiner* in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ § 287 ABGB Rz 9; *Hofmann* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 287 Rz 11 ff.

³⁹ OGH 06.10.2005, 6 Ob 191/05i.

Straßengesetz. Die Zustimmung darf demnach prinzipiell nur erteilt werden, wenn der beabsichtigte Sondergebrauch die Schutzinteressen der Straße nicht beeinträchtigt bzw. nur unter Beschränkungen erteilt werden, soweit die Schutzinteressen der Straße dies erfordern.

Konkret auf den Bereich des Carsharings bezogen erhellend wirken auch die amtlichen Begründungen des deutschen Gesetzgebers zum dortigen Carsharinggesetz,⁴⁰ in denen es auszugsweise lautet: *„Die Reservierung von Flächen des öffentlichen Straßenraumes für einzelne Gewerbetreibende, dazu zählen auch die Carsharinganbieter, ist eine wegerechtliche Sondernutzung, da der Gemeingebrauch an den betroffenen Flächen ausgeschlossen wird. Nicht das Parken der Kunden ist insoweit ausschlaggebend, sondern die Verlagerung der Gewerbefläche in den öffentlichen Verkehrsraum. Für das Straßen- und Wegerecht hat der Bund jedoch lediglich eine auf Regelungen zu den Bundesfernstraßen beschränkte Gesetzgebungskompetenz.“*

Im Bereich der Sondernutzungen der Straße erodieren die Einflussmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers in Anbetracht des Aufeinandertreffens kompetenzrechtlich unterschiedlicher Zuständigkeiten. Rechtsvergleichend lässt sich ein ähnlicher Befund auch im Bereich des **deutschen Carsharinggesetzes** („dCarsharinggesetz“) treffen, welches ebenfalls nur im Bundesstraßenbereich einschlägig ist, jedoch in der Folge entsprechende gesetzgeberische Schritte auf Landesebene stimuliert hat. Dort sah man sich einer ähnlich zersplitterten Kompetenzgemengelage ausgesetzt. In der deutschen Diskussion⁴¹ um die Gesetzgebungskompetenz beim dCarsharinggesetz des Bundes sind der Bundesgesetzgeber und die überwiegende Zahl der rechtlichen Stellungnahmen einer Differenzierung gefolgt. Die Regelungen des § 5 dCarsharinggesetz zum stationsgebundenen Carsharing sind als wegerechtliche Bestimmungen iSd deutschen Rechtsgrundlagen konzipiert und beschränken sich daher auf – in der Kompetenz des Bundes liegende – Bestimmungen zur Sondernutzung von Bundesfernstraßen als Stellflächen für bestimmte Carsharing-Stationen. Demgegenüber enthalten die §§ 2 und 3 dCarsharinggesetz straßenverkehrsrechtliche Bestimmungen.

Im Landesrechtlichen Bereich in Deutschland vgl beispielsweise nur Art 18a **Bayerisches Straßen- und Wegegesetz**⁴², der lautet wie folgt:

„(1) Unbeschadet der sonstigen straßenrechtlichen Bestimmungen zur Sondernutzung kann die Gemeinde Flächen auf öffentlichen Straßen für stationsbasiertes Carsharing bestimmen und im Wege eines diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahrens einem Carsharinganbieter für einen Zeitraum von längstens acht Jahren zur Verfügung stellen. Das

⁴⁰ BT-Drucks. 18/11285 vom 22.2.2017, S. 35.

⁴¹ Instrukтив zu kompetenzrechtlichen Überlegungen Kaufmann, Carsharing als Sondernutzung? NVwZ 2021, 745.

⁴² Art. 18a eingefügt mWv 1.9.2018 durch Gesetz vom 31.7.2018 (GVBl. S. 672).

Auswahlverfahren ist öffentlich bekanntzumachen und kann auch durch ein von der Gemeinde damit beliehenes kommunales Unternehmen erfolgen. Die §§ 2, 5 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 3 und 4, Abs. 6 Satz 5 des Carsharinggesetzes gelten mit der Maßgabe entsprechend, dass sich Verweise auf das Bayerische Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVfG) beziehen. Art. 18 gilt mit der Maßgabe entsprechend, dass die Sondernutzungserlaubnis nicht auf Widerruf erteilt werden darf.

(2) Die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis kann auch davon abhängig gemacht werden, dass der Erlaubnisnehmer umweltbezogene oder solche Kriterien erfüllt, die einer Verringerung des motorisierten Individualverkehrs besonders dienlich sind.“

Als weiteres Beispiel besteht eine vergleichbare Bestimmung in Niedersachsen (§ 18a **Niedersächsisches Straßengesetz**)⁴³:

„(1) Unbeschadet der sonstigen straßenrechtlichen Bestimmungen zur Sondernutzung an Straßen kann die Gemeinde zum Zweck der Nutzung als Stellflächen für stationsbasiertes Carsharing dazu geeignete Flächen einer Gemeindestraße oder einer Ortsdurchfahrt im Zuge einer Landes- oder Kreisstraße bestimmen. § 2 Nrn. 1, 2 und 4 des Carsharinggesetzes (CsgG) vom 5. Juli 2017 (BGBl. I S. 2230), geändert durch Artikel 328 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328), gilt entsprechend. Soweit die Gemeinde in der Ortsdurchfahrt nicht Träger der Straßenbaulast ist, darf sie die Flächen nur mit Zustimmung des Trägers der Straßenbaulast bestimmen. Die Flächen sind so zu bestimmen, dass die Funktion der Straße, die Belange des öffentlichen Personennahverkehrs sowie der Stadtentwicklung und Raumordnung nicht beeinträchtigt werden, die Barrierefreiheit gewährleistet wird und die Anforderungen an die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gewahrt sind.

(2) Die Flächen sind im Wege eines diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahrens einem oder mehreren geeigneten und zuverlässigen Carsharing-Anbietern durch Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für einen Zeitraum von längstens acht Jahren zur Verfügung zu stellen. Geeignet ist ein Carsharing-Anbieter, der die nach Absatz 3 festgelegten Anforderungen an die von ihm im Rahmen der Sondernutzung zu erbringende Leistung (Eignungskriterien) erfüllt. Unzuverlässig ist ein Carsharing-Anbieter, der bei der Erbringung von Carsharing-Dienstleistungen wiederholt in schwerwiegender Weise gegen die Pflichten aus der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung verstoßen hat, sowie in den in § 123 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Fällen. Nach Ablauf der Nutzungsdauer der Sondernutzungserlaubnis ist eine Verlängerung oder Neuerteilung nur nach Durchführung eines erneuten Auswahlverfahrens nach Satz 1 möglich. Das Verfahren nach Satz 1 kann für einzelne Flächen getrennt durchgeführt werden.

⁴³ § 18a eingefügt mWv 18.11.2020 durch Gesetz vom 10.11.2020 (Nds. GVBl. S. 386).

(3) Die Gemeinde legt Eignungskriterien für die Auswahl der Carsharing-Anbieter fest. Diese müssen insbesondere folgenden Zielen dienen:

1. Verringerung des motorisierten Individualverkehrs, insbesondere durch eine Vernetzung mit dem öffentlichen Personennahverkehr sowie anderen Angeboten des Umweltverbundes, und
2. Entlastung von straßenverkehrsbedingten CO₂-Emissionen sowie Luftschadstoffen, insbesondere durch das Vorhalten elektrisch betriebener Fahrzeuge im Sinne des Elektromobilitätsgesetzes oder anderer emissionsarmer Fahrzeuge.

(4) Das Auswahlverfahren ist ortsüblich bekannt zu machen. § 5 Abs. 5 Satz 3 bis Abs. 7 Satz 1 CsgG gelten für das Auswahlverfahren entsprechend. In der Bekanntmachung ist auch mitzuteilen, wie verfahren wird, wenn pro Fläche mehr als ein Anbieter einen Antrag auf Sondernutzung stellt. Wird das Verfahren nicht über eine einheitliche Stelle nach § 71a des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) abgewickelt, so gelten § 71b Abs. 3, 4 und 6 und § 71c Abs. 2 VwVfG entsprechend.“

2.3.6. Gesamtregulatorischer Zugang – Exkurs: vergaberechtliche Aspekte / Nichtvorliegen einer Dienstleistungskonzession

Die Fragestellung hinsichtlich allenfalls zu regelnder „vergaberechtlicher Aspekte“ in einem eigenen Carsharing-Gesetz könnte *prima vista* durch die Entscheidung des EuGH in der **Rs Sharengo**⁴⁴ angelegt sein. Darin sprach der EuGH aus, dass es sich bei einem Vorgang, durch den ein öffentlicher Auftraggeber mit der Einrichtung und Verwaltung eines Systems des Mietens und der gemeinschaftlichen Nutzung (Carsharing) von Elektrofahrzeugen einen Wirtschaftsteilnehmer zu betrauen beabsichtigt, dessen finanzieller Beitrag überwiegend für den Erwerb dieser Fahrzeuge verwendet wird, wobei die Einnahmen dieses Wirtschaftsteilnehmers hauptsächlich aus den von den Nutzern dieser Dienstleistung gezahlten Gebühren stammen werden, um eine „Dienstleistungskonzession“ im Sinne der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU handelt, da solche Merkmale zu belegen vermögen, dass das Risiko im Zusammenhang mit der Verwertung der konzessionierten Dienstleistungen auf diesen Wirtschaftsteilnehmer übertragen wurde. Diese Aussage hat für die gegenständliche Ausarbeitung jedoch nur bedingten Charakter, zumal sie sich nicht primär an den Gesetzgeber richtet und Beschaffungsvorgänge von Dienstleistungskonzessionen in Österreich bereits in einem eigenen Gesetz, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 („BVergGKonz“)⁴⁵, abgebildet sind.

⁴⁴ EuGH 10.11.2022, Rs C-486/21, *Sharengo*, ECLI:EU:C:2022:868.

⁴⁵ BGBl I 65/2018 idgF.

Konzessionen sind jedenfalls strikt von den hier interessierenden (exklusiven) Rechteerläumungen zu trennen. Eine **reine Rechteerläumung an (offentlichen) Grundstücken** ist von einer Beauftragung bzw von einer Konzession im Sinne des BVergGKonz, sohin dessen sachlichen Anwendungsbereich, **abzugrenzen**.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 20.07.2021 zu Ro 2019/04/0231 dargelegt, welche grundsätzlichen **Merkmale** im Zusammenhang mit der Frage zu prüfen sind, um bezüglich eines Vertragsverhältnisses zu klären, ob dieses unter den sachlichen Anwendungsbereich des BVergGKonz fällt. Er stellt dabei vor allem auf die gesetzliche Umschreibung der Dienstleistungskonzession in § 6 BVergGKonz ab, die wie folgt lautet:

„(1) Dienstleistungskonzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen, die keine Bauleistungen gemäß § 5 sind, betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

(2) Mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession muss auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.“

In diesem Kontext werden in der Rechtsprechung⁴⁶ für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession bestimmte Merkmale abgeleitet, wobei diese in der Judikatur nicht näher ausdifferenziert werden. Zu diesen zählen insbesondere:

- vertragliche Begründung des Rechtsverhältnisses
- Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs
- Gegenleistung für die Konzessionserteilung
- Vorliegen spezifischer Pflichten (Betriebspflicht, Auflagen, Anforderungen an Leistungserbringung)
- (Staats-)Aufgabe

⁴⁶ ZB BVwG 05.10.2020, W120 2230425-1/28E.

- Entgeltlichkeit
- verknüpftes Gut
- Betriebsrisiko
- Leistungserbringung an Dritte und
- wirtschaftliche Nutzung.

Zu beachten ist sodann, dass es nach der Rechtsprechung des VwGH⁴⁷ für die rechtliche Qualifikation jedes Vertragsverhältnisses nicht auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung, sondern auf den **Inhalt des Vertragsverhältnisses** ankommt. Ob ein Vertrag unter den sachlichen Anwendungsbereich des BVergGKonz fällt, kann daher immer nur ausgehend vom Inhalt des konkreten Vertrages - sowie gegebenenfalls unter Berücksichtigung weiterer vereinbarungsrelevanter **Umstände des Einzelfalles** in ihrer Gesamtheit - beurteilt werden.

Aus den zuvor dargestellten Merkmalen lässt sich ableiten, dass die reine Einräumung von Nutzungsrechten am öffentlichen Raum – abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Vertrages – regelmäßig keine Dienstleistungskonzession iSd BVergGKonz darstellt.⁴⁸

2.3.7. Gesamtregulatorischer Zugang – Verteilungsrechtliche Anforderungen

Die Fragestellung zielt nach alledem vor allem darauf ab, ob im Rahmen einer legislativen Neuregelung besondere vergaberechtliche Aspekte zu berücksichtigen sind. Zur terminologischen Differenzierung von klassischen Beschaffungsvorgängen durch öffentliche Auftraggeber soll unter diesem Gesichtspunkt in der Folge von „verteilungsrechtlichen“

⁴⁷ Jüngst iZm Dienstleistungskonzessionen VwGH 25.10.2022, Ra 2020/04/0173.

⁴⁸ Maßgeblich dafür sind in der Vertragsgestaltung insbesondere folgende Erwägungen: Es wird im Rahmen der reinen Rechteeinräumung **keine verbindliche und durchsetzbare Leistungspflicht bzw. Betriebspflicht** des Nutzungsberechtigten vereinbart und durch die Rechteeinräumung kein Beschaffungszweck verfolgt. Damit liegt jedenfalls – wie auch in den Erwägungsgründen zu Richtlinie 2014/23/EU und vom BVwG ständig judiziert – **mangels „Beschaffungsakt“ kein vergaberechtlich relevanter Rechtsakt** vor (BVwG 29.10.2019, W120 2224405-2/18E; 12.06.2020, W120 2229586-1/14E; 07.08.2019, W187 2219311-1/25E; vgl auch ErwGr 14 RL 2014/23/EU: „[...] enthalten Konzessionsverträge wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind.“ Siehe auch BVwG 05.10.2020, W120 2230425-1/28E.). Eine einklagbare Verpflichtung ist wesensbildendes und damit zwingendes Merkmal einer vergaberechtlichen Konzession bzw eines öffentlichen Auftrages. Weiteres zentrales Merkmal einer Dienstleistungskonzession bildet zudem die Übertragung einer (Staats-)Aufgabe sowie die Tatsache, dass sich der Konzessionär nicht ohne weiteres von der Erbringung der Dienstleistung zurückziehen kann. Eine **Bewilligung bzw Ermächtigung**, bestimmte Tätigkeiten durchzuführen, kann demgegenüber schon begrifflich keine Dienstleistung darstellen, die abhängig von der Form des Entgelts dem BVergG oder dem BVergGKonz unterliegt (BVwG 29.10.2019, W120 2224405-2/18E). Eine derartige Erlaubnis unterscheidet sich daher von einer Konzession dadurch, dass der Bewilligungsinhaber – anders als der Konzessionär – **nicht verpflichtet** ist, die bewilligte Tätigkeit **auszuüben** (EB RV 69 BlgNR 26. GP 239 mwN).

Anforderungen bzw Aspekten gesprochen werden. Hierbei gibt es im Mehrebenensystem zweierlei Einfallstore,⁴⁹ die die Berücksichtigung derartiger Vorgaben durch den Gesetzgeber zwingend geboten erscheinen lassen: Verfassungsrechtliche (vor allem aus grundrechtlichen Positionen abgeleitete) und unionsrechtliche Vorgaben.

Konkret sei hier auf gleichheits-⁵⁰ und diskriminierungsrechtliche⁵¹ Grundlagen sowie die Dienstleistungsrichtlinie⁵² verwiesen. Eine Analyse repräsentativer Rechtsbereiche, denen Verteilungskonflikte zugrunde liegen, zeigt: Die **Verteilung knapper Güter** (wie dies bei beschränkten Stellflächen, die einem Nutzer exklusiv zur Verfügung gestellt werden) **muss typischerweise nach Kriterien erfolgen, die sachlich, nicht-diskriminierend, ausreichend bestimmt, transparent sowie im Voraus bekannt sind.**⁵³

Eine reine Rechteeinräumung an beschränkten (räumlichen) Ressourcen unterliegt – bestätigt durch jüngere Rechtsprechung des EuGH⁵⁴ – gewissen rechtlichen Parametern, wenn damit eine Art Genehmigung (iSd insbesondere Art 12 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG) für die Nutzung der Liegenschaften verbunden ist (in den konkreten EuGH-Verfahren ging es um die Genehmigung zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem im öffentlichen Eigentum stehenden Gebiet). Zur Verdeutlichung sei Art 12 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG, zu dem die einschlägige EuGH-Rechtsprechung erging, hier abgedruckt:

„Auswahl zwischen mehreren Bewerbern

(1) Ist die Zahl der für eine bestimmte Dienstleistungstätigkeit verfügbaren Genehmigungen aufgrund der Knappheit der natürlichen Ressourcen oder der verfügbaren technischen Kapazitäten begrenzt, so wenden die Mitgliedstaaten ein neutrales und transparentes Verfahren zur Auswahl der Bewerber an und machen insbesondere die Eröffnung, den Ablauf und den Ausgang des Verfahrens angemessen bekannt.

(2) In den in Absatz 1 genannten Fällen wird die Genehmigung für einen angemessen befristeten Zeitraum gewährt und darf weder automatisch

⁴⁹ Vgl auch die EB RV 69 BlgNR 26. GP 239 f mwN.

⁵⁰ Art 7 B-VG; Art 20 ff GRC. Auch aus Art 14 GRC ergibt sich die Notwendigkeit sachlicher, angemessener oder verhältnismäßiger Verteilungskriterien.

⁵¹ Art 7 B-VG; Art 20 ff GRC; Art 18 AEUV. Vgl auch etwa Art 10 Abs 1 lit a bzw lit e Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI 2006 L 376/36).

⁵² Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI 2006 L 376/36.

⁵³ Dazu umfassend mwN: Đurović, Rechtstechniken zur Verteilung knapper Güter, Juridikum 2019, 247.

⁵⁴ EuGH 20.04.2023, Rs C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ua*, ECLI:EU:C:2023:301M; EuGH 14.07.2016, Rs C-458/14, *Promoimpresa*, ECLI:EU:C:2016:558.

verlängert werden noch dem Dienstleistungserbringer, dessen Genehmigung gerade abgelaufen ist, oder Personen, die in besonderer Beziehung zu diesem Dienstleistungserbringer stehen, irgendeine andere Begünstigung gewähren.

(3) Vorbehaltlich des Absatzes 1 und der Artikel 9 und 10 können die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Regeln für das Auswahlverfahren unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Überlegungen im Hinblick auf die öffentliche Gesundheit, sozialpolitische Ziele, die Gesundheit und Sicherheit von Arbeitnehmern oder Selbstständigen, den Schutz der Umwelt, die Erhaltung des kulturellen Erbes sowie jeden anderen zwingenden Grund des Allgemeininteresses berücksichtigen."

In Entsprechung dieser so angelegten Regelungsnotwendigkeit sehen auch die in Deutschland geltenden Zuteilungsregeln (vgl nur das dCarsharinggesetz sowie die bereits oben dargestellten landesgesetzlichen Regelungen) entsprechende verteilungsrechtliche Verfahren vor.⁵⁵

2.4. Ergebnis

Hinsichtlich der zu Fragenkomplex 1 aufgeworfenen Fragestellungen lässt sich daher zusammenfassend antworten wie folgt:

Aus den Erkenntnissen dieser Ausarbeitung lässt sich ableiten, dass vergleichbar der Rechtslage in Deutschland ein zT kompetenzrechtlich, zT systematisch sinnvoller Anlass besteht, die gewünschten Regelungen sowohl in der StVO (soweit es sich um die Verankerung entsprechender Verkehrszeichen handelt), als auch konsolidiert in einem eigenen Carsharing-Gesetz zu regeln. Dabei ist (ebenfalls nach deutschem Vorbild) der beschränkte kompetenzrechtliche Handlungsspielraum des Bundesgesetzgebers zu beachten (sofern keine Kompetenzdeckungsklausel angestrebt wird). Werden einer natürlichen oder juristischen Person öffentliche Stellflächen zum Zweck des stationsbasierten Carsharings zugewiesen, so sind dabei aus legistischer Sicht (unions- und verfassungsrechtlich geboten) jedenfalls auch verteilungsrechtliche Vorgaben zu beachten.

⁵⁵ Zu den Überlegungen weiterführend zB *Burgi*, Die Straße als Wettbewerbsraum: Beschaffung und Verteilung bei Sondernutzungstatbeständen, NVwZ 2017, 257; *Burgi/Zimmermann*: Beschaffungskonzession und Nutzungskonzession als Gestaltungsinstrumente des Staates, NZBau 2023, 635; *Schröder*, Die Vergabe von Stellflächen nach dem Carsharinggesetz, NVwZ 2018, 1604.

3. Fragenkomplex 2: Kennzeichnungsregelungen

Fragenkomplex 2 wirft Fragestellungen nach der Möglichkeit der Etablierung von Kennzeichnungsvorschriften auf. Dabei können zunächst die obenstehenden Ausführungen zu Fragenkomplex 1 in Bezug genommen werden.

Rechtsvergleichend lohnt auch hier der Blick nach Deutschland. Das dCarsharinggesetz legt grundsätzlich fest, welche Fahrzeuge als Carsharingfahrzeuge zu klassifizieren sind und damit Bevorrechtigungen erhalten dürfen. Ergänzt wird dies für die Vollzugsbehörden durch die Auslegung eines Carsharingausweises mit aufgebrachter Plakette:



Nach § 39 Abs 11 dStVO ist die Plakette deutlich sichtbar auf der Innenseite der Windschutzscheibe anzubringen.

In Österreich sind (innerhalb der bereits dargestellten und kompetenzrechtlich abzugrenzenden Zuständigkeiten) verschiedene Zugänge denkbar:

- Regelung im Rahmen eines eigenen **Carsharing-Gesetzes**
- Kritisch zu sehen ist mE eine eigene Regelung im Rahmen des **KFG**⁵⁶ (beispielsweise als eigene Kennzeichentafel iSd § 49 KFG – vgl in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Gesetzgebers⁵⁷ zur Novelle⁵⁸, in welcher für emissionsfreie Fahrzeuge eine „grün/weiße“ Kennzeichentafel⁵⁹ eingeführt wurde: *„Die Kennzeichnung von emissionsfreien Fahrzeugen soll in Form einer speziellen Kennzeichentafel erfolgen. Für Kraftfahrzeuge mit reinem Elektroantrieb oder Brennstoffzellen-Wasserstoffantrieb werden weiße Kennzeichentafeln mit grüner Schrift vorgesehen. Dann kann in verschiedenen Vorschriften an diese von außen leicht erkennbare Kennzeichnung angeknüpft werden und es können Vergünstigungen für solche Fahrzeuge vorgesehen werden.“*). Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ist kompetenzrechtlich näher zu untersuchen, zumal sich das KFG

⁵⁶ BGBl 267/1967 idgF.

⁵⁷ 1359 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage – Erläuterungen, 4.

⁵⁸ BGBl I 9/2017.

⁵⁹ Würde man eine entsprechende Kennzeichentafel etablieren wollen, so sind in Hinblick auf deren Ausgestaltung zahlreiche Normen einzuhalten, allen voran die Kraftfahrzeuggesetz-Durchführungsverordnung 1967.

im Wesentlichen auf Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG stützt.⁶⁰ Die Schaffung des Kompetenztatbestands „Kraftfahrwesen“ wurde vor dem Hintergrund der stetig steigenden Anzahl von am Straßenverkehr teilnehmenden Kraftfahrzeugen, deren rasanter technischer Fortentwicklung und der mit dem Einsatz solcher Fahrzeuge verbundenen spezifischen Gefahren für alle Verkehrsteilnehmer im Hinblick auf den damit einhergehenden besonderen Regelungsbedarf für erforderlich angesehen.⁶¹

Er umfasst alle Angelegenheiten, die – motorbetriebene – Kraftfahrzeuge und deren Lenker betreffen, und die nach der Eigenart der Kraftfahrzeuge notwendigen verkehrspolizeilichen Bestimmungen sowie die Bestimmungen über die Beschaffenheit (Ausstattung) der Fahrzeuge und ihren Betrieb. Damit ist alles erfasst, was sich auf die Ausstattung und den Betrieb von (Kraft)Fahrzeugen sowie auf den Verkehr von (Kraft)Fahrzeugen auf öffentlichen Verkehrsflächen bezieht.⁶²

Vom Betrieb eines Kraftfahrzeugs gehen aufgrund der spezifischen Beschaffenheit von Kraftfahrzeugen besondere Gefahren aus, die sich vom Betrieb anderer – nicht motorbetriebener – Fahrzeuge wie etwa Fahrrädern oder Fuhrwerken unterscheiden, weshalb erstgenannte Kraftfahrzeuge jedenfalls dem Kompetenztatbestand Kraftfahrwesen unterliegen.

Demgegenüber unterliegen Regelungen, die der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des (Straßen)Verkehrs dienen, Regelungen, die aus dem allgemeinen Verkehrsbedürfnis der überwiegenden Mehrheit der Straßenbenützer abzuleiten sind, sowie Vorschriften, die dem Schutz der übrigen Verkehrsteilnehmer vor Gefahren dienen, die von Verkehrsteilnehmern jeder Art herrühren dem Bereich des Kompetenztatbestands Straßenpolizei nach Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG.⁶³ Die Gesetzgebungskompetenz kommt damit auch in diesem Bereich dem Bund zu, allerdings sind die Länder für die Vollziehung zuständig.

Zumal sich die Bestimmungen zum Carsharing auf einen ersten Blick nicht in diesem Kompetenztatbestand wiederfinden (sie betreffen – vorbehaltlich besonderer Ausstattungsvorschriften an ein solches Fahrzeug – keinerlei fahrzeugbezogenen Aspekte, sondern rein die Nutzung des Fahrzeugs), scheint eine Abbildung im KFG disloziert.

⁶⁰ Zum Folgenden: *Rosenkranz*, Art. 10 (1) Z 9 B-VG, in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht - B-VG und Grundrechte (2021) Rz 23 ff.

⁶¹ VfSlg 19.620/2012.

⁶² ZB VfSlg 2977/1956, 11.493/1987, 19.620/2012.

⁶³ ZB VfSlg 11.493/1987.

- Naheliegender scheint auf den ersten Blick eine Abbildung im Rahmen des Kompetenztatbestands Straßenpolizei nach Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG, sohin beispielsweise im Rahmen der **StVO**. Dabei lässt sich an § 24 Abs 5 bis Abs 5d StVO orientieren (Tafeln „Arzt im Dienst“, „Mobile Hauskrankenpflege im Dienst“, „Feuerwehr“, „Hebamme im Dienst“).

Ob des weiten Gestaltungsspielraums innerhalb der kompetenzrechtlichen Möglichkeiten, stehen hier weitreichende Handlungsoptionen offen. Ehe vertiefte Untersuchungen der Anforderungen etc vorgenommen werden, ist ob der Komplexität der verbundenen Fragen eine Kanalisierung der Fragestellung in der kommenden Besprechung sinnvoll.

Innsbruck, am 24.04.2024



Dr. Arnold Autengruber