Zweiter Beratungsgegenstand:

Verwaltung durch Subventionen

1. Bericht von Professor Dr. Hans Peter Ipsen, Hamburg

Übersicht

A. Exposition

- I. Fünf Punkte einer Realanalyse
 - 1. Subventionsaufwand
 - 2. Subventionen im Wirtschaftsinterventionismus
 - 3. Subventionen als öffentliche Aufgabe
 - 4. Subventionen als Mehrwert-Prämien
 - 5. Subventionen im Rechtsvergleich

II. Elf Punkte einer Problemanalyse

- 1. Legalitätsfrage
- 2. kein allgemeines Subventions-Statut
- 3. keine spezifischen Gestaltungsmittel
- 4. Subventionen im Zwielicht zwischen Hoheit und Fiskalität
- 5. Subventions-Teilhabe?
- 6. Grenzen des Rechtsschutzes
- 7. Komplexe Finalität der Wirtschaftssubvention
- 8. Organisation der Subventionsverwaltung
- Subventionsverwaltung, föderales Prinzip und gemeindliche Selbstverwaltung
- 10. Subvention in Planung und Planulismus
- 11. Subvention und Wirtschaftsintegration

B. Subventionsverwaltung und Verfassung

- I. Öffentliche Subventions-Interessen
 - 1. kein allgemeingültiger Subventionsbegriff
 - 2. Typ der Etattitel-Subvention
 - 3. Kontingente und Prioritäten in der Subventions-Zuteilung
 - 4. Andere Subventionstypen

¹⁷ Veröffentlichungen der Staatsrechtslehrer, Heft 25

- II. Subventionierung als Hoheitsaufgabe
 - 1. Subventionierung als Haushaltsbelastung
 - 2. Subvention und Schenkung
 - 3. Hoheitliche Subventionierung
- III. Gesetzmäßigkeit der Subventionsverwaltung
 - 1. Haushaltsrechtliche Subventionskompetenz
 - 2. Verfassungsgrenzen der Subventionskompetenz
 - 3. Richtlinien als Subventions-Statut
- IV. Subventionsverwaltung und Freiheitsrechte
 - 1. Handlungsformen
 - 2. Vertragliche Gestaltung
 - 3. kein besonderes Subventions-Gewaltverhältnis
 - 4. Subvention und Wirtschaftsfreiheit

Mit meinen Leitsätzen liegt Ihnen ein Exemplar meiner Miniatur von 1956¹) vor. Einmal mag das die Diskussion zu Einzelfragen erleichtern. Außerdem wird auf diese Weise mir — und Ihnen — erspart, das zum Thema wiederholen zu müssen, was ich nach 10 Jahren selbst noch glaube, und es wird möglich, das in knapper Verweisung zu korrigieren oder zu ergänzen, was ich inzwischen hinzugelernt habe. Im folgenden genannte Seitenzahlen beziehen sich also auf das Produkt von 1956.

A. Exposition

Die Subvention als Erscheinung unserer staatlichen Existenz hat eine Skala sprachschöpferischer Kennzeichnungen hervorgebracht, die dem Gegenstand unserer Betrachtung offensichtlich nicht schmeichelhaft sind: man spricht von "Subventionismus"²) — und meint damit wohl eine Ideologie zur Rechtfertigung ihrer Bewertung und Einschätzung; man spricht von "Subventionsmentalität"³) — und meint damit eine verantwortungslose Ansprüchlichkeit und Begehrlichkeit auf staatliche Finanzhilfen im Falle eigenen Versagens oder Unvermögens ebenso wie die Bereitwilligkeit der Machthaber, Gruppen-

 $^{^{1}}$) I p s e n , Öffentliche Subventionierung Privater (1956) = DVBl. 461 ff., 498 ff., 602 ff.

²⁾ Meinhold, Art. Subventionen, in: HDSW Bd. 10 (1958) S. 237 ff.

³⁾ Clara Menck hat daraus (FAZ Nr. 177 v. 3. 8. 1966 S. 20) "Subventionalität" gemacht, um damit die notwendig auf "Breitenwirkung" bedachte Haltung subventionierter Bühnen zu kennzeichnen.

konflikte vor allem der Wirtschaft durch Subsiduen zu überbrücken und sich damit das Wohlwollen ihrer aller zu bewahren; man spricht von "Subventionitis"⁴) — und meint damit pathologische Erscheinungen als Infekte oder gar Frakturen der Demokratie und des Rechtsstaats; man spricht schließlich (in gleicher Tendenz) vom "Subventions-Absolutismus"⁵) — und meint damit die Vorstellung, daß die Subventionsverwaltung sich hors de la loi fühle und aufführe und den Subventionsbewerber als Almosenempfänger behandle.

Daß die Subvention in dieser Weise von Ökonomen und Juristen, von der Wirtschaftspolitik und der Rechtslehre mit insgesamt kritisch-skeptischer Einstellung bedacht worden ist, hat seinen Grund einmal in einer Reihe von Faktoren, die als Realitäten unserer staatlichen Existenz und unserer Wirtschaftsverfassung schlechterdings nicht zu leugnen sind, die aber in eigenartiger Antinomie stehen zur rechtlichen Bewerbung der Subventionsverwaltung. Von den Realitäten werde ich fünf an der Zahl hervorheben. Jene kritische Einstellung zur Subvention, die ihren Realitäten widerstreitet, äußert sich in zahlreichen Beanstandungen rechtsdogmatischer und verfassungsrechtlicher Art. Deren sind im folgenden nicht weniger als elf zu nennen. Mit dieser Gegenüberstellung von Realfaktoren und Rechtsproblemen, die sich auf denselben Gegenstand "Subvention" beziehen, also Gesichtspunkten einer Real-Analyse und solchen einer Problem-Analyse, will ich das zu liefern versuchen, was die Dramaturgie eine "Exposition" nennt.

I. Fünf Punkte einer Real-Analyse

Ich beginne mit den fünf Realitäten:

1. In der Amtssprache des Bundesfinanzministeriums⁶) formuliert, die den Begriff der Subvention offenbar für so vulgär

⁴⁾ Bernhard Müller, Ist "Subventionitis" heilbar? In: Der langfristige Kredit 1966 S. 8 ff.; Hämmerlein, "Subventionitis" — Krankheit oder Heilmittel, ebenda S. 44 ff.

⁵⁾ Klecatsky, Wirtschaftspolitische Blätter, hrsg. von der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Wien) 1959 S. 133; ebenso Kolb, Das Förderungswesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips, Gutachten für den 2. österr. Juristentag Wien 1964, Verh. Bd. I 3. Teil S. 93.

⁶⁾ Finanzbericht 1966 des Bundesfinanzministeriums, Abschnitt 4: Die Entwicklung der finanziellen Hilfen im Bundeshaushalt sowie der Steuer- und Zinsbegünstigungen von 1963—1965, S. 177—201; dazu: Kunze, Wer von Subventionen lebt..., in: Die Zeit Nr. 11 v. 11. 3. 1966 S. 36 ff.; instruktiv auch die Beiträge in Folge 1/2, Januar

hält, daß sie ihn gänzlich vermeidet und an seiner statt nach "sichtbaren" und "unsichtbaren" "Begünstigungen" unterscheidet, die beide aber gleichermaßen fühlbar sind, stieg der Haushaltsauf wand des Bundes für sie von 1962 bis 1965 von 20,69 auf 29,52 Mrd., also um 43 %. Der Subventionsaufwand hat sich, seit 1959 gerechnet, mehr als verdoppelt; er macht heute, etwa je zur Hälfte sichtbar oder unsichtbar, rund ein Drittel des Gesamtsteueraufkommens aus. Auf den Kopf eines jeden Bundesbürgers entfallen damit pro anno 500 DM?). Daß es uns Juristen gelingen wird, durch rechtliche Eingrenzung des Subventionsbegriffs den in solchem Sinne echten Subventionsaufwand des Etats einzugrenzen, kann diese Realität der Zahlen quantitativ um einiges verkleinern, ihre Erscheinung an sich aber nicht bagatellisieren.

2. Die Subventionierungszwecke sind vielfältig wie die öffentlichen Interessen⁸), vornehmlich dann, wenn finanzielle Förderung von Kultur-, Sozial-, Sport- und Parteiaufgaben einem Rechtsbegriff der Subventionierung einbezogen wird, wie das zum Teil geschieht⁹). Den nach Mitteleinsatz, Variationsbreite,

^{1966,} der Zeitschrift "Der langfristige Kredit" unter dem Generalthema: Licht und Schatten bei der öffentlichen Subventionierung. — Vollständige Bestandsaufnahme des österreichischen Subventionswesens für 1963 im Gutachten Kolb (vgl. Anm. 5) S. 17—69.

⁷⁾ Nach einer Berechnung des Deutschen Industrieinstituts; vgl. FAZ Nr. 82 v. 7. 4. 1966 S. 27.

⁸⁾ Beste Übersicht bei Meinhold, aaO., S. 241 ff.: IV. Motive und Ziele der Subventionen, gesondert nach ökonomischen und außer-ökonomischen Motivgruppen.

⁹⁾ So Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht III (1966) S. 218 — dort S. 215—223 in § 154 "Subventionierungen" eine geschlossene Darstellung des Subventionsverwaltungsrechts mit Schrifttumsübersicht S. 215, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen ebenso verwiesen sei wie die bei Meinhold, aaO., S. 246/247 zur wirtschaftswissenschaftlichen Seite der Sache; ferner: Rinck, Wirtschaftsrecht (1963) S. 101—111: Stöcker, Bürgschaften und Garantien des Staates. Rechtstatsachen und Rechtsfragen. Versuch einer Standortbestimmung. Hamb. Diss. (1957) (Masch.-Schrift). - Auf eine "Geschichte" des Subventionswesens, die tief hineinführen würde in die Lehre von den Staatszwecken, den Staatstypen und die Verwaltungslehre, ist hier nicht einzugehen; vgl. hierzu die Hinweise bei Wolff, aaO., S. 217 unter I d) sowie U. P. Ritter, Die Rolle des Staates in den Frühstadien der Industrialisierung. Die preußische Industrieförderung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 60 (1961). — Anhaltspunkte einer Realanalyse des Subventionswesens von Aktualität liefern heute insbesondere Subventionserscheinungen im Energie-, Agrar- und Wohnungsbausektor. Sie werfen zugleich zahlreiche, im folgenden unter A II aufgeworfene, unter B z. T. erörterte Rechtsfragen der Verwaltung durch Subventionen auf. Zum Energiesektor beispielhaft folgendes:

^{1.} Die durch das Vordringen anderer Energieträger (Edöl, Erdgas, künftig Atomenergie) und den Importdruck billigerer USA-Kohle

Noch Note 9

ausgelösten Strukturschwierigkeiten insbes. der Ruhrkohle-Wirtschaft, für die der auf Kohlenmangel zugeschnittene EGKSV eine Absatzgarantie in den anderen Gemeinschaftsstaaten nicht vorsieht, haben eine Flut vielfältiger Subventions-Erscheinungen hervorgerufen. Ihre Abstimmung macht Schwierigkeiten wegen föderaler Kompetenz- und Haushaltsabgrenzungen zwischen dem Bund und dem Land Nordrhein-Westfalen, wegen unzulänglicher Energieplanung im Bund und in den drei Gemeinschaften, wegen gemeinschaftsrechtlicher Kontrolleinwirkungen auf deutsche Strukturmaßnahmen, nicht zuletzt wegen allgemein-politischer Anfälligkeit des Gesamtproblems und offenbar nicht ausreichender Eigeninitiative und Weitsicht der Ruhrkohlenwirtschaft selbst gegenüber den Anforderungen eines Strukturwandels.

- a) Der Förderung des Kohleabsatzes sollen Anreize zu ihrer vermehrten Verstromung dienen, und zwar durch die Verpflichtung zur Stromerzeugung durch anteiligen subventionierten Kohleeinsatz und durch steuerliche Abschreibungserleichterungen für den Neubau von Kohlekraftwerken (Ges. z. Sicherung d. Steinkohleneinsatzes in der Elektrizitätswirtschaft v. 5. 9. 1966 BGBl. I S. 545; dazu: Heinze, BB 1966, S. 1085 ff.). Dabei ist streitig geworden, ob auch der Transport von Strom in revierferne Gebiete (Leitungsbau) zu subventionieren sei, was revierferne Stromerzeuger zur Ankündigung einer auf Art. 3 und 14 GG gestützten Verfassungsbeschwerde gegen das genannte Gesetz veranlaßt hat (Die Welt Nr. 161 v. 14. 7. 1966, S. 14; dazu Hamm, Sondersubventionen für Zechenkraftwerke? FAZ Nr. 148 v. 30, 6, 1966, S. 15). Demselben Zweck soll eine "Einzelfall"-Subventionierung des Landes Nordrhein-Westfalen (in Gestalt einer Zinssubvention) an ein neues "Gemeinschaftskraftwerk West" dienen (FAZ Nr. 150 v. 2, 7, 1966, S. 8).
- b) Eine "geordnete Rücknahme der Kohleförderung" soll durch Stillegung von Zechen erreicht werden, die ihrerseits durch Subventionierungen verschiedener Art mitfinanziert wird. Die früher in der Energiepolitik der Bundesregierung genannte Zielmenge einer Förderung von 140 Mio. t ist aufgegeben worden (BWMin, Schmücker in der Energiedebatte des BTages am 16. 3. 1966; dies in Fortführung meiner Darstellung in: Kaiser, Planung II, 1966, S. 18 ff.). Vorgesehen sind sog. Stillegungsprämien als verlorene Zuschüsse in Höhe von DM 15 je Tonne stillgelegter Kapazität sowie eine entsprechende Ablösung der Lastenausgleichsabgabe. Eine "Aktionsgemeinschaft deutsche Steinkohlenreviere", deren Stammkapital von DM 200 Mio. die Unternehmen der Wirtschaft als Gesellschafter einbringen sollen und deren Kreditbedarf (maximal 400 Mio. DM) vom Bund verbürgt werden wird, soll die durch Stillegung verfügbar werdenden Zechengrundstücke erwerben und an andere Industrien weitergeben. Die Gemeinschaft soll die Stillegungsprämien gegen Abgabe der Zechengrundstücke auszahlen und die auf ihnen lastenden Bergschadenrisiken unter öffentlicher Subventions-Gewährleistung abwickeln (vgl. FAZ Nr. 65 v. 18. 3. 1966, S. 27, Nr. 186 v. 13. 8. 1966, S. 7, Nr. 211 v. 12. 9. 1966, S. 15; Materialien zur Energie-Debatte in: FAZ Nr. 60 v. 12. 3. 1966, S. 5). Die "Aktionsgemeinschaft" vereinigt in sich also Funktionen der wirtschaftlichen "Selbstverwaltung" und "beliehener" Subventionsverwaltung.
- c) Die aus Haushaltsmitteln geleisteten sozialen und Lohnhilfen für Bergarbeiter wegen der von den Unternehmen nichtbezahlten Feierschichten (sog. Härteausgleich; vgl. FAZ Nr. 188 v. 16. 8. 1966,

typischer Finalität und — wie ich meine — auch an rechtlicher Problematik ergiebigsten Subventionstyp bildet die Wirtschaftssubvention, weshalb ich die anderen bislang auch vernachlässigt habe (S. 8). Für sie ist es nach dem Stil unserer Wirtschaftsverfassung eine wirtschaftswissenschaftlich und wirtschaftspolitisch ebenso wie verfassungsrechtlich anerkannte Realität, daß die Subvention ein praktikables und praktiziertes Instrument des Wirtschaftsinterventionnismus darstellt. Sie hat ihren unbestreitbaren Platz in den Gestaltungsformen, mit denen der Staat seine Verantwortung für das Funktionieren und das Wachstum einer Wirtschaft wahrnimmt, die selbst prinzipiell nicht staatliche, sondern private Wirtschaft ist.

Noch Note 9

- S. 9) und nach Stillegungen haben insoweit keinen Subventionscharakter, als sie den "Endverbraucher" begünstigen. Gleiches gilt von der im Juni 1966 zur Abwendung des Streiks vereinbarten Lohnerhöhung, die im wesentlichen aus Haushaltsmitteln von Bund und Land NRW gezahlt wird. (FAZ Nr. 144 v. 25. 6. 1966, S. 7; Roeper, FAZ Nr. 151 v. 4. 7. 1966, S. 1.)
- 2. Der Importdruck billigerer USA-Kohle, dem gegenwärtig durch montanrechtlich zulässige deutsche Einfuhrkontingentierung begegnet wird, könnte auch durch nationale Exportsubventionen gemildert werden, die aber gemeinschaftsrechtlicher Sanktionierung bedürften. Andererseits fordert die deutsche Stahlindustrie Subventionierung zum Wettbewerbsausgleich mit ausländischer Stahlproduktion, die billigere USA-Kokskohle einsetzen kann, ohne den sie zur "Auswanderung" tendiert (Hartmann, Wirtschaftsdienst 1966 V, S. 241 ff.). Eine Gemeinschaftslösung etwa nach Art des früheren Schrottausgleichs ist nicht zustandegekommen (Die Welt Nr. 160 v. 13. 7. 1966, S. 17), was bestätigt, daß integrierte Subventionshoheit nationale Verantwortlichkeiten nicht zwangsläufig abnimmt, woraus Frankreich für seine Stahlindustrie die Folgerungen gezogen hat (Kreditgewährung auf 25 Jahre aus dem französischen Entwicklungs- und Modernisierungsfonds); vgl. hierzu: Throm FAZ Nr. 100 v. 30. 4. 1966, S. 8. - Die Unternehmen des deutschen Erzbergbaues haben eine Umsatzsteuererstattung von 16 Mio. DM zum Ausgleich der internationalen Preis- und Frachtentwicklung erhalten (FAZ Nr. 48 v. 26. 2. 1966, S. 7).
- 3. Die deutsche Mineralölwirtschaft, die seit 1963 Beihilfen für Aufschlußarbeiten im Ausland und in der Nordsee als sog. Bohrdarlehen mit 5% iger Verzinsung erhalten kann, die bei Fündigkeit zurückzuzahlen sind, hat den Subventionscharakter dieser Darlehen bestritten (vgl. Erdölinformationsdienst v. 8. 8. 1966). Er liegt indes unbestreitbar in der Zinsverbilligung und der Abnahme des Risikos, fündig zu werden. Im Falle des 90% igen Aktienerwerbs der DEA durch die amerikanische Texaco ist erörtert worden, ob die der DEA gewährten Bohrdarlehen vom Bund zurückgefordert werden können, weil internationale Ölgesellschaften nicht subventionsberechtigt sind (Die Welt Nr. 112 v. 14. 5. 1966, S. 19). Dem Subventionszweck würde das entsprechen. Die Kreditanstalt für Wiederaufbau hat inzwischen die der DEA in den Jahren 1963/64 zugeteilten Bundesdarlehen von 35 Mio. DM gekündigt; vgl. FAZ Nr. 207 v. 7. 9. 1966, S. 15.

- 3. Realität ist auch das allseitige Einverständnis damit, daß die verfassungsrechtliche Staatszielbestimmung der Sozialstaatlichkeit die Erscheinung der Subventionsverwaltung erklärt 10), das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes also, das seinerseits Angewiesenheit auf staatliche Sozialgestaltung nicht geschaffen, sondern wie Forsthoffzehn Jahre vorher 11) gefunden hat. Das heißt noch nicht, daß dieses Prinzip allein die Subvention legitimierte. Das heißt aber sehr wohl, daß dieses Prinzip das öffentliche Subventionieren in den Bereich unbestrittener Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einbezieht, ohne diesen Staat deshalb schon, wie das geschehen ist, einen "Subventionsverein auf Gegenseitigkeit $^{(12)}$) nennen zu müssen.
- 4. Es bedurfte nicht der Tageserfahrung der letzten Parlamentswahlen im Bund und in Nordrhein-Westfalen und des für das Wahljahr 1965 errechneten auffälligen Anstiegs des Subventions-Etats um fast 4 Mrd., um zu erkennen, daß die Einsetzbarkeit der Subvention als eines "politischen Mehrwertes" zu jenen "über-legalen Prämien" gehört, die der legale Machtbesitz auszahlt¹³). Wenn ein Ökonom¹⁴) es in seiner Begriffserfassung geradezu zu ihrem Wesen rechnet. den Machthaber die Früchte ihres Einsatzes noch während ihrer Funktionsdauer reifen sehen zu lassen, erklärt diese ihre Spontanwirkung zur aktuellen Gruppenbefriedigung ihre Eignung als politisches Instrument zur Machtbehauptung und Mehrheits-Verlängerung — und das gilt nicht nur für Regierungen, sondern ebensosehr für Parlamente und wirkt somit jenseits aller Fragen nach der demokratischen und rechtsstaatlichen Legalisierung der Subvention durch Parlamentsgesetz, Etatposten oder Verwaltungsrichtlinie. Es gibt eben — wie unser Vorstand mit seiner schönen Thema-Formulierung festgestellt hat -"Verwaltung durch Subventionen", und es gibt offenbar auch "Verführung durch Subventionen".
- 5. Die letzte Realität sehe ich darin, daß diese Erscheinungen und Faktoren keine Erfindung des deutschen Grundgesetzes und seiner Sozialstaatsklausel und ebensowenig Produkte spe-

¹⁰⁾ Wolff, aaO., S. 219; Loebenstein, Referat auf dem 2. österr. Juristentag Wien 1964, Verh. Bd. II, 3. Teil, S. 46; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater (1956), S. 11.

¹¹) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1958); Teilabdruck der hier interessierenden Partien in: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, res publica, Band 1 (1959), S. 22 ff.

¹²⁾ So: H ä m m e r l e i n , aaO., S. 44 als eine Soziologen-Diagnose des heutigen Staates.

¹³⁾ C. Schmitt, Legalität und Legitimität (1932), S. 35.

¹⁴⁾ Meinhold, aaO., S. 246.

ziell deutscher Wirtschaftsverfassung und -politik sind. Sie existieren gleichermaßen — wenn ich dabei in Analogie zur Verbandsstruktur unserer Vereinigung die grenzüberschreitende Vergleichung insoweit beschränken darf — in Österreich und in der Schweiz. Vereinigen wir uns dabei im Trost der Erkenntnis, daß wir der schweizerischen Rechtslehre¹⁵) erste dogmatische Ansätze des Subventionswesens verdanken und daß die österreichische Rechtswissenschaft, wie der Wiener Juristentag von 1964 demonstriert hat, vor noch größeren Legitimitätssorgen zur Subventionsverwaltung steht als wir. Dies deshalb, weil sie ihrem Verfassungsartikel 18 gerecht werden muß16), während gleichzeitig die österreichische Bundesfinanzverwaltung — horribile dictu — mit Hilfe eines von ihr entworfenen Gesetzes¹⁷) das ganze Subventionswesen in den Stil privater Bankiertätigkeit des Staates qua Fiskus verwiesen wissen will.

II. Elf Punkte einer Problem-Analyse

Nach diesen fünf Realitäten nunmehr elf in Stichworten formulierte Rechtsfragen, die das Subventionswesen als eine, am Überlieferten gemessen, durchgängig non-konforme Verwaltungsart erscheinen lassen; non-konform nämlich mit tragenden Verfassungsprinzipien, non-konform mit überlieferter Dogmatik des Verwaltungsrechts, non-konform zum Teil auch mit der Gesamtgestalt der sog. Leistungsverwaltung, der die Subventionierung üblicher Weise zugerechnet wird.

1. Subventionsverwaltung erfüllt die Anforderungen des Prinzips der Gesetzmäßigkeit, des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes, wie sie für die Eingriffsverwaltung überliefert sind, für die Leistungsverwaltung gefordert werden, nach dem gegenwärtigen Befund vorhandener Subventionsgrundlagen nicht in der Regel, sondern nur in der Ausnahme. Deshalb wird einmal gefragt, ob das Subven-

¹⁵⁾ Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (1928), S. 127; Matti, Die Bundessubvention als Rechtsinstitut des schweizerischen Bundesrechts, Züricher Diss. 1929; Schindler, Die Bundessubventionen als Rechtsproblem (1952).

¹⁹⁾ Die Verhandlungen des 2. österr. Juristentages Wien 1964 sind in der Legalitätsfrage zu keiner Beschlußfassung gelangt; vgl. Van ura, Verh. aaO., Bd. II, 7. Teil, S. 52: "... die tiefe Kluft zwischen den Verfechtern der Anwendung des Legalitätsprinzips auf das Förderungswesen und den Vertretern der Nicht-Anwendbarkeit des Artikels 18 Abs. 1 BVG auf die Förderungstätigkeit des Bundes und der Länder... (ließ) keine übereinstimmende Auffassung zum Thema erzielen und es kam daher zu keiner Beschlußfassung".

¹⁷⁾ Text in Verh. aaO., Bd. I, 3. Teil, Anhang S. 121 ff.

tionieren mit der Leistungsverwaltung insgesamt oder jenes für sich als Verwaltung eigener Gesetzlichkeit des Legitimitätsprinzips entraten könne; ob seine demokratische Komponente durch Etatisierung mit zusätzlichem einfachen Parlamentsbeschluß über den Subventionsauftrag oder auch ohne ihn abgegolten, ob seine rechtsstaatliche Komponente durch Globalauftrag dieser Art oder durch gesetzliche Globalermächtigung - letztlich gar durch die Sozialstaatsklausel der Verfassung — befriedigt werden kann. Dieser Komplex ist der Tummelplatz grundsätzlichster Auseinandersetzungen Rechtsprechung (bis zu Urteilen in Gestalt richterlicher Dissertationsleistungen¹⁸)) und der Lehre, wobei ich mit "Tummelplatz" als locus agendi auf jenen Stil der Auseinandersetzung anspiele, der die an Alter jüngeren Streitgenossen "zornige junge Juristen" nennt, die ihre "Legalitätswütigkeit ... in Doktorschriften und Zeitschriftenaufsätzen" austoben¹⁹), und die sich ihrerseits geistig tummeln gegen — wie sie es formulieren — "nie verstummende und einer erstaunlichen Naivität bzw. einem antidemokratischen Impuls entstammende Vorstellungen" ihrer wissenschaftlichen Altvordern²⁰). Daß in der Legitimitätsfrage zur Subventionsverwaltung aber offenbar nicht nur ein Generationsproblem, sondern auch ein solches nationalen Rechtsbewußtseins und theoretischen Staatsverständnisses liegt, wird gerade der Verfassungsboden, auf dem wir hier zu Gast sind, sicherlich noch erweisen.

2. Die Subventionierung besitzt kein allgemeines Rechtsstatut, noch weniger einen geschriebenen oder ungeschriebenen Allgemeinen Teil ihrer Rechtsgestaltung, und es gelingt nur in Einzelzügen — und auch dies erst nach Vor-Beantwortung höchst streitiger Zuordnungszweifel —, auf Rechtsfragen der Subventionierung im allgemeinen Zivil- oder Verwaltungsrecht Antwort zu finden. So darauf, ob und inwieweit die Verwaltung den Subventionsempfänger durch Auflagen oder Bedingungen nach anerkannten Regeln der Lehre vom Verwaltungsakt an den Subventionszweck binden darf, erst nach der Vorentscheidung, daß die Subventionsbewilligung Verwaltungsakt (und nicht privatrechtliche Willenserklärung) ist; so darauf, daß ein Subventionsdarlehen nicht im Verwaltungszwangsverfahren wieder beigetrieben werden darf, son-

¹⁸⁾ Urteil des Hess. VGH v. 29. 11. 1962, VRspr. Bd. 15, S. 918 ff.

¹⁹⁾ H. Schneider, NJW 1962, S. 1275 mit der Reaktion von Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre (1965), S. 123, Anm. 48.

²⁰) Rupp, NJW 1966, S. 1097 mit Anm. 3 — in polemischem Stil, der für manches, aber nicht für den Autor spricht.

dern vor dem ordentlichen Gericht eingeklagt werden muß, wenn die Subventionierung als zweistufig verstanden und die zweite Stufe dem Zivilrecht zugeordnet wird. Es kann auch keine Rede davon sein, daß ein allgemeines Rechtsstatut der Subventionierung, ungeschrieben nach Art der Allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts, wissenschaftlich oder gar gewohnheitsrechtlich anerkannt oder zu postulieren sei.

- 3. Die Subventionsverwaltung verfügt über keine spezifischen Gestaltungsmittel eigener Hervorbringung, und was ihr im Verwaltungs- und im Zivilrecht an Gestaltungsmitteln verfügbar ist, bedarf konstruktiv umständlicher Bereitstellung (so etwa im Zwei-Stufen-Verfahren), stößt sich am öffentlichen Subventionierungszweck, weil es der Privatautonomie privater Interessenverfolgung entstammt (so die rein zivilrechtliche Gestaltung) oder setzt ihre Verwendbarkeit im Verwaltungsrecht voraus, ohne daß diese selbst schon hinreichend gesichert wäre (so die Gestaltung durch öffentlichrechtlichen Vertrag).
- 4. Das hat letztlich seinen Grund in der Tatsache, daß in aller Regel der Satz gilt: omnis subventio est pecun i a r i a, daß Subventionieren den Einsatz öffentlicher Finanzmittel bedeutet und diese Verwaltungstätigkeit sich daher im Zwielicht von Fiskalität und Hoheitlichkeit vollzieht. Das erklärt sich teils aus Tradition, aus verfehlter Verlängerung von Fiskalvorstellungen, die heute ihren Verfassungsbezug verloren haben, teils aus noch bestehender, wenn auch weithin erfolgloser Neigung der Exekutive, sich öffentlich-rechtlichen Bindungen durch privat-autonomes Gebaren zu entziehen. Daß die Subventionsverwaltung im Vollzug mit Hilfe nichtstaatlicher Finanzierungs-, Bank- und Kreditinstitute operiert, ist auch kaum geeignet, dieses Zwielicht organisatorisch aufzuhellen. Im beschränkten Bereich der hier möglichen Rechtsvergleichung scheint mir die Einstellung der Verwaltung in Österreich21) das markanteste Beispiel solcher Zwielichtigkeit zu bieten, in der unsere österreichischen Kollegen wahre Fackelträger genannt werden müssen. Einer von ihnen²²) hat diese Praxis (zeitgeschichtsbewußt oder literarisch bewandert) eine "Köpenickiade" genannt.
- 5. Subventioniert wird in aller Regel auf Antrag, auf private Initiative, und dies letztlich auch im Falle der sog. "Gießkan-

²¹⁾ Vgl. den in Anm. 17 zitierten Ressortentwurf; dazu unten: B III.

²²) Klecatsky, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, Jur. Blätter 1957, S. 333 ff.; dazu: Kobzina, Der Staat als Privatwirtschaftssubjekt, Österr. JZ 1961, S. 421 ff.

nen"-Subventionierung. Unmittelbar gesetzlich zuwendende Subventionierung steht nicht in Frage. In diesem Sinne gilt wohl auch der Satz: omnis subventio est voluntaria, und dahinter steht der für das Subventionsverhältnis grundrechtlich problematische Satz: volenti non fit iniuria. Dies nach der Interessenlage deshalb, weil Subventionierung begünstigt, nur ihre Verweigerung oder ihre Verknüpfung mit Auflagen im Verhaltensbereich belastet. Schließlich kann Belastung des einen, der keine Subvention begehrt, wegen Chancen-Verungleichung schon daraus erwachsen, daß ein anderer Subvention erhält - jenes Problem, dem Köttgen in seiner "Fondsverwaltung"23) im Anschluß an Imboden²⁴) unter dem Aspekt der Freiheit des Wettbewerbs und der verfassungsrechtlichen Grenzen der staatlichen Wirtschaftsintervention nachgegangen ist. Gleichwohl ist die Subventionierung im Regelfall aus der Sicht ihres Empfängers Begünstigung²⁵) und deshalb primär kein Vorgang mit Grundrechtsberührung, soweit ihr überkommener und auch vom Grundgesetz recipierter Wirkungsbereich in Frage steht. Die insoweit allein gewichtige Grundrechtsposition des Subventionsbewerbers, die mit ihrer Verweigerung tangiert würde, wäre ein Grundrecht auf Subventions-Teilhabe. und gerade hierfür ist in nahezu allen Subventions-Regelungen die stereotype Wendung typisch: "Ein Rechtsanspruch besteht nicht." Was diese Wendung im Grunde bedeutet und verfassungs- und verwaltungsrechtlich bedeuten oder nicht bedeuten darf, bleibt noch zu erörtern²⁶). Für die Fragestellung hier genüge zunächst die Bemerkung, daß diese Wendung mindestens ein Symptom dafür sein will, daß eine Subventions-Teilhabe vom deklinierten Grundrechtskatalog nicht erfaßt ist und ihre grundrechtliche Charakterisierung vor allen jenen Schwierigkeiten steht, denen das Bemühen begegnet, den Verteilerstaat seinen Bürgern gegenüber ähnlich wirksam zu binden, wie den, der durch Eingriff oder Abgabenforderung belastet, der also das betreibt, was man in Kontrast-Anlehnung an unser Thema nennen könnte: Verwaltung durch Kontributionen. Hier geht es im Grunde um Sozialgestaltung mit dem Mittel der Steuerhoheit, also um eine rechtsstaatlich gebändigte Potenz des Staates, unter verteilendem Einsatz der mit Be-

²³) Köttgen, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, res publica Band 14 (1965), S. 53 ff.; 63, Anm. 138.

²⁴) Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung (1954), S. 42: "Interdependenz von Eingriffen und Leistungen."

²⁵) Köttgen, aaO., S. 68.

²⁶⁾ Vgl. unter BI3.

steuerungsgewalt abgeschöpften Ergebnisse des Sozialproduktes gestaltend einzuwirken auf die soziale Zuordnung und die öffentliche Funktion der privaten Wirtschaftsteilnehmer. Die Verwaltung durch Subventionen ist — ob wir das beklagen oder bejubeln — eine typische Exekutive des Sozialstaates. Und indem er sich hierzu seiner Steuerhoheit zur Beschaffung ihrer Verwaltungsmittel bedient, versetzt er sich in den Stand, das zu betreiben, was Verwaltung durch Subventionen bedeutet: Umverteilung nach dem Maß öffentlicher Interessen. Das Unbehagen stellt sich ein, wenn der Staat sich Subventionsmittel auf Kosten der Währung verschafft und verteilt. Währung verlangt, gewahrt zu werden.

6. Die Konsequenzen dieser grundrechtlichen Malaise für den Rechtsschutz und die Grenzen aller Justiziabilität liegen auf der Hand. Man müßte eben nochmal zwanzig — nein, man müßte Gymnastik- und Tanz-Privatschulunternehmer in Schleswig-Holstein sein, dem Subventionierung wegen Fehlens aller gesetzlichen und haushaltsmäßigen Voraussetzungen aus guten Gründen verweigert worden war, bis das Bundesverwaltungsgericht ihn am 11. März 1966 ²⁷) nicht nur prozessual zur Feststellungsklage zuließ, denn — so das Urteil in lapidarer Kürze — es solle "im Rechtsstreit ein konkretes Rechtsverhältnis geklärt werden, nämlich die Frage, ob das beklagte Land die Gewährung staatlicher Zuschüsse verweigern darf", sondern in Art. 7 Abs. IV GG auch eine Grundlage dafür entdeckte, "die Verletzung des Grundsatzes der Chancen-

²⁷) NJW 1966, S. 1236 ff.; dazu kritisch: Weber, NJW 1966, S. 1798 und Menger-Erichsen, VerwArch. Bd. 57 (1966), S. 377 ff.; im weiteren Verfahren vor dem V. Senat des OVG Lüneburg ist den Parteien aufgegeben worden, die Ausbildungsziele der Schule und ihren Ausbildungsabschluß zu bezeichnen, nach Form und Umfang vergleichbare öffentliche Schulen, die ihnen zukommenden Vorteile sowie weiterhin anzugeben, ob die Privatschulunternehmerin dem Land Kosten erspart. Außerdem soll sie ihren Berufungsantrag fixieren (vgl. den Prozeßbericht in: Winsener Anzeiger Nr. 198 v. 26. 8. 1966). Die Beweisthemata verdeutlichen die Schwierigkeit richterlicher Aufgabe unmittelbaren Verfassungsvollzuges, zumal der schleswig-holsteinische Gesetzgeber keinen Subventionierungseifer zu haben scheint. - Zum Gesamtthema der Privatschul-Subventionierung vgl. die Referate zum Gegenstand "Verwaltung und Schule" auf der Kieler StRLTagung (1964) von Evers und Fuß, Veröff-VDStRL, Heft 23 (1966), S. 192 ff., 221 mit weiteren Literaturnachweisen bei Evers, Anm. 154—161, bei Fuß, Anm. 79—82. Beide Referenten haben einen allgemeinen, aus Art. 7 GG ableitbaren Subventionsanspruch — entgegen dem BVerwG — mit guten Gründen abgelehnt, und zwar im Hinblick auf die Freiheit und Eigenverantwortlichkeit der Privatschule und ihres Unternehmers.

gleichheit und die Wahrnehmung öffentlicher Bildungsaufgaben durch eine gleichwertige Privatschule (müßten) dazu führen. daß ein Anspruch auf Subventionierung nicht grundsätzlich verneint werden kann" - und dies ohne besondere landesgesetzliche Regelung, die bei ihrem künftigen Ausbleiben durch die Weisheit des Gerichts ersetzt werden soll, an das die Sache zurückverwiesen ist und dem unser Kollege Naumann präsidiert. Die Zulassung — wie hier — der Feststellungs- oder sonst der Vornahmeklage, also die Zulassung zu gerichtlicher Geltendmachung überhaupt, danach die Ermittlung eines zur Subventionierung verpflichtenden Rechtssatzes von Verfassungsrang und schließlich eine justiziable Eingrenzung von Maß und Merkmal der Finanzhilfe sind die für den Rechtsschutz des Bewerbers im ungeregelten Gebiet entscheidenden Fragen, die um so prekärer werden, je mehr der Bewerber, der nicht gerade Privatschul-Unternehmer für Gymnastik und künstlerischen Tanz ist, letztlich nur das Sozialstaatsprinzip und den Gleichheitssatz für sein Begehren ins Feld führen kann.

7. Die eigentliche Crux der Subventionsverwaltung — für ihre rechtsstaatliche und ihre demokratische Legitimierung, für ihre normative Erfaßbarkeit und die Einfügung ihrer Kontrolle in das Rechtsschutzsystem - liegt im Bereich der Wirtschaftssubventionierung. Das erklärt sich aus den durch ihren Gegenstand bedingten Motiven und Strukturen der wirtschaftspolitischen Ingerenz des Staates in der Wirtschaft, Es geht um eine Komplexität von Daten, Prognosen, Zielen, Maßnahmen und Wirkungen, die auf eine Pluralität von privat-autonomen Marktteilnehmern, -faktoren und -vorgängen bezogen sind und die sich, als solche prinzipiell nicht-staatlicher Disposition und außerrechtlicher Determination privater Wirtschaftsfreiheit, hoheitlichem Befehl und normierender Ordnung im Grunde entziehen. In diesem Bereich ist der Einsatz der Subvention ein Mittel staatlicher Ingerenz unter vielen anderen, ihrerseits aber - noch mehr als die Lenkung von Produktion und Investition — deshalb rechtlicher Erfaßbarkeit aus ienen Gründen der Komplexität und Pluralität besonders schwer zugänglich, weil sie in jedem einzelnen subventionierten oder übergangenen Wirtschaftsteilnehmer legitime vermögenswerte Individualinteressen berührt. Nicht ieder subventionierte Unternehmer ist eben ein solcher öffentlicher Bedeutung im Stile der Krügerschen Staatslehre²⁸), der sich an Gemeinwohlgesinnung nicht einmal vom Staat

²⁸⁾ Herb. Krüger, Allgemeine Staatslehre (1964), S. 407 ff.

übertreffen läßt, oder jener Ontologie, für die — wie Gygi es formuliert hat29) — die Vorsehung es so glücklich fügte. "daß der westliche Mensch und er allein dazu auserkoren wurde, daß sich in ihm und durch ihn der summierte Eigennutz in der Potenz zum Gemeinwohl verwandelt". Der subventionierende Staat wird eben mit Wirtschaftssubjekten rechnen müssen, deren legitimes Gewinnstreben mit dem öffentlichen Subventionszweck in Einklang zu bringen ist. Alle Ermächtigung, alle Regelung, alles Verfahren der Wirtschaftssubventionierung steht vor der Aufgabe. Komplexität und Pluralität des Wirtschaftsablaufs und die Konfrontation öffentlicher und privater Interessen in Rechnung zu stellen, die sich vertikal zwischen Staat und Einzelnem, horizontal unter wettbewerbenden Wirtschaftsteilnehmern zur Geltung zu bringen suchen. Weder unsere im Zivilrecht noch unsere im öffentlichen Recht entwickelten Strukturen der Gesetzgebung sind hinreichend gerüstet darauf, den Vorgang der Subventionierung in ein schon gewachsenes System staatlicher Wirtschaftslenkung oder eine gesicherte gesetzgeberische Technik ihrer Regelung einzufügen. Eher könnte man umgekehrt nur hoffen, daß eine verfassungsrechtlich befriedigende Rechtsgestaltung des Subventionswesens wenigstens ein Element einer erstrebenswerten Strukturierung der gesamten Wirtschaftslenkung liefern könnte.

8. Das gilt insbesondere für das Phänomen, das neuerlich — nach und neben den Wirtschaftspolitikern und der ökonomischen Theorie — als sog. Wirtschaftsplanung in das Blickfeld juristischer Betrachtung rückt. Damit werde ich Sie hier aus naheliegenden Gründen nicht behelligen, zumal ich dazu eines "kaiserlichen" Imprimatur bedürfte³⁰). In einer mit Mitteln korrekter Rechtsgestaltung operierenden und in einen Rechtsrahmen verwiesenen Wirtschaftsplanung hat auch das Subventionieren seinen Platz, wenn es — in einem höheren Integrationssinn als das punktuelle Intervenieren — als Planungsinstrument eingesetzt wird. Es mag vorkommen, daß eine der Verwaltung gestellte oder von ihr usurpierte Subventionsaufgabe an sich den vollen Vorstellungen einer zeitbemessenen Planung für einen Wirtschaftsbereich entspricht oder nahekommt. In aller Regel ist die Subventionierung aber nur ein Planungsinstrument unter anderen, und das im spezifi-

²⁹) Gygi, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zu verwaltungsrechtlichen Grundfragen, Ztschr. d. Bernischen Juristenvereins, Bd. 102 (1966), S. 122.

³⁰⁾ Dazu Ipsen, Fragestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung, in: Kaiser, Planung I (1965), S. 35—66; ders., Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: Kaiser, Planung II (1966), S. 63—112.

schen Subventionszweck verfolgte Planungsziel ist dann nicht Plan, sondern nur planulum, die Subventionierung also ein Vorgang dessen, was mir als "Planulismus" vorschwebt³¹). Die rechtliche Komplikation liegt dann darin, die für die Subventionsbewilligung vorausgesetzte Finalität, die Orientierung von Subventionsauflagen an ihr, die Berücksichtigung der Chancengleichheit und andere rechtserhebliche Merkmale des Vorgangs an den Zielen der Gesamtplanung zu orientieren, was insbesondere für eine Ermessenshandhabung der Verwaltung maßstäblich sein kann. Wenn das Subventionieren als solches schon ohne spezifische Konformität ist zur überkommenen Dogmatik der Verwaltungshandlungen und zu den Strukturen unserer Gesetzgebung, gilt das in erhöhtem Maße für eine Verwaltung, die zur Wirtschaftsplanung oder zum Planvollzug berufen ist und berufen wird. Mit diesen Problemen stehen wir aber, verglichen mit der Subventionierung, im Grunde heute erst in den 50er Jahren.

9. Was ich bisher — in 8 Punkten — rechtsproblematisch genannt habe, waren querelles allemandes, wie sie, wenn auch unterschiedlich, entsprechend solche anderer nationaler Provenienz sind und sein können, die ich hier in den Rundblick einbeziehe. Anders aber als in Österreich und in der Schweiz — Österreich jedenfalls noch gegenwärtig, die Schweiz, solange sie das Neutralitätsbanner statt der Europafahne schwingt — befindet sich das deutsche Subventionsrecht im Zustand zunehmender gemeinschaftsrecht im Zustand zunehmender gemeinschaftsrecht den Agrar- und den Verkehrsmarkt —, in denen die Verwaltung durch Subventionen schon heute vom Gemeinschaftsrecht her ausgerichtet wird³²). Das wirft rechtserhebliche Fragen der Grundlagen,

³¹⁾ Ipsen, Planung I, aaO., S. 55, RdZiff. 72; Planung II, aaO., S. 76 ff.

³²⁾ Das Subventionsrecht des Gemeinsamen Marktes ist an seinen Zielsetzungen orientiert und — im EGKSV und EWGV — nach dem Integrationsgrad und Charakter der Märkte unterschiedlich geregelt. Die Subvention hat im Gemeinschaftsrecht eine andere "Dimension", weil ihre Wirkung für die Wettbewerbslage im Gemeinsamen Markt für seine Herstellung und Funktion wesentlich ist.

^{1.} Primäre Rechtsgrundlagen sind Art. 4 lit. c) EGKSV, Art. 92—94 EWGV. Nach Art. 4 lit. c) aaO. werden als unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl gemäß den Bestimmungen des Vertrages aufgehoben und untersagt: von den Staaten bewilligte Subventionen oder Beihilfen, in welcher Form dies auch immer geschieht. Nach Art. 92 Abs. 1 aaO. sind, soweit der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den

Noch Note 32

Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Nach Art. 5 EWGV dürfen die Mitgliedstaaten derartige Beihilfen nicht gewähren; Art. 93 EWGV regelt das Kontroll- und etwaige Verbotsverfahren der Kommission: Art. 94 EWGV erteilt dem Rat die Ermächtigung zum Erlaß von Verordnungen zur Durchführung der Art. 92, 93. Art. 92 Abs. 2 erklärt bestimmte Beihilfen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar (soziale Verbraucherbeihilfen, Schadensausgleichs-Beihilfen bei Naturkatastrophen usw., Beihilfen für die deutsche Wirtschaft zum Ausgleich der deutschen Teilung). Nach Art. 92 Abs. 3 können (generell durch Ratsverordnung nach Art. 94 oder im Einzelfall durch Rat oder Kommission nach Art. 93 Abs. 2) bestimmte Beihilfen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden (zur wirtschaftlichen Förderung in unterentwickelten Gebieten, zur Förderung wichtiger Gemeinschaftsinteressen, zur Behebung beträchtlicher Wirtschaftsstörungen, zur Entwicklungsförderung gewisser Wirtschaftszweige oder -gebiete).

- 2. Das einschlägige Sekundärrecht wächst mit dem Fortschritt der Integration an. Seiner Ausgestaltung gehen regelmäßig umfangreiche Erhebungen über den Stand des Subventionswesens in den Mitgliedstaaten voraus; vgl. etwa; Bericht und Aufstellung der EWG-Kommission über die Beihilfen für die Landwirtschaft vom 23. 3. 1966 — SEK (66) 920 (dazu: Mitteilungen zur Gemeinsamen Agrarpolitik — Agrarinformation der EWG-Kommission, Gen. Dir. Landwirtschaft — Nr. 5 v. April 1966). Auf dieser Grundlage beruht der Vorschlag der Kommission für eine Ratsverordnung zur Änderung der Verordnung Nr. 26 (ABl. Nr. 30 v. 20. 4. 1962), die solche Agrarbeihilfen beseitigen soll, die sich wettbewerbsverfälschend auswirken können (KOM [66] 60 endg. v. 23. 3. 1966). Ein entsprechender Kommissionsvorschlag (KOM [66] 95 endg. v. 30. 3. 1966) soll die Bedingungen und Einzelheiten festlegen, die Voraussetzung für die Anwendung des Art. 94 im Rahmen des Art. 93 bilden. Ein weiterer Kommissionsvorschlag einer Ratsverordnung betrifft Beihilfen an Verkehrsunternehmen, die ebenfalls den Art. 92, 93 unterfallen, soweit Art. 77 keine Ausnahmen zuläßt (Text in VWD Europa Nr. 142/66 v. 25. 7. 1966, S. I/3 ff.),
- 3. Einen einheitlichen Subventionsbegriff kennt das Gemeinschaftsrecht nicht. Der des EGKSV ist kategorischer als der des EWGV, insofern im Montanrecht alle Beihilfekompetenzen auf Gemeinschaftsinstanzen übergegangen sind und ihre nationale Wahrnehmung als im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Ziff. 3 EGKSV vertragswidrig verboten ist (der rationellsten Verteilung der Produktion auf dem höchsten Leistungsstand und normalen Wettbewerbsbedingungen zuwiderlaufend); vgl. Urt. d. GHofs v. 23, 2, 1961 Rs. 30/59 (Bergmannsprämie) Bd. VII, S. 43 ff. - Nach Art. 92 EWGV ist begriffswesentlich, daß die Subvention a) eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte ist, daß sie b) ein wirtschaftliches Unternehmen oder einen Produktionszweig begünstigt, daß c) durch diese Begünstigung eine Wettbewerbsverfälschung auf dem Gemeinsamen Markt dadurch bewirkt wird oder droht, daß sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Die für den Verkehr maßgebliche Sondervorschrift des Art. 77 läßt solche Beihilfen zu, die den Erfordernissen der Verkehrskoordinierung oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen

Noch Note 32

entsprechen (Sozialtarife der Deutschen Bundesbahn, Bedienung unrentabler Strecken, deren Stillegung aus politischen Gründen ministeriell nicht genehmigt wird, usw.). Daß es für den Diskriminierungscharakter einer Subvention (hier: Unterstützungstarif im Montanbereich) nicht auf eine durch sie verursachte Schädigung des nicht begünstigten Unternehmens ankommt, hat der GHof in seiner Entscheidung Rs. 3/58, Bd. VI. S. 411 festgestellt.

- 4. Zunehmend bedeutsam für die deutsche Subventionsverwaltung wird die Kontrollzuständigkeit der EWG-Kommission gemäß Art. 93: vgl. z. B. Bericht über Kommissionsprüfungen im Bulletin der EWG Nr. 3/66, S. 32 ff. (deutsche Schiffbausubventionen, italienische Filmund Textilsubventionen); Beispiel eines von der Kommission gemäß Art. 93 Abs. 2 eingeleiteten, nach staatlicher Abhilfe eingestellten Vertragsverletzungsverfahrens in AWD Europa Nr. 106/66 v. 2. 6. 1966 (italienisches Filmsubventionsgesetz Nr. 694, das nach Änderung als Gesetz Nr. 1213 von der Kommission mit Art. 92 EWGV vereinbar erklärt worden ist). Im Montanbereich ist der Subventionscharakter bestimmter deutscher Eisenbahn-Ausnahmetarife (Art. 70 Abs. 4 i. Verb. mit Art. 4 lit. b) EGKSV) letztlich durch die Entscheidungen des GHofs v. 10. 5. 1960 in den Rs. 3/58 ff. und v. 15. 7. 1960 in den Rs. 27/ 58 ff. festgestellt worden (Bd. VI, S. 373, 513 ff.); dazu: Much, Ausnahmetarif und Wirtschaftsintegration, Ztschr. f. d. ges. Handelsund Wirtschaftsrecht 1961, S. 110 ff.; Klaer, Der Verkehr im Gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl (1961), S. 71 ff.
- 5. Mit zunehmender Vergemeinschaftung bestimmter Wirtschaftszweige und dem Übergang der Subventions-Kompetenz auf Gemeinschaftsorgane entsteht das Problem der Beschaffung und des Anfalls von Subventions mitteln zur Verfügung von Gemeinschaftsorganen und der Kontrolle ihrer Bewirtschaftung durch die Beratende Versammlung. Es wirft prinzipielle Verfassungs- und Strukturfragen der Gemeinschaften auf. Hier fragt sich, ob die Gemeinschaft letztlich — außer der Verteidigung — auch einer Währungshoheit entraten kann, die beide klassische Kompetenzen der Staatlichkeit sind, und ob die Gemeinschaft wirklich erst dort beginnt, wo der Staat früher endete, der "zunächst nur Polizist und Soldat (war), bevor er sich auch zum Industriellen und Händler machte"; vgl. Cartou, Der Gemeinsame Markt und das öffentliche Recht (1960), S. 220. Es ist bezeichnend, daß Bundesernährungsminister Höcherl im EWG-Ministerrat am 1. 7. 1966 die Auffassung vertreten hat, Beihilfen "beeinflußten das Haushaltsrecht und berührten klassische Staatsaufgaben, die ... weiterhin im Einflußbereich der Nationalstaaten bleiben" müßten; vgl. FAZ Nr. 150 v. 2. 7. 1966, S. 3. An der Subventionsfrage kann sich die Integrationsfrage der Währungshoheit entzünden. - Sonderregelungen zur Subventions-Finanzierung enthalten Art. 58, § 2 EGKSV (Krisenumlage, bisher nicht praktiziert; vgl. Weides, Das Finanzrecht der EGKS, 1960), Art. 54 Abs. 1 EGKSV (Investitionskredite), Art. 56 EGKSV (Finanzierungshilfen für Unternehmen in Krisensituationen, evtl. unter paritätischer Beteiligung des Mitgliedstaates), Art. 55 EGKSV (Forschungssubventionen). Der Europäische Sozialfonds (Art. 123 EWGV, nach Art. 200 EWGV gespeist aus mitgliedstaatlichen Beiträgen) gewährt den Mitgliedstaaten Zuschüsse zu ihren Beihilfeprogrammen zur Verbesserung der Beschäftigungsmöglichkeiten der Arbeitskräfte (eine Art horizontalen Finanzausgleichs); hiervon VO Nr. 9 (Text im Handbuch für Europäische Wirtschaft Bd. 4 hinter Art. 128) sowie Bericht des

der öffentlichen Zweckbestimmung, ihres Rechtsstatuts und ihrer Gestaltungsmittel, ihrer Etatisierung und des Rechtsschutzes, ja sogar ihrer Begriffsbestimmung auf, weil das

Noch Note 32

Sozialausschusses des Europ. Parlaments über die Vorschläge der EWG-Komission an den Rat (Dok. 152/1964—1965) betr. die Verordnungen zur wirksameren Gestaltung der Hilfen aus dem Europ. Sozialfonds, Dok. 53 v. 14. 6. 1965. Die gemäß Art. 129 EWGV errichtete Europäische Investitionsbank eigener Rechtspersönlichkeit (Satzung gemäß Art. 239 EWGV) gewährt aus ihrem Sondervermögen Darlehen und Bürgschaften zur Finanzierung von Vorhaben aller Wirtschaftszweige gemäß Art. 130 an Mitgliedstaaten und Unternehmen (Zinsvergütung nur im Rahmen des Art. 92); vgl. Europäische Investitionsbank, Neue Zürcher Zeitung Nr. 172 v. 25. 6. 1966; Killmer, Die europäische Investitionsbank. Eine rechtliche Untersuchung ihrer Aufgaben, ihres Aufbaues und ihrer Geschäftsgrundsätze, Frankfurter Diss. 1966.

- 6. Die Gestaltung von Gemeinschaftssubventionierungen folgt im Montanrecht dem Zweistufenverfahren, wobei die Durchführung zweiter Stufe dem Privatrecht des betreffenden Mitgliedstaates untersteht; vgl. Börner, Die Entscheidungen der Hohen Behörde (1965), S. 18 ff. Das EWG-Verfahren ist vielgestaltig und z. T. im Abschöpfungsverfahren speziell geregelt (für das Agrarrecht in den Verordnungen Nrn. 19—22); vgl. Jaenicke, ZaöRV Bd. 23 (1963), S. 489 ff., 508 ff. ("Erstattungen" als Subventionen). Zu den finanziellen Auswirkungen auf den Bundeshaushalt und seine "Subventionsbeteiligung" am Europ. Agrarfonds vgl. "Die Agrarfinanzierung in der EWG", Institut Finanzen und Steuern, Brief 80 v. März 1966.
- 7. Der Rechtsschutz folgt dem Rechtsschutzsystem der Gemeinschaftsverträge und der Subventionsgestaltung. So kann ein Unternehmen i. S. des EGKSV eine Subventionsentscheidung der Hohen Behörde nach Art. 33 vor dem Gerichtshof anfechten. Aus Rechtsbeziehungen zweiter Stufe steht der Rechtsweg zum nationalen Gericht offen, das montanrechtliche Vorfragen zu prüfen befugt ist; für EWG und EAG sind Art. 177 EWGV und Art. 50 EAGV (Vorlage beim Gerichtshof) zu beachten.
- 8. Aus dem Schrifttum vgl. weiter: Hellwig, Steuern und Subventionen in der EWG, in: Europ. Wirtschaft 1959, S. 371 ff.; Hochbaum, Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, Bd. 13 der Schriftenreihe zum Handbuch für Europ. Wirtschaft (1962); Koppensteiner, Das Subventionsverbot im EGKSV (1965); Gizzi, La Communità Economica Europea, il regime di concorrenze e il divieto degli "aiuti", in: RivDirEuropeo 1963, S. 120 ff.; Loerke, Hoheitliche Gewalt und Diskriminierungsverbot nach dem Montanvertrag (1964), insbes. S. 103 ff.; Nissen, Zum Subventionsverbot des Montanunion-Vertrages, BB 1962, S. 1229 ff.; Obernolte, Subventionen im Gemeinsamen Markt, Europ. Wirtschaft 1961, S. 388 ff.; ders., Bestimmungen über staatliche Beihilfen im EWGV, AWD 1961, S. 68 ff.; Rinck, aaO., S. 110 ff.; Venceslai, Sulla estensibilità della normativa degli Artt. 92 e segg. del trattato di Roma alla piattaforma continentale, RivDirEuropeo 1965, S. 35 ff.; N. N., Agrarsubventionen durch die Brille des Juristen, Europ. Wirtschaft 1962, S. 104 ff.

Gemeinschaftsrecht den nationalen Markteilnehmer in seiner Funktion auf dem gemeinsamen Markt erfaßt. Ich werde versuchen, den zweiten Teil meiner Ausführungen — um mit Marbach zu sprechen — mit einer europarechtlichen "Tortenverzierung" zu versehen, wobei sich erweisen wird, wie sie und wem sie mundet. Einen — allerdings nur dünnen und trockenen — Tortenboden liefere ich in Anmerkung 32.

- 10. Am Ende dieser Äußerungen verfassungsrechtlichen Unbehagens stehen zwei Gesichtspunkte, die im weitesten Sinne organisationsrechtlich genannt werden könnten einmal von Verfassungsrang, zum anderen verwaltungsorganisatorisch. Das ist zunächst die Anfälligkeit und die Eignung der Subvention, die bundesstaatliche Kompetenzverteilung der ersten und der zweiten Gewalt zu unterwandern und auch die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung in Frage zu stellen also das seit Weimar erörterte Problem der Fondsverwaltung, für dessen Aufhellung Lassar³³) in Köttgen³⁴) einen würdigen Nachfolger gefunden hat. Man muß wohl Preuße oder mit Berlin verbunden sein, um diesem Thema näherzukommen.
- 11. Und letztlich stellt sich für die Subventionsverwaltung ein mit Hilfe der Figur des "Beliehenen" nur sehr unvollkommen und als solches systematisch noch nicht abgeklärtes Organisationsproblem, weil die Subventionsverwaltung weithin eben nicht Verwaltung durch staatliche oder sonst öffentliche Apparatur, sondern Wahrnehmung mit Hilfe ziviler Gebilde ist, die gewohnheits- und gewerbsmäßig mit Geld umzugehen verstehen.

Beide Organisationsfragen — zu 10. und 11. — werfe ich nur auf, ohne sie im weiteren noch zu erörtern, wobei ich nicht nur einem Maßhaltegebot in der Zeit nachkomme, sondern auch einer Abwägung eigener Interessiertheit. Ich kann hierfür auch auf S. 51 ff. verweisen.

B. Subventionsverwaltung und Verfassung

Nach dieser Exposition stehen die aufgeworfenen Fragen — mit Ausnahme der letzten zur Fondsverwaltung und Organisation — in veränderter Reihenfolge und unter gewissen Zusammenfassungen zur weiteren Erörterung. Diese Erörterung wird auch versuchen, in schrittweiser Stellungnahme einen

³³⁾ Lassar, HdbDStR Bd. I (1930), S. 316 ff.; ders., JbÖffR Bd. 14, S. 20.

³⁴⁾ Vgl. Anm. 23.

Rechtsbegriff der Subvention einzukreisen, soweit seiner Präzisierung ein rechtserheblicher Wert beizumessen ist³⁵).

I. Öffentliche Subventions-Interessen

1. Eine Dogmatik des Subventions-Verwaltungsrechts scheint einer Begriffsbestimmung der Subvention zu bedürfen. Da die Subvention ein Anschauungsgegenstand verschiedener Disziplinen ist, verdient zunächst festgehalten zu werden, daß es eine übergreifende, allgemeingültige Begrifflichkeit für sie nicht gibt. Das ist erklärlich, weil etwa die ökonomische Wissenschaft mit ihrer Erfassung anderen Zwekken folgt und in ihren tatsächlichen Zusammenhängen anderes für wesentlich hält als die Rechtswissenschaft, der es - in Ermangelung eines Legalbegriffs - darauf ankommen muß, die Erscheinung der Subvention in denjenigen Merkmalen zu kennzeichnen, die in den für sie etwa maßgeblichen Normbereichen relevant sein können. Und darin liegt zugleich auch hier die gebotene Selbstbescheidung aller juristischen Begriffsbemühungen: sie hat keinen Selbstzweck, sondern nur den, die Subvention als Tatbestand und in den Rechtsfolgen ihres Auftretens an den Maßstäben einschlägiger Normenbestände zu messen, und soweit es dessen nicht oder nicht einheitlich bedarf, bleibt eine Bemühung um ihren Rechtsbegriff entbehrlich.

Soviel im Hinblick auf zahlreiche Definitionsvorschläge — bis hin zu Wolffs mutigem Schritt, den § 154 seines "Verwaltungsrechts III" sogleich mit einer Begriffsbestimmung zu beginnen²⁶) — und im Rückblick auf meine eigene Impotenz,

mancherlei Ausbuchtungen (Subvention i. w. S.) und Eingrenzungen

(Subvention i. e. S.) erfahren muß.

³⁵⁾ Über die Rechtserheblichkeit der Begriffsbestimmung an sich ist hier nicht zu streiten; dazu speziell zur Subvention: Lerche, DÖV 1961, S. 486; ders., Die Gemeinden in Staat und Gesellschaft als Verfassungsproblem, in: Buch deutscher Gemeinden 1965, S. 20 ("Tausend und ein Topf"); allgemeiner zur Leistungsverwaltung im Verhältnis zur überkommenen Dogmatik und Systematik des Verwaltungsrechts: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, aaO., S. 56; ferner die Auseinandersetzung zwischen Welter und Fischer zum Thema "Subventionen als Rechtsbegriff" im BB 1962, S. 493 ff., 1185 ff. sowie Eppe, Subventionen und staatliche Geschenke, Begriffliche Abgrenzung und verwaltungsrechtliche Bedeutung. Diss. Münster 1966, S. 38 ff. — Die Subvention kann schwerlich in anderer Methode erfaßt werden, als sie für die Umgrenzung der Wirtschaftsplanung geboten ist; dazu Ipsen, Planung I, aaO., S. 43, RdZiff. 25, Planung II, aaO., S. 86 ff.: wechselseitig verschränkende Überprüfung hypothetisch anzunehmender Merkmale nach den pragmatischen Erkenntnissen einer Typologie. 36) AaO., Bd. III, S. 215, wobei dieser Begriff im folgenden Text

die statt eines Begriffs nur eine Typologie und Rechtsmerkmale zuwege gebracht hatte (S. 45 ff., S. 54 ff.). Die üppige Dissertationsliteratur seit 1956 hat mir das denn auch — wohl als Alterserscheinung — hinreichend vorgehalten.

2. Da ich inzwischen nicht jünger geworden bin, bleibe ich auch heute zunächst bei einem typologischen Ansatz. Ich will dem Subventionsbegriff en passant an Hand jenes Subventionstyps zu Leibe gehen, der — im Sinne iener juristischen Maßstäblichkeit einer Definition — in den meisten einschlägigen Normbereichen echte Rechtsfragen aufwirft. Sie treten nicht oder von nur geringerem Gewicht auf, wo - nach der Artunterscheidung von Wolff — etwa eine Sozialsubventionierung stattfindet für das Deutsche Müttergenesungswerk, das ja in gewisser Weise mit unserer gestrigen "staatsoberhauptlichen" Thematik weiblicher Linie zusammenhängt, oder eine Wirtschaftssubventionierung nach Art der früheren, bundesgesetzlich geregelten Förderung der deutschen Eierwirtschaft⁸⁷), die jedes erfolgreiche Gackern mit 3 Pfennigen honorierte. Solche Subventionserscheinungen sind juristisch höchst uninteressant, obwohl sie das Entzücken jedes Legalisten sein dürften. Problematisch sind jene anderen Typen, die ohne gesetzliche Regelung im Stil der Etatund Richtliniensubventionierung ein komplexes wirtschaftspolitisches Interventions- oder Planziel verfolgen. In ihnen konzentrieren sich alle wirklichen Fragwürdigkeiten der Verwaltung durch Subventionen, ohne daß ich deshalb — in Korrektur von S. 8 meiner Schrift von 1956 mich auch heute noch darauf versteifen wollte, Subventionierung finde, und zwar rechtsbegrifflich beschränkt, nur im Bereich der Wirtschaft statt³⁸). Es handelt sich bei den Typen, an die ich denke, im Grunde um Subventionserscheinungen, für die die primäre generelle staatliche Entscheidung für die Subventionierung sich darin erschöpft, ihren Zweck zu setzen³⁹) und für seine Erfüllung öffentliche Mittel bereitzustellen.

³⁷) Ges. v. 31. 3. 1956 (BGBl. I S. 239) nebst 4 Durchführungsverordnungen.

³⁸⁾ Wolff, aaO., S. 216, will begrifflich darauf abstellen, daß die Subvention der "Stärkung der Leistungsfähigkeit (Produktionskraft) der Unternehmer zwecks besserer Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse" dient. Das grenzt den Begriff aber denn doch wesentlich auf die Wirtschafts subvention ein.

³⁹⁾ Die "Nur-Zweck-Setzung" hält Herb. Krüger, Das Recht und die soziale Wirklichkeit, Schrift 232 des Deutschen Vereins für öff. und priv. Fürsorge (1965) S. 15/16 als für das besondere Gewaltverhältnis maßgeblich. Diese Folgerung ist für das Subventions-

Unsere Schweizer Kollegen greifen in diesen Zusammenhängen des Wirtschaftsinterventionismus nach dem Uhrenstatut oder der Käsemarktordnung als typischen Beispielen. Mir liegt an der Wasserkante die "Förderung der deutschen Seeschiffahrt" näher, über die der Bundesminister für Verkehr im Bundesanzeiger Nr. 94 vom 20. Mai 1965 zuletzt "Grundsätze" verlautbart hat. Ihr entscheidender Passus in Abschnitt I Ziffer I Abs. 1 Abs. (1) und (2) lautet:

"Der Bundesminister für Verkehr kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen zur Verbesserung der Struktur und der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Handelsflotte sowie der Beschäftigungslage der deutschen Werftindustrie aus Mitteln, die der Bund für diese Zwecke in den Haushalten der Jahre 1965 bis 1969 vorsieht, die in diesen Grundsätzen genannten Schiffahrtshilfen gewähren, wenn der Zweck, für den sie der Empfänger verwenden will, nach den schiffahrtspolitischen Zielen der Bundesregierung und mit Rücksicht auf die verfügbaren Haushaltsmittel gefördert werden kann. Ein Rechtsanspruch auf diese Hilfen besteht jedoch in keinem Fall.

- (2) Der Bundesminister für Verkehr kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen
- a) Programme für die Bauvorhaben aufstellen, die durch Neubauhilfen gefördert werden sollen,
- b) die Grundsätze für die Schiffahrtshilfen ändern oder ergänzen oder von ihnen im Einzelfall abweichen,
- c) die Hilfen von Bedingungen abhängig machen und mit Auflagen verbinden,

wenn dies der Schiffahrtspolitik der Bundesregierung dient oder sonst geboten erscheint."

Von allen anderen, noch zu erörternden Rechtsfragen abgesehen, die dieser Subventionstyp und seine Regelung in "Grundsätzen" dieser Art aufgibt, verdeutlicht er dreierlei:

(1) Die Förderung zielt auf Erfüllung öffentlicher schiffahrtspolitischer Interessen durch den Subventionsempfänger. Das ist ihr allein zugelassener, rechtserheblicher Zweck, der zugleich Hoheitsbefugnisse und Anwartschaften begrenzt, Ermessensmaßstäbe liefert und begrifflich prägt.

Rechtsverhältnis indes eindeutig abzulehnen; vgl. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 72 ff.; und auch Köttgens Zweifel (in: Fondsverwaltung, aaO., S. 56, Anm. 121) können diesen Standpunkt nicht erschüttern; vgl. auch unten BIV 3.

- (2) Die Umschreibung dieser öffentlichen Interessen in den "Grundsätzen" ist komplexer Natur: Verbesserung der Struktur und der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Handelsflotte sowie der Beschäftigungslage der Werften.
- (3) Diese in den "Grundsätzen" umschriebenen öffentlichen Interessen sind variationsfähig, und zwar nach exekutiver Entscheidung der für die Subventionsverwaltung zuständigen beiden Ressortminister im Sinne der Schiffahrtspolitik der Bundesregierung — und variationsfähig nicht nur generell, sondern auch im Einzelfall der Subventionsentscheidung. Diese Technik einer exekutiven Subventions-Ermächtigung und Zweckbestimmung erscheint denjenigen Erfahrungen adäquat, die der punktuelle Wirtschaftsinterventionismus ebenso wie eine umfassendere Wirtschaftsplanung einschließlich planulistischer Mittelanwendung machen mußten, als es darum ging, staatliche Interventions- und Planungsziele rechtserheblich zu erfassen — in normativen Regelungen, in Maßnahmen oder Exekutivermächtigungen, Auch gemeinschaftsrechtliche Akte dieser Thematik haben keinen anderen Stil. Wer nach gesetzlicher Ausgestaltung der Subventionierung und dabei auch nach Art. 80 GG ruft, hat die aus der Sache gegebene, einer abstrakten Tatbestandsumschreibung genereller Unnachgiebigkeit widerstreitende Besonderheit der Aufgabe allenfalls gesehen, aber noch nicht bewältigt.

Da dieser Subventionstyp repräsentativ genannt werden kann für die wichtigste Gruppe der gesetzlich nicht geregelten Wirtschaftssubventionen, sehe ich in ihm die Auffassung bestätigt, daß die Subventionierung rechtsbegrifflich ein Verhalten des Empfängers bedingt, das "dem öffentlichen Interesse als Gegenleistung erscheint" (S. 56)40). Zu ihr gehört das Merkmal, daß der Subventionsempfänger in seiner primär privatwirtschaftlich motivierten Leistung zugleich öffentliches Interesse befriedigt, was von nicht geförderter privater Wirtschaftstätigkeit nicht generell und nicht rechtsnotwendig verlangt werden dürfte.

Wo die öffentliche Finanzhilfe nicht aus konkretisiertem öffentlichen Interesse auf Verhaltensbeeinflussung ihres Empfängers zielt, die dem Staat im Sinne seiner Realisierung als Gegenleistung erscheint, mag eben von öffentlicher Finanz-

⁴⁰⁾ Dieses Merkmal ist wirtschaftswissenschaftlich akzeptiert worden von Meinhold, aaO., S. 238, rechtswissenschaftlich von Wolff, aaO., S. 216; entsprechend Kölble, NJW 1966, S. 475.

hilfe, kann aber im Rechtssinne nicht von Subventionierung die Rede sein. Deshalb sind sog. Konsumentensubventionierungen privater Haushalte als Endverbraucher, also generelle Preisverbilligungen⁴¹), ebensowenig Subventionen wie Finanzausgleichsdotationen unter öffentlichen Finanzmassen⁴²), staatliche Ersatz- und Ausgleichs-⁴³) oder Sozialleistungen. Die bei Wolff geschriebene Dissertation von Eppe⁴⁴) hat daher—in Anlehnung an Imbodens sog. aufgabenübertragende Subvention⁴⁵)—für das Subventionsbild ein begrifflich notwendiges Dreiecks-Verhältnis angenommen, in dem der Subventionsempfänger als Privater mittelbar öffentliche Aufgaben erfülle, was für den Sozialhilfeempfänger nicht zutreffe⁴⁶). Für ihn ist die staatliche Finanzhilfe unmittelbar aufgaben-erfüllend, nicht verhaltens-bindend, und im Interesse rechtserheb-

⁴¹⁾ Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 9, 48.

⁴²⁾ Wolff, aaO., S. 216.

⁴³⁾ Deshalb - und weil die Deutsche Bundesbahn öffentliche Verwaltung wahrnimmt — sind auch wesentliche Leistungen des Bundeshaushalts an sie (so zur Abnahme anerkannt betriebsfremder Versorgungslasten und zur Abgeltung von Sozialtarifen) nicht Subventionen; richtig: Oeftering, Der rechtliche und wirtschaftliche Gehalt der Bundeshaushaltsleistungen an die Deutsche Bundesbahn, in: Finanzwissenschaft und Finanzpolitik, Festschrift für Schöttle (1964), S. 187 ff. — Die Hauptverwaltung der DBB hat zu Berichten über den Finanzbericht 1966, in denen von "Subventionen" für die DBB die Rede war, festgestellt, diese Leistungen des Bundes seien fast ausschließlich "Abgeltungszahlungen für von ihr im staatlichen Interesse erbrachte Leistungen, nicht aber Subventionen"; vgl. FAZ Nr. 52 v. 3. 3. 1966, S. 5. — Art. 77 EWGV hat das berücksichtigt, indem er solche "Beihilfen" zur Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen unter Abweichung von Art. 92 EWGV zuläßt; vgl. auch oben Anm. 32 unter 3. Dogmatisch gehören solche Ausgleichsleistungen für Aufgabenerledigung durch Private zu denen, die auch aus "gesetzlicher Indienstnahme" Privater für Verwaltungsaufgaben erwachsen; vgl. zuletzt hierzu: Ipsen, Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater, AöR Bd. 90 (1965), S. 393 ff., 421 ff.

⁴⁴⁾ Eppe, aaO., S. 62.

 $^{^{45}}$) Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (1958), S. 154, unter Hinweis (S. 156, Anm. 472) auf Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 8 ff.

⁴⁶⁾ Imboden, aaO., S. 157, weist zutreffend darauf hin, daß die nur aufgaben erfüllende Subvention, d.h. die sonstige "Förderung" etwa des Sozialhilfeempfängers, keine Verhaltensbindung des "Unterstützten" gestattet, wie jene des Empfängers einer aufgabenübertragenden, also echten Subvention. Über die Zeiten, in denen der "Unterstützte" eben wegen seiner Unterstützungsbedürftigkeit das Recht demokratischer Teilhabe wie das Wahlrecht entbehren mußte, sind wir hinweg; vgl von Rönne, Das Staats-Recht der Preußischen Monarchie, 3. Aufl. Bd. I 2. Abt. (1870) S. 372 (für das preußische Wahlrecht), S. 785 (für das Wahlrecht im Norddeutschen Bund).

licher Eingrenzung sollte sie nicht Subvention, sondern etwa — mit Wolff — sonstige Förderung⁴⁷) genannt werden.

Begriffswesentlich für die Subventionierung ist eben ein verdichtetes, konkretisiertes öffentliches Interesse. dessen Verwirklichung durch den Subventionsempfänger erwartet wird. Einen in diesem Sinne zweckfreien Subventionismus lediglich allgemein öffentlichen Interesses⁴⁸) gibt es ebensowenig wie eine zweckfreie Wirtschaftsaufsicht. obwohl Bullinger in Saarbrücken anderes angenommen hat⁴⁹). Ob die erwartete Subventionswirkung öffentlichen Interesses tatsächlich eintritt, wird und sollte die Wirtschaftspolitik und die Ökonomen interessieren. Für den Rechtsbegriff der Subvention ist das nicht entscheidend. Die Subvention erweist sich danach als ein typisches Verwaltungsinstrument zweckbezogener Staatsverwirklichung, deren rechtliche Kategorisierung nach den überkommenen "zweckentleerten Rechtsformen" der Verwaltung (Verwaltungsakt, Fiskalgeschäft oder öffentlich-rechtlicher Vertrag) zwar notwendig und nützlich, aber doch nur zweitrangig von Bedeutung ist gegenüber der Aufgabe, ihre Einsetzbarkeit an der verfassungsrechtlichen Verantwortlichkeit zu messen. Ihre Grenzen bemessen sich grundgesetzlich an den Staatszielbestimmungen und der Grundrechtsordnung, im Bereich der integrierten Wirtschaft vorrangig an den Zielsetzungen des Gemeinsamen Marktes und ihren Konkretisierungen durch primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht.

Die Bestimmung des öffentlichen Subventionsinteresses in seiner Komplexität, deren Variationsbreite, deren wechselseitige Bedingtheiten, Antinomien und Anfälligkeiten gegenüber nichtjuristischen Faktoren zu beschreiben eine Sache der Ökonomen wäre, und die generelle oder fallweise Abwandlung seines Inhalts durch die Subventionsverwaltung ist aus der Natur der Sache, ihres Objektes wegen, eine wirtschaftspolitische Entscheidung, die, letztlich in den Grenzen der Zweckbestimmung des Etattitels, in der Kompetenz der Exekutive liegt und als solche im Rechts-

⁴⁷⁾ Vgl. W o l f f, aaO., § 155, S. 223—229, "Sonstige Förderungen".

⁴⁸⁾ Richtig: Wolff, aaO., S. 216, im Sinne einer spezifischen Konkretisierung des öffentlichen Subventionsinteresses. Sein Zusatzpostulat "Die Subventionszwecke dürfen einander nicht widersprechen" ist leichter geschrieben als vollzogen, kontrolliert und sanktioniert.

⁴⁹⁾ VeröffVDStRL Heft 22 (1965) S. 289; dagegen I p s e n, ebenda S. 332; S a l z w e d e l, ebenda S. 259 LS 3 hat betont: "Zur Staatsaufsicht gehört nicht die Gewährung von Subventionen."

streit das Gericht an die Grenzen seiner Prüfungsbefugnisse und Erkenntnismöglichkeiten bringt.

Ein solches Gericht⁵⁰) hat z.B. erwogen, ob eine beantragte Schiffsneubau-Hilfe von einigen Millionen versagt werden durfte. weil die antragstellende Partenreederei zu 49 % im Besitz des ausländischen Korrespondenzreeders war, weil der deutsche Anteil primär Kapitalanlage und nicht das freie Meer suchte, weil dieser überdies aus schiffahrtsfremder Branche stammte, weil der Neubau in Zeitcharter des Korrespondenzreeders unter seiner Flagge zwischen ausländischen Häfen fahren sollte, weil die Reederei eine neue ad-hoc-Gründung nur für diesen Neubau war, während eine alte renommierte Reederei Neubauhilfe erhalten hatte, obwohl ihre Kapitalmehrheit auch nicht dem Meer entrissen, sondern der Produktion von Puddingpulver entzogen worden war. Das Gericht hat angenommen, daß die Behörde in der Anwendung und Auslegung ihrer Richtlinien grundsätzlich frei sei, soweit sich nicht aus dem Gleichheitssatz oder dem Verfassungsrecht sonst ihre Bindung ergebe. Unter diesen Maßstäben hat das Gericht sämtliche, von der Subventionsverwaltung angestellten Entscheidungserwägungen überprüft, aber im Sinne des Subventionszwecks als Gründe für die Verweigerung für vertretbar gehalten. Ob das Gericht einen Beurteilungsspielraum der Exekutive anerkannte oder ein Subventionsermessen auf Fehlanwendung überprüfte, bleibt dahingestellt.

Insoweit will ich mit diesem Urteil nicht rechten, zumal es vom I. Senat des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts ergangen ist. Im Grunde aber wird hier sichtbar, daß der Subventionsverwaltung letztlich in den Zweckgrenzen des Etattitels und der allgemeinen Regeln rechtsstaatlichen Verfahrens eine Gestaltungsfreiheit zusteht, die über Elemente der Subventions-Zweckbestimmung entscheiden darf und als solche keine Rechtsan wendung darstellt. Hier handelt die Subventionsverwaltung nicht im Bereich eines Beurteilungsspielraums, sondern im gestaltenden Verwaltungsermessen⁵¹), im "subventionären" Ermessen, dessen gerichtliche Überprüfung nur dahin geht, ob die der Gestaltung zugrundegelegten Tatsachen vorhanden sind und ihre Würdigung verfahrens-korrekt und mit dem gesetzten Subventionszweck in noch vertretbarer Weise vereinbar erscheint⁵²).

⁵⁰⁾ Urteil des Hamb. OVG Bf I 9/64 v. 7. 4. 1965 (unveröff.).

⁵¹) Wolff, aaO., S. 221, 137 spricht, über Ermessen hinausgreifend, von "Gestaltungsfreiheit".

⁵²⁾ Es handelt sich dabei um eine Ermessenskategorie, wie sie das Bundesverwaltungsgericht in etwa vergleichbaren Zusammen-

Das wäre in der zitierten Reederei-Entscheidung etwa — ich lasse jetzt meine Phantasie spielen — nicht der Fall gewesen, wenn die Subvention im Grunde verweigert worden wäre, weil der deutsche Partenreeder aus der Versicherungsbranche entgegen früherer Bereitwilligkeit sich geweigert hatte, der Partei des Subventionsministers eine Wahlspende zu machen.

3. Dieser Subventionstyp und seine Ausgestaltung durch die Exekutive lehrt also, daß ihre Disposition über den Subventionszweck in seiner variablen Komplexität und die Einschätzung der ebenso komplexen Gegenleistungserwartung beim Subventionsempfänger eine Verfügung über die Subventions-Chance des Antragstellers bedeutet, die den üblichen Ausschluß eines Rechtsanspruchs auf Subventionierung in einer Hinsicht erklärt und rechtfertigt. Dieser Ausschluß erklärt sich zum anderen aus § 24 RHO und aus der Beschränkung aller Förderungskompetenz durch die Quantität der verfügbaren Etatmittel. Da im Zweifel das Volumen der Subventionsanträge das des Etattitels immer übersteigt, muß die Subventionsverwaltung kontingentieren oder Prioritäten anerkennen. Diese Kompetenz zur Dosierung oder Rangierung zählt daher zwangsläufig auch im Rechtssinne zu den typischen Befugnissen einer Subventionsverwaltung und könnte als Zuteilungs-Kompetenz bezeichnet werden — dies mit der Rechtsfolge, daß der nicht voll oder überhaupt nicht mehr subventionierte Bewerber einen Verwaltungsfehler nicht deshalb rügen könnte, weil die Verwaltung überhaupt kontingentierte oder rangierte, sofern sie dies in rechtsstaatlich einwandfreiem Verfahren tat.

Diese Zuteilungskompetenz der Subventionsverwaltung für den Einzelfall muß indes wohl unterschieden werden von der entsprechenden, die sich vorher, primär und generell im verwaltungsfremden Bereich der Gesetzgebung, des einfachen Parlamentsbeschlusses oder der Etatbewilligung äußert. Diese Frage der Dosierung und Rangierung von Sub-

hängen (erhebliche öffentliche Interessen i. S. des Wohnsiedlungsgesetzes) umschrieben hat; vgl. BVerwGE Bd. 10 S. 202 [205]: öffentliches Interesse, das "nicht immer ausschließlich durch Erkenntnis und Wertung im voraus objektiv gegebener äußerer Tatsachen und Verhältnisse erfaßbar" ist; "Richtung und Inhalt dieses Interesses können zuweilen einer gestaltenden Beeinflussung der ... Behörde unterlegen haben, die insoweit mit Ermessensfreiheit tätig geworden sein kann"; dazu: Kellner, Referat auf der Tagung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten v. 23./24. 9. 1965, Masch.-Schrift S. 37 ff.; allgemein hierzu: Gygi, Rechtsstaatsprobleme der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung, in: Journal der Internat. Juristen-Kommission Bd. IV (1962—1963) S. 23, 27, 29 ff.

ventionsmitteln gehört letzlich zum Problem der Legalisierung, das uns (unter III) noch beschäftigen wird, und ihre Beantwortung kann unter sich wandelnden wirtschaftlichen Bedingungen für eben denselben Wirtschaftsbereich nacheinander die unterschiedlichsten Motive haben. Um bei der See zu bleiben: es ist nachgewiesen worden⁵³), daß z. B. die Subventionierung der deutschen Hochseefischerei seit dem 1. Weltkrieg nacheinander bezweckt hat: die Versorgung der ärmeren Bevölkerungsschichten mit billigem Eiweiß, die Nachwuchsförderung für die Kriegsmarine, die Förderung der Seegeltung und der Wirtschaftsautarkie, die Verminderung der Arbeitslosigkeit, die Wettbewerbsbehauptung der Fischwirtschaft und der deutschen Häfen gegenüber dem Ausland und endlich die Anpassung im Gemeinsamen Markt.

4. Im Vergleich zu anderen als Wirtschaftssubventionen, von denen - in der Systematik bei Wolff etwa - Kultur-, Sozial-, Sport- und Parteisubventionen in Frage stehen, dürfte das Merkmal ihrer öffentlichen Zweckverfolgung durch ihr entsprechende erwartete Leistung des Empfängers allen Erscheinungsarten gemeinsam sein. Umschreibung, Komplexität, Variabilität und normative Unzugänglichkeit des Subventionszwecks - mit allen rechtlichen Folgerungen, die sich daraus für ihre Rechtsgestaltung, ihre Legalisierbarkeit, ihre Handhabung und den Rechtsschutz ergeben - sind aber offensichtlich im Bereich der Wirtschaftssubventionierung am kompliziertesten, und in der Skala der genannten Subventionsarten führt ein Gefälle zu einfacheren, deshalb normativ auch eher erfaßbaren Zweckbestimmungen, wenn etwa auch die simple Zweckbestimmung "Sondermittel für die Aufgaben der Parteien nach Art. 21 GG" im Einzelplan 06 Kapitel 02 Titel 612 des Bundeshaushalts und ihre Verteilung nach Adam-Riese-Art künftig nicht mehr ausreichen wird, wenn es um die noch zugelassene Wahlkampffinanzierung gehen soll.

II. Subventionierung als Hoheitsaufgabe

Wir verdanken es dem genius loci unserer Tagung, daß wir mit einer weiteren, für die rechtliche Begriffsbestimmung der Subvention, das Problem ihrer Legalisierung, ihrer Handlungsformen und ihres Rechtsschutzes entscheidenden Frage durch die Diskussion des Zweiten Österreichischen Juristen-

⁵³⁾ Müller-Möhwald, Die Rechtsordnung und die finanzielle Förderung der deutschen Großen Hochseefischerei und ihrer Abnehmer sowie die Neuregelung der Fischereigrenzen in der Nordsee und im Nordatlantik, Hamb. Diss. 1966, Masch.-Schrift S. 67 ff.

tages in Wien 1964 konfrontiert worden sind. Sein Thema "Das Förderungswesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips" war u. a. geradezu provoziert worden durch die Arbeiten österreichischer Wissenschaftler (wie es hier jetzt von Amts wegen heißt), und es hat eine an Deutlichkeit nicht zu überbietende Zuspitzung erfahren durch die Bekanntgabe des schon erwähnten Entwurfs der zuständigen Sektion des österreichischen Finanzministeriums für ein Bundesgesetz betreffend Bundesförderungen⁵⁴).

Der Entwurf will, wie seine Begründung ausführt, "einem Teilbereich der Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes eine Rechtsgrundlage geben"; er ordnet die Subventionsverwaltung eindeutig der nicht-hoheitlichen, der nicht-behördlichen sog. Privatwirtschaftsverwaltung zu, sieht als Gestaltungsmittel für die Subventionierung nicht den Bescheid, sondern allein den privatrechtlichen Vertrag vor und nennt in der Begründung die als "Zuwendungen" bezeichneten Subventionen "Schenkungen" im Sinne der Rechtseinrichtung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Entwurf, der jetzt im Nationalrat eingebracht werden soll, ist inzwischen überarbeitet, aber offenbar in seinen Grundzügen nicht verändert worden.

Der Entwurf ist ein klassischer Fluchtversuch der Hoheitsverwaltung ins Privatrecht, wenn es zutrifft, daß die Subventionsverwaltung Hoheitsverwaltung ist und der subventionierende Staat keine Geschenke austeilt. Das aber ist nun in der Tat anzunehmen, und ich bin nicht davon überzeugt, daß diese jedenfalls in der deutschen Theorie und Praxis wohl einhellige und auch in der Schweiz vertretene Auffassung eine durch eine nationale Rechtsordnung begrenzbare Deutung einer Aufgabe moderner Staatlichkeit ist. Indes gibt der österreichische Entwurf allen Anlaß, diese Position zu überprüfen, und dies nicht zuletzt angesichts des uns seit langem geläufigen Vorhalts, eine Richtung der deutschen Verwaltungsrechtslehre, von der ich zumal ich ihr angehöre — offenlassen will, ob sie eine moderne oder eine reaktionäre ist, verleugne die perfekte Legalitätsbindung der Verwaltung im Stil des Art. 18 des österreichischen Bundesverfassungs-Gesetzes. Mir liegt bei solchem Vorbehalt gegenüber jenem österreichischen Entwurf die Gretchenfrage an Faust auf der Zunge: "Nun sag, wie hast Du's mit der Religion? Du bist ein herrlich guter Mann, allein ich glaub', Du hältst nicht viel davon." Nur würde ich nicht

⁵⁴⁾ Vgl. Anm. 17.

mehr nach der Religion, sondern nach der Grundrechtsgeltung fragen, nachdem Pernthaler⁵⁵) noch im vorigen Jahr mit dürren Worten unter Berufung auf die Praxis feststellen mußte: "Der gesamte Bereich der sogenannten Privatwirtschaftsverwaltung, der ... einen wesentlichen Teil der Leistungsverwaltung ausmacht, wird in Österreich von der Anwendbarkeit der Grund- und Freiheitsrechte praktisch ausgeschlossen."

1. Die Wirtschaftswissenschaften⁵⁶) haben unter deutlicher Ausscheidung zweckgebundener oder allgemeiner Finanzausgleichsleistungen zwischen den Finanzmassen öffentlicher Verwaltungsträger die Subventionen primär als Ausgaben aus öffentlichen Haushalten ohne spezifische Deckungsart charakterisiert, denen die unter hoheitlicher Mitwirkung von der Wirtschaft selbst aufgebrachten Finanzhilfen im Stil der Investitionshilfe oder der Brüsseler Schrottausgleichskasse, die Köttgen⁵⁷) den "horizontalen Finanzausgleich der Wirtschaft" genannt hat, nur in einem weiteren Sinne zugerechnet werden können. Diese Eingrenzung ist rechtserheblich, da die Etatisierung der Subventionsmittel im öffentlichen Haushalt automatisch mit Hilfe der parlamentarischen Budgethoheit, der Zweckbindung der Mittel und des öffentlichen Haushaltsrechts die Subventionsverwaltung gleichzeitig ermächtigt und bindet, was in Fällen des horizontalen Finanzausgleichs der Wirtschaft erst durch ein besonderes Rechtsstatut⁵⁸) herbeigeführt werden kann, in dem zunächst auch die Mittelaufbringung normiert werden muß. Subventionen dieser Eingrenzung belasten also die Ausgabeseite des Haushalts und scheiden sich von solchen haushaltsmäßig unsichtbaren Begünstigungen, die letztlich zwar auf Kosten der Allgemeinheit gehen, von zahlreichen positiven, förderlichen Maßnahmen der Wirtschaftspolitik ohne Subventionscharakter aber kaum zu unterscheiden sind⁵⁹). Daß, wie

⁵⁵⁾ Jur. Blätter Jg. 87 (1965) S. 70.

⁵⁶) Meinhold, aaO., S. 237, 240.

⁵⁷⁾ DVBl. 1953 S. 489 Anm. 33.

 $^{^{58})}$ Beispiel: Das Investitionshilfegesetz v. 7. 1. 1952 (BGBl. I S. 7); zur Mittelaufbringung: I p s e n , AöR Bd. 78 (1953) S. 285 ff.; K ö t t – g e n , aaO., S. 489.

⁵⁹⁾ Meinhold, aaO., S. 239; dazu: Friauf, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, Recht und Staat, Heft 325/326 (1966) S. 20: gezielte steuerliche Begünstigungen als "negative Staatsleistungen"; Strickrodt, Das Subventionsthema in der Steuerpolitik unter besonderer Berücksichtigung der Landwirtschaft (1960); ferner das bei Friauf, aaO., Am. 55 weiterhin genannte Schrifttum und Material.

behauptet worden ist60), sichtbare und unsichtbare, direkte und indirekte Subventionen gleiche Rechtsfragen aufwerfen und ein Rechtsbegriff der Subvention sie deshalb einheitlich umfassen müsse, erscheint mir nicht einleuchtend und ist es allenfalls finanzwissenschaftlich oder finanz politisch⁶¹).

2. Wenn die Subvention Zuwendung aus öffentlichem Haushalt ist, wird damit die Frage, ob die Subventionsverwaltung ihre Zuteilung hoheitlich oder fiskalisch-privatwirtschaftlich verfügt, noch nicht beantwortet, und die Antwort liegt auch nicht in der Rechtsförmlichkeit des einzigen oder letzten Rechtsaktes, der die Zuwendung bewirkt. Die heute noch maßgeblichen Strukturen des öffentlichen Auftragswesens können illustrieren, daß Zuschlag, Vergabe und Vertragsschluß nach Verdingungsordnung zur Ausgabe öffentlicher Haushaltsmittel durchaus im Stil fiskalischer Privatrechtsgestaltung führen können, obwohl - mit Forsth o f f⁶²) — anzunehmen ist, daß das öffentliche Auftragswesen nicht Hilfsgeschäft der Verwaltung, sondern eminent öffentliche Verwaltung ist. Für die Subventionsverwaltung gilt das aber deshalb nicht, weil sowohl die generelle, verwaltungsfremde Primärentscheidung über das "ob" und das "wieviel" der Subventionierung durch Etatisierung, sofern sie nicht ohnehin durch Gesetz erfolgt, wie auch die Einzelentscheidung der Subventionsverwaltung über das "Ja" "Nein" zum Subventionsantrag originär öffentliche Zwecke verfolgt und hoheitlich-öffentliche Verwaltungsaufgaben erfüllt⁶³).

Zählt die Subventionsverwaltung danach prinzipiell zur Hoheitsverwaltung, weil sie Primärzwecke öffentlichen Interesses verfolgt, so muß damit auch die Vorstellung ausscheiden, Subventionen seien Geschenke und folglich sei der Staat nicht nur ungebunden in ihrer Zusage und Zuwendung, sondern auch in der Placierung seiner Handlung im Hoheits- oder Fiskalbereich. Hierzu kann zunächst nur wiederholt werden, daß die Subventionierung begrifflich bedingt ist durch die erwartete Gegenleistung ihres Empfängers, mit seinem Verhalten den öffentlichen Subventionszweck zu fördern — eine Gegenleistung, die zwar keine

 ⁶⁰⁾ von Welter, aaO., S. 496.
 61) Richtig: Wolff, aaO., S. 215.

⁶²⁾ Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, res publica, Bd. 12 (1963) S. 21.

⁶³⁾ Ebenso Wolff, aaO., S. 217.

marktwirtschaftliche ist⁶⁴) und die Subventionierung nicht tauschwirtschaftlich kennzeichnet, es aber ausschließt, das Subventionieren ein staatliches Geschenkemachen zu nennen. Viel zitiert ist Schumpeters⁶⁵) Wendung: "Das Geschenk ist keine ökonomische Kategorie." Ich würde — à la Köttgen, wohl aber originär österreichisch — abwandeln: "Das Schenken ist keine Verwaltungsagende."

3. Die Qualität des Staates, in zivilrechtlichen Gestaltungsformen fiskalisch handeln zu dürfen, kann daher - wie Klecatsky66) es formuliert hat — nicht zu der Folgerung berechtigen, der Staat besitze kraft dieser Qualität - in Österreich vielleicht gemäß Art. 130 Abs. II BVG - als Fiskus eine "gigantische formalgesetzliche Delegation" zur Subventionsverwaltung, wie sie übrigens ebensowenig bei uns in unmittelbarem Verfassungsvollzug der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes entnommen werden kann⁶⁷). Und wenn der zitierte österreichische Ressortentwurf, der unter Aufzählung der förderungswürdigen Vorhaben und in Positivierung eines Subsidiaritätsprinzips jede anweisende Stelle der Bundesverwaltung ermächtigt, nach Maßgabe der zweckbestimmten Etattitel zu subventionieren, dabei die Förderung nicht als Hoheits-, sondern als Privatwirtschaftsverwaltung ausschließlich privatvertraglicher Gestaltung ausweist, so will es hier der Gesetzgeber unternehmen, eine öffentliche Staatsaufgabe notwendiger Hoheitsqualität zu fiskalisieren — mit allen Konsequenzen, die das für den Grundrechts- und den Rechtsschutz nach sich ziehen muß. Ich kann hier nur wiederholen: "Der Staat darf seine Finanzvermögensmacht nicht in privatrechtlicher Form zu Zwecken gebrauchen, deren Verfolgung mit den ihnen adaequaten Mitteln des öffentlichen Rechts ihm verfassungsrechtlich verwehrt wäre. Mit anderen Worten: Die an sich der Verwaltung zulässige Verfügung über privatrechtliche Gestal-

⁶⁴⁾ Meinhold, aaO., S. 238.

⁶⁵⁾ Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 3. Aufl. (1931) S. 220. — "Schenken" und "Wirtschaften" sind in veränderte Relation unter den Gesichtspunkten der Wirtschaftshilfe für Entwicklungsländer gerückt, obwohl der Zusammenhang mit Verhaltenserwartung und Verhaltensbindung nicht zu übersehen ist. Auch hier erweist sich, daß der Begriff "Wirtschaft" Bedeutungswandlungen unterliegt, deren wesentliche sich im 16.—18. Jahrhundert vollzogen hat; hierzu: Laum, Schenkende Wirtschaft. Nichtmarktmäßiger Güterverkehr und seine soziale Funktion (1960), insbes. S. 40 ff., 361 ff., 435 ff. Für das Subventionsthema ist bezeichnend, daß Laum von ihrer Erscheinung keine Notiz nimmt und sie (ebenso wie der Begriff "Förderung") nicht einmal im Sachverzeichnis erscheint.

⁶⁶⁾ AaO., S. 337, 338.

⁶⁷⁾ Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 10 ff., 36.

tungsformen eröffnet ihr keine außergesetzliche Subventionskompetenz — ein Satz, der getrost aus den Elementen der verfassungsmäßigen Ordnung abgeleitet werden darf und zu erkennen gibt, daß der Staat stets strengeren Handlungsgrenzen unterworfen ist als der Einzelne, dem nur der Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung verwehrt ist" (S. 43/44).

III. Gesetzmäßigkeit der Subventionsverwaltung

Es ist gebräuchlich geworden, die Subventionsverwaltung als Teil der sog. Leistungsverwaltung mit ihr pauschal einer Art "Legalitätsprobe" zu unterziehen, d. h. zu fragen, ob die Verwaltung zum Subventionieren einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfe wie die Polizei und die Steuerverwaltung. Diese Methode verfährt, als ob die abstrakt-generelle Normierbarkeit von Subventionszwecken ebenso selbstverständlich sei wie die gesetzliche Tatbestandsumschreibung des § 14 PVG oder eines Einkommensteuertatbestandes. Diese Methode⁶⁸) verfährt auch ohne Logik und im Zirkelschluß, wenn sie meint: die allgemeine Polizeiermächtigung aus § 10 II 17 ALR für eine Eingriffsverwaltung sei erst durch die Rechtsprechung konkretisiert worden, gleichwohl habe niemand die Polizei mit ihren der Leistungsverwaltung an Vielfalt und Fallbezogenheit vergleichbaren Aufgaben für gesetzesunabhängig gehalten und folglich sei ein entsprechender Schluß aus ihrer Aufgabe im Sinne der Gesetzesfreiheit der Leistungsverwaltung verfehlt. Was die Rechtsprechung für die Polizei geleistet hat, kann sie heute mindestens gleichermaßen für die Leistungsverwaltung zu Wege bringen, und deshalb ist jene Folgerung ohne jede Beweiskraft, Jedenfalls gilt das für die Besonderheiten der Subventionsverwaltung.

Für sie übersieht jene Methode die beispielhaft beschriebene konkrete öffentliche Zweckhaftigkeit und Verhaltenserwartung des Subventionierens, und sie übersieht die im rechtlich problematischen Fall nicht-gesetzlicher Subventionsregelung durch den Haushaltstitel parlamentarisch sanktionierte Zweckbindung der Subventionsverwaltung. Im Zusammenhang mit der Legalitätsfrage, die hier zu erörtern ist, halte ich nämlich eine Eingrenzung und Spezifizierung des allgemeinen Problems der Legalisierung der Leistungsverwaltung, das uns ja schon hinlänglich beschäftigt hat, für möglich und für geboten. Wenn Wolff in der Leistungsverwaltung die großen Gruppen der Vorsorge-, der Sozial- und der Förderungsverwaltung unter-

⁶⁸⁾ Rupp, Grundfragen, aaO., S. 126/127.

¹⁹ Veröffentlichungen der Staatsrechtslehrer, Heft 25

scheidet⁶⁹), so kann keine Rede davon sein, daß sich die spezifische Legalitätsfrage der Subventionsverwaltung einheitlich und gleichermaßen etwa für die Sozialversicherung oder die Sozialhilfe stellte — und in der Förderungsverwaltung stellt sie sich für eine Wirtschaftssubventionierung anders als für das Honnefer Modell. weil sein Förderungstatbestand und -Zweck im Vergleich zum wirtschaftspolitischen Subventionszweck eine Adam-Riese-Rechnung ist. Aller Erörterung der Legalitätsfrage sei indes der Satz vorangestellt, daß eine gesetzliche oder dem Art. 80 GG genügende Normierung des Subventionswesens rechtsstaatlich und demokratisch zu befördern und zu begrüßen ist, wo die Materie dies nur irgend gestattet. Daß dies generell möglich sei, kann aber nicht angenommen werden, und hierfür bleibt die Legalitätsfrage zu erörtern.

Über eine ungeschriebene Subventionskompetenz — etwa aus Amtsauftrag oder Organisationsgewalt — verfügt die Exekutive nicht, und eine ungeschriebene selbständige Fondszuständigkeit nach Art der Weimarer Fondsverwaltung des Reichs, die die föderale Kompetenzverteilung unterwandern konnte, findet für die öffentliche Subventionierung Privater keine Parallele. Ich kann nur wiederholen (S. 41): "Jede öffentliche Subventionierung Privater mit ihren möglichen Rechtswirkungen der öffentlichen Gewalt gegenüber Einzelnen setzt voraus, daß die Exekutive mit ihr öffentliche Aufgaben wahrnimmt, zu denen sie nach den Grundsätzen verfassungsmäßiger Ordnung überhaupt legitimiert ist. Es gibt also keine außerhalb dieser Ordnung bestehende, freischwebende staatliche Subventionskompetenz der Exekutive an sich, kraft deren sie - unter Berufung auf eine der Rechtsordnung zugehörige, für die Etatgestaltung verbindliche Kompetenznorm — vom Parlament die etatmäßige Bereitstellung von Haushaltsmitteln verlangen könnte. In jedem Fall ist hierfür eine hinreichend präzise Legalisierung der Subventionsaufgabe selbst erforderlich."

Von diesen Sätzen war ich ausgegangen. Ihnen hatte ich hinzugefügt (S. 36), das Sozialstaatsprinzip, das staatliche Verantwortlichkeit für die soziale und wirtschaftliche Ordnung, wohl auch für Wachstumsvorsorge umfaßt, bilde keine verfassungsrechtliche Subventionsermächtigung an sich, woraus sich ergibt, daß die Subventionsverwaltung sich insoweit nicht auf eine Ermächtigung zum unmittelbaren Verfassungsvollzug berufen kann. Das ergibt sich eindeu-

⁶⁹⁾ Wolff, aaO., Bd. III S. 127/128.

tig aus der Etathoheit des Parlaments und der Eigenschaft der Subventionierung, regelmäßig als Ausgabe oder Bindung öffentlicher Haushaltsmittel zu wirken, zu der die Verwaltung erst durch parlamentarische Haushaltsbewilligung ermächtigt wird. Im Sinne der allgemeinen Legalitätsfrage für die Leistungsverwaltung hat sich die Legalitätsfrage für die Subventionsverwaltung deshalb dahin konzentriert, ob die zweckbestimmte Etattitel-Ausweisung im gesetzlich festgestellten Haushalt dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit genüge oder zusätzliche Legalisierung erforderlich sei. Das Bundesverwaltungsgericht hält bekanntlich den Etattitel für ausreichend⁷⁰). Dem schließe ich mich heute an, nachdem ich 1950 und 1956 (S. 41-42), als die Subvention juristisch noch Neu- und Niemandsland war, zusätzlich wenigstens eine hinreichend deutliche parlamentarische Willensäußerung — etwa in Gestalt des einfachen Parlamentsbeschlusses — für erforderlich gehalten habe. Eine solche hatte vorgelegen, als der Bundestag am 31. März 1950 die Förderung der deutschen Filmproduktion beschloß und der Film "Eva im Abendkleide", der nicht subventioniert werden sollte und uns deshalb entgangen ist, mich zweistufig zum Subventionsthema inspirierte.

Die Rechtfertigung für den Etattitel als ausreichende Rechtsgrundlage sollte in einer neu durchdachten verfassungsrechtlichen Bewertung des Haushaltsgesetzes, seines Zusammenhangs mit dem Budget, seiner planhaften Zuordnung zur planausführenden Exekutive⁷¹) und

⁷⁰⁾ BVerwGE Bd. 6 S. 282. — Sellmann, Der schlichte Parlamentsbeschluß, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 29 (1966) S. 116, wendet sich hiergegen mit der Begründung, nur der Gesamt-Haushaltsplan mit den Schlußzahlen der Einzelpläne werde publiziert. Obwohl die Einzelpläne als sachlich nach Zweck und Inhalt bestimmte und begrenzte Ermächtigung gewertet werden können, scheitere ihr Ermächtigungscharakter an gehöriger Kundmachung. Im Parteienfinanzierungsurteil des BVerfG v. 19. 7. 1966 (BVerfGE Bd. 20 S. 93) ist dieser Gesichtspunkt mit guten Gründen enträftet worden: haushaltsgesetzliche Verweisung auf die Einzelpläne und ihre tatsächliche Zugänglichkeit für die Öffentlichkeit (und insbes. auch für die Gerichte) genügen den Anforderungen des Art. 82 Abs. I GG.

⁷¹⁾ Weil die Exekutive den Plan ausführt, kann sie gegenüber der Wirtschaft keine Bindungen mit Ausgabefolgen eingehen, die der Etathoheit des Parlaments vorgreifen würden; dies zu Köttgen, Fondsverwaltung, aaO., S. 24 und in Wiederholung meines Standpunktes in: Öffentliche Subventionierung Privater, S. 41. Wo das Parlament gleichwohl Etattitel "nachschiebt", mag das politisch zwangsläufig geschehen, verfassungsrechtlich jedenfalls nicht. Rechtliche Zwangsläufigkeiten für die Etathoheit des Parlaments können aber kraft Gemeinschaftsrecht entstehen, so etwa im Zuge der Agrarmarkt-Integration.

- nicht zuletzt - in der politisch gestaltenden und ermächtigenden Funktion der zweckgebundenen Mittelzuweisung durch das Parlament an die Exekutive liegen, die der Eigenart der Subventionierung entspricht, konkretisierte Staatszwecke zu erfüllen. In diesem Sinne ist dem Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 19. Juli 1966 72) beizupflichten, wonach Haushaltsgesetz und Haushaltsplan eine Einheit bilden, aus der das Haushaltsgesetz die Verwaltung ermächtigt, die Titelbeträge des Etats für die bei ihnen festgelegten Zwecke auszugeben, und dies in Gestalt eines ermächtigenden Rechtssatzes, der jedenfalls im Verhältnis zwischen Parlament und Regierung normativ wirksam ist73). Und da Art. 110 ff. GG diese so verständliche Zuordnung von Parlament und Regierung für eine Verwaltungsaufgabe sanktionieren, deren Substanz beim Subventionieren im Einsatz öffentlicher Haushaltsmittel für konkretisierte öffentliche Zwecke besteht, kann dieser Stil einer Subventionsermächtigung auch nicht aus Gesichtspunkten des Art. 80 GG oder solchen anderen verfassungsrechtlich beanstandet werden, die dem Art. 80 entsprechende Spezifizierungsanforderungen an gesetzliche Handlungsgrundlagen für die Exekutive aus allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen stellen wollen⁷⁴). Das Etatrecht des Grundgesetzes liefert eben seine besondere Ausgestalt ung des demokratischen und des Gesetzmäßigkeitsprinzips für den Subventionsbereich der Leistungsverwaltung, die sich als für ihre spezifischen Strukturen geeignet und adaequat erweist.

2. Die zweite Legalitätsfrage zielt dahin, ob dem staatlichen Subventionieren Verfassungsgrenzen gesetzt sind, denen auch die Etattitel-Subventionierung unterworfen wäre. Wolff⁷⁵) sieht sie (übrigens insoweit in Übereinstimmung mit §5 Ziff. 1 des österreichischen Ressort-

⁷²⁾ BVerfGE Bd. 20 S. 91.

⁷³⁾ Diese normative Wirksamkeit ist auch nicht ohne bindende Kraft im Sinne einer Vollzugsanweisung zu verstehen; vgl. Leisner, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat (1966) S. 98; Friesenhahn, VeröffVDStRL Heft 16 (1958) S. 70 LS II 2: Auch ein "politisch akzentuierter Haushaltsansatz (kann) die Verpflichtung der Regierung begründen, den bewilligten Betrag für den vorgesehenen Zweck auszugeben." — Auch Köttgen, Fondsverwaltung S. 76 schließt einen "Bedeutungswandel" des Haushaltsplans (zur rechtsstaatlichen Ermächtigung) offensichtlich nicht aus, bleibt aber — mit Recht — bei seiner Forderung, grundrechtliche Grenzen der Wirtschaftsförderung zu respektieren.

⁷⁴⁾ Vgl. die Nachweise bei: Leibholz-Rinck, GG (1966) S. 241.

⁷⁵⁾ AaO., S. 219, 136 ff.

entwurfs) im Subsidiaritätsprinzip, das es verbiete, zwangsweise eingezogene Abgaben beliebig zu verschenken, ferner im Gemeinschaftsrecht (Art. 92 EWGV, Art. 4 EGKSV), das Wettbewerbsverfälschungen und zwischenstaatliche Handelsbeschränkungen durch Subventionen, diese im Montanbereich noch kategorischer verbietet. Dem ist beizupflichten, wenn das verfassungsrechtliche Verbot der Subventionierung aus Subsidiarität, zutreffenderweise herzuleiten aus Art. 2 Abs. I GG⁷⁶), auf die grundsätzliche Verfassungsentscheidung für die primäre Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen abstellt, aus der allein auch die rechtliche Freiwilligkeit jeder Subventionsannahme und die Befugnis hergeleitet werden kann, sich der Mitwirkung an der Erfüllung öffentlicher Subventionszwecke zu versagen: omnis subventio est voluntaria. Die Vorstellung einer Zwangs-Subventionierung ist jedenfalls verfassungsrechtlich ausgeschlossen, wobei nicht verkannt wird. daß die ökonomische Angewiesenheit auf ihre Erlangung oder Hin- oder Mitnahme einer Zwangslage entspringen kann, deren faktische Pression hinter Rechtszwang nicht zurücksteht. Das aber ist der unvermeidliche Preis für eine grundrechtlich gewährleistete Wirtschaftsfreiheit und Eigenverantwortung.

Daß Art. 15 GG mit der Bereichseingrenzung sozialisierbarer Wirtschaft weder die dort nicht genannten Wirtschaftszweige von Subventionierungen ausschließt noch den dort genannten subjektive Subventionsprivilegien verschafft (S. 13), sollte klar sein, obwohl wir in diesem Jahr die Alternativ-Forderung: "Subventionen, sonst Sozialisierung" an der Ruhr gehört haben⁷⁷). Daß aber Art. 15 GG im Konfliktfall für gesetzgeberische und wirtschaftspolitische Erwägungen eine Art Rangordnung der Subventionswürdigkeit abgeben kann, sollte ihm schon entnommen werden (S. 14).

Im Parteienfinanzierungs-Urteil vom 19. Juli 1966 hat das Bundesverfassungsgericht ein verfassungsrechtliches Subventionierungsverbot für die Parteien —

⁷⁶) Ipsen, NJW 1963, S. 2107 ff.; Wolff, aaO., S. 136 ff. leitet das Subsidiaritätsprinzip als allgemeinen Rechtsgrundsatz aus dem von ihm sog. Rechtsprinzip ab und nennt es Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips der Art. 20, 28 GG; vgl. ferner: v. Münch, JZ 1960, S. 303 ff.

⁷⁷⁾ Vgl.: Verstaatlichung als letzter Ausweg? in: Die Zeit, Nr. 11 v. 11. 3. 1966, S. 35. — Die beiden bei H. Nipperdey geschriebenen Kölner Dissertationen (1965) von Lenzen, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Vergabe von Subventionen durch den Gesetzgeber (Art. 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG), und von Pöttgen, Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Wirtschaftsförderung durch Subventionen, berühren die Frage nicht.

dem Grunde nach, nicht nur des Vollzuges — hergeleitet aus der Verfassungsentscheidung "für einen freien und offenen Prozeß der Meinungs- und Willensbildung des Volkes", die in den Art. 5, 20 Abs. II, 21, 38 und 28 GG zum Ausdruck komme. Andere Verfassungsschranken begrenzen nicht das Subventionieren an sich, sondern die Modalitäten seines Vollzuges, so etwa solche aus Art. 3 und 18 GG, wenn der Subventionsvollzug Grundrechtseinbußen oder -verzichte fordert, wo allenfalls Grundrechtsverwirkung in den in Art. 18 GG gesetzten Grenzen und Verfahren zugelassen wäre (S. 36 Anm. 66). "Die Welt" (Nr. 77 v. 1. 4. 1966) hat über vergleichbare Sorgen berichtet, die hier in Graz mit einer Subventionskürzung für das "Forum Stadtpark" entstanden sein sollen, wozu ich nicht sagen kann, was das Datum (1. April) damit zu tun hat. Das gehört aber bereits in einen späteren Zusammenhang (unter IV).

3. Vor seiner Erörterung zählt zur Legalitätsfrage die nach dem jeweils maßgeblichen Subventions-Statut. Soweit es explicit gesetzlich in detaillierter Normierung bereitgestellt wird — wie etwa im klassischen Beispiel des Gesetzes zur Förderung der deutschen Eierwirtschaft vom 31. März 1956, dessen Objekt sich jetzt in integrierte Gemeinschafts-Eier verwandelt hat —, stellen sich keine bewegenden Fragen. Sie erheben sich, wo das Subventions-Statut in der üblich gewordenen Richtlinien-Regelung der Subventionsverwaltung besteht. Hier geht es ins Grundsätzliche — etwa des Art. 80 GG, des Rechtssatzcharakters der Verwaltungsverordnung, ihrer Binnen- oder auch Außenwirkung, ihrer spezifischen Auslegbarkeit und der Disposition über eine Auslegungsbefugnis.

Die Richtlinie des Subventionsrechts ist zum Prüfstein unseres verwaltungsrechtlichen Rechtsquellensystems und seiner verfassungsrechtlichen Verortung geworden in einem Zeitpunkt, in dem die ebenso genannte Richtlinie des sekundären Gemeinschaftsrechts⁷⁸) die Probe für die Integrationstiefe der Supranationalität aufgibt. Diese Koinzidenz ist kein Zufall: beide Arten Richtlinien sind ziel- und zweckhaft motivierte Rechtsakte der Exekutive zum rechtsstaatlich einwandfreien Vollzug konkretisierter öffentlicher Interessen — dort von Subventionsinteressen, hier von Integrationsinteressen, beide regelmäßig oder überwiegend wirtschaftspolitischen Gehalts. Wenn in der Beschleunigung der Rechtssetzung über Verfassung, Gesetz, Rechtsverordnung und Anordnung in den 30er

 $^{^{78})}$ Hierzu: I p s e n , Richtlinien-Ergebnisse, in: Zur Integration Europas, Festschrift für C. F. Ophüls (1965) S. 67 ff.

Jahren von einer "Motorisierung" der Normgebung gesprochen worden ist 79), sollte die Richtlinie, deren Fähigkeit zur Selbstbeschleunigung außer Frage steht, in entsprechender Motorensprache als "Kompressor" bezeichnet werden: als ein Eigenmittel der Verwaltung nämlich, ihre nur zweck- und mittelbegrenzt vom Parlament freigesetzte Aktivität zu drosseln und zu verdichten, was unsere Prozessualisten dann Selbstbindung im Ermessen nennen, wenn der Kompressor gewirkt hat.

Nach den Maßstäben des Art. 80 GG gemessen, würden solche Subventions-Richtlinien inhaltlich seinen Verfassungsanforderungen — von gewissen Fehlzündungen abgesehen — in der Regel genügen, wenn sie eben auf gehöriger gesetzlicher Grundlage ausreichender Programmdichte ergingen; und auf Grund solcher Ermächtigung erlassen, würden ihr Rechtssatzcharakter und ihre Außenwirksamkeit schwerlich bestreitbar sein. An dieser Voraussetzung einer nicht nur im Haushaltsgesetz erteilten gesetzlichen Ermächtigung aber fehlt es. Das macht sie rechtsstaatlich suspekt und degradiert sie — so Gygi⁸⁰) — zum bloßen "Entschlußbehelf hinsichtlich nicht zuverlässig voraussehbarer Situationen" mit der Folge, daß die Legalitätsidee auf den "Nullpunkt" zu gelangen scheint. Daß solche Richtlinien oft unter formloser Mitwirkung eines zuständigen Parlamentsausschusses zustandekommen und unter seiner Kontrolle bleiben, könnte diese Bedenken mildern. Daß sie oft nicht einmal im Bundesanzeiger oder Ministerialverkündungsblättern publiziert81), sondern dem Subventionsbewerber allenfalls über seine Verbandspublizität oder gar erst durch Transferierung in den Text von Antragsformularen (im Stil "allgemeiner Geschäftsbedingungen") bekannt werden, kann diese Bedenken noch verstärken.

Die Selbstbindung der Verwaltung durch ihre eigene Richtlinie in der Art, die die Rechtsverordnung der Exekutive als

⁷⁹) C. Schmitt, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze (1958) S. 407; ders., Das Problem der Legalität (1950), ebenda S. 443.

⁸⁰⁾ Gygi, Journal d. Internat. Juristenkommission, Bd. IV (1962—1963) S. 30.

⁸¹⁾ So sind die Richtlinien zur Förderung des Warenverkehrs mit Berlin (West) zur Durchführung des Gesetzes zur Förderung der Wirtschaft von Berlin (West) v. 9. 9. 1952 (BGBl. I S. 621) i. d. F. d. Ges. v. 25. 3. 1959 (BGBl. I S. 160) nicht veröffentlicht; vgl. auch Schlauwitz, Der Bund als Finanzier. Kredite, Leistungen und Bürgschaften des ERP-Sondervermögens (1964) S. 184. Interessierte Wirtschaftskreise werden durch ein entsprechendes Merkblatt informiert. Den Garantieübernahmen werden "Allgemeine Bedingungen" zugrundegelegt.

Rechtssatz herstellt, wird heute üblicherweise angenommen mit Hilfe des Gleichbehandlungsgebotes⁸²), also als Rechtsbindung kraft Rechts an wendung, nicht originär kraft Rechtserzeugung — weshalb eben der Richtlinie der Rechtssatzcharakter abgesprochen wird. Soweit Theorie und Praxis des Finanzrechts⁸³), ohne weitere Begründung z. T. auch das Bundesverwaltungsgericht gleichwohl Selbstbindung und Außenwirksamkeit der Richtlinie angenommen haben, hat ihnen das den Vorwurf einer Duldung grundgesetzwidriger Usurpation einer Verwaltungs-Autonomie eingetragen — "ein Vorgang, gegenüber dem sich der ehedem so verhaßte Stil der Cabinet-Ordres fast bescheiden ausnimmt", wie eine zornige rechtsstaatliche Aufwallung gemeint hat⁸⁴).

Für die Subventions-Richtlinie sollte der Annahme, daß sie alle in der Subventionsverwaltung zuständigen Organe als Rechtssatz und kraft Rechtserzeugung, nicht erst kraft Anwendung binde, nichts im Wege stehen. Daß der Rechtserzeuger sich selbst derart verpflichte, kann weder damit bestritten werden, daß er sich dieser Verpflichtung pro futuro wieder entledigen könne — das vermag auch der Gesetzgeber und die Exekutive als Setzer einer Rechtsverordnung -, noch damit, daß Rechtssätze öffentlichen Rechts nur im Außenbereich zu binden vermöchten. Mit Nachdruck sollte der Rechtsnormcharakter auch solcher genereller Verhaltensregeln der Verwaltung bejaht werden, die sie in anderer als der von Art. 80 GG vorbehaltenen Weise selbst erzeugt85). Ihre Selbstbindung an ihre Richtlinien begründet die Subventionsverwaltung deshalb kraft ihrer Setzung, nicht erst kraft ihrer Durchsetzung.

Die Frage ihrer sog. Außenwirkung löst sich damit in eine Scheinfrage auf: daß die Richtlinie prinzipiell anders strukturiert sei als die Rechtsverordnung, ist nicht ersichtlich. Was sie von ihr unterscheidet, ist ihre Erzeugungsregel. Sie aber besteht im sonst nicht normierten Subventionsrecht in der rechtssätzlichen parlamentarischen Ermächtigung zur Subventionsmittel-Austeilung zum parlamentarisch fixierten öffentlichen Subventionszweck, und indem das Parlament diese Ermächtigung in einer durch Art. 110 ff. GG verfassungsrechtlich

⁸²⁾ Vgl. die Nachweise bei Rupp, Grundfragen, aaO., S. 118 ff.; Vogel, Gesetzgeber und Verwaltung, VeröffVDStRL Heft 24 (1966) S. 160 mit Anm. 112.

⁸³⁾ Dazu: Vogel, aaO., 158 ff.; Rupp, aaO., S. 121.

⁸⁴⁾ Rupp, aaO., S. 122.

⁸⁵⁾ Insoweit richtig: Rupp, aaO., S. 146; in gleicher Richtung—auch im Sinne ihrer Außen-Wirksamkeit—; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl. (1961) S. 123.

besonderen, durch Art. 80 GG nicht praejudizierten oder sonst ausgeschlossenen Weise erteilte, erlangt die Richtlinien-Selbstbindung der Subventionsverwaltung eine demokratische Legitimation, die hinter Art. 80 GG nicht zurücksteht. In diesem Zusammenhang müßte auch § 64 a RHO neu durchdacht werden, der die Subventionsverwaltung zum Erlaß von Verwendungs-Bestimmungen ermächtigt.

Man halte dem nicht entgegen, danach bedürfe es z.B. nicht mehr etwa des Sozialhilfegesetzes; es genüge fortan in den zuständigen öffentlichen Haushalten ein Etattitel der Zweckbestimmung "Sozialhilfe", die die Sozialverwaltung dann nach ihren Richtlinien verteile. Hier geht es um guten Grundes verfassungsrechtlich anerkannte Leistungsansprüche des Einzelnen unter Tatbestandsvoraussetzungen wirtschaftspolitischer Unwandelbarkeit, nämlich menschlicher Existenzund Persönlich keitsbehauptung, und es geht bei ihrer Befriedigung nicht um die Verfolgung komplexer öffentlicher Gemeinschaftsinteressen, zu deren Realisierung ein Staat freier Wirtschaft und freier Gesellschaft die Mitwirkung ihrer Glieder mobilisieren muß.

Was verfassungsrechtlich gefordert bleibt, soweit die Subventionsverwaltung nicht gemein-gesetzlich ausnormiert wird oder werden kann, ist eine zunehmende Anpassung der Subventions-Richtlinien an bewährte Methoden staat-licher Normsetzung und die strikte Durchsetzung ihrer amtlichen Publizität mindestens im Bereich der Subventions-Interessenten.

IV. Subventionsverwaltung und Freiheitsrechte

Mit der Charakterisierung der öffentlichen Zweckhaftigkeit der Subvention, der Zuordnung der für sie zuständigen Erzeugungs- und Verteilungsbefugnis in den Bereich der hoheitlichen Staatshandlungen und ihrer verfassungsrechtlich letztlich ausreichenden Legalisierung im Etattitel ist auch bereits der Kreis der zugelassenen Handlungsformen der Subventionsverwaltung abgesteckt und jene Grenze bezeichnet, die ihrer Betätigung und Kontrolle rechtsstaatlich durch die Grundrechte gezogen ist. Das bleibt abschließend zu erörtern.

1. Als Handlungsformen stehen die des bürgerlichen Rechts, insbesondere der Vertrag für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Subventionsbewerber und Subventionsverwaltung regelmäßig jedenfalls nicht zur Verfügung, so-

weit es - positiv oder negativ - um die Entscheidung über die Teilhabe des Einzelnen an der Subventionsmasse geht. Sie steht - soweit gesetzliches Subventionsrecht darüber nicht normativ bei Tatbestandserfüllung befindet (S. 68) — der Subventionsverwaltung zu und ist Hoheitsentscheidung. Wenn man die Vergabe öffentlicher Aufträge und ähnliches an gesetzlich Privilegierte der Subventionierung zurechnet, wie ich das - ebenso wie Wolff86) - unter dem Kennwort "Realförderung" getan habe. liegt diese Hoheitsentscheidung bereits in der Legal-Privilegierung bei Erfüllung ihrer Tatbestandsvoraussetzungen. Alles weitere ist dann Subsumtion⁸⁷). Aus diesen Gründen würde eine Regelung nach Art des österreichischen Entwurfs - Gestaltung auch des "Ob" oder "Ob nicht" durch bürgerlich rechtlichen Vertrag vom Typ der Schenkung — eine den Charakter der Subvention und ihrer Verwaltung mißachtende und das Zivilrecht mißbrauchende, daher unzulässige Gestaltung genannt werden müssen.

2. Was nach dem "Ob" oder "Ob nicht" geschieht, halte ich im Prinzip für eine cura posterior. Ich bin weit entfernt davon, mit Beharrnis auf meinen beiden Stufen hocken zu wollen, nur vermag ich nicht einzusehen, daß es kräftigeren Jüngeren — wie etwa Zuleeg⁸⁸) — schon gelungen sei, die Rechtsprechung, andere Stufenhocker und mich abgesetzt zu haben. Immerhin hat ein kundiger Ministerialrat⁸⁹) eines deutschen

⁸⁶⁾ Wolff, aaO., S. 219.

⁸⁷⁾ Wolff, aaO., S. 223 unter VI d) hat mich (Öffentliche Subventionierung Privater, S. 71) insoweit unvollständig zitiert; meine Meinung gilt nur für den gesetzlich privilegierten Auftragnehmer; zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerwG in dieser Frage vgl. Bachof, JZ 1966, S. 266.

⁸⁸⁾ Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen (1965).

⁸⁰⁾ Paul Werner, Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung; 30. Staatswiss. Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften (1962) S. 97 ff., 113. — Der Bundesrichter a.D. und Verwaltungsgerichtspräsident K niesch, der sich dabei auf seine "fast zehnjährige Tätigkeit als Bundesrichter bei einem zuständigen Senat des Bundesverwaltungsgerichts" beruft (in BB 1966 S. 951 bei einer Besprechung von Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen — 1965 —), erklärt, meine Zweistufentheorie habe ihm eigentlich nie richtig "geschmeckt", wobei er mir unterstellt, ich habe mit ihr durch "zivilrechtliche Konstruktionen, die teilweise in das Subventionsrecht nicht passen, dem zweifellos doch dominierenden öffentlichen Recht etwas korrigierend "am Zeuge flicken" wollen." Wenn ich unterstellen darf, daß der Bundesrichter a.D. ernst genommen werden will und kann, beweist er mit seiner Bemerkung, die ich einem Studenten des 5. Semesters nicht verzeihen könnte, daß er den Sinn der Zweistufigkeit nicht nur nicht begriffen, son-

Landesinnenministeriums auf dem 30. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus in Speyer 1962 über "Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung" zum Thema "Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht" festgestellt, daß die Zweistufigkeit sich als praktikabel erwiesen hat — und das ist mir wenigstens deshalb ein Trost, weil ich rund 12 Jahre lang auch einmal mehr oder weniger Verwaltungsbeamter gewesen bin.

I m b o d e n⁹⁰) hat gemeint, die deutsche Konstruktion einer Zweistufigkeit der Subventionsverwaltung, die nach seiner Auffassung übrigens überwiegend auch in der Schweiz der Hoheitsverwaltung zugerechnet wird, sei vermutungsweise "durch die besondere Art des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes mitbedingt", was man nur eine ein wenig neckische Verharmlosung einer nun in der Tat ernsthaften rechtsstaatlichen Bemühung nennen könnte. Er fügt hinzu: "Losgelöst von diesem Nebenzweck wird aber die deutsche Lehre kaum als eine den praktischen Gegebenheiten konforme begriffliche Konstruktion zu betrachten sein", und sie dürfte "letztlich ein juristisches Scheinkonzept . . . bedeuten"⁹¹). Gehen wir also in uns!

Soweit das positive Subventionsrecht Zuteilung und Vollzug konstruktiv klärt, bedarf es keiner anderen Konzepte. Wo es schweigt, drängt die Besonderheit der Subventions-Rechtsbeziehung, nämlich den in seinem Lebensbereich wirkenden Einzelnen durch Förderung seiner Aktivität zur Mitwirkung an der Erreichung des öffentlichen Subventionszwecks zu gewinnen, zur Gestaltung durch Vertrag, und zwar den des öffentlichen Rechts. Aus vergleichbarer Interessenlage wie in der Wirtschaftsplanung⁹²) sollte hierin ein konstruk-

dern pervertiert hat. Erfreulicherweise hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in jenen 10 Jahren darunter nicht gelitten.

⁹⁰⁾ AaO., S. 159 ff.

⁹¹⁾ AaO., S. 161/162.

⁹²⁾ Vgl. Ipsen, Planung II, aaO., S. 100 ff.; daß das Vertragsinstitut im Verwaltungsrecht seinen Platz hat, ist von Rupp, Grundfragen, aaO., S. 144 zutreffend gegen Bullinger bejaht worden; eine neue Übersicht über ein "System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages" gibt die Hamb. Diss. dieses Titels von Kottke (1966); dort S. 28 ff. zum Subventionsvertrag; allgemein hierzu: Herb. Krüger, NJW 1966, S. 623; ders., Von der Notwendigkeit einer freien und auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft; Vortrag vor der Freiherrvom-Stein-Gesellschaft v. 5. 2. 1965 (1966). — Daß in den Staaten der Zentralverwaltungswirtschaft neuerlich der Vertrag zunehmende Bedeutung und normierte Ausgestaltung erfahren hat, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese Vorgänge nur begrenzten

tives Ziel gesehen werden, dem die Schweiz ersichtlich bereits nähergekommen ist als wir deutschen Stufenhocker. Was diese Aufgabe angesichts des Fehlens eines allgemeinen — geschriebenen oder ungeschriebenen — öffentlich-rechtlichen Vertragsstatuts bedeutet, brauche ich hier nicht zu vertiefen. Am Rechtsschutz sollte ein solcher Fortschritt nicht scheitern, wenn § 40 Abs. I VwGO recht genutzt wird.

3. Mit vertraglicher Ausgestaltung könnten gewisse rechtsstaatliche Besorgnisse gemildert werden, die zweistufige Gestaltung hervorrufen kann, wenn der Zuteilungs-Verwaltungsakt auflagenbelastet wird und solche Gefahren heraufziehen, die sonst aus der sog. Unterwerfung im besonderen Gewaltverhältnis erwachsen. Dies vor allem deshalb, weil der Vertragshandel um Subventionierung weithin nicht dem Einzelnen obliegt, sondern seiner Verbandsorganisation, und auch der Einzelne nicht immer nur der Schwächere sein muß.

Daß das Subventions-Rechtsverhältnis kein besonderes Gewaltverhältnis darstellt, "weil der private Subventionsempfänger trotz Subventionierung freies Subjekt ... der an sich freien Allgemeinheit ist und bleibt" (S. 74/75). ist schwerlich zu erschüttern⁹³) — und dies auch nicht — da die Subvention in der Regel Interventionsmittel ist und Intervenieren Absonderung voraussetzt — durch Ehmkes⁹⁴) provozierende Frage, ob "wir - die wir alle sowohl dem Staat wie der Gesellschaft angehören — dabei offenbar in uns selbst intervenieren"? Wenn irgendwie bewiesen wird, daß Staat und Gesellschaft nicht in einer volkssouveränen Demokratie eingeschmolzen sind, dann durch die Existenz der Subvention. Mit anerkannten allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts und dem Grundrechtsschutz sind der belastenden Ausgestaltung der Subventionsbewilligung mit Auflagen und anderen Nebenbestimmungen hinreichend rechtsstaatliche Grenzen gesetzt (S. 76 ff.).

Vergleichswert haben, da sie sich nicht im Verhältnis zwischen Staat und privater Wirtschaft abspielen; vgl. hierzu: Loeber, Der hoheitlich gestaltete Vertrag (Östlicher Planvertrag und westlicher diktierter Vertrag); (ungedr.) Hamb. Habil. Schrift (1966); Wirtschaftskodex der ČSSR v. 4. 6. 1964 Art. 151 ff., Text (in französ. Übersetzung) in: Bulletin de Droit Tschechoslsovaque 1965 S. 43 ff., hierzu ist eine dogmatische Arbeit des Prof. Spišiak (Univ. Preßburg) in Kürze zu erwarten; vgl. ferner: Pleyer, Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht; Juristische Untersuchungen zur Wirtschaftsordnung der SBZ (1965) S. 43 ff.

⁹³⁾ Dies gegen Köttgen, Fondsverwaltung, aaO., S. 56 Anm. 121.
94) Ehmke, Wirtschaft und Verfassung (1961) S. 5; gegen diese grundsätzliche Haltung zutreffend: Böckenförde, Alteuropa und die moderne Gesellschaft; Festschrift für O. Brunner (1963) S. 254 Anm. 24.

4.) Was — und dies jetzt vornehmlich unter den neuen Aspekten des Gemeinschaftsrechts — ihr Spezifikum bleibt, ist die Auswirkung der Subventionierung als Wirtschaftsförderung auf die Wirtschafts- und Wettbewerbs-freiheit, worin Köttgen in seiner "Fondsverwaltung"⁹⁵) unter dem Titel "Fondsverwaltung und bürgerliche Freiheit" die verfassungsrechtliche Crux der Etatsubventionierung gesehen hat. Mit dieser Fragestellung und einem Versuch ihrer knappen Beantwortung sei abgeschlossen.

Der subventionierende Staat erbringt Leistungen. So gehört die Subventionsverwaltung zur Leistungsverwaltung, unterscheidet sich aber von ihren übrigen Bereichen. Sie besorgt eine Umverteilung bestimmter Quantitäten des Sozialprodukts, die der Sozialstaat kraft seiner Steuerhoheit, und das heißt: in rechtsstaatlich geordnetem Zugriff, in Anspruch genommen hat, nach Maßstäben sozialer Zuordnung und öffentlicher Funktion der privaten Wirtschaftsteilnehmer, deren Verhalten die Subventionsverwaltung durch ihre Zuwendungen stimuliert und im öffentlichen Subventionszweck bindet. In dieser Eigenart gleicht sie keiner anderen Leistungsverwaltung, entspricht sie aber der rechtlich entscheidenden Berührung zwischen Staat und Einzelnem in Wirtschaftsintervention- und Planung, zu deren Instrumenten sie zählt. Diese primär nicht mit Zwang, sondern mit Ingerenz ohne Befehl wirkende Präsenz des Staates in der Wirtschaft stellt neue, eigenartige Fragen an die Grenzen staatlich gewährleisteter Wirtschaftsfreiheit⁹⁶). Sie reichen über das Subventionsrecht weit hinaus und können hier nicht en passant beantwortet werden. Sie sind - und dies mit Nachdruck gegen Köttgen — also keine solche, die nur und gerade die Subvention aufwirft. Soviel sei dazu bemerkt:

Freiheits- und Grundrechtsberührung durch Subventionierung steht zunächst nicht in Frage, soweit sie im wettbewerbsneutralen Bereich stattfindet⁹⁷). Damit scheidet ihre eingreifende Wirksamkeit in aller Regel aus, wo sie in

⁹⁵⁾ AaO., S. 53 ff.

⁹⁶⁾ Hierzu: Ipsen, Planung II, aaO., S. 93 ff. Die angelsächsische Wirtschaftswissenschaft nennt die Verhaltensbeeinflussung der privaten Wirtschaft durch staatliche Planung "announcement effect"; vgl. Colm, Economic Planning in the United States, in: Weltwirtschaftliches Archiv 1965, S. 31 ff. "Rechtsfragen zur Wirtschaftsplanung" sind in den USA, soweit ersichtlich, noch nicht gestellt worden. Planning ist für die Rechtstheorie dort im wesentlichen noch ein zoning-Thema.

⁹⁷⁾ Richtig: Welter, aaO., S. 496.

kulturellen und sozialen Lebensgebieten Platz findet, wenn ich auch Erscheinungen grundrechtsgefährdender Auflagenpraxis nicht ignoriere. Sie sind aber zu bewältigen. Wirtschaftssubventionierung wird nicht durch das Bild sozialer Angewiesenheit und Hilfsbedürftigkeit spezifischer Individualität gezeichnet⁹⁸), und den Schutz vor staatlicher Nötigung zur Bettlergesinnung zu beschwören, wie Rupp⁹⁹) gefordert hat, verfehlt das Bild der Wirtschaft. Der private Wirtschaftsteilnehmer steht in der grundrechtlichen Gewährleistung einer Wirtschaft zum Wesensgehalt hat¹⁰⁰) und die nicht nur — wie das Bundesverfassungsgericht im Investitionshilfeurteil¹⁰¹) zu verstehen sein muß — im Schutzaspekt des Art. 14 GG steht.

Ob Art. 14 GG imstande und dazu bestimmt ist, den Einzelnen gegenüber der Steuerhoheit zu schützen, die letztlich auch die Subventionsmittel beschafft, ist eine prekäre Frage, die Forsthoff schon auf der Bonner Staatsrechtslehrertagung¹⁰²) in unseren Zusammenhang der Sozialverteilung gestellt hat. Sie stellt sich noch dringlicher, wenn Subventionsmittel auf Kosten der Währungsstabilität genommen und verteilt werden. Für die andere Frage, aus welcher grundrechtlichen Schutzsphäre der Subventionsbewerber und -empfänger gegenüber der Subventionsverwaltung operieren kann, bietet sich primär sicherlich nicht Art. 14 an, sondern sein Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit bedarf des Schutzes, wo

⁹⁸⁾ Richtig: Stern, JZ 1960, S. 557.

⁹⁹⁾ Grundfragen, aaO., S. 142.

¹⁰⁰⁾ Ipsen, Planung II, aaO., S. 95 ff.

¹⁰¹⁾ BVerfGE Bd. 4 S. 7 ff.

¹⁰²⁾ VeröffVDStRL Heft 12 (1954) S. 31 ff. Das Referat von Hettlage über "Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung", VeröffVDStRL Heft 14 (1956) hat das Thema nur von der Eingriffsseite der Steuerhoheit her berührt; vgl. Hettlage, LS 5, aaO., S. 33. Auch Maunz (ebenda S. 37 ff.) hat die Frage nicht verfolgt. Auf den Zusammenhang zwischen dem Nehmen durch Steuern und Abgaben oder auch durch Geldentwährung und der Umverteilung des Sozialprodukts hat C. Schmitt, Nehmen/ Teilen/Weiden (1953) in: Verfassungsrechtliche Aufsätze (1958) S. 503 hingewiesen. Die aktuellen Relationen zwischen subventionären Wahlversprechungen des Jahres 1965, ihrer Drosselung, Eindämmung und Vertagung durch das Haushaltssicherungsgesetz vom 20. 12. 1965 (BGBl. I S. 2065) und dem einer Grundgesetzänderung bedürftigen Stabilisierungsgesetz illustrieren dieses Thema: der Staat kann kraft Steuerhoheit aus dem abgeschöpften Sozialprodukt ohne Gefährdung des Eigentums nur subventionieren, wenn er die Währung wahrt.

subventionierende Wirtschaftsplanung- und Lenkung "potentiell offensiv" einzuwirken vermag, und zwar, der Intention der Subventionierung entsprechend, durch Verhaltensbeeinflussung des privaten Wirtschaftsträgers. Hier zielt die Subvention mit ihrem durch Auflagen und Kontrollen realisierten Bindungseffekt in einer gewollten und erwarteten Gleichrichtung öffentlicher Interessen und privater Freiheitsentfaltung auf eine Grundrechtsbindung öffentlichen Interesses.

Wer frei wirtschaftet und am Wettbewerb teilnimmt, kann in dieser Freiheit beeinträchtigt werden, weil sein Wettbewerber gleicher Marktinteressen subventioniert wird, während er trotz Bemühung leer ausgeht. Hier muß und kann das Gleichbehandlungsgebot helfen, wenn der übergangene Bewerber ungleich privilegiert wurde, und die Ausgestaltungen des gerichtlichen Rechtsschutzes bieten hierfür reale Chancen ebenso wie die Praktikabilitätsregeln, die sich zum Gleichheitssatz herausgebildet haben.

Wo die Subventionierung einen einzelnen Marktbereich fördert, einen anderen vernachlässigt, obwohl — in einer Formulierung des Bundesgerichtshofs vom 31. Januar 1966¹⁰³) — dadurch seine Wettbewerbslage gerade zum vergleichbaren Bereich ungleich und deshalb nachteilig gestaltet wird, kann sich der Teilnehmer des diskriminierten Bereichs ebenfalls auf Art. 3 GG berufen. Es gibt also im Subventionsrecht einen Grundrechtsschutz auf hoheitliche Respektierung der wettbewerblichen Ausgangslage. Über allem steht also entscheidend, daß die Subventionsverwaltung grundrechtsgebunden ist, und das gilt auch für den Haushaltsgesetzgeber.

Wer Subvention begehrt und annimmt, macht damit letzlich auch von seiner eigenen Wirtschaftsfreiheit Gebrauch. Und wer sich in ihrer Entfaltung derart binden läßt, bindet sich zur Mitwirkung an der Verwirklichung öffentlicher Subventionsinteressen. Solange diese Interessen — wie Wolff¹⁰⁴) es warnend formuliert hat — echte Gemeinwohlinteressen sind, bindet der Einzelne seine Freiheit ohne solche Einbußen, die die Verfassung nicht zulassen könnte. Soweit kann eine rechtstheoretische Einsicht vordringen. Daß die Subventionsverwaltung überhaupt Gemeinwohl-Verwaltung, damit legitime öffentliche Verwaltung ist, liegt allerdings nicht in unserer — das liegt in anderer Hand.

¹⁰³⁾ BGHZ Bd. 45 S. 91; zum Gebot gleicher Berücksichtigung der Wettbewerbslage vgl. ferner BGH DÖV 1959 S. 710; BVerfGE Bd. 18 S. 1; Wolff, aaO., S. 142.

¹⁰⁴⁾ Wolff, aaO., S. 219.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Verwaltung durch Subventionen

- 1. Rechtslehre und -praxis benötigen einen Rechtsbegriff der Subvention nur, um ihre Erscheinung als Tatbestand und in den Rechtsfolgen ihres Auftretens an den Maßstäben einschlägiger Normenbestände zu messen. Einen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften übergreifenden einheitlichen Subventionsbegriff gibt es nicht.
- 2. Nach Tatbestand und Rechtsfolgen im Maßzusammenhang mit der geltenden Rechtsordnung stellen sich die wesentlichsten Rechtsfragen für den Typ der Wirtschaftssubvention, die ohne Gesetzesstatut im Stil der Etat- und Richtlinien-Subventionierung auftritt. Rechtsbegrifflich mögen Förderungen auch außerhalb des Wirtschaftsbereichs Subventionen genannt werden.
- 3. Wirtschaftssubventionen dieses Typs beruhen auf allgemeiner staatlicher Entscheidung, die sich in ihrer Zwecksetzung und der zweckgebundenen Bereitstellung von Haushaltsmitteln erschöpft. Diese (meist oder oft komplexe) Zwecksetzung bestimmt und begrenzt Hoheitsbefugnisse der Subventionsverwaltung und Anwartschaften der Subventionsbewerber, liefert Ermessensmaßstäbe und prägt den Subventionsbegriff. Im Zuge der Wirtschaftsintegration gehen diese Befugnisse zunehmend auf Gemeinschaftsorgane über oder werden von solchen auf ihre Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsinteressen kontrolliert.
- 4. Die in allgemeiner Zwecksetzung und Mittelbereitstellung liegende Ermächtigung befugt die Subventionsverwaltung zur variablen Zweckverfolgung in den Grenzen der allgemeinen Zweckbestimmung, um ein Verhalten des Subventionsempfängers zu stimulieren oder zu unterstützen, das dem öffentlichen Subventionsinteresse als Gegenleistung erscheint. Wo Verhaltensbindung oder -erwartung dieser Art nicht in Frage steht, sollte begrifflich nicht von Subvention die Rede sein, zumal subventions-typische Rechtsfragen hier in aller Regel nicht auftreten.
- 5. Die beim Subventionsempfänger erwartete oder bedingte "Gegenleistung" ist keine markt- oder tauschwirtschaftliche,

sondern eine Sozialbindung öffentlichen Interesses. Das Schenken ist keine "Verwaltungsagende".

- 6. Subventionen im Rechtssinne sind (regelmäßig) antragsbedürftige Zuwendungen durch Leistungen oder Bindungen aus dem öffentlichen Haushalt, weshalb generelle, durch Rechtssatz begründete, haushaltsmäßig "unsichtbare" Begünstigungen, die auch keine der Subventionierung typischen Rechtsfragen aufwerfen, rechtsbegrifflich den Subventionen nicht zuzurechnen sind.
- 7. Subventionsverwaltung im Bereich der Zuteilungskompetenz ist Hoheitsverwaltung und privatrechtlicher Gestaltung verschlossen.
- 8. Die Antragsbescheidung der Subventionsverwaltung ist, soweit gesetzlich nicht anders geregelt, ihres Gegenstandes wegen nicht Normanwendung, sondern Gestaltung.
- 9. Diese Entscheidung ist eine solche "subventionären" Ermessens, deren gerichtliche Überprüfung nur dahin geht, ob die ihr zugrundeliegenden Tatsachen vorhanden sind und ihre Würdigung verfahrenskorrekt und mit dem allgemein gesetzten Subventionszweck in noch vertretbarer Weise vereinbar erscheint.
- 10. Die Subventionsverwaltung muß wegen regelmäßigen Überhangs der Subventionsbewerbungen über die Subventionsmasse kontingentieren und Prioritäten setzen. Solche Entscheidungen der Dosierung und Rangierung im Rahmen der Zuteilungskompetenz sind als solche in einer im übrigen rechtsstaatlich korrekt verfahrenden Subventionsverwaltung nicht zu beanstanden.
- 11. Daß das Rechtsstatut der Subvention regelmäßig einen Rechtsanspruch auf Bewilligung ausschließt, ist rechtsstaatlich nicht suspekt, sondern entspricht dem geltenden Haushaltsrecht (§ 24 RHO), folgt konseqent aus ihrer Funktion, das Verhalten des Subventionsempfängers im vorrangigen öffentlichen Subventionsinteresse zu stimulieren oder zu unterstützen, folgt aus dem der Verwaltung zustehenden subventionären Ermessen und ihrer Befugnis zur Dosierung und Rangierung.
- 12. Die Legalitätsfrage zur Subventionierung stellt sich spezifiziert und ist mit einer generellen Beantwortung für die Leistungsverwaltung schlechthin nicht zu erledigen. Wo sein Gegenstand und seine Zweckbestimmung dies gestatten, ist eine gesetzliche oder den Anforderungen des Art. 80 GG genügende Normierung des Subventionswesens rechtsstaatlich und demokratisch zu befördern. Generell ist diese Vorausset-

zung der Natur der Sache wegen indes nicht vorhanden und zu erreichen.

- 13. Die Exekutive verfügt weder aus Amtsauftrag noch aus Organisationsgewalt noch zum unmittelbaren Verfassungsvollzug der Sozialstaatsklausel über eine allgemeine Subventionskompetenz.
- 14. Ihre Subventionskompetenz kann in hinreichend rechtsstaatlicher und demokratischer Legitimation gestützt werden auf zweckbestimmte Mittelzuweisung durch Haushaltsgesetz in Verbindung mit dem Haushaltsplan. Art. 110 ff. GG sanktionieren dieses Ermächtigungsverfahren in verfassungsrechtlicher Spezialisierung gegenüber Art. 80 GG. Die europäische Wirtschaftsintegration wirft mit der Herstellung von Subventionskompetenzen der Gemeinschaftsexekutiven neue Fragen demokratischer Disposition und Kontrolle über Subventionsmittel auf.
- 15. Verfassungsgrenzen der Subventionierung liefert das dem Art. 2 Abs. I GG zu entnehmende Subsidiaritätsprinzip, gesetzgeberische Maßstäbe der Subventionswürdigkeit liefert Art. 15 GG. Sog. Parteiensubventionierung wird vom Bundesverfassungsgericht nach Art. 5, 20 Abs. II, 21, 38 und 28 GG für verfassungswidrig gehalten.
- 16. Ein allgemeines Rechtsstatut der Subventionsverwaltung besteht nicht und ist weder erreichbar noch erstrebenswert. Die Richtlinie der Exekutive, als "Kompressor" zur Verdichtung der vom Parlament zweck- und mittelbegrenzt erteilten Ermächtigung wirkend, bindet die Subventionsverwaltung kraft Rechtserzeugung, nicht erst kraft Anwendung, so daß ihre Außenwirksamkeit nicht nur durch Selbstbindung im Ermessen eintritt. Ihre Erzeugungsregel liefert das nach Art. 110 ff. GG ergehende Haushaltsgesetz in einem durch Art. 80 GG nicht praejudizierten, verfassungsrechtlich zugelassenen Verfahren, wozu auch § 64 a RHO neu durchdacht werden muß. Gefordert bleibt amtliche Publizität der Richtlinie und ihre zunehmende Ausgestaltung nach bewährten Methoden staatlicher Normsetzung.
- 17. Willenserklärung und Vertrag des Zivilrechts sind als Handlungsformen der Zuteilungskompetenz der Subventionsverwaltung nicht verfügbar, diese ist also auf öffentlich-rechtliche Handlungsformen verwiesen. Die Gestaltung der an die Zuteilung sich anschließenden Handlungsformen ihres Vollzuges ist von zweitrangiger Bedeutung. Zuteilung und Vollzug sind einheitlicher Gestaltung öffentlich-rechtlichen Vertrages grundsätzlich nicht verschlossen.

- 18. Das Subventions-Rechtsverhältnis ist kein besonderes Gewaltverhältnis. Seine Ausgestaltung zur Bindung des Subventionsempfängers durch Nebenbestimmungen ist durch anerkannte Grundsätze des Verfassungs- und allgemeinen Verwaltungsrechts in rechtsstaatlich hinreichender Weise gesichert und gerichtlich überprüfbar.
- 19. Auswirkungen der Wirtschaftssubventionierung, in deren Annahme der Einzelne rechtlich seine Wirtschaftsfreiheit äußert, können den abgewiesenen Subventionsbewerber, den gebundenen Subventionsempfänger und den übergangenen Wirtschaftsteilnehmer in seiner grundrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit (Unternehmerinitiative, Dispositionsfreiheit, Wettbewerbsfreiheit) berühren, deren Wesensgehalt unantastbar ist, nicht aber im Schutzbereich des Art. 14 GG. Praktikable Regeln des Gleichbehandlungsgebotes können gegen wesentliche Verungleichung der Wettbewerbslage durch Subventionierung schützen.
- 20. Subventionierung ist Sozialgestaltung mit den Mitteln rechtsstaatlich verfaßter Steuerhoheit zur Umverteilung abgeschöpfter Ergebnisse des Sozialprodukts, um die soziale Zuordnung Privater und die Funktion ihrer Handlungsfreiheit nach konkreten öffentlichen Interessen zu binden. Verwaltung durch Subventionen ist typische, im Bereich der Leistungsverwaltung besondere Exekutive des Sozialstaates. Ihr Einsatz, der Mittelbeschaffung kraft Steuerhoheit bedingt, findet Grenzen an der Wahrung der Währung.

Verwaltung durch Subventionen

Mitbericht*) von Professor Dr. Hans. F. Zacher,
 Saarbrücken

Einleitung1)

I.

In einer wirtschaftspolitischen Diskussion über "verschleierte Staatsgunst" wurde die Gesellschaft im subventionierenden Staat in das Bild einer "magischen Millionenkette" von Leuten

*) Was im Folgenden in eckige Klammern gesetzt ist, wurde beim mündlichen Vortrag des Referates weggelassen.

¹⁾ Einleitend sei hier eine A u s w a h l zentraler Hinweise wiedergegeben, von denen aus die weitere Literatur unschwer erschlossen werden kann. In eckiger Klammer ist jeweils der abgekürzte Titel hinzugefügt, unter dem das Werk im Folgenden zitiert wird (so daß diese Übersicht zugleich die Funktion eines Abkürzungsverzeichnisses erfüllen soll). Vornehmlich zum deutschen Recht: Köttgen, Subventionen als Mittel der Verwaltung [Subventionen], DVBl. 68. Jhg. (1953) S. 485 ff.; ders., Fondsverwaltung in der Bundesrepublik [Fondsverwaltung], 1965; Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. I 1953. Bd. II 1954 — zu den Subventionen insbes. Bd. II S. 258 ff. — [Wirtschaftsverwaltungsrecht I und II]; Herbert Krüger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung [Auflage], DVBl. 70. Jhg. (1955) S. 380 ff., 450 ff., 518 ff.; ders., Von der Notwendigkeit einer freien und auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft [Zusammenarbeit], 1966. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater [Subventionierung], 1956 = DVBl. 71. Jhg. (1956) S. 461 ff., 498 ff., 602 ff. (im Folgenden nach der selbständigen Veröffentlichung zitiert); ders., Verwaltung durch Subventionen [Referat], abgedruckt oben S. 257 ff.; Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater [Finanzhilfe], 1958; Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater [Rechtsfragen], JZ 15. Jhg. (1960) S. 518 ff., 557 ff.; Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? [Gesetzliche Grundlage], DÖV 14. Jhg. (1961) S. 161 ff.; Albers, Art. "Subventionen" [Subventionen] in: Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. VII 1962 Sp. 833 ff.; Flehinghaus, Die Bundesfondsverwaltung - Verfassungsrechtliche Probleme der staatlichen Verwaltung durch Vergabe von Subventionen und Zuschüssen [Bundesfondsverwaltung], Diss. München 1962; Maunz, Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen [Subventionen], Bay-VBl. n. F. 8. Jhg. (1962) S. 1 ff.; Zängl, Die Subventionen und

gebracht, die im Kreis stehend je die Hand in der Tasche ihres rechten Nachbarn haben, jeder "in dem Glauben, seinem Nachbarn zur Rechten mehr Geld aus dem Portemonnaie nehmen zu können, als ihm selbst von seinem Nachbarn zur Linken aus der Hosentasche gezogen wird"²). Das treffende Bild führt

ihre verfassungsmäßigen Schranken [Schranken], Diss. Würzburg 1963; Hamann, Zur Problematik des Subventionsrechts [Problematik], DVBl. 78. Jhg. (1963) S. 486 ff.; Möller, Gemeindliche Subventionsyerwaltung [Subventionsyerwaltung], 1963; ders., Kom-Wirtschaftsförderung [Wirtschaftsförderung], munale Schneider-Gädicke, Der öffentliche Kredit an die gewerbliche Wirtschaft [Kredit], 1963; Janknecht, Rechtsformen von Subventionierungen [Rechtsformen], Diss. Münster 1964; Lenzen, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Vergabe von Subventionen durch den Gesetzgeber (Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG) [Grundlagen], Diss. Köln 1965; Pöttgen, Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Wirtschaftsförderung durch Subventionen [Grenzen], Diss. Köln 1965; Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen [Rechtsform]), 1965; Bitter. Zur Zulässigkeit kommunaler Förderungsmaßnahmen [Förderungsmaßnahmen], BayVBl. n. F. 11. Jhg. (1965) S. 45 ff., S. 85 ff.; Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen [Wirtschaftssubventionen], 1966 - dort (S. 327 f.) auch das neueste Verzeichnis des einschlägigen Schrifttums -; Friauf, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens [Bemerkungen], DVBl. 81. Jhg. (1966) S. 729 ff.; Schlichter, Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung von Subventionsansprüchen [Klageformen], ebd. S. 738 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl. 1965, Verwaltungsrecht II, 1962, Verwaltungsrecht III, 1966 [VerwR I, II und III]. — Für das österreichische Recht s. vor allem die Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages Wien 1964, der u.a. "Das Förderungswesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips" behandelte; zu diesem Thema: Kolb, Gutachten [Gutachten], Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages Wien 1964, Bd. I, 3. Teil; Referate von Loebenstein und Plöchl [je: Referat] sowie Diskussionsbeiträge hierzu, ebd. Bd. II, 3. Teil; Schlußbericht von Vanura, ebd. Bd. II, 7. Teil, S. 46 ff. — Vornehmlich für das schweizerische Recht: Schindler, Die Bundessubventionen als Rechtsproblem [Bundessubventionen], Diss. Zürich 1952; Kistler, Contributions à l'étude juridique des subventions fédérales [subventions fédérales], Diss. Lausanne 1956. — Zu den wirtschaftstheoretischen Aspekten: Meinhold, Art. "Subventionen" [Subventionen], Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 10, 1959, S. 236 ff.; Hansmeyer, Finanzielle Staatshilfen für die Landwirtschaft — Zur Theorie einer sektoralen Finanzpolitik [Staatshilfen], 1963; ders. (Herausgeber), Subventionen in der Bundesrepublik Deutschland — Materialien zu einem wirtschaftspolitischen Problem [Subventionen], 1963; Gundlach, Subventionen als Mittel der Wirtschaftspolitik [Subventionen], 1965. — Eine Auswahl von zentralen Hinweisen auf Vorschriften und gerichtliche Entscheidungen s. u. Anm. 16, 17 und 20.

2) Pfannschmidt, Diskussionsbeitrag in: Soll der Staat Geschenke verteilen? Aktionsgemeinschaft soziale Marktwirtschaft, Tagungsprotokoll Nr. 18, 1962, S. 94 ff. (95).

zu dem zentralen Grund der juristischen Sorgen, die das Subventionswesen bereitet: zum mangelnden Rechtswillen, ja zum Rechtsunwillen, der die Entwicklung einer gesicherten und publiken Ordnung des Subventionswesens so wenig vorankommen läßt. Subvention ist - nicht in der Masse, aber in einer bestimmenden Spitze — Vorsprung, Chance des Über-Vorteils³). Und diese Chance scheut das Licht⁴). Sie zu artikulieren, ist die Rechtsordnung außerstande. Aber wer, der sie hat, möchte sie missen? So korrumpiert die Rechtsgemeinschaft sich selbst. In einer unüberschaubaren Vielzahl von Situationen vor und in der staatlichen Organisation wird so die Möglichkeit des Rechts utilitaristisch preisgegeben. Der meist kollektive Wettbewerb um Subventionen⁵) ist neben den guten alten ökonomischen Wettbewerb getreten und entspricht dem Wettbewerb um die politische Macht⁶) viel zu sehr⁷), um von der politischen Autorität Züchtigung befürchten zu müssen8). [Wir treffen diese Ausfallerscheinungen allgemeiner wieder in der Kraftlosigkeit der juristischen Bemühungen um die Leistungsverwaltung, die heute noch als jung, neu und unbewältigt vorgestellt wird, obwohl ihre moderne Problematik wenigstens seit dem ersten Weltkrieg nicht mehr übersehen werden konnte. Und wir finden sie paradigmatisch wieder in dem Ringen um den Gesetzesvorbehalt für eben diese leistende Verwaltung. Warum ist alles Papier geblieben, was für ihn geschrieben wurde? Weil es den,

³⁾ Gygi, Rechtsstaatsprobleme der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung, Journal der internationalen Juristen-Kommission, Bd. IV (1962/63) S. 3 ff. (25); s. a. Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 165 ff.

⁴⁾ Wesemann, Was bewirken Subventionen? in: Heiße Eisen im Wahlkampf, Aktionsgemeinschaft soziale Marktwirtschaft, Tagungsprotokoll Nr. 14, 1960, S. 56 ff., insbes. S. 64, 73. Siehe auch unten Anm. 14 und 242 und den Text hierzu.

⁵⁾ Dazu z.B. Götz, Wirtschaftssubventionen S. 24 ff. m. w. Nachw.; s. a. Strickrodt, Das Subventionsthema in der Steuerpolitik unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Landwirtschaft, 1960, S. 11 f.

⁶⁾ Zu dieser Relation s. Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 165 ff. m. w. Nachw.; s. a. Schmölders, Subventionsmentalität und Marktwirtschaft, in: Soll der Staat Geschenke verteilen? [Anm. 2] S. 26 ff. und die Diskussionsbeiträge dazu (ebd. S. 38 ff.).

⁷⁾ Siehe dazu im allgemeinen Herder-Dorneich, Theorie der sozialen Steuerung, 1965, mit eingehenden weiteren Hinweisen.

— Eine eindrucksvolle Studie zu diesen Zusammenhängen auf dem landwirtschaftlichen Sektor bei Hansmeyer, Staatshilfen S. 60 ff., insbes. S. 76 ff.; informatives Material aus dem kommunalen Bereich bei Möller, Subventionsverwaltung S. 53 f. und passim.

 $^{^8}$) G ö t z , Wirtschaftssubventionen S. 24: "Mit Subventionen interveniert weniger der Staat in die Wirtschaft als die Wirtschaft in den Staat."

der eine Leistung lieber nicht annimmt als ohne Gesetz, nur als Sonderling gibt⁹).]

Hinsichtlich des Vorteils, den Subventionen gewähren, befindet sich das soziale Bewußtsein vor allem in Bezug auf zwei Umstände im Selbstwiderspruch, so daß es sie verdrängt und als Erreger der Rechtsbildung lähmt. Der erste ist der notwendige Zusammenhang mit den Lasten der Aufbringung. Was die Subvention zu einem Liebling demokratischer Politik macht, ist die Anonymität und Diffusion der Last bei Bestimmtheit der Gunst¹⁰); es ist der Anschein, als ob das, was die Wohlstandsökonomie das Pareto-Optimum nennt, nämlich der Vorteil für wenigstens einen ohne Nachteil für irgend andere¹¹). allein im Wege der Verteilung realisiert würde. Das zweite Spannungsfeld liegt zwischen dem Verlangen gesicherter Teilhabe, der Begrenztheit der Mittel und der Unendlichkeit konkurrierender Subventionswünsche. Der Zustand, der hier herrscht, wird zu Recht als "Windhundsystem"12) charakterisiert. Was allgemein und offen zu haben ist, genießt weder für den Geber noch für den Nehmer den vollen Reiz der Subvention. Nur selten wird die Möglichkeit, Subventionen als öffentliche Anerkennung zu interpretieren¹³), höher eingeschätzt als der geheime und ungestörte Genuß¹⁴).

⁹⁾ Herbert Krüger, Auflage S. 381: "Es liegt auf der Hand, daß es nicht auf die Möglichkeit ankommen kann, Wohltaten abzuwehren." — Dazu, daß gegenüber dem wirtschaftlich intervenierenden Staat die effektive Position der rechtlichen Sicherung vorgezogen wird, s. a. Hans Huber, Das Staatsrecht des Interventionismus, ZSR n. F. Bd. 70 (1951) S. 173 ff. (184); Herbert Krüger, Diskussionsbeitrag, VVDStRL Heft 11 (1954) S. 137 ff. (138); Ipsen, Subventionierung S. 14, Anm. 23; Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 233.

¹⁰⁾ Siehe dazu z.B. Gundlach, Subventionen, S. 28 f. — Siehe zum Problem auch Strickrodt [Anm. 5], S. 21 ff.

¹¹) Vgl. Bössmann, Zur neueren Diskussion über soziale Wohlfahrtsfunktionen, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 121 (1965), S. 221 ff., insbes. S. 224 ff.; siehe auch Giersch, Allgemeine Wirtschaftspolitik, 1960, S. 125.

¹²⁾ Die Vokabel findet sich z.B. bei Steding, Der Grüne Plan, Kommentar des Planes der Richtlinien und wichtigen Ausführungserlasse, I. und II. Teil (2 Bde.) 1959, II. Teil, S. 12; Paul Werner, Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Bd. 13 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, 1962, S. 97 ff. (104); Hansmeyer, Staatshilfen, S. 206.

¹³⁾ Ein Beispiel bei Hansmeyer, Staatshilfen, S. 63.

¹⁴⁾ Zum Wunsch nach Geheimhaltung siehe Möller, Subventionsverwaltung, S. 45, 123; dens., Wirtschaftsförderung, S. 89 f. — Siehe demgegenüber die Forderung nach Publizität gerade der Betroffenen bei Schmölders [Anm. 6], S. 35 ff.; Vialon, Staat-

Gewiß gibt es auch technische Schwierigkeiten, das Subventionsrecht zu gestalten, so etwa die Bewegtheit der Mittel und Bedarfe. Aber sie wären nicht unüberwindlich, wenn nicht der Rechtswille fehlte. Daß er fehlt, beweist nicht zuletzt der oft bemerkte Tatbestand, daß in unserer prozeßfreudigen Zeit kaum um Subventionen gestritten wird¹⁵). Nolens volens: man weiß, daß hier mit den Mitteln des Rechts nichts zu wollen ist.

II.

Daß der Gesetzgeber¹⁶) sich zurückgehalten hat, daß die Rechtsprechung¹⁷) wenig tun konnte, aber auch wenig tat, um ein Subventionsrecht zu entwickeln, und daß es der Literatur¹⁸) versagt blieb, zu rundum überzeugenden Ordnungsprojekten vorzustoßen, darf nicht daran vorbeiführen, daß sich ein Ordnungsrojekten ungssurrogat¹⁹) herausgebildet hat: die Verwaltungs-

liche Subventionspolitik, Politisches Seminar der staatsbürgerlichen Vereinigung 1954 e. V., neunte Tagung, 1961, S. 14 ff. (35 ff.).

- 15) Siehe oben Anm. 9, ferner Bachof, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 6. Jg. (1953), S. 417 ff. (423); Schüle, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Heft 11 (1954), S. 103; Ipsen, Subventionierung, S. 14, Anm. 23, S. 16, 60; Zeidler, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat, Bd. 1 (1962), S. 321 ff. (332); Pöttgen, Grenzen, S. 3, 119 ff.
- 16) Umfassende Darstellungen der einschlägigen Gesetzgebung fehlen. Einzelne Beispiele aus der Gesetzgebung bringen: Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 259 ff.; Ipsen, Subventionierung, S. 27 ff.; Henze, Finanzhilfe, S. 31 f.; Schneider-Gädicke, Kredit, S. 178 ff. Siehe ferner die unter Anm. 20 genannten Zusammenstellungen. Der Mangel an umfassenden oder auch nur für Teilbereiche erschöpfenden Dokumentationen läßt den Gesetzgeber noch mehr passiv erscheinen als er in Wirklichkeit ist. Damit soll aber nichts an der Feststellung korrigiert werden, daß der Gesetzgeber als Träger der Ordnungsaufgabe "Subvention" versagt hat. Denn auch wenn er tätig geworden ist, so hat er die Subvention regelmäßig nur bewilligt, nicht dagegen als Rechtsverhältnis geordnet.
- 17) Siehe Witten, Subventionen in der Rechtsprechung, DVBl. 72. Jg. (1958), S. 699 ff. Zur prozeßrechtlichen Praxis: Schlichter, Klageformen. Siehe ferner die Sammlung subventionsrechtlicher Entscheidungen bei Buchholz, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 451.55, Nr. 1—21. Gerade diese Zusammenstellung zeigt, daß auch die Rechtsprechung fast ausschließlich damit befaßt war, den Anspruch auf (schon erdiente Ex-post-)Subventionen zu klären, während der Ausbau des Subventionsverhältnisses kaum zur Erörterung stand.
 - 18) Siehe oben Anm. 1.
- ¹⁹) Siehe insbes. Kolb, Gutachten, S. 103 mit weiterem Nachw.; Friauf, Bemerkungen, S. 735 mit weiterem Nachw.; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 286.

vorschrift²⁰) ²¹). Das Volumen des so geschaffenen apokryphen Subventionsrechts erweist sich näherem Zusehen als bestürzend groß. Welcher Ordnungsbedarf tritt hier zutage und wie inkompetent wird er befriedigt²²). Die Verwaltung reguliert ihr Verhalten als Kontrahent, ist also zunächst einmal Partei. Die Interessen des Subventionsempfängers bleiben primär doch einer vorausgesetzten Subventionsrechtsordnung anvertraut.

Die Einseitigkeit der Verwaltung²⁸) muß aber auch unter dem Gesichtspunkt gesehen werden, daß der Apparat sich bei

²⁰) An umfassenden Zusammenstellungen fehlt es ebenso wie hinsichtlich der Gesetzgebung (siehe oben Anm. 16). Den breitesten Überblick bieten die früher von Heinrich Dittes, nun von Ellen Dittes bearbeiteten jährlich erscheinenden Sonderausgaben der Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen; Die Finanzierungshilfen des Bundes und der Länder an die gewerbliche Wirtschaft (seit 1960); Die Finanzierungshilfen des Bundes und der Länder an die Landwirtschaft (seit 1961); Die Finanzierungshilfen des Bundes und der Länder für den Wohnungsbau (seit 1962). Aufschlußreiches Material bietet ferner die Sammlung "Der Bund als Finanzier — Kredite, Leistungen und Bürgschaften des ERP-Sondervermögens", hrsg. zunächst von Carstens, später von Schlauwitz (ab Bd. 1960/61 jährlich). An spezielleren Zusammenstellungen einschlägiger Verwaltungsvorschriften seien erwähnt: Grüner Bericht und Grüner Plan, hrsg. im Auftrage des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten (soweit feststellbar: von 1956 bis 1964 jährlich); siehe auch Steding, Der Grüne Plan 1959 [Anm. 12]; Schneider-Gädicke, Kredit, S. 178 ff. — Von zentraler Bedeutung sind ferner die Richtlinien der Bundesregierung vom 1. April 1953 betr. Zuwendungen des Bundes an außerhalb der Bundesverwaltung stehende Stellen und für den Nachweis der Verwendung der Mittel nach § 64 a Abs. 1 RHO mit den Allgemeinen Bewilligungsbedingungen für die Gewährung von Zuwendungen des Bundes nach § 64 a RHO vom 1. April 1953 (GMBl. S. 150; abgedruckt bei V i a l o n, Offentliche Finanzwirtschaft, 1956, S. 94 ff.; dems., Haushaltsrecht, 2. Aufl. 1959, S. 822 ff.); siehe auch die Richtlinien für das Förde-

rungsprogramm der Bundesregierung vom 4. 12. 1962, BAnz. Nr. 238.

21) Im Hinblick auf die mangelnde Darstellung und Aufbereitung der gesetzlichen und administrativen Regelungen von Subventionen (Anm. 16 und 20) erscheint eine entsprechende Dokumentation dringend notwendig. Der Verfasser hat es deshalb auch sehr wohl als seine Pflicht empfunden, dem Referat eine Übersicht des vorhandenen normativen Materials beizufügen, wie das etwa dem schönen Vorbild Hans Schneid ers in Heft 19 der Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer (1961) entsprochen hätte. Es erwies sich jedoch als unmöglich, eine einigermaßen sinnvolle Darstellung zu einem für die Drucklegung des Referats noch erträglichen Termin zu erstellen. Der Verfasser hofft jedoch, das angefangene Vorhaben abzuschließen und seine Ergebnisse an anderer Stelle veröffentlichen zu können.

²²) Kritisch zu einzelnen Aspekten der Praxis auch Wesemann, Verschleierte Staatsgunst, in: Soll der Staat Geschenke verteilen? [Anm. 2], S. 58 ff.

²³⁾ Zur Rolle der Verwaltung — nicht durchwegs im Sinne des Textes — Hansmeyer, Staatshilfen, S. 112 ff.

Eingriff und Erlaubnis, Anstalt und Gemeingebrauch sicherer fühlt als bei der Subvention. Die Verantwortung dafür ist ihm lästig und wird ihm von Parlament und Regierung zugeschoben^{23a}). Die Verwaltungsvorschriften sollen den Apparat daher auch nach dort ausweisen und abschirmen. Sie tendieren so daher zum potemkinschen Dorf. Gleichwohl drängt ihr Gegenstand nach Außenwirkung²⁴). So verlangt die Verwaltung vom Bürger Unterwerfung²⁵). Mitunter wird diese Unterwerfung schon zur Voraussetzung dafür gemacht, daß die Behörde die Subventionsbitte überhaupt prüft²⁶). Aber irgendwann muß sich fast jeder Bürger, der Subventionsleistungen will, mehr oder weniger ausgedehnten und gestaffelten Verwaltungsvorschriften unterwerfen²⁷). Verwaltungsvorschriften also als Rechtsetzung auf Unterwerfung²⁸)!

^{23a}) Siehe zum Tatbestand auch Maunz, Subventionen, S. 4.

²⁴⁾ Dabei geht es nicht primär um die Außenwirkung von Subventionsrichtlinien, wie sie als relative, im Rahmen des Umschaltessektes des Art. 3 Abs. 1 GG und der sog. Selbstbindung der Verwaltung wohl allgemein anerkannt ist (siehe z.B. Stern, Rechtsfragen, S. 558 f., 560; Friauf, Bemerkungen, S. 735; siehe ferner unten Anm. 245). Diese Art der Außenwirkung hat vor allem zwei technische "Mängel". Sie begünstigt einseitig den Partner der Verwaltung; und sie läßt die Verwaltungsrichtlinien nur als Indiz dafür gelten, wie die Verwaltung allgemein gleichgelagerte Fälle behandelt. Was die Verwaltung aber braucht, das sind Normen, die erstens unmittelbar und zweitens auch zuungunsten des privaten Betroffenen wirken. — Zur Tendenz, diese Außenwirkung Subventionsrichtlinien "per se" beizulegen: Ipsen, Referat. Die Allgemeine Diskussion um diese unmittelbare und umfassende "Außenwirkung" von Verwaltungsvorschriften ist vor allem von Vogel (Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL Heft 24, 1966, S. 125 ff.; [156 ff.]) in eine neue Runde getrieben worden. Zur Meinung des Verfassers hierzu siehe seinen Diskussionsbeitrag, ebd. S. 234 ff. (236 ff.).

²⁵) Siehe z.B. BVerwG 13, 47 (52 f.); Ipsen, Subventionierung, S. 73 f.

²⁶) So werden z. B. im Rahmen der Studienförderung nach dem Honnefer-Modell Antragsformulare verwendet, auf denen der Studierende zu versichern hat: "Die auf der Rückseite dieses Vordrucks wiedergegebenen Darlehensbedingungen werden von mir anerkannt…". Ein anderes Beispiel sind die Bürgschaftsrichtlinien der Kreditgarantiegemeinschaft für den Gemüse-, Obst- und Gartenbau Köln GmbH (abgedr. in: Der Bund als Finanzier, 1965 [Anm. 20], S. 40 ff.): "Die kreditgebenden Banken haben sich bei der Weitergabe der Bürgschaftsanträge an die Kreditgarantiegemeinschaft mit diesen Richtlinien einverstanden zu erklären und das Einverständnis des Kreditnehmers der Kreditgarantiegemeinschaft gleichzeitig nachzuweisen." — Zur Anerkennung von Kontrollbefugnissen bereits im Antragsformular, siehe die eingehenden Belege bei Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 51 mit Anm. 20.

²⁷) Das durch die Richtlinien der Bundesregierung zu § 64 a RHO [Anm. 20] etablierte Regelsystem ist folgendes: Neben allgemeinen Bewilligungsbedingungen (Nr. 12 der Richtlinien und Anlage 2 hier-

Mit diesem Instrumentarium kann das Ordnungsproblem der Subventionen nicht gelöst werden. Nur das Medium des Rechts im Sinne der objektiven und allgemeinen Norm ist dazu imstande²⁹). Es ist jedoch wichtig, diesen Satz nicht vorschnell auf die Drehscheibe der Diskussion über die notwendige Funktion des Gesetzes30) geraten zu lassen. Daß das Gesetz das primäre Ordnungsinstrument auch und gerade hier sein mußte, ist ebenso sicher, wie daß gewisse Entscheidungen nur durch das Gesetz getroffen werden können. Aber die Ordnungsaufgabe stellt sich materiell dem voraus31).

zu) sind besondere Bewilligungsbedingungen festzusetzen (Nr. 13 der Richtlinien); beide sind im Bewilligungsbescheid in bezug zu nehmen bzw. aufzuführen (Muster in Anlage 3 zu den Richtlinien). Der Bewilligungsbescheid schließt mit der Formel: "Dieser Bescheid wird erst wirksam, wenn Sie sich schriftlich mit seinem Inhalt einverstanden erklärt haben. Geht Ihre Erklärung nicht bis zum . . . bei mir ein, so behalte ich mir vor, Ihren Antrag als gegenstandslos zu betrachten." — Praktisch schiebt sich jedoch zwischen die allgemeinen Bewilligungsbedingungen im Sinne der Richtlinien und die besonderen Bewilligungsbedingungen, die den konkreten Fall betreffen. eine weitere Schicht von Bedingungen, welche die Fälle eines gewissen Förderungsprogramms generell betreffen. So liegt mir etwa der Vordruck eines Landesministeriums vor, wonach die Bewilligung verbunden wird mit 1. den Allgemeinen Bewilligungsbedingungen für die Gewährung von Zuwendungen des Landes nach § 64 a RHO, 2. den Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen des Staates aus dem Einzelplan ... vom ... und 3. den im Bescheid aufgeführten besonderen Bewilligungsbedingungen. Die Einverständniserklärung, an welche die Wirksamkeit des Bewilligungsbescheides geknüpft ist, und hinsichtlich deren Abfassung die Verwaltung dem Bürger ebenfalls durch einen Vordruck zuhilfe kommt, erstreckt sich auf den ganzen "Turmbau" der Bewilligungsbedingungen.

²⁸) Kritisch dazu z.B. Köttgen, Fondsverwaltung, S. 65 f.; siehe auch Pernthaler, Über Bedeutung und Standort der leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBl. 87. Jg. (1965), S. 57 ff. (70), der insofern von einer lex contractus spricht.

29) Vgl. Gygi, [Anm. 3], S. 3 ff.
30) Zentral zum Vorbehalt des Gesetzes für Subventionen: Bellstedt, Gesetzliche Grundlage. Zum neueren Meinungsstand siehe Friauf, Bemerkungen, S. 734; Götz, Wirtschaftssubventionen. S. 281 ff.; je mit weiteren Nachw. - Sehr aufschlußreich auch die österreichische Diskussion, siehe insbes. Loebenstein, Referat; Plöchl, Referat.

31) Nur von der Hypothese aus, das förmliche Gesetz sei ausschließliches Ordnungsinstrument, würde sich die juristische Aufgabe schlicht als gesetzgebungspolitische und nur hinsichtlich der Abwicklung der ungezählten danach unzulässigen Subventionsverhältnisse als rechtsfindende darstellen. Dieser Ausgangspunkt wird aber nicht nur durch eine übermächtige Rechtswirklichkeit als falsch und unnütz indiziert; auch die theoretische Forderung, den Gesetzesvorbehalt auszudehnen, wird zumeist nur in dem Sinne der gesetzlichen Entscheidung über das Ob, Wofür und Wieviel staatlicher Leistungen erhoben und spart so die Ordnung des konkreten Subventionsverhältnisses aus. Gerade sie aber ist notleidend.

III.

Wenn über Verwaltung durch Subventionen als rechtliche Ordnungsaufgabe gesprochen werden soll, so ist es notwendig, deren Gegenstand so abzugrenzen³²), daß er einheitlichen Ordnungsvorstellungen³³) zugängig ist³⁴) und alle danach gleich-

32) Das Schrifttum zum Begriff der Subvention ist außerordentlich reichhaltig, so daß hier nur eine Auswahl gegeben werden kann (wegen der weiteren Nachweise siehe die Zitierten): Ipsen, Subventionierung, S. 6 ff.; Henze, Finanzhilfe, S. 27 ff.; Stern, Rechtsfragen, S. 519 ff.; Welter, Subventionen als Rechtsbegriff, Betriebsberater, 17. Jg. (1962), S. 493 ff., 1186 f.; Fischer, dass., ebd. S. 1185; Hamann, Problematik, S. 492 f.; Zuleeg, Rechtsform, S. 13 ff.; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 3 ff., 13 ff.; Friauf. Bemerkungen, S. 731. — Siehe auch Anm. 35.

33) Damit ist nicht gemeint, daß ein Subventionsbegriff sinnvoll ist, dessen Gegenstand zu ausschließlich einheitlichen Ordnungsvorstellungen führt. Vielmehr ist zu unterstreichen, was Friauf (Bemerkungen, S. 731) für einen umfassenden Subventionsbegriff postuliert: "... muß man allerdings im Auge behalten, daß nicht notwendig sämtliche staatlichen Leistungen, die unter ihn fallen, in jeder Beziehung denselben Rechtsregeln folgen. Unterschiede in der Anwendung des Instruments, etwa hinsichtlich Sachbereich, Zielsetzung oder Wirkungsweise, können zu einer verschiedenartigen rechtlichen Bewertung zwingen. Eine generelle Betrachtung von Rechtsproblemen des Subventionswesens sollte sich dieser Bedingtheit stets bewußt sein."

34) Dazu insbes. auch Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 4 ff., 16 ff. Ihm ist insbes. darin zuzustimmen, daß für das europäische Gemeinschaftsrecht ein besonderer Subventionsbegriff gelten muß (S. 19 ff.). Das gilt jedenfalls insoweit, als das Vertragsrecht von Subventionen und Beihilfen spricht (s. dazu z.B. EuGH Urteil 30/59 RsprGH Bd. VII, S. 9 ff. [42 f.]; Börner, Diskriminierungen und Subventionen, in: Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, 1965, S. 215 ff. [238]; Koppensteiner, Das Subventionsverbot im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1965, S. 67 f.). Insofern hat der Subventionsbegriff nicht nur einen textlich-normativen, also interpretatorisch zu erschließenden Ansatz, sondern auch eine ganz spezifische Funktion, nämlich das Konfliktsfeld abzustecken, in dem die wirtschaftspolitischen Kompetenzen der Gemeinschaft durch nationale Maßnahmen der Finanzhilfe und der Abgabenpräferenz umgangen und gestört werden könnten. Von da her kündet sich freilich auch die Möglichkeit an, daß vielleicht noch ein weiterer europarechtlicher Begriff gebildet werden muß, nämlich für diejenigen Subventionen, die von den Europäischen Gemeinschaften selbst geleistet und geordnet werden (s. dazu z. B. Koppensteiner, aaO., S. 54 ff.). — Dagegen kann Götz nicht darin zugestimmt werden, wenn er schlicht zwischen einem verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriff unterscheidet (insbes. S. 18 f.; s. a. Wolff, VerwR III S. 215). Gewiß sind damit relevante Zäsuren angesprochen. Aber sie ziehen nicht die allein beherrschenden Linien durch das Phänomen. Übergreifende Gemeinsamkeiten werden bei dem von Götz vorgeschlagenen Vorgehen nicht weniger vernachlässigt als andere bedeutsame Zäsuren.

artigen Erscheinungen³⁵) erfaßt. Die Kürze der Zeit verbietet. abzuleiten, warum dies dann der Fall ist, wenn Subventionen im Sinne der folgenden Definition begriffen werden, die hier als Arbeitshypothese vorgelegt sei. Danach sind Subventionen vermögenswerte Zuwendungen, die vom Staat, seinen besonderen Verwaltungseinheiten oder einer supranationalen Organisation (Subventionsträger) unmittelbar oder durch Dritte (Subventionsvermittler) natürlichen Personen oder juristischen Personen des Privatrechts (Subventionsempfänger) zu einem öffentlichen Zweck gewährt werden, der weder ausschließlich in der unmittelbaren Gewährung oder Mehrung des Einkommens der Subventionsempfänger noch im Entgelt für eine Leistung bestehen darf. Dabei können Subventionen erbracht werden, indem der Subventionsträger sein Vermögen durch Leistung oder Verpflichtung zu einer Leistung mindert oder dem Risiko der Minderung aussetzt, und den Empfängern hieraus effektiv oder potentiell Vermögensvorteile erwachsen (Leistungssubventionen), oder indem die Subventionsempfänger von allgemein zu erbringenden öffentlichen Leistungen ganz oder teilweise ausgenommen^{35a}) werden (Verschonungssubventionen)³⁶).

³⁵⁾ Der Begriff muß also sowohl von der Sache als auch von der Norm — und zwar der relativ unabänderlichen Verfassungsnorm und der dem Gesetzgeber disponiblen, von der ergänzenden Rechtsfindung dagegen hinzunehmenden Norm unterverfassungsrechtlichen Ranges - her und auf die zu findende oder zu gestaltende, grundlegende oder im Detail ergänzende neue Norm zu gebildet werden. Das schließt — was der häufigen polemischen Hervorhebung gar nicht bedürfte — die schlichte Übernahme ausschließlich an der Sachstruktur orientierter wirtschafts- und finanztheoretischer Begriffe aus. (Abgesehen davon, daß auch diesen Begriffen meist ein Ordnungs- oder Darstellungszweck vorausliegt, der kritischer Reflexion bedarf.) Das bedeutet aber auch, daß der Subventionsbegriff, der ein Ordnungsphänomen zu umschreiben hat, an den Sachstrukturen nicht vorbeigehen kann, die naturgemäß in der wirtschafts- und finanztheoretischen Diskussion um den Subventionsbegriff besonders hervortreten. Siehe dazu z.B. Masoin, Die öffentlichen Ausgaben, Handbuch der Finanzwissenschaft Bd. II, 1956, S. 25 ff.; Meinhold, Subventionen S. 237 f.; Hansmeyer, Subventionen als wirtschaftspolitisches Instrument, in: Hansmeyer (Herausgeber), Subventionen S. 9 ff.; ders., Staatshilfen S. 20 ff. (wozu zu betonen ist, daß Hansmeyers Ausführungen, indem sie den Begriff der Subvention auf Transferzahlungen ohne direkte Verwendungsauflagen beschränken, nicht weniger erhellend sind, da sie gleichwohl die Sachstrukturen umfassend aufzudecken suchen); Schmölders, Finanzpolitik, 2. Aufl. 1965, S. 218 ff.; Gundlach, Subventionen S. 7ff.

³⁵a) Den intensivsten Beitrag, zwischen den Differenzierungen der allgemeinen Belastung und der begünstigenden Ausnahme zu unterscheiden, leistet Strickrodt [Anm. 5]. Doch bleibt sein Versuch in vielem problematisch (s. dazu auch Götz, aaO., S. 17 f.).

³⁶⁾ Zwischen Leistungssubventionen und Verschonungssubventio-

Konstituiert wird die Einheitlichkeit des Phänomens also im wesentlichen durch die Vermögensbezogenheit des Vorganges³⁷). durch den Zusammenhang zwischen der unmittelbar lästigen Betroffenheit des Staates oder eines ihm ein- oder gleichgeordneten Trägers und der unmittelbar günstigen Betroffenheit eines Subjekts der Bürger-Sphäre und den öffentlichen Zweck. der schließlich in oder aus der Bürger-Sphäre verwirklicht werden soll.

Dieser öffentliche Zweck ist das am schwierigsten zu erfassende und doch am stärksten prägende Element³⁸). Wären wir hier als Theologen oder wenigstens als Kirchenrechtler, so würde ich sagen: er ist das Geheimnis des Subventionsbegriffs. Daß er sich durch den Subventionsempfänger erfüllt, muß die Zuwendung gegenüber dem Gleichheitssatz rechtfertigen. Dennoch ist die Zweckverwirklichung nicht einfach Gegenleistung³⁹) und schon gar nicht Tauschleistung⁴⁰).

nen verläuft zweifellos der tiefste Graben innerhalb des von dem gegebenen Subventionsbegriff umklammerten Phänomens. Er hat bisher regelmäßig zur Ausscheidung dessen, was hier Verschonungssubventionen genannt wird, aus dem Subventionsbegriff geführt (siehe z. B. Henze, Finanzhilfen S. 29; Stern, Rechtsfragen S. 521; Janknecht, Rechtsformen S. 6; Zuleeg, Rechtsform S. 16; siehe auch Götz, aaO., S. 15 ff.). Dennoch verbieten nicht nur die Interdependenzen, sondern auch die Gemeinsamkeiten, die sich näherem Zusehen erschließen, die völlige Trennung (für Einbeziehung Strickrodt [Anm. 5] S. 11 u. passim; Welter [Anm. 32] S. 496; Bitter, Förderungsmaßnahmen S. 47; für das europäische Gemeinschaftsrecht siehe Koppensteiner [Anm. 34] S. 91 m. w. Nachw.; siehe auch den Hinweis auf die Gemeinsamkeiten bei Friauf, Bemerkungen S. 730). Dagegen ist die Annahme von Götz und Wolff (siehe oben Anm. 34), die Gemeinsamkeiten beschränkten sich auf das Verfassungsrecht, zu eng.

- 37) Wolff, VerwR III S. 215.
 38) Siehe z.B. Schindler, Bundessubventionen S. 95, 141 ff., 152 f., 219; Ipsen, Subventionierung S. 7, 45 ff.; Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1958, S. 156 ff.; Lepsien, Prinzipien der Leistungsverwaltung, Diss. Münster 1961, S. 111 ff.; Reuß, Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II 1963, S. 255 ff. (270 f.); Loebenstein, Referat S. 21 f.; Friauf, Bemerkungen S. 730 f. S. a. BVerwG, Urt. v. 19. 12, 1958, DVBl. 74. Jg. (1959) S. 573 ff.: OVG des Saarlandes AS 7, 231 (232).
- 39) Siehe die klassische Frage Ipsens (Subventionierung S. 56): "Erwartet der Staat, der den Privaten subventioniert, und darf er aus Rechtsgründen erwarten, daß der Private aufgrund der Subventionierung sich in einer Weise verhält, die dem öffentlichen Interesse als Gegenleistung erscheint - und darf der Staat diese Erwartung rechtlich sanktionieren?"
- 40) Siehe Schindler, Bundessubventionen S. 141 ff., 152; Kistler, Subventions fédérales S. 58, 61; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 169; Lepsien, aaO.; Werner [Anm. 12] S. 101, 103; w. Hinw. s. insbes, bei Lepsien, aaO. — Zu den Sachstruk-

Die Interessenstruktur ist primär kooperati v⁴¹) und erst sekundär synallagmatisch42). Die Subvention setzt dem öffentlichen Interesse objektiv kongruente oder teilgleiche private Interessen voraus, deren Verwirklichung sie ermöglichen, unterstützen oder wenigstens einleiten soll⁴³). Die Verwirklichung des öffentlichen Interesses kann mit der Erfüllung des privaten Interesses zusammenfallen aber auch nur davon abhängig sein. Die evident relevanten Größen öffentlicher Einsatz, privater Einsatz, privater Erfolg, private Leistung für den öffentlichen Erfolg und öffentlicher Erfolg stehen deshalb in keinem festen funktionellen Verhältnis zueinander und vor allem weder notwendig noch regelmäßig in jener Gleichgewichtsbeziehung, in der sich Tauschgrößen zueinander verhalten. Die Konstellationen sind vielmehr situationsbedingt verschieden44). Der Versuch, sie zu registrieren45), ist zudem durch die Schwierigkeiten behindert, diese Größen — insbesondere unter Einschluß des öffentlichen Erfolges — funktionell richtig

turen besonders aufschlußreich und mit zahlreichen weiteren Hinweisen: Hansmeyer, Staatshilfen S. 22 ff.

⁴¹⁾ Siehe dazu insbes. — mit im einzelnen verschiedener Nuancierung — Herbert K rüger: Diskussionsbeitrag [Anm. 9] S. 139; Aufl. S. 382; Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 436 Anm. 100; Rechtsetzung und technische Entwicklung, NJW 19. Jg. (1966) S. 617 ff. (623); Zusammenarbeit, passim. S. ferner Kistler, Subventions fédérales S. 68 ff. Möller (Subventionsverwaltung S. 92) und Schneider Gesellschaft aufmerksam. Siehe auch Ann. 106. — Siehe zu dem im Gesellschaftsverhältnis prototypisch herausgebildeten Wesen des kooperativen Rechtsverhältnisses und seiner Abgrenzung vom synallagmatischen Rechtsverhältnis Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 57 ff., insbes. S. 66 ff., S. 716 ff., insbes. S. 717.

⁴²⁾ Für Synallagma z.B. Hochdörfer, Die staatlichen Subventionen der Nachkriegszeit in Deutschland, 1929, S. 19 ff.; Kistler, Subventions fédérales S. 75 ff.; Welter [Anm. 32] S. 494. Zweifelnd und differenzierend demgegenüber: Lepsien, aaO., S. 106, 111 ff., 117 ff; Eckert, Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, DVBl. 77. Jg. (1962) S. 11 ff. (S. 13 mit Fußn. 36); Lenzen, Grundlagen S. 79 f. — Siehe zum Vorstehenden auch Friauf, Bemerkungen S. 738.

⁴³⁾ Zur Relevanz dieses Tatbestandes für die Ordnungsaufgaben siehe Krüger, Auflage S. 455; ders., Zusammenarbeit S. 21.

 $^{^{44}}$) Die bisher wohl intensivste, wenngleich exemplarische Tatbestandsaufnahme findet sich bei H a n s m e y e r, Staatshilfen. S. dort auch das weitere Material. Ergänzend etwa G u n d l a c h, Subventionen S. 36 ff.

⁴⁵) S. dazu auch Meinhold, Subventionen S. 241: "Eine empirische Erfassung der Subventionsmotivierungen erscheint wegen ihrer Fülle, gegenseitigen Überschneidung und unterschiedlichen Gewichtigkeit im allzeit komplexen Verbande aussichtslos, zumal ihr Wahrheitsgehalt im konkreten Einzelfalle kaum festgestellt werden kann."

zu ermitteln und einer einheitlichen Messung zuzuführen⁴⁶). Daß hier eine Verantwortung der Ökonomie, vor allem der Finanzwissenschaft, besteht^{46a}), befreit den Juristen nicht davon, die Relevanz der Verschiedenheit der Sachstrukturen für die Richtigkeit der rechtlichen Ordnung des Subventionswesens zu sehen⁴⁷). [Die Diskussion über das Subventionswesen wird schädlich vereinfacht, wenn die Unsicherheit über die mit dem öffentlichen Zweck angesprochenen Strukturprobleme übergangen wird⁴⁸).

Das mit diesem Subventionsbegriff angesprochene Ordnungsanliegen und seine — über evidente und ungewisse Differenzen hinweggreifende — Einheit eröffnet sich am schnellsten, indem die Subvention mit verwandten Erscheinungen in Beziehung gebracht wird. Der Gegensatz zum rein synallagmatischen Geschäft liegt im jeweils Typischen und kennt ein breites Feld problemreicher Übergänge. Neben den anderen Wert- und Bemessungsrelationen weist die Subvention vor allem dem typischen Güteraustausch gegenüber auch andere Ablauf- und Risikostrukturen auf49). Zur Idee der Subvention gehört, daß die Verwirklichung des öffentlichen Zwecks ganz oder für ein Wegstück der Triebkraft und autonomen Verwirklichung des privaten Interesses anvertraut wird. Daraus erwächst das spezifische Problem der ebenso notwendigen wie a priori begrenzten Kontrollen der Zweckverwirklichung, das augenfällig zur einfachen Leistungskontrolle der Austauschgeschäfte kontrastiert.

das Vorgehen des IX. Kongresses des internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften in Istanbul (Bericht hierüber von Kern, DVBl. 68. Jg. (1953) S. 721 ff. [723]).

⁴⁶⁾ Den partiellen Versuch einer präziseren Aussage siehe bei Bennecke, Die Subventionspolitik der Hohen Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und ihre Auswirkungen auf den Kohlenbergbau dieser Gemeinschaft, 1965.

⁴⁶a) Siehe Strickrodt, [Anm. 5] S. 18 f., 5; f. und passim.
47) Für differenzierende Betrachtung auch Kistler, Subventions fédérales S. 58, 61; I m b o d e n [Anm. 38] S. 156 ff. — Siehe auch

⁴⁸⁾ Zur methodischen Basis des Vorstehenden s. Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 63 ff., S. 81 ff. und — exemplifizierend — S. 89 ff. Siehe ferner Jahr, Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zu Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, herausgegeben von Raiser-Sauermann-Schneider, 1964, S. 14 ff.; Stützel, Entscheidungstheoretische Elementarkategorien als Grundlage einer Begegnung von Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, ebd. S. 27 ff.

⁴⁹⁾ Siehe dazu nochmals Hansmeyer, Staatshilfen, insbes. S. 22 ff. mit weiteren Nachw.

Im Bereich der Zwecksicherung liegt auch der Unterschied zu den reinen Einkommenshilfen ns hilfen 150). Ihr Zweck ist präsumtiv mit der Leistung erreicht 151). Bei Zuwendungen jedoch, die produktive Selbstversorgung ermöglichen und so öffentliche Einkommenshilfen erübrigen sollen, setzt die Zwecksicherungsproblematik der Subvention wieder ein. Einkommenshilfe und Subvention unterscheiden sich aber auch durch die Kompliziertheit des egalitären Ansatzes hier und seine Schlichtheit dort.

Entlastungseinrichtungen und -leistungen — wie z. B. Veranstaltungen der wissenschaftlichen Forschung, regionale oder lokale Erschließungsmaßnahmen, die gewissen Produktionszweigen oder Unternehmen zugute kommen sollen⁵²) — gleichen im Effekt den Subventionen nicht selten vollkommen. Sie bilden deshalb eine bedeutsame Formalternative zur Subvention⁵³) und ziehen so auch die Kontrolle des Verfassungs- und Europarechts⁵⁴) der Subvention auf sich. Gleichwohl fehlt ihnen die rechtliche Gezieltheit auf bestimmte Subventionsempfänger⁵⁵) und somit die Möglichkeit des individuel-

⁵⁰⁾ Die Abgrenzung ist üblich; die Begründung dafür sehr verschieden. S. z. B. Köttgen, Subventionen S. 490; Kistler, Subventions fédérales S. 24; Ipsen, Subventionierung S. 8f.; Henze, Finanzhilfen S. 17f.; Pöttgen, Grenzen S. 18; Zuleeg, Rechtsform S. 15; Wolff, VerwR III S. 217.

⁵¹⁾ In der Richtung dieser Unterscheidung auch I m b o d e n [Anm. 38] S. 157.

⁵²⁾ Beispielhaft zu den Erscheinungsformen Möller, Wirtschaftsförderung S. 152 ff.; bes. eingehend Hansmeyer, Staatshilfen S. 191 ff. m. w. Nachw. Der Ausdruck "Entlastungseinrichtungen und -leistungen" ist von Hansmeyer übernommen, der den Begriff jedoch in einem weiteren Sinn gebraucht.

⁵³⁾ Siehe auch Möller, Subventionsverwaltung S. 29 f. — Zur Relevanz der Unterscheidung im Kommunalrecht siehe z. B. VG Münster, Urteil vom 18. Dezember 1962, DÖV 1963, S. 622 ff. (624).

⁵⁴⁾ Das hat — neben anderem — wohl auch der erweiterte verfassungsrechtliche Subventionsbegriff bei Götz (Wirtschaftssubventionen S. 18 f.) im Auge. Inwieweit der "wirtschaftsrechtliche Subventionsbegriff des europäischen Gemeinschaftsrechts" (ebd. S. 19 ff.) Entlastungen erfaßt, kann hier nicht im einzelnen untersucht werden. Siehe dazu auch Anm. 55 a.

⁵⁵⁾ Dem entspricht auch die wirtschaftstheoretische Abgrenzung des Subventionsbegriffs; s. z. B. Wessels, Art. "Subventionen" in Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Aufl. Bd. III 1960, Sp. 5321 ff. (5321); s. a. Gundlach, Subventionen S. 10.

⁵⁵a) Diesen Aspekt greift denn auch das europäische Gemeinschaftsrecht im besonderen auf. Siehe z.B. für Frachten und Beförderungsbedingungen Art. 80 EWG-Vertrag, Art. 70 Montanvertrag; vgl. dazu noch Much, Ausnahmetarif und Wirtschaftsintegration, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 124 (1962) S. 110 ff.; Rebhan, Die Beseitigung und Verhinderung von Diskriminierungen sowie Subventionen in den Verkehrstarifen Westeuropas, 1965, insbes. S. 71 ff.

len Subventionsverhältnisses, des zentralen Ordnungsanliegens der Subvention. Erst wenn die Destinatäre bei der generell entgeltlichen Inanspruchnahme von Entlastungseinrichtungen oder -leistungen durch Verschonung begünstigt werden^{55a}), bilden sich sekundär auch Subventionsverhältnisse.

Ein großer Teil insbesondere des klassischen Instrumentariums der Wirtschaftslenkung steht neben der Subvention als Protektion zulasten Dritter⁵⁶). Damit sind so unterschiedliche Erscheinungen wie Schutzzölle, Preis- und Bestandsschutzvorschriften⁵⁷), Beimengungspflichten⁵⁸) und Wettbewerbsvergünstigungen⁵⁹) gemeint. Ihnen ist gemeinsam, daß die öffentliche Hand als belasteter Träger des Vermögenseffekts ausscheidet. Soweit konkrete Rechtsverhältnisse impliziert oder betroffen sind, bestehen sie entweder zwischen Privaten oder den belasteten Privaten und der nehmenden öffentlichen Hand. Wo — wie im Rahmen von Ausgleichsgemeinschaften — Abgabenaufkommen vor allem über Hilfsfisci gebunden in Subventionsleistungen übergeführt werden, verschmilzt jedoch die Problematik⁶⁰).

Bei öffentlichen Finanzzuweisungen⁶¹) finden sich die mit den Subventionen angesprochenen Werte, Tendenzen und Möglichkeiten des Individuums und seiner freien Kollektive gegen die spezifischen Werte und Kompetenzen der öffentlichen Organisationseinheiten ausgetauscht. Das verändert die Problematik nicht nur hinsichtlich der Leistungsmotive sondern auch der Kontrollen der Zweckverwirklichung,

⁵⁶) Zu einigen Erscheinungen s. Götz, Wirtschaftssubventionen S. 77 ff., s. a. S. 29 ff.

⁵⁷) Insbes, die Kündigungsschutzvorschriften in den verschiedenen Bereichen.

 $^{^{58})}$ Siehe Gesetz über die Unterbringung von Rüböl aus inländischem Raps und Rübsen v. 12. August 1966 (BGBl. I S. 497) mit VO v. 19. 8. 1966, BAnz Nr. 157. Siehe dazu auch G ö t z , Wirtschaftssubventionen S. 75 f.

⁵⁹) Z.B. die Vorschriften über die besondere Kennzeichnung von Blindenware.

⁶⁰⁾ Siehe dazu zentral Götz, Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ausgleichsabgaben, AöR Bd. 85 (1960) S. 200 ff.; dens., Wirtschaftssubventionen S. 63 ff.; s. a. Weides, Europäisches Subventionsverbot und staatliche Selbsthilfefonds, Außenwirtschaftsdienst 1963, S. 295 ff.; Koppensteiner, [Anm. 34] S. 91 f.

⁶¹⁾ Für Ausklammerung aus dem Subventionsbegriff z.B. I p s e n, Subventionierung S. 5; B i t t e r, Förderungsmaßnahmen S. 47; Z u - l e e g, Rechtsform S. 18; W o l f f, VerwR III S. 216. Ganz anders die schweizerische Lehre, s. S c h i n d l e r, Bundessubventionen S. 127; K i s t l e r, Subventions fédérales S. 14, 22; w. Nachw. s. dort.

der vorgegebenen allgemeinen Rechtsbeziehungen und der Sanktionen. Somit entsteht für die Subventionsordnung eine qualitative Einheit der öffentlichen Hand.

So bedeutsam und aufschlußreich diese Nachbarschaften sind, so wenig darf das Ordnungsanliegen der Subvention mit heterogenen Erscheinungen belastet und die jeweils höhere Kategorie der speziellen Gemeinsamkeiten ignoriert werden. Dagegen verdient manche übliche Ausklammerung Kritik⁶²). Das gilt vor allem für die Negation oder Vernachlässigung der nichtwirtschaftlichen Subventionen⁶³). Zwar mag die tatsächliche Problematik dadurch vereinfacht werden, daß die Zuwendung von einem wirtschaftlichen Unternehmer produktiv verwertet und das öffentliche Interesse dadurch befriedigt wird. Die den Ordnungsbedarf bestimmende elementare Interessenlage ist aber nur stärker entfaltet⁶⁴),

⁶²⁾ Z.B. die Ausklammerung sozialpolitischer Zuwendungen allein schon wegen ihres spezifischen Motivs. Siehe dazu oben Anm. 50 und 51 und den Text hierzu (insbes. auch nach Anm. 51), s. ferner das Folgende.

⁶³⁾ Der Ausgangspunkt dieser Tradition liegt wohl in der Wirtschaftstheorie (s. z. B. Meinhold, Subventionen S. 238 f.). Mit Variationen hinsichtlich des Gegenstandes und der Begründung im Sinne der Ausklammerung z. B. I p s e n, Subventionierung S. 8 (dagegen nicht mehr im Referat s. o.); Henze, Finanzhilfen S. 30; Stern, Rechtsfragen S. 519 f.; von Münch, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AöR Bd. 85 (1960) S. 270 ff. (270); Welter [Anm. 32] S. 494 ff.; Hamann, Problematik S. 492 f.; Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 1963, S. 15; Pöttgen, Grenzen S. 14 ff.; Lenzen, Grundlagen S. 5 ff. Für Einbeziehung demgegenüber Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 178; Friauf, Bemerkungen S. 731; für Einbeziehung aller privaten "Unternehmer oder Verbraucher" jedoch Beschränkung auf wirtschaftspolitische Zwecke: Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 161 f. Umgekehrt für Beschränkung auf Unternehmer (allerdings "im weitesten Sinne") aber Einbeziehung auch sozialer und kultureller Zwecke: Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 215 ff. (235). Kritisch zur herkömmlichen Ausklammerung neuerdings Götz, Wirtschaftssubventionen S. 8 ff., der schließlich aber doch nicht zu einer geschlossenen Konzeption durchstößt. Unpolemisch für umfassende Definition: Möller, Subventionsverwaltung S. 49; Zuleeg, Rechtsform S. 18f.

⁶⁴⁾ Auszugehen ist vom Subventionselement der vermögenswerten Zuwendung. Die einfachste Entfaltung dieses Tatbestands liegt darin, daß damit von einem wirtschaftlichen Unternehmer produziert wird. Wenn dadurch auch schon das öffentliche Interesse befriedigt wird, so bleiben die Probleme der Ablaufstrukturen, des Risikos und der Kontrolle der Zweckverwirklichung und der Vergleichsmessung (s. o. Text zu und nach Anm. 43) relativ schlicht. Dagegen werden durch die Umsetzung eine vermögenswerten Einsatzes in

nicht hingegen wesentlich anders, wenn sich das immaterielle öffentliche Interesse von den materiellen Voraussetzungen seiner Befriedigung greifbar abhebt oder die Zuwendung schon in der privaten Sphäre dazu dient, daß nicht vermögenswerte Leistungen oder Güter hervorgebracht werden. Daß für die sogenannten wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Subventionen darüber hinaus je andere Grundrechtskonflikte und Drittinteressen typisch sind, bestätigt nur die funktionelle Gleichartigkeit bei gegenständlicher Differenz.

Hauptteil

Der Versuch, in diesem Rahmen einige Fragen der Ordnungsproblematik der Subvention zu erörtern, muß sich auf das innerstaatliche Recht beschränken. Weder das supranationale Recht⁶⁵) noch das Völker- und Kollisionsrecht, das Subventionen als Mittel der Außenpolitik und Entwicklungshilfe⁶⁶) mitbeherrscht, kann einbezogen werden.]

nicht (unmittelbar) vermögenswerte Güter diese Strukturen und Relationen kompliziert. Auf das Subjekt abgestellt, könnte man beim wirtschaftlichen Unternehmer von einer subjektiv bedingten maximalen Wahrscheinlichkeit der ökonomischen Zweckverwirklichung des vermögenswerten Einsatzes sprechen. Insofern finden sich verwandte Erscheinungen und - cum grano salis - Vereinfachungen auch außerhalb des ökonomischen Bereichs; nämlich überall dort, wo sich ein Subjekt spezifisch der Verwirklichung des mit der Subvention angestrebten Zwecks gewidmet hat (so z. B. bei karitativen Verbänden, kulturellen Vereinigungen und dergleichen). Deshalb ist auch nicht selten festzustellen, daß speziellen Vereinigungen und Einrichtungen pauschale Zuschüsse ohne konkrete Kontrolle der Zweckverwirklichung zugewendet werden (Haushaltszuschüsse i.S. von Zängl, Schranken S. 21 f.). Daß dabei gelegentlich die Mißbrauchsgefahr vernachlässigt wird, sei hier dahingestellt. Als wesentlich sei hier nur festgehalten, daß der Gedanke der subjektiven Zweckverwirklichungsgarantie sowohl im wirtschaftlichen als auch im nichtwirtschaftlichen Bereich berechtigt sein kann.

⁶⁵⁾ Siehe dazu Ipsen, Referat Anm. 32 und seine Nachw. (ebd. Ziff. 8); Götz, Wirtschaftssubventionen, insbes. S. 77 ff, 101 ff., ebenfalls mit weiteren Nachw. Siehe auch oben Anm. 34, 54 und 55 a.

⁸⁶⁾ Aus der innerstaatlichen Rechtsordnung s, hierzu Gesetz über die Finanzierungshilfe für Entwicklungsländer aus Mitteln des ERP-Sondervermögens (ERP-Entwicklungshilfegesetz) vom 9. Juni 1961, BGBl. II S. 577; Gesetz über steuerliche Maßnahmen zur Förderung von privaten Kapitalanlagen in Entwicklungsländern (Entwicklungshilfe-Steuergesetz) vom 23. Dez. 1963, BGBl. I S. 1013. Siehe auch Woll, Multilaterale und bilaterale Entwicklungshilfe, in: Entwicklungspolitik, Handbuch und Lexikon, hrsg. v. Besters und Boesch, 1966, S. 765 ff. und Esche, Art. "Organisationen deutscher Entwicklungshilfe", ebd. S. 1442, passim.

A. Das Subventionsrechtsverhältnis: Der Bürger in der Subvention

T.

Die Überlegungen müssen von der Situation ausgehen, in der sich die Subvention rechtlich verwirklichen muß: von der Situation des Bürgers in der Subvention — vom Subventionsverhältnis. Und dieses Subventionsverhältnis muß aus seinem Gegenstand heraus verstanden und entwickelt werden. Erst von den funktionellen Bedingungen seines Inhalts her kann gefragt werden, ob es dem öffentlichen oder privaten Recht angehört, ob es der gesetzlichen Legitimation bedarf, und wie es begründet werden kann⁶⁷). Die umgekehrte Fragestellung⁶⁸) geht meist mit Kurzschlüssen einher. Teils wird unterstellt, die Einordnung aktiviere jeweils vorrätige Regelungstypen — ein Vertrauen, das etwa der Kategorie des öffentlichrechtlichen Vertrags gegenüber ebenso absurd wie häufig ist⁶⁹).

⁶⁷⁾ In diesem Sinne auch Willigmann, Koppelung von Verwaltungsakten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen, DVBl. 78. Jg. (1963) S. 229 ff. (229).

⁶⁸⁾ Zu ihr neigt vor allem die Arbeit von Zuleeg (Rechtsform) hinsichtlich der Einordnung in das öffentliche Recht.

⁶⁹⁾ Auch Stern (Rechtsfragen S. 560 f.) konstatiert kritisch eine "auffällige Neigung zur Annahme öffentlich-rechtlicher Verträge". Positiv zum verwaltungsrechtlichen Vertrag vor allem Jan-knecht, Rechtsformen S. 96 ff., 99 ff.; s. a. Möller, Subven-tionsverwaltung S. 155; Eckert [Anm. 42] S. 13 m. Fußn. 36; OVG Saar, AS 7, S. 231 ff.; VG Frankfurt, Urteil v. 22. 4. 1966, BB 15. Jg. (1960) S. 1040; unkritisch Maunz, Subventionen S. 3; für die besondere schweizerische Einstellung repräsentativ I m b o d e n [Anm. 38] S. 156 ff. — Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist in der deutschen Lehre jedoch vorwiegend als allgemeine Kategorie entwickelt und hinsichtlich seiner Zulässigkeit abgeklärt. Dagegen fehlt es so gut wie völlig an der Herausbildung konkreter Vertragstypen, von denen her konkrete Ordnungsaufgaben normativ-dogmatisch bewältigt werden könnten. Ansätze zur Typisierung vor allem bei Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, 1958, der jedoch mehr die allgemeine Zulässigkeit der Vertragstypen behandelt als deren dogmatische Ausprägung; darüber hinaus fehlt in der Typologie Salzwedels ein dem Subventionsverhältnis angemessener — kooperativer — Vertragstyp. Versuche zur dogmatischen Ausprägung des verwaltungsrechtlichen Vertrags finden sich vor allem bei Imboden [Anm. 38] und Beinhardt, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, Verwaltungsarchiv Bd. 55 (1964) S. 151 ff., 210 ff. Speziell zum Subventionsrecht hat vor allem Ipsen immer wieder darauf aufmerksam gemacht, daß beim gegenwärtigen Stand der Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag das Subventionsrechtsverhältnis diesem noch nicht überantwortet werden könne (Subventionierung S. 67 Anm. 103, S. 85; Entscheidungsanmerkung DVBl. 78. Jg. (1962) S. 136 f. (137); Rezension, Verwaltungsarchiv Bd. 50 (1959) S. 94 ff. (95);

Teils glaubt man der Einordnung Anpassungen zu schulden, auch wenn die Funktion des Rechtsverhältnisses gefährdet wird⁶⁹²).

Die funktionsbedingte Elementarstruktur der Subventionsverhältnisses ist die eines Schuldverhältnisses ist die eines Schuldverhältnisses bedarf des Subventionsverhältnisses befriedigt werden. Es betrifft Leistungspflichten. Auf der einen Seite muß über die Zuwendung⁷¹) und ihr Verbleiben beim Subventionsempfänger⁷²) entschieden werden; auf der anderen Seite muß entschieden werden, welche Handlungs- und Duldungspflichten⁷³) dem Subventionsempfänger auferlegt werden, um sowohl den Zweck der Subvention zu sichern⁷⁴) als auch seinen Vorteil zulasten der Allgemeinheit in gleichheitsgerechten Grenzen zu halten⁷⁵). Dazu gehören die Ordnungsbedürfnisse der Er-

s. a. o. Referat S. 299 f.). Zurückhaltend zur Leistungsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages auch Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. 1 1960, S. 442 ff. — Siehe im übrigen zum Vorstehenden vor allem Stein, Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, AöR Bd. 86 (1961) S. 320 ff.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962. 69a) Siehe z. B. Anm. 153—156 und den Text hierzu.

⁷⁰⁾ Siehe dazu und zum Folgenden Kistler, Subventions fédérales insbes. S. 71 ff., 84 ff., 107 ff. Siehe auch Wolff, VerwR I S. 250.

⁷¹⁾ Zwischen Zuwendung und Subventionsverhältnis muß unterschieden werden. Es konnte nicht unterbleiben, daß sich diese Sachstruktur im Rahmen der gerichtlichen Verwirklichung von Subventionsansprüchen durchsetzte (s. Schlichter, Klageformen insbes. S. 740 f. m. w. Nachw.). Zur Trennung von Subventionsverhältnis und Zuwendung s. a. Götz, Wirtschaftssubventionen S. 42, 44.

⁷²) Siehe z. B. den Katalog von Rückzahlungsgründen in Nr. 22 der Richtlinien für den Bundesjugendplan vom 28. Oktober 1964, GMBI. S. 513.

⁷³⁾ Siehe Kistler, Subventions fédérales S. 123 ff. — Zu Handlungspflichten im Stadium der Begründung des Subventionsverhältnisses s. Ipsen, Subventionierung S. 77 f.

⁷⁴) Siehe dazu Schindler, Bundessubventionen S. 247 ff.; Ipsen, Subventionierung S. 57 f., 81 ff., 96; Henze, Finanzhilfen S. 84 f., 112 f.; Krüger, Zusammenarbeit S. 21; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 50 ff. und passim; BVerwG 20, 101 (102). Einzelbeispiele bieten fast alle zur Vergabe von Subventionen erlassenen Richtlinien. Einen ersten Einblick in das elementare Instrumentarium geben die Richtlinien zu § 64 a RHO [Anm. 20], insbes. Nr. 13, Nr. 15 bis 22 und die Allgemeinen Bewilligungsbedingungen hierzu. Jedoch ist der Einfallsreichtum der verschiedenen Richtlinien und nicht weniger der konkreten Bewilligungsbescheide darüber hinaus außerordentlich groß.

⁷⁵⁾ Siehe Nr. 13 (4) der Richtlinien zu § 64 a RHO [Anm. 20]; dazu auch Vialon, Haushaltsrecht, 2. Aufl. 1959, S. 816. Allgemein s. hierzu auch Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Bd. Allgem. Teil, 9. Aufl. 1966, S. 337 ff.

füllung⁷⁶) und sonstige Beendigung⁷⁷), der Leistungsstörung⁷⁸) — gerade auch im Hinblick auf den öffentlichen Zweck —, des Wegfalls der Geschäftsgrundlage⁷⁹) und der Abwicklung⁸⁰), ferner der Sicherheiten⁸¹). Dagegen unterliegen die Verfügungsgeschäfte der Sicherung und Erfüllung jedenfalls nicht notwendig funktionellen Besonderheiten.

Die konkreten Bedingungen der Ordnung sind vielfältig. Doch kann und muß typisiert werden. Wichtig ist vor allem das zeitliche Verhältnis der Zuwendung zur Zweckverwirklichung und die Eigenart, vor allem die Überschaubarkeit des Zweckverwirklichungsprozesses⁸²). Hieran orientiert sich die wachsende Entfaltung des Subventionsverhältnisses. Die geringsten Ordnungsansprüche stellt die ex post gewährte Subvention⁸³), die als Anreiz ausgeboten und zugewendet wird, wenn der Private getan hat, was seinerseits zur Zweckverwirklichung zu tun ist. Dieser Typ tritt vor allem als Ver-

⁷⁶⁾ Siehe Kistler, Subventions fédérales S. 125 ff.; Zuleeg, Rechtsform S. 70 ff.

⁷⁷⁾ Zum Erfüllungssurrogat der Aufrechnung s. Kistler, aaO., S. 112; BGHZ 25, 211 (215). — Zur Frage der Ersatzvornahme s. Kistler, aaO., S. 131 f. Siehe auch dazu z. B. Ipsen, Subventionierung S. 76, 87 f.; Henze, Finanzhilfen S. 66 ff.; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 169; Maunz, Subventionen S. 4; Zuleg, Rechtsform S. 68 ff. — Zur Kündigung s. Zuleg, aaO., S. 72 f. Zum Rücktritt s. Janknecht, Rechtsformen S. 94. — Zur Möglichkeit des Verzichts Krüger, Auflage S. 454 f.

⁷⁸⁾ Siehe Schindler, Bundessubventionen S. 253; Kistler, Subventions fédérales S. 133 ff. Siehe auch die Hinweise in Anmerkung 77.

⁷⁹⁾ Siehe dazu Ipsen, Subventionierung S. 90; Janknecht, Rechtsformen S. 39 f.; Zuleeg, Rechtsform S. 65; s. a. Nr. 13 (4) der Richtlinien zu § 64 a RHO [Anm. 20].

⁸⁰⁾ Siehe dazu Schindler, Bundessubventionen S. 260 ff.; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 170. Zur Anordnung von Erstattungsansprüchen durch Rechtsverordnung s. BVerwG 20, 295 (297). Zu vereinbarten Ausgleichsansprüchen s. BVerwG, Urteil vom 19. 12. 1958, DVBl. 1959 S. 573 (575); BGH, Urteil v. 1. 7. 1966, NJW 1966 S. 1711 ff.; s. a. Nr. 2 der Allgemeinen Bewilligungsbedingungen zu § 64 a RHO [Anm. 20]. — Für den Bereich der Verschonungssubvention ist hier vor allem das Institut der Nachversteuerung zu nennen.

⁸¹⁾ Kistler, aaO., S. 129; s. a. Nr. 13 (2) b der Richtlinien zu § 64 a RHO [Anm. 20]. Vgl. dazu auch Krüger, Auflage S. 383 m. Fußn. 19.

⁸²⁾ Siehe dazu von den Sachstrukturen her Hansmeyer, Staatshilfen S. 29 ff. und passim m. w. Nachw.

⁸³⁾ Siehe zu diesem Gedanken auch Kistler, Subventions fédérales S. 84; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 46 (am Ende des ersten Absatzes). Zur Parallele zwischen der "endgültigen und bedingungslosen Aufhebung von Steuern" durch Steuerpräferenzen und der ohne Auflagen (ex post) ausgeschütteten Leistungssubvention s. a. Hansmeyer, Staatshilfen S. 161.

schonungssubvention auf⁸⁴). Die Obligation des Subventionsempfängers kann hier bis zur Wahrheitspflicht bei der Erwirkung der Zuwendung schrumpfen. Wird die Zuwendung jedoch ex ante gewährt⁸³), so muß der Subventionsempfänger zur Zweckverwirklichung angehalten werden. Bei einfachen Abläufen und geringen Risiken genügt es, die Zweckverwirklichung als Last mit der Rückzahlungspflicht zu sanktionieren⁸⁵). Mit der Kompliziertheit der Abläufe und der Eigenständigkeit der privaten Zweckverwirklichung nimmt jedoch die Notwendigkeit der laufenden Kontrolle, der Verteilung des Risikos der Unmöglichkeit der Verwirklichung des privaten oder des öffentlichen Zwecks, entsprechender Ausgleichsansprüche und schließlich entsprechender Sicherheiten zu⁸⁶).

Ein ähnliches Gefälle ist hinsichtlich des Vorteilsausgleiches zu beobachten. Während bei einfach abzuschätzenden Abläufen die Zuwendung leichter von vornherein so gestaltet werden kann, daß ungerechtfertigte Privatvorteile vermieden werden, können Schwierigkeiten der Ablaufsprognose zu Vorbehalten zwingen, wobei freilich auch das private Risiko mit in Anschlag zu bringen ist⁸⁷).

II.

Die skizzierte Ordnungsproblematik stellt sich rein nur dar, wo eine Zuwendung ausschließlich im spezifischen Rahmen der Subvention erfolgt. Die Fälle sind zahlreicher als gemeinhin angenommen wird⁸⁸). Im Bereich der

⁸⁴⁾ Aber nicht nur. Zur Ex-post-Leistungssubvention s. u. Anm. 89. Andererseits ist sehr wohl auch die Ex-ante-Verschonungssubvention denkbar. So trägt etwa die steuerliche Begünstigung von Sparverträgen wesentliche Züge einer Ex-ante-Subvention. Wenn die steuerliche Förderung gewährt wird, hat der Begünstigte noch nicht alles getan, was er tun muß, um sie endgültig zu erhalten. Er hat zwar "gespart". Aber er hat die "Sparzeit" noch nicht durchgehalten.

⁸⁵⁾ Das ist das übliche: Nr. 2 der Allgemeinen Bewilligungsbedingungen zu § 64 a RHO [Anm. 20].

⁸⁶⁾ Einige Hinweise hierzu in den Anm. 70 bis 81.

⁸⁷⁾ Hinweise hierzu in den Anmerkungen zu den beiden vorigen Absätzen.

⁸⁸⁾ Die Untersuchung folgt weder in den vorausgegangenen Absätzen noch hier und in folgenden beiden Absätzen der üblichen Einteilung und Typisierung der Subventionen, deren Nutzen für die Erhellung des Phänomens damit nicht geleugnet werden soll. Siehe z. B. Ipsen, Subventionierung S. 54 f.; Henze, Finanzhilfen S. 27 ff.; Stern, Rechtsfragen S. 520 f.; Möller, Subventionsverwaltung S. 79 ff.; Janknecht, Rechtsformen insbes. S. 8 ff.; Koppensteiner [Anm. 34] S. 84 ff.; Zuleeg, Rechtsform S. 19 ff.; Gundlach, Subventionen S. 12 ff.; Wolff.

Leistungssubvention gehören hierher: Prämien⁸⁹), sogenannte "verlorene Zuschüsse"⁹⁰) (einschließlich der sogenannten Zinszuschüsse)⁹¹), unentgeltliche Sach- und Dienstleistungen⁹²), Garantieversprechen⁹³) und Bürgschaften (der öffentlichen Hand als Bürge für den Subventionsempfänger als Hauptschuldner)⁹⁴), auch Sach- und Dienstleihe⁹⁵) und unverzinsliches

VerwR III S. 218 f. — Zur "Etikettierung" der Subventionstypen vgl. Götz. Wirtschaftssubventionen S. 7.

90) Siehe dazu außer den in Anm. 88 Genannten: Zängl, Schranken S. 20 ff.; Möller, Subventionsverwaltung S. 79 ff.

91) Siehe insbes. Menzel, Die Mitwirkung der Hausbanken bei der Vergebung und Verwaltung öffentlicher Kredite, 1960, S. 114 ff.; Schneider-Gädicke, Kredit S. 76 f.; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 49 f.

92) Dieser Bereich der "geldeswerten sonstigen Leistungen" (I psen, Subventionierung S. 55) wird meist vernachlässigt. Das hängt damit zusammen, daß in der Marktwirtschaft die unentgeltliche Sach- und Dienstleistung nicht in größerem Umfang zum wirtschaftspolitischen Lenkungsinstrument werden kann. Im Verwaltungsalltag stellt sich das Problem jedoch häufig. Die Interessenlage ist auch hier die der Subvention, weil der Staat auch insofern "nichts zu verschenken" hat, seine Leistung also durch die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks rechtfertigen muß. Der spezielle Gegenstand der Zuwendung erfordert aber innerhalb der Subventionen eine eigenständige Ordnung. Man denke an die besonderen Probleme der Gewährleistung, der Haftung usw.

93) Siehe insbes. Möller, Subventionsverwaltung S. 90 f.; dens., Wirtschaftsförderung S. 143 f.; s. auch Zuleeg, Rechtsform S. 23 mit Anm. 151—153. Zu den ökonomischen Kriterien der Subvention in diesen Fällen s. Gundlach, Subventionen S. 14 f. Zur Exportrisikogarantie vgl. auch Imboden [Anm. 69] S. 206 ff.; Huber, WirtschVR II S. 290 f.

94) Siehe außer den in Anm. 88 Genannten (Henze, aaO., s. auch S. 73 ff.): Hansmeyer, Der öffentliche Kredit, 1965, S. 116 ff.; Bay-VerfGH 13, 101 ff. — Einen informativen Überblick über Bürgschaftsprogramme mit Durchführungsrichtlinien bietet: Der Bund als Finanzier [Anm. 20] 1965 S. 120 ff. — Zum ökonomischen Wesen dieser Subvention s. Gundlach, Subventionen S. 14 f. — Juri-

⁸⁹⁾ Gemeint ist damit vor allem die klassische Ex-post-Leistungssubvention, bei der "als Bemessungsgrundlage für die Höhe der
Subventionszahlungen bestimmte wirtschaftliche Vorgänge in den
zu subventionierenden Unternehmungen" dienen (G u n d l a c h,
Subventionen S. 13; s. zu diesem Begriff der Prämie auch M ei nh o l d, Subventionen S. 240). Zängl (Schranken S. 22 f.) unterscheidet dabei nochmals zwischen "Betriebsbeihilfen" und "Prämien". Doch gehören hierher auch andere Ex-post-Leistungssubventionen, wie etwa "Preise" (Kunstpreise, Filmpreise, Auszeichnungen für "den schönsten Ort" u. dgl.), bei denen die Zuwendung
an wirtschaftlich nicht (fest) meßbare Werte anknüpft und auch
keineswegs nur wirtschaftlichen Unternehmen zufließt. — Die dem
Namen nach hier scheinbar einschlägige Spar-"Prämie" steht dagegen
infolge der periodischen jährlichen Gutschrift, deren Verbleib
gleichwohl noch künftiges Sparen voraussetzt, als Ordnungsproblem
dem "verlorenen Zuschuß" nahe.

Darlehen⁹⁶). Im Bereich der Verschonungssubvention rechnen hierzu alle schlichten Befreiungsfälle.

Häufig fallen Leistungssubventionen jedoch mit Austausch verhältnissen zusammen, so daß die Ordnungsproblematik der Subvention und des Austausches miteinander konkurrieren und vor allem der meist herkömmlich oder gesetzlich ausgeprägte Regelungstyp des Austauschverhältnisses zur Herrschaft über den Gesamtkomplex drängt. Hierher gehören 1: Darlehen zu günstigen Zinsen oder ohne die kapitalmarktübliche Sicherheit 1: vom Subventionsträger überzahlte oder vom Subventionsempfänger minderbezahlte Sach-, Dienst- und Werkleistungen 1: nisbes. also auch Vorzugsaufträge im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe 100).

stisch ist darauf zu achten, daß das spezifische subventionsrechtliche Ordnungproblem nicht dasjenige ist, das im Privatrecht den Gegenstand des Bürgschaftsrechts bildet, sondern das Verhältnis Hauptschuldner-Bürge, das im Privatrecht keine allgemeine Regelung gefunden hat und meist entweder als Auftrag oder als Schenkung angesehen wird (z. B. Siebert-Erdsiek-Mühl, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 1962, Randn. 4 vor § 765). — Siehe auch Anm. 109.

⁹⁵⁾ Siehe Anm. 92.

⁹⁶⁾ Die Rückzahlung ist keine Gegenleistung. — Siehe übrigens zur Gefahr des Formenmißbrauchs (unverzinsliches Darlehen statt verlorenem Zuschuß): Möller, Subventionsverwaltung, S. 86 f. (Buchst. d). — Zum Kredit im übrigen unten Anm. 98.

⁹⁷⁾ Siehe dazu nochmals Anm. 88.

⁹⁸⁾ Gundlach, Subventionen, S. 14: "Eine Kreditgewährung an und für sich stellt natürlich keine Subventionierung dar, solange sie zu marktgerechten Modalitäten erfolgt. Erst wenn Bedingungen in bezug auf Verzinsung oder Tilgung günstiger als unter gleichen Umständen am freien Kapitalmarkt möglich vereinbart werden, ergibt sich ein Subventionstatbestand." — Siehe im übrigen ergänzend zum Kredit als Subvention: Schneider-Gädicke, Kredit; Hansmeyer, [Anm. 94], S. 100 ff.; spezielle Beispiele siehe ferner bei Möller, Subventionsverwaltung, S. 84 ff.

⁹⁹⁾ Zu den ökonomischen Kriterien der Subvention siehe Gund-lach, Subventionen, S. 15. — Beispiele siehe bei Möller, Subventionsverwaltung, S. 105 f.; dems., Wirtschaftsförderung, S. 115, 138 ff.; Koppensteiner, [Anm. 34], S. 98, 100.
100) Voraussetzung für den Subventionscharakter ist auch hier, daß

okonomisch bevorzugt wird, also zumindest potentiell zu einem teureren Preis vergeben wird, als er unter Ausschöpfung der Marktgegebenheiten gezahlt werden müßte. Siehe z. B. Forsthof, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 29; (dazu, daß Auftragsvergabe nicht an sich schon Subvention ist, siehe auch das Beispiel BVerwG 5, 325 [327 ff.]). Unter dieser Voraussetzung ist jedoch der Subventionscharakter nicht zu leugnen, vgl. Ipsen, Subventionierung, S. 55; Janknecht, Rechtsformen, S. 8, 14; Bitter, [Anm. 36], S. 47; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., 1965, Randn. 41 zu § 40; Wolff, VerwR III, S. 219, 222 f.; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Randn. 137, Fußn. 1 zu Art. 1 Abs. III. A. A. Henze, Finanzhilfen, S. 29; Zuleeg, Zweistufige

Die Differenz, die den Vorzug ausmacht, ist Subvention; der Rest ist Austausch. Der Zweck der Subvention kann nun schon dadurch erfüllt werden, daß diese den Austausch ermöglicht¹⁰¹). Ist das aber nicht der Fall, so entsteht jene innere Spaltung des Rechtsverhältnisses, die von gemischten Schuldverhältnissen her bekannt ist¹⁰²). Dann erhebt sich die Frage nach dem Regulativ der Kollision oder der Integration eines neuen Typs¹⁰³).

Eine besondere Gruppe bilden die Subventionen durch Beteiligung an Vereinen und Gesellschaften¹⁰⁴). Es entspricht dem kooperativen Wesen der Subvention¹⁰⁵), daß das Beteiligungsverhältnis das Ordnungsanliegen der Subvention grundsätzlich zu absorbieren imstande ist¹⁰⁶). [Gerade

Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge? NJW 15. Jg. (1962), S. 2231 ff. [2233]; ders., Rechtsform, S. 16 f.; H a m a n n, Problematik, S. 492. Nur darf diese Charakterisierung nicht zu Kurzschlüssen in Richtung auf bestimmte Rechtskonstruktionen, Verfahrensarten und Gerichtszuständigkeiten verleiten (siehe dazu insbes. die gegensätzlichen Entscheidungen BVerwG 7, 89 und 14, 65; im übrigen siehe statt aller anderen Hinweise Zuleeg, aaO.; Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv, Bd. 54 [1963], S. 88 ff. [98 ff.]; Eyermann-Fröhler aaO.); siehe dazu den weiteren Text des Referats. — Zur Praxis bes. informativ Möller, Subventionsverwaltung, S. 94 ff., 151 ff.; ders., Wirtschaftsförderung, S. 145 ff.

101) Beispiele bei den Nachweisen in Anm. 99.

102) Siehe z.B. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Bearbeitung 1958, S. 395 ff.; Siebert-Schmidt, BGB, 9. Aufl. 1959, Randn. 14 bis 17 vor § 305; Esser [Anm. 41], S. 55 ff.
103) Das Problem wird von Zuleeg, Rechtsform, S. 18 f., zu sehr

103) Das Problem wird von Zuleeg, Rechtsform, S. 18 f., zu sehr vereinfacht: "Ebenso scheiden Zuwendungen aus, die keine besondere Rechtsform haben können, weil sie Bestandteil eines Rechtsverhältnisses sind, das als Ganzes keine Subvention bildet."

104) Siehe Möller, Subventionsverwaltung, S. 91 ff., 150 f.; dens., Wirtschaftsförderung, S. 144 f.

105) Siehe nochmals oben Anm. 41.

106) Zur Deutung des Subventionsverhältnisses als Gesellschaftsverhältnis siehe nochmals insbes. Herbert Krüger, Rechtsetzung und technische Entwicklung [Anm. 41], S. 623; dens., Zusammenarbeit insbes. S. 28. — Die gleiche Sachgesetzlichkeit äußert sich darin, daß Subventionen nicht selten unter Bedingungen gegeben werden, die dem Gesellschaftsrecht verwandt sind: partiarische Gewinnbeteiligung (Schneider-Gädicke, Kredit, S. 72), Besetzung von Posten der Unternehmensleitung und von Beiräten für die Unternehmensführung (ebd. S. 106 ff.) und direkte Einwirkung auf Entscheidungen der Unternehmensführung (ebd. S. 100 ff.); siehe auch das Beispiel bei Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, S. 197 f.; dort und bei Möller (Subventionsverwaltung, S. 93) auch weitere Hinweise zur Subvention als "unechter Beteiligung". Hierher gehört schließlich auch der Vorschlag von Götz (Wirtschaftssubventionen, S. 317), auf gemeindliche Förderungsmaßnahmen allgemein die Vorschriften über gemeindliche Beteiligungen anzuwenden.

dadurch bieten sich freilich Kanäle, Zuwendungen — etwa durch Übernahme von Verlusten — nicht in Erscheinung treten zu lassen¹⁰⁷). Die Aussonderung solcher Vorgänge ist primär eine Frage der korrekten Anwendung des Gesellschaftsrechts.]

III.

Die Aufgabe, das System der Typen der Sub-ventionsverhältnisse zu entwickeln, ihre gemeinsamen und spezifischen Ordnungsprobleme aufzuzeigen und sie einer Lösung zuzuführen, ist bisher als Ganzes nicht angegangen. Sie ist mit einigen Nutzen nur ergriffen, wo besondere Schuldverhältnisse des Privatrechts als Vorlagen nicht übergangen werden konnten: bei den gemischten Subventions-Austausch-Verhältnissen¹⁰⁸). Sobald die Modelle des Privatrechts jedoch verlassen werden¹⁰⁹), schieben sich Schablonen der Rechtsform wie öffentlichrechtlicher Vertrag und Verwaltungsakt¹¹⁰) vor die Probleme des Rechtsinhalts, die im übrigen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen eines allgemeinen Gewaltverhältnisses anvertraut werden¹¹¹). Es verrät durchaus Ge-

¹⁰⁷⁾ Siehe Möller, aaO., S. 92 f.

¹⁰⁸⁾ Das gilt vor allem für den Kredit (siehe oben Anm. 98). Für Vorzugspreise und -leistungen (siehe oben zu Anm. 99) ist die vorgegebene — meist privatrechtliche — Ordnung immer beherrschend geblieben. Auch hinsichtlich der Auftragsvergabe ist es nur um marginale Korrekturen gegangen, die vom Subventionscharakter her für möglich oder nötig gehalten wurden (siehe nochmals Anm. 100).

¹⁰⁹⁾ Ein solches privatrechtliches Modell besteht hinsichtlich der Bürgschaft (siehe oben Anm. 94) für das Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger. Deshalb erweckt die Subventionsbürgschaft kaum weniger als der Subventionskredit den Eindruck guter Ordnung. Das eigentliche Subventionsverhältnis — das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und öffentlichem Bürgen — ist jedoch um so weniger erörtert worden. Vgl. dazu Flessa, Das Wesen der Staatsbürgschaft, NJW 7. Jg. (1954), S. 538 ff. (539 f.); Henze, Finanzhilfe, S. 74 f.; Zuleeg, Rechtsform, S. 53, 59, 94 f. Das führt dazu, solche Rechtsbeziehungen überhaupt zu leugnen; beispielhaft Janknecht, Rechtsformen, S. 51 f., 105.

¹¹⁰⁾ Beispiele für die Konzentration auf diese Alternative sind etwa Imboden [Anm. 38], S. 158; Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 74. Jg. (1959), S. 81 ff. (S. 84 f.); Henze, Finanzhilfen, S. 99; Stern, Rechtsfragen, S. 561 f.; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage, S. 169; Pöttgen, Grenzen, S. 19 ff.

hilfen, S. 99; Stern, Rechtsfragen, S. 561 f.; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage, S. 169; Pöttgen, Grenzen, S. 19 ff.

111) Krüger, Zusammenarbeit, S. 28: "Näher nachgegangen werden müßte ferner der früher geäußerten Vermutung, ob ein Verständnis eines solchen Verhältnisses (der Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaftssubjekt, d. V.) als eine Art von Gesellschaftsverhältnis dessen Wesen relativ am nächsten kommt oder ob einer

spür, im Subventionsverhältnis ein besonderes Gewaltverhältnis zu sehen¹¹²); denn damit wird wenigstens die Notwendigkeit beobachtet, Mikrokosmen in jenes allgemeine Gewaltverhältnis einzuschieben¹¹³). Nur schießt es über das Ziel hinaus. Der Komplex der interdependenten Forderungs- und Gestaltungsrechte des Subventionsverhältnisses darf nicht jene Schwierigkeiten der Durchdringung und Erfassung bereiten, die - wenn irgend etwas - für das besondere Gewaltverhältnis kennzeichnend sind¹¹⁴). Es ist ein Forderungsverhältnis¹¹⁵). Aber seit es einem auf die Eingriffsverwaltung konzentrierten, sowohl von der Fiskustheorie als der Ohnmacht gegenüber dem besonderen Gewaltverhältnis beherrschten Verwaltungsrecht einmal überflüssig erschien, sich verwaltungsrechtliche Mikrokosmen auch schuldrechtlich vorzustellen, ist das Verhältnis zwischen Verwaltungsrecht und Schuldrecht krank geblieben¹¹⁶). Und so hilft man sich auch im Sub-

anderen Deutung der Vorzug zu geben wäre, die allerdings "Zusammen arbeit" auf der einen Seite von der bloßen Inpflichtnahme, auf der anderen Seite von den allgemeinen bürgerlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechtes entschieden abzusetzen hätte" (Sperrung nicht im Original).

112) Köttgen, Subventionen, S. 488; ders. Fondsverwaltung, S. 56, Anm. 121. Zur Verwandtschaft und Differenz zwischen Subventionsverhältnis und besonderem Gewaltverhältnis siehe auch Krüger, Auflage, S. 453; dens., Diskussionsbeitrag [Anm. 9], S. 140; dens., Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL Heft 15 (1957), S. 109 ff., (110); Ipsen, Subventionierung, S. 72 ff., insbes. S. 74 f., 78, siehe auch S. 24, S. 48 f.; Henze, Finanzhilfen, S. 107 f.; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 115 ff., insbes. S. 122; Wolff, VerwRI, S. 33. — Siehe zum Folgenden auch Maunz, Subventionen, S. 4.

113) Aufschlußreich hierzu das Schwanken Baurs, Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JZ 18. Jg. (1963), S. 41 ff., (44) zwischen Anstalts- und Vertragsverhältnis. — Zum Gedanken besonderer "Rechtsverhältnisse", "Leistungsverhältnisse" oder "Subventionsverhältnisse" siehe ferner Schindler, Bundessubventionen, S. 135 ff.; Scheuner, Buchbesprechung, DÖV 10. Jg. (1957), S. 383; Hamann, Problematik, S. 488 ff.; Zuleeg, Rechtsform, S. 61 mit Anm. 390. — Siehe auch Anm. 70.

114) Siehe Nawiasky, Forderungs- und Gewaltverhältnis, Festschrift für Ernst Zitelmann, 1913.

115) Siehe oben zu Anm. 70, den dort folgenden Text und die Anmerkungen hierzu; siehe auch Anm. 113.

116) Es geht dabei nicht um die Anerkennung besonderer Leistungspflichten auch im öffentlichen Recht (in diesem Sinne etwa Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1954, S. 257 ff. mit weiteren Nachw.). Es geht auch nicht um die mehr oder minder umfangreiche Ergänzung des geschriebenen öffentlichen Rechts durch Analogien zu einzelnen Rechtsvorschriften des bürgerlichen Rechts, die seit der Analogienliteratur zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Gespräch ist (siehe z. B. Friedrichs, Wieweit sind die Vorschriften des BGB

ventionsrecht, indem man etwa beiden Seiten "Plangewährleistungsansprüche"¹¹⁷) gibt, die Probleme der Haftung auf das unspezifische Deliktsrecht¹¹⁸) verweist¹¹⁹), dem Bürger etwas Vertrauensschutz¹²⁰) und der Verwaltung viel Ermes-

auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? Archiv des bürgerlichen Rechts, Bd. 42 (1916); ders., Der Allgemeine Teil des Rechts, 1927; Meier-Branecke, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht, AöR n. F. Bd. 11 (1926) S. 230 ff.; siehe später insbes, Art. 188 bis 220 der Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg - Entwurf eines Gesetzes mit Begründung - 1931, Ergänzungsband 1936). Und es geht schließlich hier nicht um die Ergänzung des öffentlichen Rechts durch Ausgleichsansprüche, die wiederum nur die unspezifische Funktion von Deliktsund Bereicherungsansprüchen erfüllen (siehe etwa Wolff, VerwRI, S. 251 f., 253 f.). Was im besonderen notwendig ist, das ist die Übernahme der Idee des besonderen Schuldverhältnisses, die sich - im Hinblick auf die grundsätzlich vertragliche Begründung besonderer Schuldverhältnisse im bürgerlichen Recht — im öffentlichen Recht wohl für die durch öffentlichrechtliche Verträge entstandenen Rechtsverhältnisse aufdrängt (siehe zum Analogieproblem beim öffentlichrechtlichen Vertrag z.B. Imboden [Anm. 38], S. 94 ff. mit weiteren Nachw.), die aber an diese Art der Begründung nicht gebunden ist, sondern sich im öffentlichen Recht gerade auch für das richtige Verständnis nichtvertraglich entstandener Rechtsverhältnisse als notwendig erweist (Forsthoff, [Anm. 75], S. 393 f. mit weiteren Hinweisen; siehe dazu auch Eckert, [Anm. 42]; für den Bereich der Schule siehe auch den Hinweis bei Menger, Höchstrichterliche Entscheidungen zum Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv, Bd. 56 [1965], S. 70 ff., [S. 73]). Dem Steuerrecht ist die Vorstellung eines Steuerschuldverhältnisses zwar vertraut; doch entfaltet sie dort wegen der Einseitigkeit und Direktheit der Interessenstruktur nicht ihre volle Fruchtbarkeit. Siehe dazu Merk, Steuerschuldrecht, 1926; zuletzt etwa Kruse, Steuerrecht, 1966, S. 79 ff. mit weiteren Nachw. - Zu sehr vereinfachend die Gegenüberstellung von Verwaltungsrechtsverhältnis und Schuldverhältnis bei Giacometti. [Anm. 69], S. 322 ff.

117) Siehe z.B. Ipsen, Subventionierung, S. 91; Stern, Rechtsfragen, S. 561; distanzierter Friauf, Bemerkungen, S. 738. Plangewährleistungsansprüche auch des Staates gegen den subventionierten Bürger fordert Krüger, Auflage, S. 454.

118) Zugunsten des Bürgers: einschließlich des nicht weniger unspezifischen Entschädigungsrechts.

119) Hamann, Entschädigungsansprüche wegen Subventionsschäden, BB 17. Jg. (1962), S. 505 ff.; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage, S. 169; Zuleeg, Rechtsform, S. 76f.; Bitter, [Anm. 36], S. 90; aus der Rechtsprechung siehe z. B. BGH, Urteil vom 30. 4. 1959, DÖV 1959, S. 710 f. = NJW 1959, S. 1429; BGH, Urteil vom 16. Januar 1964, Versicherungsrecht 1964, S. 590 (592); OVG Münster, Urteil vom 30. April 1963, DVBl. 1963, S. 860 (861, 862).

120) Siehe I p s e n, Subventionierung, S. 87 mit Anm. 131; H e n z e, Finanzhilfen, S. 66 ff.; G ö t z, Wirtschaftssubventionen, S. 52 ff. mit weiteren Nachw. Dabei ist bewerkenswert, daß hinsichtlich des Vertrauensschutzes die Grundsätze über den Widerruf von Verwaltungsakten auch auf die Auflösung vertraglicher Bewilligungsakte durch die öffentliche Verwaltung angewendet werden; siehe Stern,

sen¹²¹) und immer wieder die Auflage¹²²) in die Hand drückt¹²³). Das Subventionsverhältnis als Schuldverhältnis verstehen, heißt nicht, Typen des Privatrechts übernehmen¹²⁴). Von der

Rechtsfragen, S. 558; BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1958, DVBl. 1959, S. 573 ff. (576); OVG des Saarlandes AS 7, 231 (233). Das beweist, wie sehr das Subventionsverhältnis ohne Rücksicht auf die Art seiner Begründung nach einer wesensgerechten Ordnung drängt. Andererseits zeigt es, wie fremd Doktrin und Praxis dem Gedanken gegenüberstehen, das Subventionsrechtsverhältnis als besonderes Schuldverhältnis zu verstehen, wenn sie sogar den vertraglichen Ansatz, der den Zugang zu schuldrechtlichen Vorstellungen im öffentlichen Recht wie nichts sonst erleichtert, beiseite lassen, um auf allgemeine Maximen für prinzipiell einseitig gestaltende und verpflichtende Rechtsverhältnisse zurückzugreifen.

121) Siehe Ipsen, Subventionierung, S. 54,76; Henze, Finanzhilfen, S. 58,65 f.; Stern, Rechtsfragen, S. 560; Zuleeg, Rechtsform, S. 80; siehe auch Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 38 f.

122) Grundlegend hierzu: Krüger, Auflage. Zur Auflage im Subventionsrecht siehe insbes. dens. ebd., S. 465; ferner Ipsen, Subventionierung, S. 79 ff., 87, 91, 95 f.; Henze, Finanzhilfen, S. 65 f., 114 f.; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage, S. 168 f.; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 64 f., 72 ff.; Zuleeg, Rechtsform, S. 73 ff.; BVerwG 6, 282 (290 f.).

123) Dafür, wie wenig das Subventionsverhältnis von dieser Basis aus erreicht wird, nur ein Beispiel: Ein Unternehmer, der schuldhaft die Zweckerfüllung unterläßt oder unmöglich werden läßt, riskiert nach diesen allgemeinen Grundsätzen nicht mehr als die Rückzahlung der Zuwendung — obwohl er öffentliche Mittel vielleicht lange Zeit gebunden und damit anderen vorenthalten hat. Es fehlt im allgemeinen Deliktsrecht nicht nur an einem Titel, aus dem heraus ein Ausgleich zugunsten des öffentlichen Interesses gefordert werden könnte. Es fehlt auch an einem meßbaren Schaden, zu dessen Ersatz der Unternehmer herangezogen werden könnte. Die Interessenlage ist ähnlich derjenigen, in der im privaten Vertragsrecht ein nicht ohne weiteres quantitativ meßbares Interesse durch Vertragsstrafe wirksam gesichert werden kann (sehr bemerkenswert deshalb der Hinweis auf die Vertragsstrafe bei Kistler, Subventions fédérales, S. 133 ff.). Das Subventionsrecht hat sich bisher nicht bemüht, diese Lücke angemessen zu schließen. — Siehe zum Problem auch Krüger, Auflage, S. 455. "Dieser Verpflichtung kann man sich nicht dadurch entledigen, daß man die Hilfen zurückgewährt... Da die Vergünstigung nur ein Element dieser beiderseits verpflichtenden Zusammenarbeit ist, kann sie nicht der völlig freien Disposition des Empfängers unterliegen und damit entfällt auch die Möglichkeit, sich durch Verzicht auf die Wohltat von der Verbindlichkeit einer Auflage befreien zu können. Eine solche Auffassung ist um so mehr geboten, wo die Auflage nicht nur eine Korrektur der Gewährung, vielmehr die Gewährung ein Vehikel der Auflage ist."

124) Siehe dazu auch Sailer, Die Fragwürdigkeit des Privatrechts in der Leistungsverwaltung, BayVBl. n. F. 12. Jg. (1966), S. 293 ff.

— Im Sinne einer privatrechtlichen Lösung vor allem Flessa, Schuldverhältnisse des Staates aufgrund Verwaltungsaktes, DVBl. 72. Jg. (1957), S. 81 ff. (82), 118 ff.; siehe auch Haas, Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 75. Jg. (1960), S. 303 ff. (306).

Verschonungssubvention zu schweigen¹²⁵); selbst die spezifische Interessenlage der Leistungssubvention ist im privaten Rechtsverkehr selten. Und die wenigen Vergleichsfälle - etwa im Vollzug von Stiftungsaufgaben und im Tätigkeitsbereich privater Förderungsorganisationen - haben nicht zur Ausbildung eigenständiger Rechtstypen geführt, wobei Abhängigkeitsverhältnisse, elemosinarische und prekaristische Emotionen, die Technik des Rechtswegausschlusses und dergleichen noch schlimmer rechtshindernd gewirkt haben als hinsichtlich der staatlichen Subventionen¹²⁶). Aber selbst wenn es parallele, originär privatrechtliche Typen gäbe, so wäre nicht zu unterstellen, daß sie der spezifischen Pflichtstellung des Staates und der spezifischen Rechtsstellung des Bürgers Rechnung tragen. Es geht also darum, eigenständige Typen zu entwickeln¹²⁷), sich dabei aber den Problem- und Lösungsvorrat des in dieser Richtung allein zulänglich entwickelten Privatrechts zunutze zu machen, um Verwaltung und Bürger nicht länger der Schwierigkeit und vor allem Unsicherheit auszusetzen, die konkreten Probleme aus den allgemeinsten Maximen des Staat-Bürger-Verhältnisses lösen zu müssen.

Dabei werden Analogien zu den verschiedenen Formen der Schenkung kaum je angemessen sein¹²⁸). Deren ganz andere

¹²⁵⁾ Die Situation der Verschonungssubvention ergibt sich im privaten Rechtsverkehr schon wegen der spezifischen Ausgangslage des generellen Leistungsanspruches — soweit zu sehen ist — allenfalls im Korporationsrecht.

¹²⁶⁾ Zum Rechtsverhältnis zwischen Stiftung und Destinatär s. z. B. Staudinger-Coing, BGB Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1957, Randn. 17 vor § 80 und Randn. 3 zu § 85; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, § 118 III; Strickrodt, Stiftungsrecht, 1962 ff., I 4e S. 69 ff., III 4 S. 8 ff.

¹²⁷⁾ Die Forderung wird von Ipsen (Subventionierung S. 70 f.) leider nur für den verlorenen Zuschuß erhoben.

¹²³⁾ Hierzu liegt es nahe, auf den Satz zurückzugreifen, daß "der Staat nichts verschenken darf". Er tritt in der Diskussion um das Subventionsrecht immer wieder und in recht verschiedener Beleuchtung hervor: Köttgen, Subventionen S. 487, 488; ders., Fondsverwaltung S. 59; Ipsen, Subventionierung S. 20, 33, 70; Henze, Finanzhilfen S. 22; Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 75. Jg. (1960) S. 297 ff. (302); ders. Höchstrichterliche Entscheidungen zum Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv Bd. 51 (1960) S. 149 ff. (155); Maunz-Dürig [Anm. 100] Randn. 136 zu Art. 20 (m. Fußn. 1); Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, 1959, S. 90 m. Fußn. 26; Zeidler [Anm. 15] S. 335; Loebenstein, Referat S. 25; Bitter, Förderungsmaßnahmen S. 85 ff.; Wolff, VerwR III S. 219; Schlichter, Klageformen S. 739; BVerwG, Urteil vom 19. 12. 1958, DVBl. 1959

Interessenbasis zeigt die schwache Stellung des Beschenkten¹²⁹), das Risiko des Schenkers bei der Nichterfüllung von Auflagen¹³⁰) oder der bloße Lastcharakter vereinbarter Zweckerfüllung¹³¹) ¹³²). Eher ist für die Ex-post-Subvention an das Vorbild der Auslobung zu denken. Und für die kompliziertere Ex-ante-Subvention wird man die jeweiligen Pflichten mit Hilfe der sachlich kompetenten Austauschverhältnisse deuten, das auseinandergezogene, gelockerte, diffuse Synallagma aber durch Aushilfen aus den kooperativen Vertragstypen kompensieren müssen¹³³).

IV.

Die Aufgabe, diese Konzeptionen zu entwickeln, fällt der Wissenschaft zu. Die Aufgabe, sie in positives Recht umzusetzen, kann befriedigend nur vom Gesetzgeber gelöst werden.

^{573 (576);} Bad.-Württ. VGH ESVGH 14, 208 (209); OVG des Saarlandes AS 7, 231 (235). Er darf jedoch nicht begriffsjuristisch mißverstanden werden (s. dazu insbes. auch BVerwG aaO.). Schon der vielzitierte Abgeordnete Miquel hatte hervorgehoben, daß es auch zu den vornehmsten Aufgaben des Staates gehöre, Geschenke zu machen (Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes vom 9, 6, 1868, Sten.-Ber. I. Legislaturperiode, Session 1868 1. Bd. S. 334). Daß der Staat nichts zu verschenken hat, ergibt sich aus dem Gleichheitssatz und ist somit relativ zu verstehen. Nicht einmal die Schenkung im engeren Sinne ist ausgeschlossen, wenn ein besonderer, die Gleichheitsbedenken überwindender Grund für sie besteht. Mit Subventionen hat dieser Satz aber überhaupt nur dann etwas zu tun, wenn Subventionen als Schenkungen und nicht als Zweckzuwendungen mißverstanden werden. Siehe oben zu Anm. 38: Der öffentliche Zweck muß die Zuwendung gegenüber dem Gleichheitssatz rechtfertigen. Nicht weil der Staat nichts zu verschenken hat, ist also die Rechtsform der Schenkung ausgeschlossen, sondern weil die Subvention keine Schenkung ist. Zwischen dem Satz, daß der Staat nichts zu verschenken hat, und der Eigenart der Subvention besteht nicht einmal eine kausale Beziehung. Allenfalls in Grenzzonen der Praxis mag der Satz, daß der Staat nichts zu verschenken hat, auf den Umfang einwirken, den verschiedene Erscheinungen der Subvention einnehmen.

¹²⁹⁾ Siehe Henze, Finanzhilfen S. 98; Zuleeg, Rechtsform S. 61. Ergänzend ist auf die milde Haftung des Schenkers hinzuweisen.

¹³⁰⁾ Siehe zur Schenkung unter Auflage z.B. Esser [Anm. 41] S. 518 f.

¹³¹⁾ Siehe zur Zweckschenkung Esser, ebd. S. 519.

¹³²⁾ Gegen die Analogie zur Schenkung s. — außer den in Anm. 129 Genannten — vor allem Bitter, Förderungsmaßnahmen S. 85 ff.; s. ferner Ipsen, Subventionierung S. 70 f.; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 168; OVG des Saarlandes AS 7, 231 ff. (235).

¹⁸³⁾ Siehe nochmals oben Anm. 41, 42 und 106.

²² Veröffentlichungen der Staatsrechtslehrer, Heft 25

Im Sinn des Gesetzesvorbehalts ist die Notwendigkeit gesetzlicher Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses freilich schwer zu fassen¹³⁴). Die Problematik konzentriert sich auf die Ex-ante-Subvention, deren Zweck selbständige Pflichten des Subventionsempfängers bedingt¹³⁵). Die wohl entscheidende Frage ist: sollen diese Pflichten vom Vorbehalt des Gesetzes ausgenommen sein, weil der Subventionsempfänger sie wegen ihres Zusammenhanges mit den ihm gewährten Vorteilen¹³⁶) in Kauf genommen hat¹³⁷)? Damit aber kommen die Überlegungen an einen jener Punkte, an denen die Begriffe des Gesetzesvorbehalts, der Unterwerfung, der Vertragsfreiheit, des privatrechtlichen und des öffentlichrechtlichen Vertrages und des öffentlichen und privaten Rechts dank ihrer Mehrdeutigkeit und Inkommensurabilität die Suche nach den Schranken nichthoheitlicher Verwaltung wie eine Algebraaufgabe erscheinen lassen, bei der zu viele Unbekannte und zu wenig Gleichungen gegeben sind¹³⁸).

Boden kann nur durch materielle Kriterien gewonnen werden. Je ungleicher Partner sind, desto weniger können sich ihre Rechtsbeziehungen allein aus ihrem geäußerten Willen. desto mehr müssen sie sich aus der objektiven Norm rechtfertigen¹³⁹). Schon das Privatrecht bindet den Willen des Stär-

¹³⁴⁾ Siehe Anm. 30.

¹³⁵⁾ Siehe dazu Friauf, Bemerkungen S. 734 mit weiteren Nachw.; s. insbes. in Anm. 64 die Zusammenstellung derjenigen, welche die Subvention unter den Gesetzesvorbehalt stellen wollen, wenn oder weil sie Belastungen mit sich bringt.

¹⁸⁶⁾ Zum Problem der Rechtfertigung einer Auflage als Minderung einer Wohltat s. z.B. Krüger, Auflage S. 451 f.; Bell-stedt, Gesetzliche Grundlage S. 169. Allgemein aber hierzu Hans Rudolf Huber, Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten, Diss. Zürich 1955, S. 75 ff., insbes. S. 78 ff., S. 90 ff. — Das Bundesverwaltungsgericht geht zwar von dem Grundsatz aus, daß "eine Regelung, durch die eine untrennbare Wechselbeziehung zwischen der Auferlegung von Belastungen und der Gewährung von Begünstigungen geschaffen wird, ... als Ganzes der gesetzlichen Grundlage" bedarf (BVerwG 6, 282; Urteil vom 19. Dez. 1958, DÖV 1959 S. 706 [708]), meint damit jedoch nicht Fälle, in denen "nur bestimmte Sicherungen, die die vorgesehene Verwendung der Subvention gewährleisten sollen, mit der Zuwendung der Geldmittel verknüpft werden" (BVerwG 20, 101 [102]).

¹³⁷⁾ Verneinend Bellstedt, aaO., S. 169.
138) Siehe dazu vor allem die Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer über die "Schranken nicht hoheitlicher Verwaltung" (Köln 1960) mit den Referaten von Mallmann und Zeidler (VVDStRL Heft 19, 1961, S. 165 ff.) und die dortigen Nachw.

¹⁸⁹⁾ Siehe Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, 1956, S. 12 ff.; S i m i t i s , Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 470 ff.; S i e -

keren und versagt dem Abhängigen die Rechtsmacht, sich durch Unterwerfung dieses Schutzes zu berauben¹⁴⁰). Der Staat als mächtig schlechthin formuliert seine Grenze durch das Gesetz. Das Gesetz kann Befugnisse an die Einwilligung Betroffener binden; aber ohne Zulassung durch das Gesetz ändert der Wille des Bürgers nichts an der Macht des Staates¹⁴¹). Im Rahmen des öffentlichen Rechts wurde der Rechtstitel der Unterwerfung¹⁴²) — von Petrefakten abgesehen — auch mehr

bert, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, S. 15 ff.; Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 13. Jg. (1958) S. 1 ff., insbes. S. 4; ders. Vertragsfreiheit heute, JZ 13. Jg. (1958) S. 1 ff., insbes. S. 4; ders. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I 1960, S. 101 ff., insbes. S. 106, 127 ff.; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, ebd. S. 135 ff., insbes. S. 143; Giacometti [Anm. 69] S. 104 ff.; Kollmar, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, 1961, insbes. S. 158 f.; Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 113, insbes. S. 134 f.; s. auch Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 493 ff.

¹⁴⁰) Siehe die meisten der in Anm. 139 zitierten Abhandlungen; weitere Nachw. s. dort. Siehe speziell zum Arbeitsrecht: Brecher, Das Arbeitsrecht als Kritik des bürgerlichen Rechts, Festschrift für Erich Molitor, 1962, S. 35 ff.

¹⁴¹⁾ Giacometti [Anm. 69] S. 267 f.: "Nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung ist im Rechtsstaate eine freiwillige Übernahme öffentlicher Pflichten juristisch statthaft und damit im Verhältnis zwischen Individuum und hoheitlich verwaltendem Gemeinwesen der Satz "volenti non fit iniuria" anwendbar." Siehe dort auch einige weitere Nachw. Stein [Anm. 69] S. 321 f.: "Der Satz volenti von fit iniuria, dessen Anwendbarkeit im Verhältnis zwischen Staat und Bürger auch sonst zweifelhaft ist, kann eine Ermächtigungsnorm nicht ersetzen, da die Kompetenzen eines Organs nur von der repräsentierten Organisation oder von dieser übergeordneten Instanzen geändert werden können." Gegen den Satz "volenti non fit iniuria" als Grundlage im Subventionswesen siehe vor allem Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 169 mit weiteren Nachw.; siehe auch Henze, Finanzhilfen S. 22, 107 f.; Stern, Rechtsfragen S. 525; Maunz, Subventionen S. 3. Bedenken gegen seine Anwendung im Bereich der Subventionen und der sonstigen Leistungsverwaltung siehe ferner bei Forsthoff, Urteilsanmerkung DVBl. 72. Jg. (1957) S. 724 ff. (725); Krüger [Anm. 112] S. 122 ff.; Köttgen, Fondsverwaltung S. 55, 61 (mit Anm. 131), 65; Pernthaler [Anm. 28] S. 70; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 142. Dazu, wie fragwürdig die für die Anwendung des Satzes volenti non fit iniuria zu unterstellende "Freiwilligkeit" gerade im Bereich der Leistungsverwaltung und des Subventionswesens ist: Zeidler [Anm. 15] S. 332.

¹⁴²⁾ Zum älteren Meinungsstand zu diesem "Rudiment polizeistaatlichen Denkens" siehe Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtspre-

und mehr dem Gesetz unterstellt¹⁴³). Die Problemstruktur ist aber die gleiche, wenn der Staat sich in das Medium des Privatrechts begibt¹⁴⁴). Das Kriterium, daß der Staat sich dort nur eine Rechtsmacht verschaffen kann, deren Erwerb auch jedem Bürger zugängig ist, ist formal. Und es ist gerade da schwach, wo der Staat nicht vorgeprägte, bindende Typen des Privatrechts antrifft, sondern sich konkret funktionsgerechte Befugnisse unmittelbar über die Leerformel der Vertragsfreiheit verschafft¹⁴⁵). So darf der Staat nicht in die relative Gesetzmäßigkeit des Privatrechts zurückfallen, indem er sich der spezifischen Medien der Bürger-Bürger-Dimension bedient¹⁴⁶).

chung, in: Anschütz-Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 221 ff. (230 f. Anm. 26).

143) Siehe Krüger [Anm. 112] S. 120 ff.; Thieme, Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JZ 19. Jg. (1965) S. 81 ff. (Zur Tragweite des Satzes volenti non fit iniuria siehe insbes. S. 84 f.). Merkwürdig ist, daß Forsthoff (im Gegensatz zu der oben Anm. 141 vermerkten Ansicht) in seinem Lehrbuch [Anm. 75] an der Rechtsfigur der Unterwerfung als einem neben dem Gesetz stehenden Titel festhält (S. 122, 206, 460, 469), obwohl es gerade für das von ihm zumeist genannte Beispiel des Beamtenverhältnisses nicht nötig wäre, so vorzugehen. Für das Beamtenverhältnis läßt das Gesetz die Unterwerfung zu und regelt ihre Folgen. — Materialarm und instinktlos zum vorigen: Schulke, Die Zustimmung des Betroffenen als Rechtsgrundlage belastender Verwaltungsakte, DÖV 12. Jg. (1959) S. 132 ff.

144) Siehe dazu nochmals oben Anmerkung 138. Ferner Krüger [Anm. 112] S. 120 ff.; Gygi [Anm. 139]; Giacometti [Anm. 69] S. 106 ff.; Sailer [Anm. 124]; je mit weiteren Nachw. Siehe zum Problem ferner Bullinger [Anm. 69]. Verkannt z. B. bei Scholz, Kreditinstitute des Bundes, 1960, S. 139.

145) Diese Differenz wird erstaunlich wenig gesehen. I psen (Subventionierung S. 71) erwähnt es am Rande: "Solche Subventionsverhältnisse dagegen dem Zivilrecht zuzuordnen, verbietet sich deshalb, weil dieses ... keinen geeigneten Vertragstyp für die Bezuschussung anbietet und die Art der Subventionsbeziehung ... es ausschließen, eine atypische Kontrahierung zivilen Rechts anzunehmen." Dagegen übersieht Zuleeg (Rechtsform S. 61) das Problem evident: "I psen verkennt jedoch, daß es die im Zivilrecht herrschende Privatautonomie erlaubt, atypische Verträge zu schließen."— Auch Bullinger [Anm. 69] vernachlässigt diese Schwierigkeit (insbes. S. 230 ff.).

146) Schon bei der Diskussion um die Grundrechtsgeltung hat sich ähnliches gezeigt: absolute Geltung in der Staat-Bürger-Dimension; relative Geltung je nach dem Machtkonflikt in der Bürger-Bürger-Dimension; aber grundsätzlich keine Preisgabe der absoluten Geltung, wenn der Staat sich der Medien der Bürger-Bürger-Dimension bedient (siehe zu den Abstufungen Maunz-Dürig [Anm. 100] Art. 1 Abs. III Randn. 127 ff.). — Zum Text Gygi [Anm. 139] S. 17: "Gerade diese Parteiautonomie gilt es aber in einer rechtsstaatlichen Verwaltung durch eine gesetzliche Bindung der Verwaltung zu ersetzen ...". — Siehe auch Willigmann [Anm. 67] S. 232

Allerdings ist damit für die konkrete Entscheidung noch wenig gesagt, Beziehungen veritabler vorgegebener Gleichheit gibt es auch im öffentlichen Recht, und das Medium des Privatrechts ist dem Staat aus recht verschiedenen Gründen eröffnet¹⁴⁷): teils kraft der fiktiven quasi-bürgerlichen Stellung des Fiskus¹⁴⁸), teils wegen der gegenständlichen Gebundenheit wie bei den Austauschgeschäften der Güterbeschaffung¹⁴⁹). teils weil pragmatische Entwicklungen wie beim öffentlichen Dienstrecht noch nicht im Grundsätzlichen realisiert sind¹⁴⁹). Das Verhältnis des privatrechtlichen Handelns des Staates zum Gesetzesvorbehalt muß also konkret ermittelt werden. Die Ordnung der Subvention unterfällt ihm - und wenn man ihn eingeschränkt versteht: jedenfalls wegen der Pflichtseite des Bürgers¹⁵⁰). Der Staat ist hier nicht auf die guasi-bürgerliche Funktion des Fiskus reduziert¹⁵¹). Er nimmt den Bürger für einen öffentlichen Zweck in Pflicht. Auch hält weder das Privatrecht noch das mit dem Stichwort des verwaltungsrechtlichen Vertrages angesprochene koordinative öffentliche Recht adäquate und ausgeformte bindende Rechtstypen bereit¹⁵²).

mit Anm. 38. — Siehe im übrigen zur Privatautonomie der Verwaltung vor allem Mallmann [Anm. 138] S. 196; Reuß [Anm. 38] S. 270 ff. und passim. — Zum vorigen ist auch auf die Grenzen des öffentlich-rechtlichen Vertrages hinzuweisen. Der normative und Interessenhintergrund, der ihnen zugrunde liegt, gilt weitgehend auch für den privatrechtlichen Vertrag der öffentlichen Verwaltung. Darauf kann hier jedoch nicht näher eingegangen werden. — Völlig pervertiert wird die Situation durch den österreichischen Entwurf eines Bundesgesetzes über Bundesförderungen (Koet, Gutachten S. 121 ff.): Weil das Gesetz vorsehe, daß Bundesförderungen durch Vertrag gewährt würden (§ 1 Abs. 1), greife der Grundsatz der Vertragsfreiheit ein; dementsprechend werde ein Rechtsanspruch ausgeschlossen (§ 1 Abs. 2 und die Begründung hierzu).

¹⁴⁷⁾ Siehe Giacometti [Anm. 69] insbes. S. 113 ff.; Mall-mann, aaO., S. 198 f.; Loebenstein, Referat S. 26 f., 58; Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen?, 1963, S. 25 Anm. 43; siehe auch Krüger [Anm. 139] S. 324 ff.

¹⁴⁸⁾ Das ist der sehr enge Bereich der rein vermögensverwaltenden und erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates.

¹⁴⁹⁾ Mit Recht betont Mallmann [Anm. 138] S. 199 (Anm. 130), daß das sog. Hilfsgeschäft "nicht ganz so unproblematisch ist, wie es den Anschein hat und meist angenommen wird". Wenn es dennoch dem Privatrecht überlassen ist, so deshalb, weil das Privatrecht dafür ausgeformte Vertragstypen bereitstellt, Abhängigkeiten sich grundsätzlich im marktüblichen Rahmen halten und die "Tauschgerechtigkeit" vergleichsweise leicht zu ermitteln ist.

¹⁵⁰) Zum Meinungsstand siehe nochmals unter Anm. 30, insbes. Friauf, aaO., S. 734.

¹⁵¹⁾ Ipsen, Subventionierung S. 19f., 74; Henze, Finanzhilfen S. 51f.

¹⁵²⁾ Siehe oben II und III. — Es fehlt also sowohl von der Struktur (Einleitung III) als auch von der Rechtsform her die gegenständ-

Spezifische Ordnungsversuche kommen nur von dem quasilegislativen Instrument der Richtlinien¹⁵³). Aber gerade ihre Handhabung beweist, daß es nicht ohne Gesetz geht¹⁵⁴). Sie entfalten die Pflichten des Empfängers mitunter reich; werden dann aber, weil die Verwaltung die Basis bloßer Unterwerfung für fragwürdig hält, doch äußerstenfalls mit der Rücknahme des Vorteils sanktioniert¹⁵⁵). Sie haben so nicht selten einen rechtsstaatlich unerträglichen Vogelscheucheneffekt, indem sich ihre Wirkung nach der Ängstlichkeit des Adressaten bemißt¹⁵⁶). Dagegen bleibt die egalitär notwendige Garantie der Zweckerfüllung aus.

liche Gebundenheit des Austauschgeschäftes (siehe oben zu Anm. 149). Auch von einem bloßen Beharren - wie bei dem nach Anm. 149 genannten öffentlichen (privatrechtlichen) Dienstrecht — kann nicht die Rede sein. Bullinger [Anm. 69] S. 230 nimmt das zwar an: "Der Angriff auf die Vertragsfreiheit der nicht hoheitlichen Verwaltung aber, der unter Berufung auf die Prinzipien des Rechtsstaates geführt wird, richtet sich ... vielmehr gegen althergebrachte oder doch prima facie unbedenkliche Vertragsfälle, wie die Vergabe von Darlehn, Subventionen ... In diesem Bereich ... ist keine eigentliche "Flucht" in die privatrechtliche Vertragsfreiheit, sondern ein Verharren in der althergebrachten bürgerlich-rechtlichen Ordnung zu konstatieren. ... Diese rechtsstaatliche Kontinuität sollte durch das Grundgesetz schwerlich ohne zwingenden Grund angetastet werden. Es mag vielleicht im Augenblick zweckmäßig erscheinen, bisher privatvertragliche Verwaltungsvorgänge ins öffentliche Recht herüberzuziehen. Damit setzt man diese Verwaltungsgeschäfte aber von den Bindungen des Zivilrechts frei, die sich als sehr dauerhaft und diktaturfest erwiesen haben." Doch dürfte damit der Eigenart der Subvention nicht hinreichend Rechnung getragen sein.

153) Siehe dazu Anm. 19 ff. und den Text hierzu.

154) Götz (Wirtschaftssubventionen S. 45 f.) meint, bei dem Verlangen der Zweckverwirklichung werde "die Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Dauerbindungen und damit auch der Bedingungen und Auflagen überschätzt". Und er fährt fort (S. 45 f.): "Sehen Gesetze oder Verwaltungsvorschriften bestimmte Subventionszahlungen vor ..., so ist für Bedingungen und Auflagen nur Raum, soweit Gesetz oder Verwaltungsvorschriften dies zulassen. Im übrigen ... kann der Empfänger über die ihm gewährten Beträge in jeder Hinsicht völlig frei verfügen." Damit wird die spezifische Differenz gerade übergangen. Das Gesetz kann vom Subventionsempfänger mehr verlangen, die Verwaltungsvorschrift von sich aus kann es nicht. Soweit das Verlangen nach Sicherung der Zweckverwirklichung an den Gesetzgeber gerichtet wird, ist es durch die Erwägungen von Götz also nicht entkräftet.

155) Siehe dazu oben Anm. 85 und Anm. 123. Siehe auch Schindler, Bundessubventionen S. 245, 273. — Siehe demgegenüber zur Notwendigkeit, die Auflagen durchzusetzen: Krüger, Auflage, S. 457.

156) Siehe z.B. Schneider-Gädicke, Kredit S. 145: Um — wie vorher dargetan — Schadenersatzansprüche "zu vermeiden, wird verschiedentlich Auflagen und Entscheidungen der Charakter von Empfehlungen gegeben. Die Nichtbefolgung solcher Empfehlun-

V.

Eine hervorragende Verantwortung trägt die Ordnung des Subventionsverhältnisses gegenüber den Grundrecht e n¹⁵⁷). Zur Verdeutlichung zwei Hinweise. Bei Zuschüssen aus ERP-Mitteln für Forschungszwecke wurde die Pflicht auferlegt, die Forschungsergebnisse je nach Verlangen des beteiligten Bundesministers zu veröffentlichen oder zu verschweigen¹⁵⁸). Einen anderen Aspekt eröffnet die Liste der Auflagen, die im Rahmen der Kreditgewährung an die gewerbliche Wirtschaft anzutreffen sind: Änderung der Rechtsform des Unternehmens, Wechsel der Gesellschafter, Rechtsminderung einer Gesellschaftsgruppe, Nachweis eines geeigneten Geschäftsführers. Bestellung von Beiräten und Vertrauenspersonen für die Unternehmensleitung, Kontrolle der Einkaufsquellen und -mengen, Standortklauseln, Festlegung von Produktionsprogrammen, Fertigungsverfahren und Beschäftigtenzahlen, Auflagen für den Vertrieb einschließlich Embargoklauseln und dergleichen mehr¹⁵⁹).

Das Verhältnis dieser Einschränkungen zu den Grundrechten kann nicht unmittelbar mit dem Maß gemessen werden, das für den Eingriff gilt¹⁶⁰). Das widerspricht dem koopera-

gen hat ein außerordentliches Kündigungsrecht ... zur Folge. Von diesem Recht wird aber nur selten Gebrauch gemacht".

 $^{^{157}}$) Zur grundrechtlichen Problematik der Subventionen siehe z. B. K rüger, Auflage, S. 384 f.; I psen, Subventionierung S. 20, 48 f., 67, 72; Maunz-Dürig [Anm. 100] Randn. 136 ff. zu Art. 1 Abs. III; Bullinger, Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien hoheitlicher und nicht hoheitlicher Verwaltung, DÖV 13. Jg. (1960) S. 746 ff. (748); Schauman, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht JuS 1. Jg. (1961) S. 110 ff. (111 ff.); Reuß [Anm. 38] S. 269; Loebenstein, Referat S. 50 ff.; Möller, Subventionsverwaltung S. 164 ff.; Friauf, Bemerkungen S. 737 f.; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 264 ff.; weitere Nachw. siehe bei den Zitierten und zum folgenden Text.

¹⁵⁸) Besondere Bewilligungsbedingungen für die Verwendung und den Nachweis der Verwendung von Zuschüssen für Forschungszwecke aus Mitteln des ERP-Sondervermögens vom 1. 4. 1955 (Der Bund als Finanzier, 1960, S. 286 ff.) Nr. 7.

¹⁵⁹⁾ Siehe dazu Schneider-Gädicke, Kredit S. 100 ff.

¹⁶⁰⁾ Das zeigt die bisherige Diskussion, die mit sichtlichem Unbehagen sondiert, in welchem Umfang der Satz volenti non fit iniuria (siehe dazu Anm. 141 bis 143) oder die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts einen Ausweg bieten. Siehe z. B. Köttgen, Subventionen S. 488; Krüger, Auflage S. 452 f.; Ipsen. Subventionierung S. 73 ff., insbes. S. 78 f.; Henze, Finanzhilfen S. 107 f.; Evers, Die verfassungsrechtlichen Bindungen fiskalischer Maßnahmen in der Praxis, NJW 14. Jg. (1961) S. 289 ff. (290 f.); Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 169; Zeidler [Anm. 138] S. 236 f.; Reuß [Anm. 38] S. 272; Loebenstein, Referat S. 56 ff.; Friauf, Bemerkungen S. 737 f.

tiven Wesen der Subvention. Kooperation bedeutet immer Grundrechtsverbrauch. Und Grundrechte müssen dafür verfügbar bleiben, weil Kooperation eine Chance menschlicher Entfaltung ist¹⁶¹). Auch vom Staat her ist die Kooperation eine Möglichkeit eigenen Sinns und Werts neben dem Eingriff¹⁶²). Gleichwohl muß die Inanspruchnahme der Grundrechte von den Grundrechten her gewertet und kontrolliert werden¹⁶³). Das Maß ihrer Öffnung wird ebenso durch ihren Wesensgehalt wie durch Art und Umfang ihrer Regulierbarkeit durch das Gesetz¹⁶⁴) indiziert. Von der Sache her muß die Zuwendung, die Abhängigkeit des Empfängers von ihr, sein Nutzen daraus und der öffentliche Zweck, dem sie dient, in Anschlag gebracht werden. Die Grundsätze der Sachbezogenheit und der Verhältnismäßigkeit¹⁶⁵) werden dabei zu den entscheidenden Regulativen.

Auch die Schwierigkeiten dieser Abwägungen zeigen, daß es nicht der Verwaltung und den Subventionsempfängern¹⁶⁶)

¹⁶¹⁾ Krügers Satz "Die Grundrechte lassen sich weder abkaufen noch verkaufen" (Auflage S. 453; siehe auch Friauf, Bemerkungen S. 737 Anm. 125) ist jedenfalls keine brauchbare Formel, um das Problem zu lösen. In der zwischenbürgerlichen Dimension ist der Grundrechtsverbrauch durch Kooperation selbstverständlich. In der Staat-Bürger-Dimension muß er gewiß spezifischen Wertungen begegnen, jedoch als grundsätzliche Möglichkeit ebenfalls bejaht werden. Doch werden parallele Probleme (z. B. im Dienstrecht) immer noch mehr oder weniger begriffsjuristisch als Grundrechtseinschränkungen im besonderen Gewaltverhältnis angegangen.

¹⁶²⁾ Siehe vor allem Krüger, Zusammenarbeit. — Siehe dazu auch Lerche [Anm. 112] und seine Nachw.

¹⁶³⁾ Siehe dazu und zum Folgenden die Nachw. in 160.

¹⁶⁴⁾ Forsthoff [Anm. 75] S. 122, sieht im Gesetzesvorbehalt den Spielraum, in dem Unterwerfung das Gesetz als Legitimationsgrundlage für die Verwaltung ersetzen kann. Diese generelle Formel vernachlässigt jedoch den Schutzzweck des Gesetzes und des Gesetzesvorbehalts.

¹⁶⁵⁾ Siehe Krüger, Auflage S. 451 f.; Ipsen, Subventionierung S. 78 f.; Henze, Finanzhilfen S. 111 f.; Scholz [Anm. 144] S. 161 f.; Stern, Rechtsfragen S. 523; Lerche [Anm. 112] S. 278 ff. mit Anm. 83; Möller, Subventionsverwaltung S. 56 f.; Lenzen, Grundlagen S. 77; Wolff, VerwR III S. 221; siehe auch Dahlinger, Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung? DÖV 19. Jg. (1966) S. 818 ff.

¹⁶⁶⁾ Dabei darf nicht angenommen werden, daß die Verwaltung immer stärker und der Einzelne immer schwächer sei. "Wenn ein Interessenverband oder ein mächtiges Einzelunternehmen mit einem öffentlichen Verwaltungsträger paktiert, etwa mit einer Gemeinde, kann sich die Waagschale tatsächlicher Macht leicht zugunsten des "Einzelnen" neigen" (Bullinger [Anm. 144], S. 47). Dabei ist die Mächtigkeit des Einzelnen nicht nur nach dessen materieller Potenz, sondern möglicherweise auch nach anderen sozial-psychologischen Maßstäben zu beurteilen (siehe zum Problem auch Morstein-

überlassen werden kann, den Rahmen des Zulässigen auszuhandeln. Gerade ihre grundrechtsgefährdende Interessenbegegnung bedarf der normativen Vorordnung¹⁸⁷).

VI.

Gegenüber der Notwendigkeit eindeutiger normativer Ausprägung des Subventionsverhältnisses tritt das Problem der Begründung des Subventionsverhältnisses tritt das Problem der Begründung des Subventionsverhältnisses erwartet die Angst vor dem Ordnungsvakuum, das die Beteiligten im Innern des Subventionsverhältnisses erwartet, die Aufmerksamkeit auf den Eingehensprozeß. Und der Erfolg der Zweistufentheorie¹⁷⁰) ist vorwiegend ein Triumph dieser Angst. Aber auch sie überläßt die entscheidende Ordnungsaufgabe den Beteiligten¹⁷¹); und das geht über ihre Kraft.

[Die eigene Bedeutung der Eingehensmodalität tritt vor dem Hintergrund einer ausgebildeten Vorordnung des Subventionsverhältnisses jedoch nur klarer hervor. Die Möglichkeit unmittelbar normativer Begründung¹⁷²) ist im wesentlichen auf die Ex-post-Subvention beschränkt. Die Begründung der Exante-Subvention kann grundsätzlich die Mitwirkung weder der Verwaltung noch des Empfängers entbehren¹⁷³). Wie soll

Marx, Eigentum als Machtgrundlage, ARSP Bd. 49 [1963]. S. 527 ff., insbes. S. 543). Zur Situation beim Aushandeln von Subventionen siehe auch Schneider-Gädicke, Kredit, S. 100: "Der öffentliche Gläubiger war nicht immer in der Lage, alle von ihm gewünschten Auflagen in den Kreditvertrag aufzunehmen. Die Schuldner wollten die Bedingungen oft nur akzeptieren, wenn sie auf das gewünschte Darlehn unbedingt angewiesen waren. Wenn eine Einigung nicht möglich war, so blieb der öffentlichen Hand die Wahl zwischen der Kreditablehnung oder dem Verzicht auf die Auflagen. Die Entscheidung hing dann von der Bedeutung des Kreditzweckes ab." Aber diese mögliche Überlegenheit des Einzelnen mildert nicht die grundsätzliche Grundrechtsgefährdung. Sie läßt die Grundrechtsgefährdung des weniger mächtigen Einzelnen vielmehr um so deutlicher hervortreten. — Siehe vor allem zur kollektiven Verhandlungssituation auch nochmals Anm. 7.

¹⁸⁷⁾ Siehe insbes. Friauf, Bemerkungen, S. 737 und seine Nachweise.

 $^{^{168)}}$ Siehe dazu zusammenfassend etwa Zuleeg, Rechtsform, insbes. S. 7 ff.; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 32 ff.

¹⁶⁹⁾ Siehe dazu allgemeiner Giacometti, [Anm. 69], S. 322.

¹⁷⁰⁾ I p s e n selbst ist der Ansicht, daß die Zweistufentheorie abtreten könnte, wenn der verwaltungsrechtliche Vertrag hinreichend ausgebildet wäre, um eine befriedigende Binnenordnung des Subventionsrechtsverhältnisses abzugeben (siehe die Nachw. Anm. 69).

¹⁷¹) Gemeint ist: Den am konkreten Gestaltungsvorgang unmittelbar beteiligten Behörden und Privaten.

¹⁷²⁾ Siehe dazu auch Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 32, 42.

¹⁷³⁾ Siehe auch Ipsen, Subventionierung, S. 61.

das Handeln beider Seiten dabei gestaltet und aufeinander zugeordnet sein? Auszugehen ist vom Vertrag. Sein Vorzug, am ehesten aus unspezifischen Normen legitimiert zu werden, wird meist überanstrengt¹⁷⁴). Aber jedenfalls sichert er ein Maximum an Übereinstimmung¹⁷⁵) und konkreter Richtigkeit¹⁷⁶) und wird deswegen wenigstens in atypischen Subventionsfällen nicht entbehrt werden können¹⁷⁷). Aber eine Ordnung, die einen neuen Rechtsakt erst faßbar werden läßt. indem die Beteiligten ihre Einigung äußern, ist nur vor dem Hintergrund ihrer Gleichheit und Freiheit akzeptabel. Aus ihrer Ungleichheit und entsprechenden Bindung dagegen entstehen Bedürfnis und Möglichkeit, den Anteil des Stärkeren an dem nun nicht mehr nur rechtschaffenden sondern auch oder vor allem rechtsvollziehenden Prozeß zu verselbständigen und seine Kontrolle von der verfälschenden Bedingung der Zustimmung des Betroffenen frei zu halten¹⁷⁸). Damit wird zunächst die Stufe des Kontrahierungszwangs¹⁷⁹) erreicht, die den Schwächeren in den Angriff zwingt und deshalb nicht paßt, wo dem Stärkeren eigenwertige Gestaltungsverantwortung zukommt¹⁸⁰). Der Prozeß muß deshalb auseinandergezogen werden. Einem Stadium der Initiative (seitens des Subventionspetenten: der Geltendmachung eines Rechts auf Entscheidung der Verwaltung über Subventionsbereitschaft und -bedingungen) muß das Stadium der verselbständigten Offerte der Verwaltung und schließlich das der Annahme durch den Petenten folgen¹⁸¹). Von hier aus ergeben sich die Möglichkeiten weiterer Entfernung von der Vertragsstruktur durch Minimierung des Anteils des Privaten

¹⁷⁴⁾ Das Problem entspricht demjenigen der Legitimationswirkung der Unterwerfung des mitwirkenden Privaten. Siehe dazu oben Anm. 141 bis 143, 160.

¹⁷⁵⁾ Siehe z.B. Janknecht, Rechtsformen, S. 96; OVG Münster, Urteil vom 20. 4. 1966, Betrieb 19. Jg. (1966), S. 1722.

¹⁷⁶⁾ Siehe Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP Bd. 147 (1941), S. 130 ff. (S. 149 ff.: Möglichkeit richtiger Regelung durch Rechtsgeschäft und Vertrag und das Problem der Privatautonomie); siehe für den öffentlichrechtlichen Vertrag auch Stein, [Anm. 69], S. 327.

¹⁷⁷⁾ Siehe zum Vorstehenden auch Kistler, Subventions fédérales S. 61 ff. — Zur Begründung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag siehe ferner Anm. 69.

¹⁷⁸⁾ Siehe zu Vorstehendem auch Stern, Rechtsfragen, S. 560 f.
179) Siehe dazu Fessa, [Anm. 124], S. 121. Weitere Hinweise und

kritische Auseinandersetzung zum Kontrahierungszwang im Subventionsrecht siehe bei Zuleeg, Rechtsform, S. 67.

¹⁸⁰⁾ Zur Kritik am Kontrahierungszwang siehe auch Krüger, Auflage, S. 385 f.; Scholz, [Anm. 144], S. 140 f.

¹⁸¹⁾ In dieser Richtung wohl auch die Überlegungen von Obermayer, Urteilsanmerkung, NJW 12. Jg. (1959), S. 115 f.

und Konzentration auf den Anteil der Verwaltung, die ihren Endpunkt in der Verweisung des Privaten auf Verfahrensakte und die Ausstattung des Rechtsgeschäfts der Verwaltung mit den Implikationen findet, die sich mit dem Begriff Verwaltung sakt verbinden¹⁸²). Diese Steigerung der Einseitigkeit setzt eine entsprechende Präzision der normativen Ermächtigung voraus.

Eine andere Differenzierung des Verfahrens kann geboten sein, um Einzelfragen einer Vorabentscheidung zugängig zu machen. Vorbilder sind etwa die Vorverträge des Zivilrechts¹⁸³), die Zusagen des Verwaltungsrechts¹⁸⁴) und die Zwischenurteile des Prozeßrechts, also Erscheinungen, die darauf angelegt sind, in einer endgültigen Entscheidung aufzugehen.

Dagegen ist für die Spaltung des Begründungsvorganges im Sinne der herkömmlichen Zweistufentheorie¹⁸⁶)

S. 3: "Der sog. Bewilligungsbescheid ist vielfach nur ein Inaussicht-

stellen."

183) Siehe Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsver-

¹⁸²⁾ Siehe dazu grundlegend Jellinek, Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, in: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, 1925, S. 84 ff.; ders., VerwR, 3. Aufl., Neudruck 1948, S. 250 ff. — Für Qualifikation der Subventionsbewilligung als mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt siehe z. B. OVG Münster, [Anm. 175], S. 1722; siehe auch Maunz, Subventionen, S. 3. — Zur Begründung von Subventionsverhältnissen unmittelbar durch Verwaltungsakt siehe ferner Ipsen, Subventionierung, S. 68; Henze, Finanzhilfen, S. 56, 99; Janknecht, Rechtsformen, S. 96, 100, 103; Zuleeg, Rechtsform, S. 61 ff.; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. 1965, Randn. 44 f. zu § 42; Wolff, VerwR III, S. 222; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 41 ff. — Zur Möglichkeit einseitiger Begründung trotz zweiseitiger Binnenstruktur siehe auch Krüger, Zusammenarbeit, S. 28.

trag, 1965 (siehe insbes. auch seine Definition des Vorvertrags, S. 1).

184) Zur Zusage als Vorabregelung eines Teilkomplexes siehe Zeidler, Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten? Verhandlungen des vierundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I, 2. Teil, 1962, S. 47 f. Siehe zur Verwandtschaft zwischen Zusage und Vorvertrag auch Mühl, Das Wirtschaftsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Juristenjahrbuch, Bd. 3 (1962/63), S. 171 ff. (189). — Unklar Maunz, Subventionen,

¹⁸⁵⁾ Dazu vor allem Ipsen: Diskussionsbeitrag, VVDStRL Heft 11 (1953), S. 129 ff.; Staatliche Wirtschafts-Intervention, Staatsverfassung und Wirtschaftsordnung, JZ 7. Jg. (1952), S. 759 ff. (761); Rechtsfragen der Investitionshilfe, AöR Bd. 78 (1952/53), S. 284 ff. (292 f.); Subventionierung, S. 62 ff., 83 ff., 86 ff.; Rezension, [Anm. 69], S. 96; Entscheidungsanmerkung, [Anm. 69], S. 136 f. Im übrigen siehe etwa die zusammenfassenden Darstellungen der Lehre und des Meinungsstandes hierzu bei R e u β, [Anm. 38], S. 289 ff.; Janknecht.

kein Raum. Die Wahl des Begründungsakts impliziert die Wahl eines Begründungsstatuts, nach dem sich das Zustandekommen und der Bestand des Rechtsverhältnisses richten. Verwaltungsakt und Vertrag berufen verschiedene Begründungsstatute^{185a}). Beide Begründungsakte regieren nach der Zweistufenlehre — obwohl sie das nicht so formuliert¹⁸⁶) — das Subventionsverhältnis unmittelbar. Ein einheitliches Rechtsverhältnis braucht jedoch ein einheitliches Begründungsstatut. Das Subventionsverhältnis ist in diesem Sinne auch dann ein einheitliches Rechtsverhältnis, wenn es - woran die Zweistufentheorie sich entzündet hat187) - mit einem Austauschverhältnis gemischt ist. Gemischte Schuldverhältnisse¹⁸⁸) sind atypische aber nicht in selbständig lebensfähige Teile gespaltene Rechtsverhältnisse. Es ist nicht möglich, das durch den Verwaltungsakt als Begründungsakt berufene Begründungsstatut für das Subventionselement und das durch den privatrechtlichen Vertrag als Begründungsakt berufene Begründungsstatut für das Austauschelement maßgeblich sein zu lassen 189).

Rechtsformen, S. 15 ff.; Zuleeg, Rechtsform, S. 7 f.; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 56 ff.; Wolff, VerwR III, S. 221 f. Aus der Rechtsprechung sei hervorgehoben: BVerwG 1, 308 (310); 7, 89 (90, 91); 13, 47 (52); 14, 65 (68); BVerwG, Beschluß vom 9. 6. 1959, DVBl. 1959, S. 665; BGHZ 40, 206 (210).

¹⁸⁵a) Siehe auch Stern, Rechtsfragen, S. 561, Anm. 38.

¹⁸⁶⁾ Der wahre Sachverhalt wird leicht durch den Sprachgebrauch verdeckt, der privatrechtliche Vertrag sei gegenüber dem Verwaltungsakt ein "Erfüllungsgeschäft" (so vor allem Ipsen, aaO., passim; BGHZ 40, 206 [210]), dessen Ausführung (BVerwG DVBl. 1959, S. 665; OVG Hamburg, Urteil vom 4. 8. 1959, Bundesbaublatt 1959, S. 642) oder Vollziehung (Bellstedt, Gesetzliche Grundlage, S. 168; Reuß, [Anm. 38], S. 290; BVerwG 1, 308 [310]. Aber Ipsen stellt selbst erfreulich klar, was wirklich gemeint ist (Subventionierung, S. 86): "Die Vorstellung, die aus der hoheitlichen Bewilligung erststufig begründete verwaltungsrechtliche Beziehung werde durch Abschluß des zivilrechtlichen Erfüllungsvertrages 'konsumiert' und damit beendet, wird der Eigenart der Beziehungen nicht gerecht." Und weiter (ebd. Anm. 128): "Die Charakterisierung des zivilrechtlichen Vertragsschlusses zweiter Stufe als "Erfüllungsgeschäft" im Verhältnis zur hoheitlichen Bewilligung erster Stufe ... sollte nicht ... bedeuten, daß der Vertragsschluß die öffentlich-rechtliche Beziehung erledigt'. Sie diente nur der Klarstellung der Zweistufigkeit des Gesamtvorgangs und der inneren Abhängigkeit beider Rechtsgestaltungen voneinander." - Siehe auch unten Anm. 190.

¹⁸⁷⁾ Im Zentrum der Lehre steht seit jeher das Darlehen und die mit den gemischten Subventionsverhältnissen wenigstens optisch verwandte Bürgschaft (siehe oben Anm. 109). Die Übernahme der Doktrin durch das Bundesverwaltungsgericht erfolgte in bezug auf ein Darlehen (BVerwG 1, 308).

¹⁸⁸) Siehe Anm. 102.

¹⁸⁰⁾ Eine andere Frage ist, ob aus ein und demselben Rechtsverhältnis verschiedene teils nach öffentlichem, teils nach privatem

Es ist aber auch nicht möglich, beide Begründungsstatute zu einer Einheit zu verschmelzen. Die vorliegenden pragmatischen Versuche erschöpfen sich darin, die Unwirksamkeits- und Vernichtungsgründe zu kumulieren¹⁹⁰).

Recht zu verstehende, auszuübende, zu erfüllende und durchzusetzende Rechte und Pflichten hervorgehen können. Siehe dazu etwa Molitor, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1949, S. 52 ff., S. 65 ff.; Stern, Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR Bd. 84 (1959), S. 137 ff., 273 ff. (323 f.); dagegen Wolff, VerwR I, S. 89: "Ist aber nur eine Verpflichtung eines Rechtsverhältnisses öffentlich, dann ist es dieses Rechtsverhältnis als ganzes." (Sperrung im Original); in seinem Sinn für notwendige Einheitlichkeit des Subventionsverhältnisses Zuleeg, Rechtsform, S. 47.

190) Siehe vor allem die Darstellung dieser "Verschränkung" bei Ipsen, Subventionierung, S. 86 ff. (kritisch dazu auch Zuleeg, Rechtsform, S. 64 ff.; Janknecht, Rechtsformen, S. 38 ff.; weitere Nachw. siehe bei den Zitierten). "Ist der Bewilligungsbescheid erster Stufe aus anerkannten verwaltungsrechtlichen Gründen nichtig, so kann" danach "auch der Vertrag zweiter Stufe keine Wirksamkeit äußern" (I p s e n, aaO., S. 87). "Ist die Subventionsverwaltung aber zu einem Widerruf befugt, so erwächst der Verwaltung damit das Recht zur Auflösung des Vertrages zweiter Stufe . . . In diesen Fällen, in denen die Subventionsverwaltung aus der erststufigen Beziehung öffentlichen Rechts die vollzogene Subventionierung aufzuheben berechtigt ist, verschafft ihr die verwaltungsrechtliche Befugnis hierzu auch alle Mittel, deren sie bedarf, um die Vertragsbeziehung zweiter Stufe zu beenden, und dies in den zivilrechtlich jeweils gebotenen Formen der Kündigung usw." (ebd. S. 87 f.). Der "publizistische Gehalt", der dem "Erfüllungsgeschäft" damit zukommt (ebd. S. 89), wirkt sich überräschenderweise aber nur zuungunsten, nicht auch zugunsten des "Erfüllungsgeschäfts" aus. So erleiden die vertragsrechtlichen Kündigungsmöglichkeiten des Subventionsträgers keine öffentlich-rechtliche Einbuße (siehe z. B. BGHZ 40, 206 [214 ff.]; OVG Münster, OVGE 14, 274 f.; OVG Berlin, EOVGB 6, 71 [72 f.]; unbedacht auch Maunz-Dürig, [Anm. 100], Randn. 137 zu Art. 1 Abs. III, Anm. 1 a. E.; einschränkend Reuß, [Anm. 38], S. 291; siehe zum Problem auch die Erörterungen bei Scholz, [Anm. 144], 150 ff., 169 ff.; Zuleeg, Rechtsform, S. 66 ff.; Janknecht, S. 42 f.). Somit "liegt aber ein Nebeneinander von Verfügung und Rechtsgeschäft und nicht, wie es dem Konzept der "Zweistufigkeit" entspricht, ein Übereinander vor" (Imboden, [Anm. 69], S. 161. Positiv in diesem Sinne Hamann, Öffentliche Kredite und Bürgschaften, Der Betriebsberater, 8. Jg. [1953], S. 865 ff. [866]; Henze, Finanzhilfen, S. 85 ff.). Mit Recht spricht deshalb Götz (Wirtschaftssubventionen, S. 62) von einem "Rechtschaos", das die Zweistufenlehre entstehen läßt. Entgegenzutreten ist ihm nur, wenn er (ebd.) sagt: "Dieser Zustand höchster Verwirrung ist nur dann hinzunehmen, wenn, wie im Falle des § 102 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes, die Zweistufigkeit gesetzlich vorgeschrieben ist." Ein "Zustand höchster Verwirrung" ist im Rechtsstaat niemals hinzunehmen; und dem Gesetzgeber — auch dem des § 102 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes — ist zu unterstellen, daß er ihn nicht stiften will.

An dieser Stelle noch ein Wort zum Verwaltungsakt mit Auflage, das sonst vermißt werden könnte¹⁹¹). Daß die Auflage unentbehrlich ist, wo Subventionsverhältnisse durch Verwaltungsakt begründet werden, ist gewiß. Aber auch sie erübrigt die normative Ausprägung des Subventionsverhältnisses nicht. Die Auflage ist dazu geboren, ein-gerichtete Pflichten zu formulieren. Bestandteile von Komplexen interdependenter Forderungs- und Gestaltungsrechte im Sinne eines Schuldverhältnisses darzustellen, geht über die Kraft dieser Form¹⁹²). Das bestätigt nichts deutlicher als die gegenwärtige Subventionspraxis. Die zentrale Auflage ist fast immer die Unterwerfung unter das System der Bewilligungsbedingungen, also die Verweisung auf die quasi-legislative Vorordnung des Subventionsverhältnisses¹⁹³).]

VII.

Die Frage der Zuordnung des Subventionsverhältnisses zum öffentlich en oder privaten Recht schließlich ist von weitaus weniger Ordnungswert als zumeist angenommen wird¹⁹⁴). Der Begründungsakt steht damit in keinem notwendigen Zusammenhang. Auch das öffentliche Recht kennt den Vertrag; ein einseitiger Begründungsakt müßte noch kein Verwaltungsakt und selbst ein Verwaltungsakt könnte ein privatrechtsgestaltender sein. Keiner der beiden Rechtsteile hält wirklich das notwendige Ordnungssystem von vorneherein bereit¹⁹⁵). Muß es aber entwickelt werden, so entstehen damit Rechtsinstitute, die spezifisch das Staat-Bürger-Verhältnis ordnen¹⁹⁶). Ist das Ordnungssystem davon geprägt, so gehört

¹⁹¹⁾ Siehe zum Folgenden nochmals Anm. 122.

¹⁹²⁾ Andeutungen zum Problem siehe bei Krüger, Auflage, S. 455 f. Dazu, daß die Auflage in der Leistungsverwaltung versagt siehe auch Richter, Neue Rechtsformen für die Leistungsverwaltung, NJW 11. Jg. (1958), S. 1518. — Zur Konkurrenz von Auflage und Vertrag siehe auch Bullinger, (Anm. 100), S. 63 ff.

¹⁹³⁾ Siehe Anm. 26 und 27. Siehe auch Schneider-Gädicke, S. 100.

¹⁹⁴⁾ Typisch für die Überschätzung der Einordnung ins öffentliche Recht vor allem Zuleeg, Rechtsform, insbes. S. 4, S. 62 ff.; auch Janknecht, Rechtsformen. Typisch für die Überschätzung der Einordnung ins private Recht vor allem Flessa, [Anm. 124].

¹⁹⁵⁾ Siehe oben I bis III; vgl. dazu ferner Scholz, [Anm. 144], S. 139 ff.

¹⁹⁶⁾ Köttgen, Subventionen, S. 490. "Soweit der Weg des Kredites gewählt wird, ergeben sich hieraus mehr oder minder ausgefeilte Vertragstypen besonderer Art, denen trotz ihrer zivilrechtlichen Grundstruktur nicht jeder publizistische Gehalt fehlen wird. Erst recht werden die im Zusammenhang mit unter Auflagen ge-

es zum öffentlichen Recht als dem Rechtsteil, dessen Normen durch den Zweck bedingt sind, die öffentliche Gewalt zu konstituieren, in sich und gegenüber dem Bürger zu ordnen¹⁹⁷). Gleichwohl ist die verbreitete Unsicherheit der Einordnung¹⁹⁸) nicht unverständlich. Das Subventionsverhältnis lagert in der Annäherungszone zwischen öffentlichem und privatem Recht¹⁹⁹), die sich schon im Bereich der Massenleistungsverhältnisse deutlich gezeigt hat²⁰⁰). Ein positiv gestaltender Gesetzgeber stünde deshalb vor der Entscheidung, ob er die Vermutung für das öffentliche Recht nicht ausräumen²⁰¹) und einen privatrechtlichen Rahmen herstellen — wenn man will: Verwaltungsprivatrecht²⁰²) schaffen — soll²⁰³). Das ist eine Frage der Zweck-

währten Zuschüssen entstehenden Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Publikum kaum nur unter privatrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden können."

¹⁹⁷) Siehe Wolff, VerwR I, S. 86 ff.; siehe auch Haas, [Anm. 124], S. 303 ff.

¹⁹⁸⁾ Siehe Haas, [Anm. 124], S. 304 ff.; Gygi, Buchbesprechung, DÖV 18. Jg. (1965), S. 790 f. — Die Zweistufentheorie ist insofern der imponierendste Versuch, dieser Unsicherheit zu entkommen, als sie den Gegensatz durch die Lokalisierung des Rechtsverhältnisses in beiden Rechtsteilen zu überwinden sucht.

¹⁹⁹⁾ Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl.
1927, S. 229; Siebert, [Anm. 63], S. 216 ff. und passim; ders.
[Anm. 139], S. 12 ff.; Gygi, [Anm. 139]; Giacometti, [Anm. 69],
S. 112 ff.; Forsthoff, [Anm. 75], S. 380; Sailer, [Anm. 124].

²⁰⁰⁾ Siehe z.B. Loening, "Faktische Verträge" oder Öffentliches Recht? Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 9. Jg. (1942), S. 289 ff.; Siebert, [Anm. 63], S. 229 ff., insbes. S. 233 f.; dens., [Anm. 139], S. 12 ff.; Simitis, [Anm. 139], S. 463 ff., 472 f., 509 f., 511 ff., 531; Gygi, [Anm. 139], insbes. S. 18 ff.; Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, Verwaltungsarchiv Bd. 50 (1959), S. 315 ff. (321 f.); Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 259 ff. Siehe zum Problem auch Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, Betriebsberater, 10. Jg. (1955), S. 265 ff.

²⁰¹) Siehe Giacometti, [Anm. 69], S. 115 ff. Zum Privatrecht als Ausnahme siehe auch Krüger, [Anm. 112], S. 120 ff.; Rupp, [Anm. 147], S. 25, Anm. 43; dens., Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1. Jg. (1961), S. 59 ff. (60 f.); Wertenbruch, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, ebd. S. 105 ff. (108 f.); Wolff, VerwR I, S. 88 mit Nachw. aus der Rechtsprechung.

²⁰²⁾ Siehe vor allem Wolff, (Anm. 112), S. 87 f., 93 f. Ferner etwa Siebert, [Anm. 63]; Giacometti, [Anm. 69], S. 85 ff., 103 ff., 113 ff.

²⁰³) Zur Qualifikation privatrechtlicher Subventionsbeziehungen als Verwaltungsprivatrecht siehe Bitter, Förderungsmaßnahmen, S. 49; Wolff, VerwR III, S. 222 f.; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 57 f., 62. — Siehe dazu auch Köttgen, Subventionen, S. 487 mit Anm. 21; Henze, Finanzhilfen, S. 78 f.; Haas, [Anm. 124], insbes. S. 304 ff.

mäßigkeit²⁰⁴). Und der Rechtsanwender, der diese legislative Entscheidung interpretierend oder lückenfüllend nachzuholen hat, hat selbst diese Zweckmäßigkeitsabwägung anzustellen²⁰⁵), soweit sie ihm das Gesetz nicht abgeschnitten hat. [Dabei muß vermieden werden, die Entscheidung von Ergebnissen her zu substituieren, deren Anordnung der eindeutigen Äußerung des Gesetzes vorbehalten ist. Diese Versuchung besteht immer dort, wo die Zuordnung zum öffentlichen Recht begriffsjuristisch weitere Verwaltungsbefugnisse erschließen zu können scheint²⁰⁶).]

Im einzelnen wird eine einheitliche Zuordnung aller Subventionsverhältnisse zum öffentlichen oder privaten Recht selbst dem Gesetz kaum möglich sein. Mitgliedschaftliche Subventionsverhältnisse etwa sind nicht von der Natur der Mitgliedschaft zu lösen²⁰⁷). Mit Austauschverhältnissen gemischte Leistungssubventionen²⁰⁸) werden grundsätzlich der Natur des Austauschverhältnisses folgen, zumeist also dem Privatrecht zuzuordnen sein²⁰⁹) ²¹⁰). Die sachgerechte Regelung der Kon-

²⁰⁴⁾ Giacometti, [Anm. 69], insbes. S. 93 ff. mit weiteren Nachw. — Siehe dazu auch Ehrig, Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 12. Jg. (1959), S. 217 ff. (218); ders., dass. NJW 14. Jg. (1961), S. 196 ff. (199).

²⁰⁵) Siehe für das Subventionswesen etwa die differenzierende Betrachtungsweise bei Wolff, VerwR III, S. 221 ff.; siehe auch den allerdings sehr pragmatisch entwickelten Katalog bei Möller, Subventionsverwaltung, S. 148 ff. Für das Einfließen von Zweckmäßigkeitserwägungen in die Qualifikation Zuleeg, Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts, Diss. Erlangen 1959, S. 92 f.; dagegen ders., Rechtsform, S. 29. — Allgemein siehe zum Text Rill, Zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht, Österr. Zeitschr. f. öff. Recht, Bd. 11 (1961), S. 457 ff. (468); Giacometti, [Anm. 69], S. 95 (aber auch S. 119 ff.).

²⁰⁶) Siehe z.B. für die Verwaltungsvollstreckung: Zuleeg, Rechtsform, S. 88.

²⁰⁷⁾ Siehe oben Anm. 104 bis 106 und den Text hierzu.208) Siehe oben Anm. 97 bis 103 und den Text hierzu.

²⁰⁹⁾ Das liegt besonders nahe für Vorzugsaufträge und verbilligte Leistungen, siehe Möller, Subventionsverwaltung, S. 151 ff.; Wolff, VerwR III, S. 223; BVerwG 14, 65. Interessant ist, daß Zuleeg seine rein öffentlich-rechtliche Theorie auf der Voraussetzung aufbaut, daß diese Fälle keine Subventionen sind (siehe oben Anm. 100 und 103). — Nicht in gleicher Weise einheitlich wird man hinsichtlich der Darlehen (siehe dazu außer Anm. 98 auch Anm. 96) urteilen dürfen (siehe Möller, aaO., S. 149 f.; für rein privatrechtliche Lösung außer Flessa, [Anm. 124] und vor allem Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 56 ff.). Daß das Darlehen (der Kredit) bisher zum zentralen Bereich der Zweistufenlehre gehörte, zeigt nicht nur, daß sich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente hier mit besonderer Intensität berühren; vielmehr hat es auch zur Folge, daß die Herausbildung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen

trolle und Durchsetzung der Zweckverwirklichungspflichten des Subventionierten kann jedoch zu Einstreuungen öffentlichrechtlicher Provenienz oder zur Übernahme des ganzen Rechtsverhältnisses ins öffentliche Recht zwingen²¹¹). Verschonungssubventionen tendieren von ihrer Ausgangslage her²¹²) eher zum öffentlichen Recht²¹³), zumal hier zum Teil öffentlichrechtliche Ordnungen selbst für die vermögensrechtlichen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäfte²¹⁴) vorgegeben sind, deren unspezifische und daher privatrechtliche Regelung gleichsam als Fluch der Fiskustheorie auf Leistungssubventionen einen stark privatrechtlichen Sog ausübt.

[Argumente des gerichtlichen Rechtsschutzes können heute in keiner Richtung mehr zählen²¹⁵). Soweit sie als Zuordnungsgesichtspunkte auftauchen, geht es entweder um Mißverständnisse, um petitiones principii oder darum, daß man dem ordentlichen Richter eine Vernachlässigung des öffentlichen Interesses und vielleicht auch der Grundrechte²¹⁶), dem Verwaltungsrichter die Unkenntnis des privaten Schuld- und Sachenrechts zutraut. Doch ist diesem Übel nicht durch die Kompetenz des

Typen unterblieben ist. Eine gültige Differenzierung würde jedoch eine eingehende spezielle Untersuchung hinsichtlich der Erscheinungsformen und Funktionsweisen des Darlehens als Subvention erfordern, die hier nicht gegeben werden kann.

²¹⁰) Wesentlich andere Probleme stellen Bürgschaft und Garantie. Zu ihrer optischen Verwandtschaft mit den gemischten Subventionsverhältnissen siehe nochmals oben Anm. 109 mit Anm. 94. Daß die Bürgschaftsverpflichtung danach tendiert, die Rechtsnatur der von ihr gesicherten Forderung zu teilen, wird für sie regelmäßig privatrechtlichen Charakter bedingen (im Ergebnis übereinstimmend Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 56 ff.). Das besagt jedoch noch nichts für die Rechtsnatur des eigentlichen Subventionsverhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner (siehe oben Anm. 94 und 109).

²¹¹⁾ Dazu darf auf den Zusammenhang aufmerksam gemacht werden, der zwischen der Berufung des Gesetzgebers zur entsprechenden Ausgestaltung von Subventionsverhältnissen (siehe oben IV und V) und seiner Kompetenz zur Grenzziehung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht (siehe oben Anm. 201 bis 204) besteht.

²¹²) Siehe auch Anm. 125.

²¹³) Zu sehr bemerkenswerten Ausnahmen von diesem Grundsatz siehe die Darlegungen und das Material bei Bullinger, [Anm. 69], S. 62 ff.

²¹⁴⁾ Zur dinglichen Sicherung an Immobilien siehe z.B. Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 2. Teil, 11. Aufl. 1963, § 1105, Randn. 20 ff., Einleitung vor § 1113, Randn. 344 ff.; desgleichen an Mobiliar - insbes, nach § 121 AO s. ebd. § 1204, Randn. 19a 1249, Randn. 4. -- Aus dem öffentlich-rechtlichen Sonderrecht der Erfüllung siehe z.B. die Aufrechnungsvorschriften in § 124 AO, §§ 223, 629, 1299 RVO. Ein historisches Erfüllungssurrogat: Die Eintragung des Reichsnotzinses (siehe Merk, [Anm. 116], S. 142).

215) Siehe z.B. Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 55 f., 62 f.

²¹⁶) Dagegen Haas, [Anm. 124], S. 308.

einen oder anderen Richters, sondern nur durch die Erfassung des Subventionsverhältnisses in der Sache zu begegnen.]

B. Der Bürger vor der Subvention

I.

Das Negativ zum Subventionsverhältnis ist für den Bürger die Vorenthaltung. Die objektive Seite des Problems heißt: Verteilung²¹⁷) und Gewährleistung. Aber in der Bürgersphäre wird selbst ein fremdes Zuviel regelmäßig als Vorenthaltung kritisch²¹⁸). Damit stellt sich die Frage nach der Zumessung aus dem Allgemeinen²¹⁹): eine Frage der Gerechtigkeit, für die es nur konkrete und begrenzte Lösungen geben kann. Sie werden nicht gesichert²²⁰), indem die Regeln der Eingriffsverwaltung einfach ausgedehnt oder umgekehrt werden²²¹). Die Negation von Vorenthaltungen ist nicht bloß die

²²¹) Siehe vor allem Krüger, Auflage, S. 381 ff.; Huber, [Anm. 9], S. 184; Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen

²¹⁷) Siehe etwa Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 36 ff.

²¹⁸) Hinweise dazu siehe unten IV insbes. Anm. 289 ff.

²¹⁹) Technisch bestehen zwei grundsätzliche Lösungsmöglichkeiten: das Quotitätsprinzip und das Repartitionsprinzip. Beim Quotitätssystem ergibt sich die Ausgabensumme aus der bloßen Addition von Bemessungsgrundlagen. "Ist die Subvention als 'Quotitätsausgabe' gestaltet, d. h. hat der Gesetzgeber die Verbilligung eines bestimmten Kostengutes oder die Erhöhung eines bestimmten Produktpreises um einen festgelegten absoluten oder prozentualen Betrag beschlossen, so muß bei Eintreten der Vergrößerung der Bemessungsgrundlage durch den Empfänger (Mehrverbrauch oder Mehrproduktion) eine Erhöhung des Haushaltsansatzes folgen" (Hansmeyer, Subventionen, S. 28 f.). Beim Repartitionssystem steht am Anfang "die Beschlußfassung über den finanzpolitisch möglichen Umfang der Subvention. Die Subventionierung des einzelnen Objektes ergibt sich dann (möglicherweise; d. V.) mittels Division der verfügbaren Summe durch die Zahl der zu fördernden Objekte" (ebd. S. 29; siehe dazu ferner Hansmeyer, Staatshilfen insbes. S. 118 f., 141, 289; Schmölders, Finanzpolitik, 2. Aufl. 1965, S. 224 f.; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 36 f.).

²²⁰⁾ Zur Notwendigkeit und Eigenart dieser Sicherungen ist auch an das von Flume (Steuerwesen und Rechtsordnung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 59 ff. [96, insbes. Fußn. 78]) geprägte Wort von der "Freiheit in der Teilhabe" zu erinnern. Siehe auch Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12 (1954), S. 37 ff. (58); Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 29; Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 74. Jg. (1959), S. 81 ff. (84 f.); Erich Kaufmann, Grundrechte und Wohlfahrtsstaat, in: Autorität und Freiheit (Erich Kaufmann, Gesammelte Schriften) Bd. I 1960, S. 589 ff. (593); Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 121 f. m. w. Nachw.

Verlängerung oder die andere Seite des Anspruchs auf Abwesenheit aller ungesetzlichen Belastungen²²²). Das Recht muß in Richtung auf Verteilungsordnungen fortgedacht werden²²³).

Eine fruchtbare Hilfe dabei ist die Besinnung auf das Postulat der Publizitä t²²⁴). Die Forderung nach Publizität stand an der Wiege des modernen Rechtsstaates²²⁵). Sie wurde später durch die konkrete Publizität einzelner rechtsstaatlicher Institutionen absorbiert. Wo aber diese Institutionen die notwendige Publizität nicht mehr sichern, muß man sich ihrer als eines ursprünglichen und eigenständigen rechtsstaatlichen Wertes wieder erinnern²²⁶).

Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12 (1954), S. 8 ff. (14); Gygi, [Anm. 8], S. 3 ff.

222) Siehe etwa den Versuch Mengers, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 8. Jg. (1955), S. 587 ff., insbes. 588, das Gesetz von einer Schranke des Dürfens in eine Schranke des Müssens (Leistenmüssens) des Staates umzudeuten. Ähnlich auch BVerwG 7, 180 (185). Zur Umdeutung des Gesetzes von der Obergrenze des Dürfens zur Untergrenze des Müssens siehe OVG Lüneburg, Urteil v. 22. 6. 1955, DVBl. 71. Jg. (1956), S. 24 mit Anm. von Ule. Siehe zum Text auch Lerche, [Anm. 112], S. 270 ff., insbes. S. 278 f. — Zum Problem des subjektiven Rechts siehe unten Anm. 259. ²²³) Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR Bd. 77 (1951/52) S. 167 ff. (220); Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III 1. Halbbd. 1958, S. 1 ff. (34). B a d u r a, Die Daseinsvorsorge als Ver-

waltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 19. Jg. (1966) S. 621 (632); Gygi [Anm. 3] S. 29 ff. - Siehe zum Vorstehenden auch allgemein die Analyse von Huber [Anm. 9] S. 173 ff.

²²⁴) Zur Forderung der Publizität des Subventionswesens siehe Vialon, Haushaltsrecht, 2. Aufl. 1959, S. 29, 98 f.; ders., Staatliche Subventionspolitik, Politisches Seminar der staatsbürgerlichen Vereinigung 1954 e. V., 9. Tagung 1961, S. 14 ff. (35 ff.); Schmölders [Anm. 6] S. 35 ff.; Schneider-Gädicke, Kredit S. 22 f., 30 f. Zur Publizität allgemeiner als Voraussetzung effektiver Kooperation: Krüger, Zusammenarbeit S. 21. - Zur Forderung der Publizität leistender Verwaltung siehe Bachof [Anm. 220] S. 64. Siehe auch die Forderung der Publizität staatlicher Wirtschaftsintervention bei Strickrodt, Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung, 1954, S. 11 ff.; Torz, Privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 11. Jg. (1958) S. 205 ff. (208).

²²⁵) Kant, Zum ewigen Frieden, 1795, Anhang II.

²²⁶⁾ Zur Forderung nach Publizität als rechtsstaatliche Gewährleistung, wenn die Gerichtsbarkeit versagt: Erich Kaufmann, Grundrechte und Wohlfahrtsstaat, in: Gesammelte Schriften Bd. 1 1960 S. 589 ff. (595 f.) - allgemeiner siehe zum Postulat der Publizität: Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, 1963, S. 57 ff.; Krüger [Anm. 139] S. 230, 397, 428, 437 ff., 525. — Zur Publizität als Wesenselement der Demokratie siehe ferner Laufer, Die de-

Die zentrale Schwierigkeit, das Subventionswesen rechtsstaatlich zu bewältigen, ist der Mangel an Publizität²²⁷). Und die Institution, die hier ihren Dienst versagt, ist das Gesetz. Es versagt vordergründig schon deshalb, weil der herkömmliche Gesetzesvorbehalt es nicht auf die Leistungssubvention erstreckt²²⁸). Das bedeutet, daß dem Bürger nicht mehr die geringste offizielle Information²²⁹) über seinen möglichen Anteil daran garantiert ist. In der Tat ist der Anteil von Subventionen, die auf Grund nicht publizierter Verwaltungsvorschriften ausgeworfen werden, erstaunlich groß²³⁰); und selbst die Beträge, deren Vergabe nicht einmal intern durch Verwaltungsvorschriften reguliert ist, sind sehr hoch. Der Bürger erfährt über diese Aktionen entweder überhaupt nichts oder durch öffiziöse oder private mehr oder minder vollständige Schriften²³¹) oder schließlich über Interessenverbände²³²), auf die der Staat damit einmal mehr²³³) Funktionen abwälzt, ohne

mokratische Ordnung, 1966, S. 181. — Siehe neuerdings auch die Forderung nach Publizität zur Integration einer rechtsstaatlichen Währungsordnung bei Jahr, Implikationen eines anhaltenden Geldwertschwundes in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: Expansion und Stabilität, Jahresgutachten 1966/67 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 1966, S. 199 ff. (206).

²²⁷) Siehe oben Anm. 14 und 224. Siehe auch Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 53 (b); Kern, [Anm. 47] S. 723.

²²⁸) Siehe oben Anm. 30. — Zur gesetzlichen Regelung als Mittel, die notwendige Publizität im Subventionswesen herzustellen: Köttgen, Das umstrittene Mandat zur Jugendpflege, DÖV 14. Jg. (1961) S. 1 ff. (4).

²²⁹⁾ Zum Mangel an Information, siehe z.B. auch Hansmeyer, Staatshilfen S. 338.

²³⁰⁾ Einen Überblick geben vor allem die Sonderausgaben der Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen [Anm. 20].

²³¹⁾ Siehe oben Anm. 20.

²³²) Meist sind bei den Verbänden auch Antragsformulare erhältlich, z. B. Abschnitt V der Richtlinien für die Gewährung von ERP-Krediten an Unternehmen der mittelständischen Binnenwirtschaft v. 4. 5. 1965, Der Bund als Finanzier, 1965, S. 59 ff.

²³³⁾ Die Verbände sind oftmals auch die ersten Adressaten der Anträge auch für Nichtmitglieder. Bemerkenswert etwa Abschnitt V A der Richtlinien der Lastenausgleichsbank für die Gewährung von gewerblichen Kleinkrediten an politische Flüchtlinge und Geschädigte in West-Berlin aus Mitteln des ERP-Sondervermögens, Der Bund als Finanzier, 1965, S. 183 ff.: "Die nachstehenden Verbände (es folgen die Verbände; d. V.) erhalten Formulare in verkürzter Form, auf denen die Antragsberechtigten ihre Kreditwünsche anmelden können. Einer Mitgliedschaft bei einem dieser Verbände bedarf es hierbei nicht, da die Verbände sich verpflichtet haben (wem gegenüber? d. V.), Kreditwünsche auch nicht organisierter Antragsteller entgegenzunehmen und ohne Unterschied zu behandeln."

daran zu denken, daß Art. 9 GG ein Freiheitsrecht ist²³⁴) ²³⁵). Man verweise nicht auf das Haushaltsgesetz. Es wird in mehrfacher Hinsicht unzureichend publiziert²³⁶) und ist nicht auf Durchsichtigkeit für den Bürger angelegt. Ja es verweigert ihm jede verläßliche Auskunft über das, was an Zahlungen für ihn bereitsteht²³⁷).

Aber selbst guter Wille zu normativer Deklaration von Subventionen steht vor großen Schwierigkeiten, Publizität in der Sache herzustellen²³⁸). Die jeweilige Begrenztheit der Mittel und die Labilität der Bedarfe, ihrer Dringlichkeit und ihrer Inanspruchnahme lassen Dauerordnungen unter Ausweis fester Leistungen nur ausnahmsweise sinnvoll erscheinen^{238a}). Auch das gilt ganz besonders wieder für die Leistungssubvention. Die Verschonungssubvention ist zwar kaum im Haushalt abzulesen²³⁹), ist dem Bürger aber in ihrer maximalen Größe be-

²³⁴) Siehe dazu aber auch Hansmeyer, Staatshilfen S. 230: "Die "staatswirtschaftliche", d.h. politische Merklichkeit dagegen wird ohne Schwierigkeiten beim entsprechenden Verband zu erzielen sein, der auf den Gesamtumfang der Maßnahme zu achten gewohnt ist und für den oft die Höhe der Staatsleistung an sich wichtiger ist als der Anteil, der schließlich auf den einzelnen Empfänger entfällt. Hier findet die primäre "verbandsgezielte" Intervention ihre Rechtfertigung — die Tatsache des staatspolitischen Eingriffs wird bewußt nur von den entsprechenden Verbänden oder Parteien registriert." Siehe dazu nochmals Anm. 5, 7 und 8.

²³⁵⁾ Zu denken ist auch an die Hausbanken. Siehe aber dazu Schneider-Gädicke, Kredit, S. 22: Die übliche "Publizierungsweise kann bei einer Vielzahl von Kreditprogrammen dazu führen, daß eine Reihe von ernsthaften Interessenten keine Kenntnis von den ins Leben gerufenen Kreditaktionen erhält. Diese Lücke in der Unterrichtung der Öffentlichkeit könnten die Hausbanken schließen, indem sie ihre Kunden über die laufenden öffentlicher Kreditaktionen unterrichten. Tatsächlich sind die Hausbanken oft sehr zurückhaltend in der Empfehlung öffentlicher Kredite. Ein großer Interessentenkreis ist aber in einigen Bundesländern, in denen keine besonderen Kreditbeauftragten eingesetzt sind, auf die Beratung der Hausbanken angewiesen. ... Die andere Möglichkeit, nämlich die Unterrichtung der Interessenten durch die öffentliche Hand selbst, würde auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Man kann nicht von den Kreditgebern erwarten, daß sie die Kreditrichtlinien allen für das jeweilige Kreditprogramm in Betracht kommenden Unternehmungen zur Verfügung stellen."

²³⁶) An der Wirklichkeit vorbei: BVerfG 20, 56 (93).

²³⁷) Kritisch auch Götz, Wirtschaftssubventionen S. 300 ff.; siehe ferner Obermayer, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL Heft 18 (1960) S. 144 ff. (159 f.).

²³⁸) Zur Distanz zwischen Gesetz und Sachverhalt siehe auch Krüger, Zusammenarbeit S. 13, 23 ff.

^{238a}) Siehe Anm. 219 und 254.

²³⁹⁾ Zur "nicht-budgetären" Natur der Verschonungssubvention siehe Hansmeyer, Staatshilfen S. 37, 154 ff.; Strickrodt [Anm. 5] S. 13. — So werden Verschonungssubventionen in den Fi-

kannt, die gleich der notwendig durch Gesetz bestimmten Leistung ist, von der Abstand genommen wird. Die Verschonung selbst muß wenigstens im Gesetz zugelassen sein²⁴⁰). Und es ist immer auch tatsächlich möglich, den normativ gesteckten Rahmen voll auszuschöpfen. Anders bei der Leistungssubvention. Schon die maximale Gesamtgröße ist für den Bürger kaum zu ermitteln. Der mögliche individuelle Anteil entzieht sich seinem Einblick in der Regel völlig²⁴¹).

Schließlich aber fehlt auch dem Einzelvollzug so gut wie jede natürliche Publizitätstendenz²⁴²). Wer von der öffentlichen Hand Vorteile erhält, hat regelmäßig ein Interesse, zu verbergen, vom Prestige bis zum Vorsprung im Wettbewerb — auch im Wettbewerb um Subventionen²⁴³).

II.

Der Erfolg ist, daß schon der Mangel an Publizität die allgemeinen rechtsstaatlichen Sicherungen paralysiert. Wie immer man deshalb zur Frage des Gesetzesvorbehalts stehen mag: falsch ist es jedenfalls, den rechtsstaatlichen Wert der Publizität so an ihn zu binden, daß er mit ihm preisgegeben wird. Die Wege einer bloß staatsinternen Subventionsregelung bis hin zur Geheimhaltung²⁴⁴) müssen verlegt werden. Alle generellen Regelungen, die den Anteil des Bürgers am Allgemeinen gestalten, müssen dem Zwang zur Publikation unterstellt werden²⁴⁵). Art. 3 GG wird dann als Umschaltnorm für die materielle Erstreckung sorgen²⁴⁶). Publizität wird so auch

nanzberichten des Bundesministers der Finanzen [Anm. 363] auch

als "unsichtbare Begünstigungen" apostrophiert.

240) Siehe z. B. BVerwG 8, 329. — Eindrucksvoll dazu die Darstellung der "sichtbaren" und der "unsichtbaren" Begünstigungen in den Finanzberichten des Bundesministers der Finanzen [Anm. 363]. Zu diesen sind gesetzliche Grundlagen genau angegeben. Bei der Darstellung der "sichtbaren" Begünstigungen fehlt die Spalte "gesetzliche Grundlage" völlig.

²⁴¹) Dazu, daß dahinter nicht nur Verlegenheit rechtsstaatlicher Ordnungstechnik, sondern auch Absicht steckt, die verstimmen muß, siehe Schneider-Gädicke, Kredit S.23: "Außerdem spielt die Überlegung eine Rolle, daß durch eine derart weitgehende Publizität neben dem bisher schon bestehenden Kreditbedarf noch zusätzliche Kreditwünsche geweckt werden könnten..."

²⁴²) Siehe zum Problem auch Jahr [Anm. 226] S. 206.

²⁴³) Siehe nochmals oben Anm. 14.

²⁴⁴) Was Möller (siehe oben Anm. 14) aus der kommunalen Verwaltung berichtet, findet in der staatlichen Verwaltung nur zu oft seine Entsprechung.

²⁴⁵) Siehe auch Ipsen, Referat S. 295, 297.

²⁴⁶) Siehe dazu schon oben Anm. 24. Siehe ergänzend zur Außenwirkung von Subventionsrichtlinien: Henze, Finanzhilfen S. 103 f.;

zum rechtsstaatlichen Prüfstein dafür, was hinter der Konzentration auf die Verwaltungsvorschrift wirklich steckt: die Alternative zwischen einem Willkürvorbehalt²⁴⁷) und der Anmaßung einer Zuständigkeit zu begünstigender Rechtsetzung durch die Verwaltung²⁴⁸).

Aber wo Dauerordnungen keine verläßlichen Anteile vermitteln²⁴⁹), ist ihre Veröffentlichung noch keine Publizität in der Sache. Hier müssen die jeweils konkreten Entscheidungsgrundlagen zugängig gemacht werden. Zumindest mußdem Bürger ein Auskunftsanspruch²⁵⁰) dahin zugestanden werden. Und im Prozeß ist an das Vorbild der Stufenklage zu denken; denn was nützt dem Bürger eine direkte

Scholz [Anm. 144] S. 147; Janknecht, Rechtsformen S. 98; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 37 f., 60; BVerwG 7, 89 (93 f.), 180 (185, 187); BVerwG, Urteil v. 19. 12. 1958, DVBl. 1959, S. 573 (575); BGHZ 10, 295 (299); HessVGH ESVGH 6, 231 (233 f.); 14, 50 (54, 66); Bad.-Württ.VGH ESVGH 14, 208 (211 f.); OVG Münster, Urteil v. 30. 4. 1963, DVBl. 1963, S. 860 (861 f.). Zu welchen Kapriolen diese "Umschaltung" führen kann, zeigt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. 5. 1962 (DVBl. 1962, S. 680 [681]): Eine nichtige Rechtsverordnung wird als Verwaltungsanordnung behandelt und über den Gleichheitssatz zur Rechtsgrundlage erhoben. Kritisch zum rechtsstaatlichen Effekt der Umschaltwirkung von Subventionsrichtlinien auch Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 75. Jg. (1960) S. 297 (302); Pöttgen, Grenzen S. 122 f. Allgemeiner siehe hierzu auch Bogs, Die Selbstbindung der Verwaltung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften, Die Sozialgerichtsbarkeit, 1962, S. 129 ff. (130); Neumann [Anm. 128] S. 21. — Siehe zum Problem auch Mertens, Die Selbstbindung der Verwaltung aufgrund des Gleichheitssatzes, 1963, insbes. S. 11 ff.

²⁴⁷) Siehe etwa OVG Münster, aaO., S. 861; HessVGH ESVGH 14,

²⁴⁸) Siehe auch dazu die Hinweise in Anm. 24 und 246. — Gegenüber diesen Bedenken verschlägt auch der Hinweis auf die Haushaltsartikel des Grundgesetzes und § 64 a der Reichshaushaltsordnung (I p s e n , Referat, S. 296 f.) nicht, es sei denn, man sieht in § 64a RHO eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen und man unterwirft die auf dieser Grundlage ergangenen Richtlinien den Regeln für Rechtsverordnungen. Dazu wäre als erstes zu prüfen, ob § 64 a RHO im Hinblick auf seine ursprünglich offensichtlich ganz andere Funktion so verstanden werden darf. Ferner wäre zu prüfen, ob § 64 a RHO den Erfordernissen des Art. 80 Abs. 1 GG genügt. Die haushaltsrechtlichen Artikel des Grundgesetzes können nicht als lex specialis im Verhältnis zu Art. 80 GG gelten.

²⁴⁹) Ausgabetechnisch ausgedrückt: im Bereich des Repartitionsprinzips — oder genauer: außerhalb des Quotitätsprinzips — (siehe Anm. 219 und 254).

²⁵⁰) Siehe dazu allgemein etwa Zeidler [Anm. 184] S. 15 ff., 52 ff.; Beinhardt, Die Verpflichtung der Behörde zur Erteilung von Auskünften, DÖV 18. Jg. (1965) S. 480 ff.; Roth, Das Auskunftsrecht der Wirtschaftsverwaltung, Verwaltungsarchiv, Bd. 57 (1966) S. 225 ff. (233 ff.).

Klage, solange er seinen möglichen Anteil nicht kennt, der ihm vorenthalten wurde. Aber das sind letzte und unzulängliche Auswege. Der Anteil des einzelnen kann auch mit relativer Richtigkeit nur ermittelt werden, wenn alle vergleichbaren Bedarfe mit allen zu ihrer Befriedigung bestimmten Mitteln in Beziehung gebracht werden²⁵¹). Die für eine Mehrheit von Fällen bestimmenden Variablen müssen vor die Klammer gezogen werden. Die Verwaltung muß veranlaßt werden, die konkreten Entscheidungsgrundlagen jeweils für die Allgemeinheit festzustellen und erkennbar zu machen, für die sie gelten. Sie wird dazu angemessene sachliche, zeitliche²⁵²) und territoriale²⁵³) Entscheidungsräume bilden müssen, um in ihnen die konkret-individuellen mit den für sie zuständigen konkretallgemeinen Entscheidungselementen zusammen — und dem gemeinsamen Maß der Norm zuzuführen²⁵⁴). Sie muß sich dabei des Instruments des Plans²⁵⁵) bedienen, aber auch der geläufigen Verfahrenstechniken der Stoffsammlung und Interessenwahrung: Bekanntmachungen, Ausschreibun-

²⁵¹) Siehe auch Neumann [Anm. 128] S. 103.

²⁵²) Zur Abgrenzung nach außen werden regelmäßig Antragsfristen dienen; siehe dazu z.B. BVerwG, Urteil v. 24. 6. 1960, DÖV 1961 S. 426.

²⁵³) Siehe z. B. die Richtlinien für die Gewährung von ERP-Krediten an Unternehmen der mittelständischen Binnenschiffahrt v. 4. 5. 1965, Der Bund als Finanzier, 1965, S. 59 f: "III. Aufteilung der Kredite: Der vorgesehene Betrag von 3 Millionen DM wird auf die Stromgebiete verteilt."

²⁵⁴) Dabei ist das von der Finanzwissenschaft für das Repartitionsprinzip — pars pro toto — herausgestellte System, daß die Förderung der Einzelobjekte unter Anpassung an die vorhandenen Mittel proportional gekürzt wird (siehe Anm. 219), nur eine Möglichkeit unter mehreren. Häufig wird sie schon deshalb nicht beschritten werden können, weil eine verkürzte Förderung für alle in Betracht kommenden Objekte ihren Zweck nicht mehr erreichen könnte. Dann wird eine Auswahl unter den Objekten notwendig sein (siehe auch Anm. 292). Dabei kommen als Maßstäbe die optimale Zweckverwirklichung der gesamten Subventionsaktion, die besondere Eignung und Dringlichkeit des Objekts oder Bedürftigkeit des Antragstellers, die Priorität des Antrags und dergleichen in Betracht. Ein Beispiel internen entsprechenden Vorgehens siehe bei Schneider-Gädicke, Kredit S. 31.

der-Gädicke, Kredit S. 31.

255) In diesem Sinne für einen — allerdings "induktiven", nicht "imperativen" Plan — Krüger, Zusammenarbeit S. 23 ff. (25). — Dagegen liegt wohl eine mehr auf Abstraktion als auf das Konkret-Allgemeine gerichtete Planvorstellung zugrunde, wenn Götz (Wirtschaftssubventionen S. 286) schreibt: "Die Subventionserlasse der Bundesminister stellen Subventionspläne dar, denen das dem Normativen eigentümliche Merkmal der generellen Regelung nicht fehlt." — Allgemein siehe zum Problem des Plans im Sinne des Textes: Imboden, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL Heft 18 (1960) S. 113 ff. Siehe auch Anm. 368.

gen²⁵⁶), Auslegung von Unterlagen, Einsichtnahmen und Verhandlungen²⁵⁷). Wo das materielle Recht nicht unmittelbar gewährt werden kann, muß ihm das formelle vorauseilen²⁵⁸). Die Negation der Vorenthaltung ist — wie schon bemerkt — nicht einfach die andere Seite des Anspruchs auf Abwesenheit aller ungesetzlichen Belastungen²⁵⁹). Sie bedarf der Fortentwicklung

²⁵⁶) Sehr aufschlußreich die Darstellung bei Schneider-Gädicke (Kredit S. 29 ff.), der über die Alternative zwischen "Ausschreibung" und "Einplanung" berichtet: "Für größere Kreditaktionen ist die öffentliche Ausschreibung der Richtlinien unerläßlich, bei einer engen Begrenzung der Mittel wählt die öffentliche Hand meistens die Vergabe nach ihrer sog. Einplanung. . . ., verzichtet man bei der Einplanung auf die öffentliche Ausschreibung, weil es sich nur um einen kleinen Fonds handelt. In den Genuß dieser Kredite kommen deshalb nur Unternehmen, deren Kreditbedarf und Förderungswürdigkeit der öffentlichen Hand bekannt ist, sei es aus früheren Darlehensanträgen oder durch Vermittlung der mit der Kreditverwaltung Beauftragten oder der Hausbanken. ... Scheiden Antragsteller aus der Hauptliste aus.., so rücken entsprechend andere Unternehmen von der Reserveliste nach. Der Darlehensgeber entscheidet dann, welche Firmen zur Einreichung von Kreditanträgen aufgefordert werden sollen. ... ergeben sich bei dem Einplanungsverfahren für die Kreditsuchenden sowohl positive als auch negative Gesichtspunkte. Positiv ist die schnellere Durchführung. Als negativ muß angesehen werden, daß viele Interessenten gar keine Kenntnis von diesem Programm erhalten und so von vornherein ausgeschlossen sind."

257) Zu dem primitiven Mittel, das Antragsvolumen dadurch zu steuern, daß schon die Ausgabe der Antragsformulare gedrosselt wird, siehe Schneider-Gädicke, aaO., S. 41. — Im einzelnen wird bei der Ausgestaltung des Verfahrens sehr unterschiedlich vorzugehen sein. Die Ausgabe von Expost-Eiersubventionen erfordert eine andere Verfahrenstechnik als die Verteilung von Mitteln zur Behebung von Hochwasserschäden (siehe dazu die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen betreffend Richtlinien für staatliche Finanzhilfeaktionen bei Notständen durch Elementarereignisse v. 23. 3. 1962, Bay. Staatsanzeiger 1962 Nr. 13). Zu einer anderen Dimension administrativer Entfaltung siehe Hansmeystellen.

siehe Hansmeyer, Staatshilfen S. 187 ff.

²⁵⁸) Gygi [Anm. 3] S. 32: "Der Schluß, der sich in Anbetracht des Ungenügens der Gesetzgebungs- und Gesetzesanwendungs-Rechtsstaatlichkeit aufdrängt, ist unausweichlich der, daß es eine der sozialgestaltenden Funktion adäquate Rechtsstaatlichkeit erst noch zu entwickeln gilt. Das Hauptaugenmerk wird auf Institutionen zu lenken sein, die den Mangel an normativer Faßbarkeit des sozialgestaltenden Rechts ausgleichen und die Unzukömmlichkeiten des nachträglichen und deshalb bei diesem besonderen Gegenstand zumeist verspäteten rechtspflegerischen Schutzes tunlichst vermeiden."

²⁵⁹) Siehe Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S, 146 ff., insbes. S. 262 ff. mit eingehenden Nachw. zu den allgemeineren Aspekten des Problems. Die Subventionspraxis versucht der Schwierigkeit zu entgehen, indem die Verwaltungsrichtlinien Rechtsansprüche auf die jeweils geregelte Leistung ausschließen (siehe Götz, Wirtschaftssubventionen S. 39 mit Anm.

des Rechts. Aber es ist bezeichnend für die Rechtsträgheit gegenüber der Subvention, daß das Gesetz²⁶⁰) stattdessen reduziert wurde²⁶¹). Daß der sogenannte Musterentwurf eines Ver-

28; die Liste der Beispiele könnte beliebig vermehrt werden). Daß damit der Anspruch auf Gleichbehandlung nicht ausgeschlossen werden kann (siehe oben Anm. 246), wissen die Autoren solcher Vorschriften wohl selbst. Aber immerhin: "Liegt eine solche, die Verwaltung zu bestimmten Leistungen verpflichtende Rechtsnorm nicht vor, so kann allenfalls eine Verpflichtung der Verwaltung hergeleitet werden aus höherrangigem Recht, besonders aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG, in dem Fall eines Petenten (Art. 17 GG), zu dessen Nachteil willkürlich anders verfahren worden ist als in anderen gleichliegenden Fällen" (BVerwG 7, 180 [185, 187]). Der Anspruchsteller wird also auf den Nachweis der Willkür gesetzt - und das, obwohl sich die Verwaltung die Freiheit nimmt, alle in der Sache liegenden — wie gesagt — weitgehenden Möglichkeiten der Geheimhaltung oder jedenfalls Nichtinformation auszuschöpfen. Auf der anderen Seite ist völlig klar, daß dort, wo der Ausweis fester Leistungen nicht möglich ist, auch der Ausweis subjektiver Rechte auf solche Leistungen scheitert. Das ist ein Gesichtspunkt, der für jegliche Leistungsverwaltung gilt; denn "in jeder wirtschaftsgeschichtlichen Situation" gibt es "ein Maß, das schlechterdings nicht überschritten werden kann, weil das Sozialprodukt auch bei noch so starken Verteilungskorrekturen für die sozialpolitisch zu Schützenden mehr nicht hergibt" (Weisser, Art. "Soziale Sicherheit" im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 9. 1956, S. 396 ff.). Und es gilt für die Subvention aus zwei Gründen in besonderem Maße. Erstens ist sozial-, finanz- und wirtschaftspolitisch zwischen dem festen Grundstock existenzsichernder sozialer Leistungen zu unterscheiden, die ein Staat unter Aufbietung aller Kräfte erbringen muß und dem zusätzlichen, eher disponiblen und schließlich notfalls verzichtbaren Instrumentarium der Lenkung und der Hilfe, dem die Subvention angehört. Zweitens ist die Subvention kraft ihres kooperativen Charakters sowohl auf den Willen als auch auf die Eignung der potentiellen Subventionsempfänger zu dieser Kooperation angewiesen. Wo immer diese Schwierigkeiten relevant werden, können sie nur über die Ausgestaltung der Verfahren und Institutionen (siehe dazu auch oben A VI), nicht über das direkte Zugeständnis fixer materieller subjektiver Rechte überwunden werden. Diese müssen vielmehr das Problem dann genau so verfehlen - und deshalb wirkungslos bleiben - wie andererseits die vordergründige Negation subjektiver Rechte die effektive subjektive Berechtigung nur inhaltlich mindert und auf eine ungute Weise relativiert, nicht aber ausschließt. Andererseits soll nicht verschwiegen werden, daß für viele Bereiche der Subventionierung diese Schwierigkeiten im Ernst keine Rolle spielen (so etwa für die meisten Ex-post-Subventionen). — Siehe zum Problem des subjektiven Rechts auf Subventionen etwa Henze, Finanzhilfen S. 65; Stern, Rechtsfragen S. 557, 560; von Münch, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AöR Bd. 85 (1960) S. 270 ff. (287, 290); Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 169. — Siehe zum Vorigen auch Anm. 200-223.

²⁶⁰) Und das subjektive Recht (siehe Anm. 259).

²⁶¹) Typisch etwa die Resignation Neumanns, [Anm. 128] S.

waltungsverfahrensgesetzes nichts von diesen Bedürfnissen ahnen läßt, sei nur erwähnt.

III.

Der deutlichste grundrechtliche²⁶²) Impuls, den Zugang zu den Subventionen zu sichern, geht vom Gleichheitssatz aus²⁶³). Dieser wird in dem Maße behindert, in dem die Vergleichsfälle gestreut und verheimlicht werden, und in dem Maße entfaltet, in dem die Praxis publik gemacht wird, die Gemeinsamkeiten der Fallgruppen greifbar gemacht und jeweils möglichst viele Fälle einer Entscheidung nach einheitlichen Kriterien zugeführt werden. Nur durch Publizität wird der Umschalteffekt, den Art. 3 GG auf Verwaltungsvorschriften ausübt, von der Zufälligkeit der Information frei, die ihn gegenwärtig diskreditiert²⁶⁴).

Die Forderung nach Publizität und Kontrollierbarkeit muß aber auch von einer viel allgemeineren grundrechtlich en Position her erhoben werden²⁶⁵). Für die Steuer-

^{104: &}quot;So zeigt es sich, daß die wirtschaftslenkende Verwaltung bei aller Intensivierung der Rechtskontrolle in den wichtigen wirtschaftspolitischen und in manchen indirekten Entscheidungen keiner Rechtskontrolle durch den Staatsbürger unterliegt." — Das Problem zeigt sich ganz allgemein nicht nur im Verzicht auf das Gesetz und in der zumindest vordergründigen Reduktion der subjektiven Berechtigung, sondern auch hinsichtlich des für die Eingriffsverwaltung allgemein anerkannten Erfordernisses der Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen (textlicher Ansatzpunkt: Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Wo die Verwaltung Dispositionsräume des Gestaltens braucht, heißt das nur, daß sie nicht herkömmlich, wohl aber anders, nämlich sachadäguat gebunden werden muß. S. Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR Bd. 82 (1957) S. 163 ff. (246 ff.); Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 47; Stern, Rechtsfragen S. 525; Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 74. Jg. (1959) S. 527 ff. (531). Siehe zu diesem Problem auch noch Anm. 272.

²⁶²) Siehe zum Folgenden nochmals Anm. 157.

²⁶³) Zum Verhältnis Gleichheitssatz — Subventionen zentral v. Münch, [Anm. 259] S. 270 ff. (dem allerdings in vielem entgegenzutreten ist). Weitere Hinweise siehe etwa bei Götz, Wirtschaftssubventionen S. 263 ff.; Friauf, Bemerkungen S. 737.

284) Nachw. siehe etwa in Anm. 246, 256, 257 und 259.

²⁶⁵⁾ Siehe Anm. 220. — Zum Folgenden siehe ferner Fechner, Die soziologische Grenze der Grundrechte, 1954, S. 16 ff.; Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, insbes. S. 23 ff.; siehe auch Hesse [Anm. 223] S. 185; Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1962, S. 117 ff., insbes. S. 121 und passim; Zacher [Anm. 48] S. 91, 98 ff. mit weiteren Nachw. Aus wesentlich anderem Blickwinkel dazu auch Lerche [Anm. 112] S. 270 ff., insbes. S. 278 ff.

gesetze ist bereits sichtbar, daß auch die Beeinflussung der individuellen Sachfaktoren des Grundrechtsnutzens gegenüber den Grundrechten verantwortet werden muß266). Gleiches muß gelten, wenn der Grundrechtsnutzen durch staatliche Zuwendungen gesteuert wird²⁶⁷). Das Problem ist nicht einfach, selbst wenn über die einseitige historische Ausprägung der Grundrechte hinweggegangen wird²⁶⁸). Die wichtigsten Schwierigkeiten sind folgende. Erstens, Einkommen und Vermögen sind prinzipiell unspezifische Realfaktoren des Grundrechtsnutzens, so daß auch eine allgemeine Einflußnahme auf sie — außerhalb des Grundrechts des Eigentums — nur ausnahmsweise grundrechtlich lokalisiert werden kann. Zweitens, der individuelle Effekt einer allgemeinen Veränderung ökonomischer Bedingungen kann sehr verschieden, ja konträr sein. Drittens, die reine Mehrung des Grundrechtsnutzens liegt im Sinne der Grundrechte. Viertens muß damit gerechnet werden, daß die individuellen Realfaktoren nie einen maximalen Grundrechtsnutzen aller gewährleisten. Es steht auch außer der Macht des Staates, das zu bewirken. Und selbst dem Sozialstaat kann im Hinblick auf die Begrenztheit und Veränderlichkeit des Sozialprodukts, seine begrenzte Verfügbarkeit zum Zwecke der Umverteilung nur ein Mindestmaß an materieller Grundrechtserfüllung²⁶⁹) bindend abverlangt werden²⁷⁰). Während so jede

²⁶⁶) Friauf, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, 1966, S. 39 ff. Mehr noch aber verdankt der Verf. zum Folgenden einem Vortrag über "Die verfassungsrechtliche Problematik der sozialgestaltenden Steuer", den Prof. Dr. Roman Herzog (Berlin) in Saarbrücken gehalten hat, der jedoch — soweit zu sehen — noch nicht im Druck erschienen ist.

²⁶⁷) Siehe auch Friauf, Bemerkungen S. 737.

²⁶⁸⁾ Siehe Krüger [Anm. 139] S. 549 f., 567 f., 569 ff.

²⁸⁹⁾ Siehe dazu nochmals Anm. 265, insbes. Fechner, aaO.; Ha-mel, aaO., S. 25. Siehe auch Häberle, aaO., S. 117, 119: "Diese institutionelle" Bedeutung eines Grundrechts ist zwar dann gefährdet, wenn nurmehr eine Minderheit oder gar wenige das Grundrecht tatsächlich in Anspruch nehmen können."

²⁷⁰⁾ Siehe dagegen vor allem Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat Bd. 4 (1965) S. 404 ff. (435 f.). — Das Problem wurde bisher vor allem im Hinblick auf Art. 7 Abs. 4 GG erörtert. Ist der Staat verpflichtet, Privatschulen zu subventionieren? Siehe zum Meinungsstand etwa Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 7 Randn. 86. In diesem Zuzammenhang neuerdings Quaritsch, Neues und Altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, Der Staat Bd. 5 (1966) S. 451 (469: "Nach ganz herrschender und sicherlich zutreffender Ansicht ist der Staat nicht verpflichtet, die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausübung einer grundrechtlichen Freiheit herzustellen." Siehe auch Barion, Feudaler oder neutraler Staat, DÖV 19. Jg. (1966) S. 361 (367 f.); Hermann Weber, Subventionierungspflicht des Staates

Änderung der individuellen Realfaktoren über den Grundrechtsnutzen einer Marginalgruppe entscheidet, ist grundrechtliche Kritik daran nicht ohne weiteres möglich. Doch dispensiert das nicht von den Grundrechten. Vielmehr muß differenzierend danach gesucht werden, wo die Disposition über den Grundrechtsnutzen mittels Disposition über seine individuellen Realfaktoren in das normative Kraftfeld bestimmter Grundrechte gerät. So darf das Mindestmaß sozialstaatlich notwendiger materieller Grundrechtserfüllung²⁷¹) nicht unterschritten werden. Die Grundrechte müssen reagieren, wenn ihr Gebrauch durch die Unsicherheit²⁷²) von Gewährung und Belassung der gewährenden öffentlichen Hand ausgeliefert wird. Kritische Zonen werden ferner dann erreicht, wenn bei Abhängigkeit der angesprochenen Marginalschicht von dem gebotenen Vorteil die Bedingungen oder Umstände seiner Gewährung zu einem bestimmten Grundrechtsgebrauch oder zum Nichtgebrauch eines Grundrechts zwingen²⁷³); oder wenn ungleiche Vorteile zu Grundrechtsbehinderungen führen²⁷⁴). Es kommt - abgesehen vom Regulativ der Gleichheit - ganz auf das betroffene Grundrecht an, ob die Gestaltung des Grundrechtsraumes dem Gesetzgeber möglich oder vorbehalten ist und die angebotene Kompensation die Belastung heilt, sie diskriminiert oder indifferent ist. Doch muß diese Erwägung gerade bei Subventionen, die vielfältig auf die Ermöglichung und noch mehr Beeinflussung menschlichen Handelns — und das ist immer irgendwie Grundrechtsgebrauch - ausgehen, weithin zur Forderung gesetzlicher Regelung führen²⁷⁵).

Unabhängig davon unterstreichen die aufgezeigten Schwierigkeiten die selbständige Bedeutung des Postulats der Publizität. Negativ betrachtet: Die Mittelbarkeit der Grundrechts-

zugunsten privater Schulen, NJW 19. Jg. (1966) S. 1798 ff. Für den Subventionsanspruch nunmehr das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 11. 3. 1966, NJW 1966 S. 1236.

²⁷¹) Siehe Anm. 269.

²⁷²⁾ Siehe Anm. 220, 223, 261 a. E. Ferner Zängl, Schranken S. 65 f.; Loebenstein, Referat S. 61; Pöttgen, Grenzen S. 119 ff. Zur Empfindlichkeit von Grundrechten gegenüber dem Ermessen z. B. BVerfG 8, 71 (76), 274 (325); 13, 153 (160 f.); Obermayer, Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, NJW 16. Jg. (1963) S. 1177 ff. (1180 f).

²⁷³) Siehe dazu nochmals Anm. 141 bis 143 und Anm. 163 bis 167 und den Text hierzu. Ferner Ehlermann, Wirtschaftslenkung und Enteignung, 1957, S. 90 mit Fußn. 130.

²⁷⁴⁾ Zum Problem siehe Friauf, Bemerkungen S. 732, 734, 736 und 737 sowie die dort insbes. in Anm. 64 und 65 Genannten; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 272 ff. Ferner Ehlermann ebd.; Mallmann [Anm. 138] S. 191; Reuß [Anm. 63] S. 16.

²⁷⁵) Siehe zu Vorstehendem nochmals oben A V.

gefährdung erschwert ihre Wahrnehmung, so daß versucht werden muß, durch Publizität auszugleichen. Positiv gewendet: Liegt die Mehrung des Grundrechtsnutzens im Sinne der Grundrechte, so muß sie allen Grundrechtsträgern zugängig sein, und jedermann soll seinen vollen realen Grundrechtsstand erforschen können.

IV.

Eine besondere Rolle kommt dem Grundrecht des Eigent u m s zu²⁷⁶). Als Vermögenszuwendung ist die Subvention immer eigentumsrelevant. Ebenso setzt die Verwendungsauflage im Eigentum an. Spätestens seit Subventionen breitere vermögensbestimmende Funktion erlangt haben, fällt ihre Ordnung daher unter die durch Art. 14 Abs. 1 GG gestellte Aufgabe des Gesetzes, den Inhalt des Eigentums zu ordnen²⁷⁷). Das wird zu wenig gesehen. Die Verfassungsgarantie wird zu gerne negativ - Angriffe auf einen Bestand von Zugeeignetem abwehrend²⁷⁸) — gesehen²⁷⁸), während das Positive — dem Menschen eine situationsgerechte Vielfalt von Formen zur Verfügung zu stellen, in denen er einen eigenen Anteil an der Sachgüterwelt erwerben, haben und erhalten kann — zu wenig Dynamik entfaltet²⁸⁰). Sodann stellen sich Subventionszuwendungen als Anteil am Allgemeinen dar, dessen Zueignung²⁸¹) infolge des hinkenden Synallagma der Subvention schwer zu

 $^{^{278})}$ Siehe zum Verhältnis Subvention — Eigentum zusammenfassend etwa Zängl, Schranken S. 106 ff.; Pöttgen, Grenzen S. 76 ff.; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 274 ff.; weitere Nachw. siehe dort.

²⁷⁷⁾ In dieser Richtung wohl auch Bellstedt, Gesetzliche Grundlage S. 268; Götz, aaO.

²⁷⁸) Nur allzu häufig in dem Sinn: Eigentum ist was nach Art. 14 Abs. 3 GG enteignet werden kann.

²⁷⁰) Siehe z.B. Luhmann, Grundrechte als Institution, 1963, S. 116 f., 122 ff. mit Anm. 43, 45 mit weiteren Nachw. — Ein Beispiel dafür, wie weitgehend diese Funktion des Eigentumsgrundrechts mit der des Gleichheitssatzes identisch ist siehe bei Hans Huber, Öffentlich-rechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchprivaten Eigentums in der Schweiz, in: Staat und Privateigentum, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht Bd. 34, 1960, S. 49 ff. (53) mit Anm. 15.

²⁸⁰) Siehe dazu auch Zacher, Verfassungsentwicklung in Bayern, JöR N.F. Bd. 15 (1966) S. 321 ff. (397).

²⁸¹) Zum Kriterium der Zueignung siehe Dürig, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen seiner Bürger, in: Staat und Bürger, Festschrift für Apelt, 1958, S. 13 ff. (47 ff.).

fassen ist²⁸²). Die Schwierigkeiten der Binnenstruktur der Subvention²⁸³) schlagen sich grundrechtlich nirgends mehr nieder als hier. Aber Subventionszuwendungen müssen in der Sphäre des Empfängers wie Eigentum wirken können. Sie gehen auf kooperativen Einsatz des privaten Eigentums aus und zielen, wenn auch nicht auf Äquivalente, so doch auf Leistungen des Empfängers. Das zieht sie — auch ungeachtet der möglichen Mischung mit echten Austauschverhältnissen — in den Zweckbereich des verfassungsrechtlichen Eigentums herein. Ihre Ordnung muß den erwerbenden Einsatz des Empfängers respektieren²⁸⁴) und verhindern, daß das vorausgesetzte private Eigentum in der Konfrontation und Koordination mit dem Anteil am Allgemeinen aufgelöst oder hybrid²⁸⁵) wird. Subventionsordnung muß also sowohl eigentliche Eigentumsordnung als auch Konfliktsordnung sein.

Die werdende Subvention ist eingespannt zwischen der Chance der Teilhabe am Allgemeinen und dem zweckhaften Aufgehen in der individuellen Eigentumssphäre. Die Erwartung und selbst der Anspruch auf Subvention ist nicht von vornherein Eigentum²⁸⁶). Aber um des Eigentums willen kann sein Schutz nicht unbegrenzt entzogen werden. Rechtssicherheit und Eigentum sind hier wie oft zwei Seiten desselben Problems²⁸⁷). Vorenthaltungen, deren Gegenstand durch fixie-

²⁸²⁾ Kritisch dazu Friauf, Bemerkungen S. 738; siehe auch Götz, Wirtschaftssubventionen S. 280; weitere Nachw. siehe dort. 283) Siehe vor allem zu Anm. 43 bis 47.

²⁸⁴) Siehe Friauf, aaO., mit weiteren Nachw.; siehe auch Götz, aaO. - Zum Problem des Eigentums an Konzessionen, die mit Subventionen verbunden sind, siehe schon Schelcher, Gerichtliche Natur und die Wirkungen der Eisenbahnkonzession in Sachsen, Fischers Zeitschrift Bd. 20 (1899) S. 1 ff., 97 ff., 153 ff. (104 f.).

²⁸⁵) Daran hat — soweit zu sehen — die bisherige Diskussion noch weniger gedacht als an den Schutz des Eigentums. Das berührt sich damit, daß auch die Probleme der Zwecksicherung und des Vorteilsausgleiches bisher entweder nicht gesehen oder nur unzulänglich angegangen wurden (siehe oben A I bis IV). So haben Subventionen ebenso einen ausgesprochen "reichtumsmehrenden" Effekt, wie sie andererseits dazu beitragen, "Verluste zu sozialisieren". ²⁸⁶) Siehe Götz, aaO., S. 278 ff.; mit weiteren Nachw.

²⁸⁷) Das zeigt sich allgemein etwa dort, wo sich Rechtssicherheit und Eigentumsschutz im Problemkreis des Widerrufs von Verwaltungsakten decken (s. zum Problem Dürig [Anm. 281] S. 46 f., insbes. auch Anm. 91; Mosthof, Enteignung und Widerruf von Verwaltungsakten, Diss. Tübingen 1958; ferner Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886, S. 159; Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, 1962, S. 292; Giacometti [Anm. 69] S. 420 mit Anm. 79), wo rückwirkende Normänderungen grundrechtlich relevante Tatbestände tangieren und schließlich die Sicherung des Normbestandes in die Zukunft hinein im Sinne der Grundrechtsentfaltung

rende Tatbestände wie Zusage und berechtigte Einlassung schon in das individuelle Eigentum hineingewachsen sind, müssen auch vom Eigentumsgrundrecht her gewürdigt werden. Dabei muß das Maß zunächst wie für die meisten Veränderungen des Eigentumsstandes direkt aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG genommen werden. Das Institut der Enteignung kommt dagegen nur für einen engeren Kreis der Entziehung oder Minderung durch Zueignung individualisierter Rechte aus Subventionsverhältnissen in Betracht²⁸⁸).

Werden eindeutig empfängergünstige Subventionen nicht allen von mehreren wesentlich gleich disponierten Interessenten zugewandt, so drängt sich das Bild einer umgekehrten Enteignung auf: statt ungleich genommen wird ungleich gegeben²⁸⁹). Aber die Regeln lassen sich nicht einfach umkehren. Die Interessenlage ist nicht reziprok, sondern anders. Enteignung ist Austausch, Subvention jedenfalls nicht typisch Austausch. Entschädigung und Zuwendung resultieren aus jeweils anderen Komponenten. Vor allem aber wendet sich der Konflikt nach außen. Die Dritten rechnen sich den ausgebliebenen Vorteil als Nachteil an. Aber die von den Begriffen Sonderopfer und Sondervorteil diskriminierten Differenzen können schon nicht ohne Rücksicht auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis gleich bewertet und behandelt werden; und erst recht nicht ohne Rücksicht darauf, daß der Sondervorteil An-

289) Dazu nochmals Anm. 274; siehe auch Anm. 263.

liegt (siehe dazu Z a c h e r [Anm. 280] S. 340; zum Problem vor allem auch L e r c h e [Anm. 112] S. 270 ff.). Wo Rechtssicherheit sich auf individualbezogene vermögenswerte Positionen bezieht, ist sie nicht vom Grundrecht des Eigentums zu lösen, ebensowenig wie Eigentumsordnung (Art. 14 Abs. 1 GG) anders als rechtsstaatlich zu denken ist (siehe etwa die Hinweise bei Z a c h e r ebd. S. 397 oben). Nur eben die Gleichsetzung von Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) und Enteignungsobjekt (Art. 14 Abs. 3 GG), die unsere Eigentumsdiskussion beherrscht, führt dazu zu sagen: "Erst im Zeitpunkt der Inswerksetzung schneiden sich Widerrufs- und Eigentumslehre (Widerruf von jetzt ab grundsätzlich ausgeschlossen, Eigentumsschutz beginnt), um dann wieder auseinander zu gehen (Widerruf unter sehr engen Voraussetzungen zwar noch möglich, aber stets entschädigungspflichtig)" (Dürig, aaO., S. 46).

²⁸⁸) Die übliche Behauptung, Subventionen seien kein Eigentum (z.B. Dürig, aaO., S.53; Wolff, VerwR I S.378), ist also zu einfach. Siehe nochmals Anm. 282 und ergänzend etwa Zimmer, Die durch eigene Leistung und eigenen Kapitalaufwand erworbene öffentlich-rechtliche Rechtsposition, DÖV 16. Jg. (1963) S. 81 ff. (83); speziell für Subventionen Giacometti[Anm. 69] S. 420 mit Fußn. 79. — Siehe zum Vorstehenden auch die Bemerkungen bei Ehlermann, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, 1957, S. 90.

teil am Allgemeinen, das Sonderopfer Verlust von Eigenem ist. Die Benachteiligten sind deshalb grundsätzlich auf den Gleichheitssatz verwiesen²⁹⁰), während erst der finale oder effektive ungleiche Angriff auf das bestehende Eigentum dessen Schutz auslöst. Diese Formel freilich ist erst die Verschnürung eines ganzen Pakets von Problemen²⁹¹). Durch das Problem, wann Subventionen auf eine Auswahl möglicher Empfänger beschränkt werden dürfen — etwa um zu "klotzen" statt zu "kleckern" - werden erst allmählich Schneisen gelegt²⁹²). Und die hinter der üblichen Geheimniskrämerei stehende Angst, eine egalitär bestimmte Offenlegung könnte dazu zwingen, Mittel unter Verlust an Effekt zu verstreuen²⁹³), ist deshalb pragmatisch betrachtet so unberechtigt nicht. Der Anspruch auf Gleichbehandlung der sachwidrig Ausgeschlossenen scheint gegeben^{293a}), stößt aber dort, wo der Gesetzgeber selbst die Grenze gezogen hat²⁹⁴), auf Sanktionsschwierigkeiten²⁹⁵). Wird allein ein überhöhter Vorteil kritisiert, so haben die Ausgeschlossenen keinesfalls Anspruch auf gleiche Gewährung des unrechten Vorteils296). Ihr Schutz durch das Eigentumsgrundrecht ist dogmatisch nur soweit gesichert, als es zur Zweckbestimmung der Subvention gehört, auf das Eigentum Dritter lenkend einzuwirken²⁹⁷). Wie weit gegen den Subventionsträger jedoch zurückgegriffen werden kann, wenn er Eigentum nur mittelbar und effektiv beeinträchtigt, indem er die Subventionsempfänger falsch auswählt oder zu hoch bevorteilt, ist nach differenzierenden Kriterien zu bemessen, die hier nicht weiter entwickelt werden können²⁹⁸).

²⁹⁰⁾ Siehe Ehlermann [Anm. 288] S. 90.

²⁹¹⁾ Das beweisen etwa die Differenzierungsversuche bei Friauf, Bemerkungen S. 732 f., 736; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 274 f. 292) Siehe oben Anm. 219 und 254; Scholz [Anm. 144] S. 140 f.; Reuß [Anm. 63] S. 16. Siehe nunmehr vor allem Ipsen, Referat S. 283 ff. und seine Hinw.

²⁹³⁾ Siehe nochmals Schneider-Gädicke, Kredit S. 30 f. 293a) Siehe insbes. Friauf, Bemerkungen S. 737; ferner OVG Berlin, Urteil vom 8. 6. 1966, DVBl. 1967 S. 92 f. mit weiteren Nachw.; ferner Anm. 263, 290.

²⁹⁴⁾ Siehe dazu vor allem Münch [Anm. 263].

²⁹⁵) Siehe etwa Schumann, Die Problematik der Urteils-Verfassungsbeschwerde bei gesetzgeberischem Unterlassen, AöR Bd. 88 (1963) S. 331 ff.; zuletzt Hermann Weber [Anm. 270] S. 1799 mit zahlr. Nachw.; zur einschlägigen Rechtsprechung des BayVerfGH siehe Zacher [Anm. 280] S. 366. — Siehe zum Text ferner Pöttgen, Grenzen S. 45 ff. mit weiteren Nachw.

²⁹⁶) Siehe z.B. bei VerfGH 15, 21; 16, 7 (9) mit weiteren Nachw. ²⁹⁷) Siehe Friauf, Bemerkungen S. 732 f., 737 mit weiteren

Nachw.

²⁹⁸) Siehe oben Anm. 291, insbes. Friauf, aaO., S, 732.

²⁴ Veröffentlichungen der Staatsrechtslehrer, Heft 25

C. Die vermittelte Subvention

I.

Eine bisher vernachlässigte Erscheinung ist die Subventionsvermittlung. Vor allem die Leistungssubvention wird weithin über private Vermittler ausgereicht. Damit entsteht eine Vielfalt völlig neuer Interessenlagen und Ordnungsbedürfnisse. Rechtspolitisch und dogmatisch grundsätzlich unbeachtet²⁹⁹), blieben die Probleme weithin unzuständigen und unzulänglichen Ordnungsinstrumenten³⁰⁰) überlassen.

Die Subventionsvermittlung ist in einem traditionslosen Pragmatismus so vielerlei Bedürfnissen nachgegangen, daß es auf Anhieb kaum möglich ist, Kategorien zu bilden. Es sei fürs erste versucht, mit drei Grundtypen auszukommen: dem instrumentalen Vermittler, dem selbständigen Vermittler und dem weiterreichenden Subventionsempfänger³⁰¹).

TT.

Unter dem instrumentalen Vermittler seien hier Privatrechtssubjekte verstanden, die dazu bestimmt sind, Subventionen auszureichen. Meist handelt es sich um Gesellschaften, an denen mehrere öffentlichrechtliche Träger oder diese zusammen mit privatrechtlichen Verbänden und Gesellschaften beteiligt sind³⁰²). Sie stehen mehr oder weniger unter

302) Zu denken ist hier vor allem an öffentliche und gemischtwirtschaftliche Kreditinstitute in privater Rechts-

²⁹⁹) Symptomatisch dafür ist, daß selbst die umfassende Untersuchung von Götz (Wirtschaftssubventionen) dem Gegenstand keine zentrale Erörterung widmet. Auch das Sachverzeichnis weist unter allen in Betracht kommenden Stichworten nur das der "Einsatzstelle" auf (S. 340).

³⁰⁰⁾ Ein trotz seiner Unzulänglichkeit verbreitetes spezifisches Ordnungsinstrument stellen die zwischen den Subventionsbehörden und den Zentralen und Verbänden der subventionsvermittelnden Banken getroffenen Abreden dar (siehe dazu unten Anm. 319).

³⁰¹⁾ Der Vollständigkeit halber muß hier auch noch die Beteiligung privater Träger an der Subventionskontrolle genannt werden; siehe etwa das Beispiel der Kontrolle der Düngemittelsubvention durch die Deutsche Revisions- und Treuhand-AG (Hansmeyer, Staatshilfen S. 143). Treuhandgesellschaften sind darüber hinaus als Gutachter und öffentliche Berater am Vollzug von Kreditprogrammen beteiligt (Schneider-Gädicke S. 23). Die Machtstellung, die auf diese Weise privaten Stellen zuwachsen kann, auch wenn — was sie vom Subventionsvermittler im Sinne dieser Abhandlung unterscheiden würde — die Mittel nicht durch ihre Hand flössen, bedarf keiner Hervorhebung. Auch diese Erscheinung ist rechtsdogmatisch — soweit zu sehen — noch nicht grundsätzlich aufgegriffen worden.

dem Einfluß öffentlicher Träger303). Wie versteckt dieser allerdings sein kann^{303a}), beweist das Beispiel gewisser Kreditgarantiegemeinschaften³⁰⁴). Sie übernehmen Bürgschaften zulasten von Haftungsfonds, die vor allem aus öffentlichen Mitteln gespeist werden. Der Staat ist weder Gesellschafter noch an den regulären Gesellschaftsorganen beteiligt³⁰⁵). Aber die Bürgschaften werden von einem besonderen Ausschuß bewilligt306), in dem zwei Vertreter des Landes über ein absolutes Veto verfügen³⁰⁷). Der Bürger kann seine Ablehnung also allein von den Staatsbeauftragten "verpaßt" bekommen, ohne den Staat im Entscheidungsträger auch nur zu ahnen.

Die Problematik des instrumentalen Subventionsvermittlers ist Umgehungsproblematik. Die Grundform, die hier vermieden wird, ist die rechtsfähige Verwaltungseinheit³⁰⁸) ^{308a}).

form (siehe etwa Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht IS. 121 ff., 146, 523 ff.). Einen Überblick für den Bereich des Bundes gibt Scholz [Anm. 144]. Eine wichtige Ergänzung stellen die sog. Kreditgarantiegemeinschaften dar (siehe dazu vor allem: Der Bund als Finanzier, 1965, S. 39 ff., 98 ff.; siehe auch Hans Menzel. Die Mitwirkung der Hausbanken bei der Vergebung und Verwaltung öffentlicher Kredite. 1960, S. 105). — Spezifische Formen des instrumentalen Vermittlers finden sich vor allem im Bereich der Wissenschaftsförderung (siehe dazu Zierold, Die Deutsche Forschungsgemeinschaft als Selbstverwaltungsorganisation der Wissenschaft, DÖV 13. Jg. [1960] S. 481 ff.; dens., Selbstverwaltungsorganisationen der Wissenschaft in der Bundesrepublik, DÖV 14. Jg. [1961] S. 686 ff.). — Siehe zum Vorstehenden auch Köttgen, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR N. F. Bd. 11 (1962) S. 173 ff. (290 ff.).

303) Siehe allgemein § 48 RHO.

303a) Zu der für den Bürger unerkennbaren Abhängigkeit des privatrechtlichen Vermittlers vom Staat siehe Bachof [Anm. 220] S. 64.

304) Siehe zu dieser Erscheinung Anm. 302.

305) Das gilt nur für Bund und Länder. Öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten sind dagegen beteiligt, insbes. öffentliche Kreditinstitute und öffentlich-rechtliche Standesorganisationen.

306) Dieser Ausschuß wird in den von den Kreditgarantiegemeinschaften ausgegebenen Richtlinien nur als solcher, nicht in seiner Zusammensetzung genannt, Siehe z.B. die Bürgschaftsrichtlinien der Kreditgarantiegemeinschaft für den Gemüse-, Obst- und Gartenbau, Köln GmbH, Abschn. III Nr. 3 (Der Bund als Finanzier, 1965, S. 41; entsprechende Vorschriften ferner ebd. S. 101 und 106).

307) Diese Vorschrift findet sich dann in dem nicht veröffentlichten

Gesellschaftsvertrag.

308) Zum Problem auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 121 ff.; Scholz [Anm. 144] S. 129 mit weiteren Nachw.

308a) Eine verwandte, gleichwohl spezifische Problematik bietet sich dar, wenn öffentlich-rechtlich organisierte Kreditanstalten privatrechtlich tätig werden (müssen); siehe dazu Scholz [Anm. 44] S. 134, 138, 152 f. Doch kann darauf hier nicht weiter eingegangen werden.

Der Staat sieht die Subvention als seine Aufgabe an und zugleich will er sie von einem selbständigen Träger — vielleicht auch unter Beteiligung Dritter — wahrgenommen wissen. Würde er korrekt verfahren und zu diesem Zweck eine Stiftung, Anstalt oder Körperschaft des öffentlichen Rechts ausgründen, so wäre die Situation des Bürgers der bei Ausreichung unmittelbar durch den Staat qualitativ gleich. Hinzu käme nur das Hintergrundsproblem der Finanzausstattung, das im Bereich der öffentlichen Finanzverfassung läge. So aber nimmt der Staat die Chance des Zweifels an der Ausschließlichkeit des öffentlichen Rechts für die Subvention wahr, um organisatorisch den privatrechtlichen Weg zu gehen, womit dann auch die Subventionsrechtsbeziehung endgültig in das private Recht hinübergezogen erscheint.

Der Subventionsempfänger darf dadurch nicht schlechter gestellt werden, als er stehen würde, wenn der Staat oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts ihm unmittelbar gegenüberträte. Der Staat darf sich auch durch dieses Changieren ins private Recht nicht von Bindungen ausnehmen, denen er an sich unterliegt³⁰⁹). Das ist freilich leichter gesagt als getan. Nicht nur wegen der Schwierigkeiten der Transposition, die mit dem Einbau genuin öffentlichrechtlicher Sicherungen ins private Recht verbunden sind³¹⁰). Vielmehr:

³⁰⁹⁾ In der Tendenz übereinstimmend für die Staatsaufsicht, Forsthoff [Anm. 75] S. 484 ff.; für die Grundrechtsgeltung Reuß [Anm. 38] S. 267 f. — Die Problematik wurde bisher vor allem im Hinblick auf die sog. "Werbetöchter" der Rundfunkanstalten diskutiert. Auch dabei herrscht in der Tendenz die Auffassung des Textes: Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 8. Jg. (1953) S. 193 ff. (198); Löffler, Private Wirtschaftswerbung der öffentlichen Rundfunkanstalten, Betriebsberater 11. Jg. (1956) S. 729 ff. (730); Hamann, Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 10. Jg. (1957) S. 1422 ff. (1424); Hans Schneider, Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Werbesendungen im Rundfunk- und Fernsehprogramm — Rechtsgutachten — 1957, S. 20; Mallmann [Anm. 138] S. 203 f.; Ullrich-Thomsen, Zur Ausgliederung des Werbefunks aus den Rundfunkanstalten, DÖV 15. Jg. (1962) S. 245 ff. (246). Schon mehr die Negation der Umgehung als solche steht im Vordergrund bei Herbert Krüger, Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, 1960, S. 85 ff., 92, 151 ff. — Siehe aber auch Bettermann, Diskussionsbeitrag, VVDStRL Heft 19 (1961) S. 254: "Sie müssen an das Ausweichen in diese Rechtsform gehen, es bremsen oder kontrollieren, aber nicht juristische Personen des Privatrechts mit zweierlei Bedeutung, des reinen Privatrechts und solchen mit öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbes. des Verfassungsrechts, schaffen." - Siehe ergänzend Anm. 312.

³¹⁰⁾ Siehe dazu vor allem die Erfahrungen auf dem Gebiet der sog. "Drittwirkung" der Grundrechte.

Der Prototyp, daß der Staat sich beteiligt, sich Einfluß sichert und dann auch noch die Mittel hinfließen läßt, damit sie von dem privaten Träger ausgereicht werden, ist selten. Liegen nicht alle Indizien zugleich vor, auf welches soll es ankommen? Diese Frage kann hier nur gestellt werden; sie beantworten zu wollen, würde zu weit führen³¹¹).

Die Gefahr der Umgehung besteht übrigens nicht nur hinsichtlich der Rechtsstellung des Bürgers, sondern auch hinsichtlich der Staatsorganisation selbst. Beispiel: das bundesstaatliche Ärgernis der privatrechtlichen Alternativen zu Art. 87 GG³¹²).

III.

Steht der instrumentale Vermittler in Analogie zur rechtsfähigen Verwaltungseinheit, so erinnert der selbständige

311) Siehe zu den Problemen auch die in Anm. 309 Zitierten. — Nicht alle privaten Vereinigungen, denen sich der Staat anschließt, um sie zu subventionieren, können deshalb in eine quasi-staatliche Pflichtstellung einrücken. Auch auf die objektive Funktion kann es nicht immer ankommen. Oft wird diese nur schwer zu erkennen sein. Und wo sie evident ist, ist sie einer - freilich auch erst noch zu entwickelnden — eigentümlichen Bindung zugängig (siehe unten III), so daß die Erörterung vom Subjekt her zurücktreten kann. Die Lösung muß wohl vor allem im Stichwort "Umgehung" gesucht werden. Es ist zu fragen, ob alles, was insgesamt unternommen wird, den Vollzug eines staatlichen Subventionsprogramms darstellt oder substituiert, oder ob der Staat eine gesellschaftliche Aktion unterstützt. Das wird nach dem verfolgten öffentlichen Zweck, nach der Evidenz der staatlichen Verantwortung, nach der Bestimmungsmacht des Staates und nach dem Anteil am Aufwand konkret zu beurteilen sein. Wählt der Staat in diesem Sinne für den Vollzug seines Subventionsprogramms den Weg über private Stellen, so kann und muß der Bürger unmittelbar vor den Nachteilen einer Umgehung geschützt werden. Unterstützt der Staat dagegen eine gesellschaftliche Aktion, so wird man zu fragen haben, ob der Staat nicht selbst ein Programm durchführen müßte, oder auch ob er es nach dem Gegenstand und den Methoden der Aktion verantworten kann, sie zu fördern, ferner wie er diese Förderung zu gestalten hat. Aber man darf die Träger der Aktion deshalb nicht unmittelbar in die Pflichtstellung des Staates einweisen.

312) Siehe Götz, Wirtschaftssubventionen S. 312 ff.: "Dabei ist nicht zu fordern, daß privatrechtliche Gesellschaften, die mit einem Gesellschaftsvertrag ins Leben gerufen zu werden pflegen, statt dessen durch Bundesgesetz errichtet werden müßten, wenn sie mit Aufgaben der Bundesverwaltung betraut werden sollen; ausreichend und erforderlich ist, daß ein Bundesgesetz die Verwaltungskompetenzen auf die Rechtssubjekte privaten Rechts überträgt." (S. 314). Aber wo tut ein Gesetz solches? Deshalb ist die vorhergehende Feststellung, "der Vollzug von Wirtschaftssubventionen durch privatrechtlich organisierte Rechtsträger" sei "verfassungs-

Vermittler an den Beliehenen³¹³): Eine nicht als ganzes einem öffentlichen Zweck gewidmete Person des privaten Rechts wird in den Vollzug eines Subventionsprogramms einbezogen.

Die praktisch wichtigste Gruppe bilden die sogenannten Hausbanken³¹⁴) und ihre Zentralen, die auf die verschiedenste Weise in eine große Zahl von Subventionsprogrammen einbezogen sind³¹⁵) ³¹⁶). So gut wie alle Kreditprogramme laufen über die Banken, die dadurch in eine neue öffentliche Funktion³¹⁷) hineingewachsen sind. Sie wird ihnen regelmäßig auf eine dem sonstigen Stand des Subventionsrechts gemäße "krumme Tour" zugeschoben. Öffentliche Subventionsträger stellen Subventionsleistungen bereit, machen sie aber von der Beteiligung einer Hausbank abhängig. Dabei wird fast immer die Verwaltung des Kredits durch die Hausbank verlangt. häufig auch die Übernahme des primären und immer mehr auch eines Teils des endgültigen Risikos durch die Bank³¹⁸). Sie wird nicht unmittelbar in Pflicht genommen. Die Stelle. welche die Subvention verwaltet, erläßt aber - meist durch eine Abart von Kollektivvertrag mit den Zentralen der ver-

rechtlich unbedenklich" (S. 313), so allgemein nicht gerechtfertigt. — Zum Problem im allgemeinen siehe BVerfG 12, 205 (244, 246 ff.); Zeidler [Anm. 138] S. 215; Krause, Die Zuständigkeit zur Ordnung des Rundfunkwesens in der Bundesrepublik Deutschland, 1960, S. 108; sehr bundesfreundlich Köttgen [Anm. 302] S. 297 f. — Siehe im übrigen zur bundesstaatlichen Problematik unten DIII.

³¹³) Für Gleichstellung der an den Subventionsprogrammen beteiligten privaten Kreditinstituten mit beliehenen Unternehmern: Hamann, Öffentliche Kredite und Bürgschaften, Betriebsberater 8. Jg. (1953) S. 865 ff. (866 f.); Scholz [Anm. 144] S. 154 f., der aber auch auf Bedenken hinweist. Differenzierend Henze, Finanzhilfen S. 92 ff.; Zuleeg, Rechtsformen S. 90 ff.; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. 1965, Randn. 47 zu § 40; siehe auch Plöchl, Referat S. 69 f.

³¹⁴⁾ Siehe dazu vor allem Menzel [Anm. 302]. Ferner Flessa [Anm. 124] S. 118; Henze, Finanzhilfen S. 33 f., 60 ff., 90 ff.; Zuleeg, Bürgerlich-rechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger aufgrund Verwaltungsakts, Diss. Erlangen 1959, S. 127 ff.; ders., Rechtsform S. 89 ff.; Schneider-Gädicke, Kredit S. 33 ff.

³¹⁵) Siehe dazu die in den Sonderausgaben der Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen [Anm. 20] angegebenen "Antragswege".

³¹⁶) Einen anderen Beispielsbereich des instrumentalen Vermittlers bilden die Verbände, soweit sie in den Vollzug von Kreditprogrammen eingeschaltet sind (siehe Anm. 232 ff.).

³¹⁷⁾ Abgesehen von allem Folgenden wächst den Banken eine spezifische Funktion schon durch ihren Informationsvorsprung zu; siehe Schneider-Gädicke, Kredit S. 39.

³¹⁸⁾ Siehe zum Vorstehenden vor allem Menzel [Anm. 302]; siehe auch Henze, aaO., insbes. S. 90 ff.

schiedenen Bankgruppen³¹⁹) — Richtlinien, die beachtet sein müssen, wenn die Subvention gewährt werden soll. Regelmäßig versperrt das "nein" der Banken die Subvention, während das "ja" meist erst den Weg zur subventionsverwaltenden Stelle eröffnet, mitunter aber auch mit einer gewissen Automatik den Zugang zur Subvention sichert³²⁰).

Die Banken behalten im wesentlichen ihre ursprüngliche Funktion, wenn die Subvention in Krediterleichterungen besteht, also anderweit beschafften Kredit voraussetzt (Hauptbeispiel: Bürgschaften)³²¹) ³²²). Das Besondere ist dann zunächst nur das Monopol: Nur Bankkredite werden subventioniert³²³). Eine gewisse Verfremdung der Bankfunktion ist aber auch sonst nicht zu verkennen. Die Banken unterwerfen Kredite in diesem Rahmen besonderen Kriterien, die mit der erwarteten staatlichen Hilfe oder Sicherung, deren besonderen Bedingungen und der ständigen Zusammenarbeit mit den öffentlichen Subventionsträgern zusammenhängen³²⁴).

Die Verfremdung der Bankfunktion zum Öffentlichen hin³²⁵) wird jedoch offenkundig, wenn der Kredit selbst die Subvention darstellt — und zwar auch dann, wenn die Banken, um ihr treuhänderisches Interesse zu stimulieren, einen Risikoanteil übernehmen müssen. Wäre der Kredit, so wie er ausgereicht wird, am Kreditmarkt zu haben, dann brauchte ihn der Staat nicht zu übernehmen, und dann könnte er damit auch kaum öffentliche Zwecke entscheidend fördern³²⁶). Obwohl das nicht selten verschleiert wird, muß die Bank also entscheiden, ob sie sich an der Subvention beteiligt, nicht aber

³¹⁹⁾ Siehe Henze, aaO., S. 92; Menzel, aaO., S. 85 f. und passim.

³²⁰⁾ Siehe auch dazu vor allem Menzel [Anm. 302]; siehe auch Schneider-Gädicke, Kredit S. 37 ff.

³²¹⁾ Siehe Henze, Finanzhilfen S. 73 ff.; Menzel, aaO., S. 100 f. 322) Ein anderes Beispiel stellen die Zinsverbilligungen dar. Siehe dazu Hansmeyer, Staatshilfen S. 204 ff. Zur Funktion der Bank siehe in diesem Zusammenhang Menzel, aaO., S. 115 ff. Siehe zu den Zinszuschüssen auch Schneider-Gädicke, Kredit S. 76 f.

³²³⁾ Siehe dazu die Darstellung der Bürgschaftsprogramme in: Der Bund als Finanzier, 1965, S. 120 ff.

 $^{^{324}}$) Menzel, aaO., S. 100: "Bei allen öffentlichen Bürgschaftsaktionen gibt das Einstehen des Staates für einen einzelnen Schuldner diesem eine besondere Vorzugsstellung." Siehe auch Henze, Finanzhilfe S. 73 ff.

³²⁵⁾ Siehe Plöchl, Referat S. 70; siehe auch Henze, Finanzhilfen S. 33. — Diese Verfremdung liegt auch schon in der Verwaltung und Überwachung von Krediten der öffentlichen Hand durch die Banken (Scholz [Anm. 144] S. 153; a. A. Henze, aaO., S. 92). Siehe auch Anm. 301.

³²⁶⁾ Siehe Anm. 98; siehe auch Menzel, aaO., S. 34 f.

ob sie wie sonst einen Kredit ausreicht. Sowohl nach den Maßstäben als auch nach den Wirkungen ihrer Entscheidung handelt also die Bank mehr oder weniger ausschließlich an Stelle des Subventionsträgers³²⁷).

Die Problematik, die sich für den Zugang zur Subvention aufdrängt, wiederholt sich innerhalb des Subventionsverhältnisses, seines Vollzugs und seiner Abwicklung³²⁸). Eine befriedigende Lösung kann nur aus der sachgerechten Erfassung und Durchbildung des ganzen Subventionsverhältnisses kommen. Das kann hier auch nicht im Ansatz³²⁹) unternommen werden, weil, angefangen von der Zahl der Beteiligten (nämlich neben Träger, Empfänger und Mittler noch weiterleitende Banken, Bankzentralen und weitere Träger) bis zu der Alternative, ob die Rechtsverhältnisse jeweils alle oder nur Paare oder Gruppen von Beteiligten verbinden sollen, allzuviele Gestaltungen denkbar und notwendig sind, um den verschiedenen Subventionstypen gerecht zu werden. Es kann nur vermerkt werden, daß die Bildung in sich geschlossener, die Beziehungen Träger-Empfänger, Empfänger-Mittler, Träger-Mittler ganz und harmonisch aufnehmender Ordnungskonzeptionen der Subventionsvermittlung bisher kaum auch nur versucht wurde. Die vorhandenen partikularen Regelungsinstrumente³³⁰) sind meist nur fähig, den gesunden Fall voranzubringen, während der kranke Fall entweder auf der Basis der Bankkulanz, der Unsicherheit der Verwaltung und der Ab-

³²⁷⁾ Menzel, aaO., S. 87: "Die besonderen Schwierigkeiten der Kreditwürdigkeitsprüfung durch die Hausbanken liegen darin, daß es sich bei den aus öffentlichen Mitteln zu gewährenden Krediten sehr oft um Kreditfälle handelt, bei denen die Banken es ablehnen, sich mit eigenen Mitteln zu engagieren und die sie jetzt doch so prüfen sollen, als ob sie selbst den Kredit geben würden." S. 88: "Ferner ist es für die Hausbanken unbedingt erforderlich, daß sie sich auch mit den wirtschaftspolitischen Zielen, die mit den zentralen Kreditaktionen angestrebt werden, vertraut machen, wenn sie den ihnen bei der Prüfung der Kreditanträge erwachsenden Aufgaben in vollem Umfange gerecht werden wollen." Siehe auch S. 79, 91 f., 93 f.; Henze (Finanzhilfen S. 61), Scholz ([Anm. 144] S. 152 f.) und Eyermann-Fröhler ([Anm. 313] § 40 Randn. 47) knüpfen an diese besondere Funktion die Charakterisierung der Bank als beliehener Unternehmer.

³²⁸⁾ Zu Einzelproblemen siehe vor allem Menzel, aaO., Abschn. E III (S. 134 ff.) und F (S. 151 ff.).

³²⁹⁾ Versuche bei Flessa [Anm. 124] S. 118 f.; Henze, Finanzhilfen S. 90 ff.; Zuleeg [Anm. 314] S. 127 ff.; dems., Rechtsform S. 94 f.

³³⁰⁾ Behördliche Richtlinien, Richtlinien der zentralen Bankinstitute, Quasi-Kollektivverträge (Anm. 319), Bewilligungsakte, Individualverträge zwischen Subventionsempfänger und Behörde oder Kreditinstitut.

hängigkeit des Empfängers geschlichtet wird oder in einem solchen Abgrund von Rechtlosigkeit versinkt, daß er — wie die Entwicklung zeigt — nicht einmal mehr eine dogmatische Provokation abgibt. Wenn das Bundesverwaltungsgericht³³¹) annimmt, ein- und dieselbe Darlehensrückzahlung könne zugleich von der Verwaltung öffentlichrechtlich, von der Bank privatrechtlich gefordert und durchgesetzt werden, zeigt das, wie niedrig die Nachfrage nach einer widerspruchsfreien Ordnung hier ist³³²).

Wie auch immer diese Lösungen aber im einzelnen aussehen mögen, jedenfalls müssen sie der Maxime folgen, daß der Status des Bürgers durch das Ausweichen auf den Mittler nicht geschmälert werden darf³³³). Das kann schon für die krediterleichternde Subvention nicht unbeachtet bleiben. Wo sie gewährt wird, ist vielmehr zu fragen, ob ihr Zweck gleichheitsgerecht erfüllt wird, wenn die primäre Zuteilungsfunktion einer begrenzten Gruppe von Kreditgebern zufällt³³⁴). Wo aber — wie bei der hausbankvermittelten Kreditsubvention — der Mittler die Verwaltung der Subvention unmittelbar mit oder allein übernimmt, muß die Maxime die ganze Gestaltung bestimmen. Der Mittler muß dann mit Wirkung auch gegenüber dem Empfänger gebunden sein. Das kann jedenfalls hinsichtlich des Zugangs zur Subvention nur durch allgemeine Norm geschehen³³⁵). Diese allgemeine Norm kann weder in

³³¹⁾ BVerwG 13, 307 (310 f.).

³³²⁾ Siehe dazu auch Götz, Wirtschaftssubventionen S. 62. Siehe zum Vorstehenden ferner Henze, Finanzhilfen S. 90 ff.; Scholz [Anm. 144] S. 169 ff.

³³³⁾ Siehe dazu vor allem die Überlegungen bei Henze, aaO.; Zuleeg, Rechtsform S. 89 ff. — Speziell zum Problem des Rechtsschutzes siehe Scholz [Anm. 144] S. 155 ff., 174 ff.; Eyermann-Fröhler [Anm. 313] Randn. 47 zu § 40; siehe auch Flessa, Urteilsanmerkung, NJW 12. Jg. (1959) S. 403 f. Dazu ferner Schüle, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft (Schlußwort), VVDStRL Heft 11, 1954, S. 143 ff. (145). — Siehe auch nochmals die übrigen Hinweise in Anm. 329.

³³⁴⁾ Zur tatsächlichen Seite siehe die Darstellungen bei Schneider-Gädicke, Kredit, und Menzel [Anm. 302] je passim.

³³⁵⁾ Siehe z.B. Siebert-Mezger, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 1959, Randn. 7 ff. vor § 145; speziell zum Subventionsrecht siehe Zuleeg, Rechtsform, S. 67. Wenn Siebert-Schmidt (Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 1959, Randn. 21 vor § 305) behaupten, der Kontrahierungszwang könne "durch Verwaltungsakt, aber auch von der Rechtsprechung begründet sein", so stellt er in diesem Zusammenhang — vor allem gegenüber der Norm — inkommensurable Größen nebeneinander. Der Verwaltungsakt bedarf, um einen Kontrahierungszwang aufzuerlegen, der entsprechenden gesetzlichen Grundlage. Die Rechtsprechung kann den Kontrahierungszwang nicht auferlegen, sondern nur als vorgefunden konsta-

Verwaltungsrichtlinien noch etwa in Abmachungen zwischen den Verbänden der Banken und den Subventionsträgern gesehen werden³³⁶). Sie kann auch nicht aus der allgemeinen Stellung der Banken entnommen werden. Dadurch, daß der Staat gewisse Subventionen nur über Banken ausgibt, erwächst nicht schon jeder einzelnen Bank die Pflicht, entsprechende Anträge zu übernehmen³³⁷). Ein so breit gestreutes Gruppenmonopol führt nicht zum Kontrahierungszwang³³⁸).

tieren. Sie wird ihn aus einer Norm entnehmen müssen. Ob sie diese Norm dabei aus präzisen Gesetzesvorschriften ableitet, den Generalklauseln des Privatrechts entnimmt, im Wege der Analogie entwikkelt oder aus der allgemeinen Rechtsüberzeugung schöpft, ist eine andere Frage. Doch schafft auch hier der Vorbehalt des Gesetzes eine Zäsur — je nachdem von wem und für wen der Kontrahierungszwang in Anspruch genommen wird. Im hier interessierenden Zusammenhang scheint auf den ersten Blick der Vorbehalt des Gesetzes nicht einzugreifen; denn nicht die Verwaltung soll die Bank in Anspruch nehmen können, sondern der Bürger. Dem gegenüber stellt sich aber die Frage, ob nicht gerade der Gesetzesvorbehalt umgangen wird, indem den Banken ohne gesetzliche Grundlage eine Funktion zugeschoben wird, die sie in die Verlegenheit des Kontrahierungszwangs bringt. Wichtig ist zunächst jedoch allein, daß der Kontrahierungszwang der normativen Grundlage bedarf, und daß gegenwärtig nicht nur ausdrückliche gesetzliche Vorschriften zu Lasten der Banken fehlen, sondern daß auch die bisher entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze über den Kontrahierungszwang (in der zwischenbürgerlichen Dimension) keine Abschlußpflicht der Banken ergeben.

336) Siehe Menzel [Anm. 302], S. 85 ff.

337) Das kann nicht mit der Leistungspflicht etwa des Einzelhändlers im Rahmen der Zwangsbewirtschaftung (siehe z.B. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1964, S. 50 f.) gleichgestellt werden. Bei der Zwangsbewirtschaftung handelt es sich um ein verpflichtendes allgemeines System. Ferner geht es dabei um unmittelbar lebenswichtige Leistungen. Schließlich aber ist zwischen der Leistung von Waren und der Übernahme eines Kredits ein erheblicher Unterschied in den Risikostrukturen, der im letzteren Fall zu einer gesteigerten normativen Präzisierung des Kontrahierungszwangs führen müßte.

338) Siehe für das Arztrecht Zacher, Der Ärztestreik als Rechtsproblem, Zeitschrift für Sozialreform, 12. Jg. (1966), S. 129 ff., insbes. S. 153 ff., S. 159 ff. — Anders zu beurteilen ist der Fall, an den Siebert-Schräder (Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 1962, § 826, Randn. 101) erinnern: Ein Anwaltsverein beschließt, daß Rechtsanwälte Sachen, in denen Rechtskonsulenten tätig waren, nicht übernehmen dürfen. Hier wird das Gruppenmonopol als solches ausgespielt (siehe Benisch, im Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., § 26 Abs. 2, Randn. 36 a. E.). Auch außerhalb der Zwangsbewirtschaftung, des Monopolrechts (§ 826 BGB, §§ 22, 26 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) wird eine Abschlußpflicht öffentlicher Versorgungsträger anerkannt, die von deren Monopolstellung unabhängig sein soll (siehe z. B. Larenz, [Anm. 337], S. 44 ff., insbes. S. 47, mit weiteren Nachw.). Doch wird diese Annahme auf die Versorgung mit

Der gegenwärtig auf dem Gebiet der Kreditsubventionen herrschende Zustand ist deshalb rechtswidrig. Entweder die Banken werden normativ³³⁹) in eine angemessene Rechts- und Pflichtstellung eingewiesen; oder die öffentliche Subventionsverwaltung hält wenigstens die Möglichkeit eigener Entscheidung über den Zugang zur Subvention und ihre Gestaltung offen³⁴⁰). Dies ist selten³⁴¹), jenes kaum der Fall³⁴²).

IV.

Der weiterreichende Subventionsempfänger kann nur als typologischer Merkposten erwähnt werden. Er subventioniert nicht. Seine Stellung ergibt sich aus der technischen Entscheidung, öffentliche Zuwendungen stromauf-

wohl im physischen Sinne lebenswichtigen Gütern beschränkt. Somit braucht sie hier nicht weiter auf ihr Verhältnis zu den Grundsätzen über die Kontrahierungspflicht des Monopolisten und vor allem auf ihre Übereinstimmung mit dem Verwaltungsrecht des Rechtsstaates untersucht zu werden. — Der Eindruck juristischer Vernachlässigung, den der Problemkreis der Hausbanken schon bisher gemacht hat, wird jedenfalls dadurch vertieft, daß er — soweit zu sehen — auch unter dem Stichwort des "Abschlußzwangs" oder "Kontrahierungszwangs" noch nicht erörtert ist.

339) Durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes. Zumindest unklar insoweit Zuleeg, Rechtsform, S. 94: "Verweigert die Privatbank einem Bürger zu Unrecht den Kredit, dann ist es Aufgabe des Hoheitsträgers, die Bank zur Hingabe des Darlehens anzuhalten. Das Mittel dazu ist das mit der Bank bestehende Rechtsverhältnis; der Hoheitsträger muß darin entsprechende Abreden mit der Bank treffen."

340) Zuleeg, aaO.

341) Siehe Menzel, [Anm. 302], S. 95; Schneider-Gädicke, Kredit, S. 38, 45. Im einzelnen wäre dazu eine genaue Analyse der verschiedenen Programme und Verfahren notwendig, die in diesem Zusammenhang auch nicht exemplarisch geleistet werden kann.

342) Schneider-Gädicke (Kredit, S. 37 f.) nennt zwei Auswege der Praxis: wenn sich private Kreditinstitute versagen, treten mitunter öffentliche Kreditinstitute in den Kreditvorgang ein, oder die Subventionsbehörden sprechen von sich aus einzelne Kreditinstitute auf das öffentliche Interesse an der Übernahme des Kredites an. Damit kann das rechtliche Problem in der Praxis gewiß entschärft werden. Aber es wird nicht beseitigt. Im Konfliktsfalle ist das "Ansprechen" privater Kreditinstitute entweder — im Falle wirtschaftlicher Abhängigkeit des Kreditinstituts von der Subventionsbehörde — eine Umgehung des Gesetzesvorbehalts oder — wenn die tatsächliche Macht der Behörde nicht ausreicht — wirkungslos. Das Eintreten öffentlicher Kreditinstitute ist entweder durch deren rechtliche Ordnung gesichert; oder es wird die bankübliche Neigung zur Übernahme eines bestimmten Kredits nicht wesentlich überschreiten. Nicht selten werden öffentliche Kreditinstitute aufgrund ihrer besonderen Organisation und Aufgabe vorsichtiger bei der Übernahme von Krediten sein als private Banken.

wärts vom Zielort in einen bestehenden Umlaufstrom einzuspeisen³⁴³). Sie kann am Zielort wiederum als Subvention wirken oder etwa als Einkommenshilfe³⁴⁴). Die Weitergabe kann der Natur der Sache anvertraut³⁴⁵) oder rechtlich gebunden³⁴⁶) sein³⁴⁷). Das Hauptbeispiel sind Preissubventionen³⁴⁸). Die Masse von Ordnungsanliegen, die damit verbunden sind, kann hier nicht einmal angedeutet werden³⁴⁹).

D. Subvention und Staatsorganisation

I.

Nicht nur im Staat-Bürger-Verhältnis, auch innerhalb der Staatsorganisation steht die Bewältigung der Subvention noch fast völlig aus. Organisationsrecht und faktische Organisationsstruktur lassen nur in gelegentlichen Details erkennen, in

³⁴³⁾ Zum Problem der Einsatzstelle auch Hansmeyer, Staatshilfen, S. 6, 21, 29 f., 34 f., 52, 120, 140 ff., 184, 187, 208, 250 f., 338; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 47 ff., 94, 106; einige weitere Nachw. siehe dort.

³⁴⁴) Siehe auch Ipsen, Subventionierung, S. 9 mit Anm. 16. — Über einen originellen Fall von Subventionierung berichtet das OVG Berlin in dem Urteil vom 8. 6. 1966, DVBl. 1967, S. 92. Privattheater erhalten für jeden Platz, der von einer Besuchervereinigung erworben wird, eine staatliche Vergütung: Subvention für das Privattheater, Subvention für die Besuchervereinigung, Subvention oder Einkommenshilfe für deren Mitglieder (die Theaterbesucher).

³⁴⁵⁾ Das ist vor allem möglich, wo der Wettbewerb und das Verhältnis von Angebot und Nachfrage zur Weitergabe aller — auch der subventionsbedingten — Kostenminderungen zwingen.

³⁴⁶⁾ Hauptbeispiel: Preisvorschriften.

³⁴⁷⁾ Eine weitere — vornehmlich demokratisch-politische — Sorge betrifft die "Merklichkeit" der Subvention. Diejenigen, denen die Subvention nützt, sollen wissen, von wem der Segen kommt. Zur Technik siehe z.B. Hansmeyer, Staatshilfen, S. 142 f. (für die Düngemittelsubvention), S. 208 (für Zinsverbilligungsmaßnahmen), siehe auch S. 289. Diese Sicherung der Merklichkeit kann als Schutz vor Versickerung auch der Verwirklichung des Subventionszweckes dienen.

³⁴⁸⁾ Siehe Boehme, Preissubventionen, 1959; Hansmeyer, Staatshilfen, S. 48 ff.; Gundlach, Subventionen, S. 81 ff.; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 48 ff. Vgl. auch die eingehende Darstellung von Pechtold, Zum Wohle der Verbraucher, Die Konsumbrotsubventionierung, in: Hansmeyer (Herausgeber), Subventionen, S. 33 ff.

³⁴⁰⁾ Erinnert sei auch an den besonderen Fall der gemischten Kreditsubvention: privates und öffentliches Kapital wird zu einem Mischzinssatz ausgeliehen (siehe z. B. Schneider-Gädicke, Kredit, S. 71). Das Problem ist auch aber nicht ausschließlich das des selbständigen Vermittlers. Zu den prozessualen Schwierigkeiten der Mischsubvention siehe Eyermann-Fröhler, [Anm. 313], § 40, Randn. 47.

welch unerhörtem Ausmaß dieser Staat subventioniert. Er ist sich noch nicht bewußt geworden, daß er, um seine Rechtlichkeit zu sichern, sich selbst disziplinieren muß, wo er nicht erwarten kann, von einem abhängigen, bestechlichen, der Norm ebenso wie der Information entbehrenden Bürger kontrolliert zu werden³⁵⁰). Er will nicht wissen, daß er das Übermaßverbot³⁵¹) selbst darzustellen hat, wenn er nicht dem Übermaß verfallen will.

Die parlamentarisch-legislative Ebene ist ihren subventionspolitischen Anfechtungen institutionell schutzlos preisgegeben³⁵²). Der Traum des Art. 113 GG ist ausgeträumt³⁵³). Der Rechnungshof ist Gehilfe des Parlaments und überfordert, wenn er die Vorschriften konstruktiv kritisieren soll, deren strikte Einhaltung er zu gewährleisten hat. Das Bundesverfassungsgericht ist neuerdings mit der Kontrolle des Haushaltsplans in die Bresche gesprungen³⁵⁴). Aber es wird dabei einen kurzen Atem haben. Nicht nur braucht es einen Kläger. Die punktuelle gerichtliche Kontrolle gegenüber einer undurchsichtigen Masse von Haushalt muß in der Sache unergiebig bleiben³⁵⁵). Dies und noch mehr läßt auch vom Prüfungsrecht des Bundespräsidenten nur wenig Abhilfe erwarten³⁵⁶). Der Frage, was von besonderen Institutionen objek-

³⁵⁰⁾ Siehe nochmals die Nachw. oben Einleitung I, A IV und V, B, sowie die dortigen Nachw. — Zur Notwendigkeit der Selbstdisziplinierung des Staates siehe auch Zeidler, [Anm. 15], S. 332.

³⁵¹⁾ Siehe dazu allgemein Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961. — Speziellere Hinweise siehe oben Ann. 165.

³⁵²⁾ Siehe oben Anm. 4 bis 8.

³⁵³⁾ Strickrodt, Die Finanzverfassung des Bundes als politisches Problem, 1951; Hettlage, Finanzpolitik und Finanzrecht, DÖV 8. Jg. (1955), S. 1 ff., 33 ff. (3 f., 5, 33); ders., Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung, VVDStRL Heft 14 (1956), S. 2 ff. (12); Henrichs, Art. 113 des Grundgesetzes, 1958, S.51; Henle, Finanzreform zwischen Föderalismus und Finanzpolitik, DÖV 19. Jg. (1966), S. 608 ff. (618); Kommission für die Finanzreform, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1966. Tz. 185 ff. (S. 46 ff.).

^{1966,} Tz. 185 ff. (S. 46 ff.).

354) BVerfG 20, 56. Siehe dazu auch R u p p, Verfassungsrechtliche Überprüfung des Haushaltsgesetzes im Wege der "abstrakten Normenkontrolle"?, NJW 19. Jg. (1966), S. 1097 ff.; M a u n z, Haushaltsplan und Verfassungsgericht, BayVBl. n. F. 12. Jg. (1966), S. 194.

³⁵⁵) Siehe die parallelen Probleme des individuellen Rechtsschutzes oben B II.

³⁵⁶⁾ Siehe zum Prüfungsrecht des Bundespräsidenten Maunz-Dürig, [Anm. 100], Randn. 2 und 3 zu Art. 82. Im Gegensatz zur Entscheidungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts setzt die Ausübung des Prüfungsrechts des Bundespräsidenten eine gewisse Evidenz — wenn nicht: Auffälligkeit — der Verfassungswidrigkeit voraus. Der Bundespräsident trägt das Risiko, durch den nachfolgenden Verfassungsstreit ins Unrecht gesetzt zu werden. Das Verfassungs-

tiver Kontrolle, etwa von unabhängigen Finanzbeauftragten³⁵⁷) zu halten wäre, sei hier nicht nachgegangen³⁵⁸).

Die Lösung muß mehr im Funktionellen als im Institutionellen gesucht werden. Was fehlt, ist Koordination und Rechenschaft schon im politischen Raum; ist Transparenz³⁵⁹), die dem politisch Entscheidenden selbst schon ein Urteil erlaubt, ob er Gleichheit und Verhältnismäßigkeit wahrt. Die bisher unternommenen Schritte haben diesen Dienst nicht getan. Die Forderung nach Evidenzlisten³⁶⁰) und -stellen³⁶¹) wurde immer wieder erhoben³⁶²). Aber was bisher an Darstellungen vorliegt³⁶³), ist viel zu unvollständig³⁶⁴), um nützlich zu sein³⁶⁵).

gericht trägt ein vergleichbares Risiko nicht. Siehe auch Maunz-Dürig, aaO., Randn. 5.

358) Zur Funktion von Sachverständigen und Beiräten, dargestellt am Beispiel der Subventionen für die Landwirtschaft, siehe Hans-meyer, Staatshilfen, S. 104 ff.

359) Siehe dazu nochmals oben Anm. 224.

360) Siehe Schmölders, [Anm. 6], S. 36, 51; Wesemann, [Anm. 4], S. 59. — Siehe auch Nr. 17 der Richtlinien zu § 64a RHO, [Anm. 20]: "Bei jedem Sachbearbeiter, der Zuwendungsmittel bewirtschaftet (§ 19 RWB), ist für jedes Rechnungsjahr besonders eine nach Verbuchungsstellen gegliederte Liste zu führen, aus der Empfänger, Art, Höhe und Zweck der Zuwendung, die zur Zahlung angewiesenen Beträge... zu ersehen sind."

³⁶¹) Zur Forderung einer zentralen Meldestelle für Subventionen siehe Vialon, Haushaltsrecht, [Anm. 224], S. 463 f.; siehe auch

Schmölders, [Anm. 6], S. 51.

362) Ein besonderes Problem stellt die Gefahr mehrfacher Subventionierung des gleichen Vorhabens dar. Siehe z.B. Ehard, Das Verhältnis zwischen Bund und Ländern und der Bundesrat, BayVBl. n. F. 7 Jg. (1961), S. 1 ff. (2). Für eine Kontrollstelle zur Vermeidung von Doppelsubventionen Vialon, Haushaltsrecht, S. 463 f., 660. — Siehe auch Nr. 11 (1) der Richtlinien zu § 64a RHO, [Anm. 20]: "Die Verwaltung, die über den Antrag entscheidet, hat zu prüfen, ... ob und in welcher Höhe andere Stellen dazu beitragen werden." — Eine weitere Forderung, die in diesem Zusammenhang in Erinnerung gebracht werden muß, geht auf Publizität des Einzelvollzugs (siehe oben Anm. 14 und 242).

363) Siehe z. B. die Übersicht "Subventionen im Bundeshaushalt", Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 1229. Siehe ferner die Aufstellungen in den Finanzberichten 1962 (S. 102 ff.), 1964 (S. 116 ff.) und 1966 (S. 178 ff.), hg. v. Bundesministerium der Finanzen. — Elbrott, Subventionen im Haushalt des Landes Nordrhein-Westfalen 1959 bis 1964, in: Mitteilungen des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung Essen, 1964, S. 33 ff. — Krisch er, Der Subventionsaufwand der deutschen Bundesländer, in: Beiträge des deutschen Industrieinstituts Köln, Jahresband 1965,

³⁵⁷⁾ Zeitungsmeldungen zufolge forderte der Bund der Steuerzahler vor den bayerischen Landtagswahlen 1966 einen "Ombudsmann" für Bayern, der vor allem die Aufgabe haben sollte, die Ausgaben des Landes zu überwachen. — Siehe nunmehr auch den Hinweis auf den Vertreter der Interessen des Ausgleichsfonds bei Sieveking in dem Tagungsbericht MDR 21. Jg. (1967), S. 20 ff. (22).

Auch die große Zahl verschiedener Pläne, die vorliegen³⁶⁶), haben weniger Durchsicht gebracht, als ihr Name vermuten läßt. Dazu sind schon ihre Zwecke und Methoden viel zu ungleich. Vor allem ist der Weg von den Zwecken und Summen, die sie nennen, zu den Zielorten und -wirkungen der Mittel viel zu weit. Und schließlich sind die meisten von ihnen als im Dienst der Politik und nicht des Rechts gestellt gedacht, und so weder von Widersprüchen noch von Leerformeln frei gehalten³⁶⁷) — eine Fernwirkung der Idee gesetzesfreier Fondsverwaltung. Welche Möglichkeiten bestehen, das System zu verbessern, muß der weiteren Diskussion über den Einbau des Plans in den demokratischen und rechtsstaatlichen Entscheidungsablauf überlassen bleiben³⁶⁸).

Nur von daher ist aber auch eine sinnvolle Entlastung der Haushaltsgesetzgebung nach Zuständigkeit und Verfahren zu erwarten. Das dicke Buch, das heute als Haushaltsplan an die Verwaltung zum Vollzug geht, kommt jedenfalls im Bund so zustande, daß sein Wert auf die schlichteste finanztechnische Funktion beschränkt bleiben muß³⁶⁹). Das Ansehen einer parlamentarisch-demokratischen Sachentscheidung ist für eine große Zahl von Einzelbestimmungen fiktiv, d.h. unwahr³⁷⁰).

Heft 6. Siehe auch den Wirtschaftsplan des ERP-Sondervermögens für das jeweilige Rechnungsjahr (für 1965 in: Der Bund als Finanzier, 1965, S. 255 ff.).

³⁶⁴⁾ Siehe auch Ipsen, Subventionierung, S. 17 mit Anm. 29. — Ein Aspekt dieses Problems ist auch die nicht-budgetäre Natur der Verschonungssubvention (siehe oben Anm. 239). Der Wechsel zwischen der Leistungs- und der Verschonungssubvention ist damit auch ein Wechsel in der Evidenz der quantitativen Größen. (Ein Grund mehr dafür, daß Leistungs- und Verschonungssubvention als eine Einheit betrachtet werden müssen.) Alles in allem zeigt sich in diesem Zusammenhang, daß dem Begriff der Subvention eigenartige politische und damit auch staatsrechtliche Relevanz zukommt. Siehe dazu vor allem Strickrodt, [Anm. 5], insbes. S. 64 ff. ("Daten und Exkurse").

³⁸⁵⁾ Ein besonderes Problem in diesem Zusammenhang sind die Deklarationsmißbräuche. Siehe dazu z.B. Wesemann, [Anm. 4], S. 58 ff.; Maunz, Subventionen, S. 4; Hansmeyer, Staatshilfen, S. 116.

³⁶⁶) Siehe dazu Kölble, Pläne im Bundesmaßstab oder auf bundesrechtlicher Grundlage, in: Planung I, hg. von Kaiser, 1965, S. 91 ff.

³⁶⁷⁾ Siehe auch Anm. 365.

³⁶⁸⁾ Siehe statt aller anderen Hinweise Kaiser (Herausgeber), Planung I, 1965, und Planung II, 1966. — Siehe auch Anm. 255 und den Text hierzu.

³⁶⁹⁾ Siehe dazu auch Anm. 236 und 237 sowie den Text hierzu.

³⁷⁰⁾ Exemplarisch für die Situation: die offenen Fragen um das Zustandekommen und die Bindungswirkung von Erläuterungen zum Haushaltsplan (siehe dazu z.B. Vialon, Haushaltsrecht, S. 97, 253,

Das wird immer wieder übersehen, wenn das Haushaltsgesetz als Alternative zum sachregelnden Gesetz als Grundlage für Subventionen angeboten wird³⁷¹). Nicht nur seine Jährlichkeit, nicht nur seine fehlende Außenwirkung unterscheiden das Haushaltsgesetz vom materiellen Gesetz, sondern auch der Umstand, daß die große Fülle der haushaltsrechtlichen Entscheidungen vom Parlament nicht mehr verarbeitet werden kann³⁷²). Es ist weithin ein "parlamentloses Parlamentsgesetz"³⁷³) geworden.

Auch im Bereich der Verwaltung fehlt es an Maßnahmen, um die Subvention in den Griff zu bekommen. Die Verschonungssubventionen sind im wesentlichen den Finanzbehörden zugewachsen, die sie als Steuerausfälle — aber nicht unkundig — betreuen. Die Leistungssubvention dagegen ist zu weit gestreut. Für sie gibt es kaum Sonderbehörden: einige öffentlichrechtliche Banken³⁷⁴), einige Sonderverwaltungen, die mehr als andere mit Subventionen zu tun haben³⁷⁵), und die Rechnungsbehörden, die als Kontrolleure der Subventionierten in ein Papierformat hineingewachsen sind³⁷⁶), das utopisch ist³⁷⁷). Die Verwaltung kann der Leistungssubvention nicht

^{331, 337} f., 349 bis 353, 395, 492, 606, 608). Bei genauerem Zusehen drängt sich der Eindruck auf, daß die Unklarheit über diese Fragen nicht unbeabsichtigt andauert.

 $^{^{871}}$) Siehe dazu und zum Folgenden vor allem Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 298 ff. mit weiteren Nachw.; siehe auch Loebenstein, Referat, S. 44. — Dazu, daß das öffentliche Haushaltsrecht gegenüber den Aufgaben der Subventionsordnung versagt siehe auch Strickrodt, [Anm. 5], S. 72 ff. mit weiteren Nachw. Zur Unvollständigkeit des Haushaltsrechts in Bezug auf die Subventionen siehe Anm. 239, 364 und 365 sowie Heinig, Das Budget, Bd. II, 1951, S. 334 ff.

³⁷²) Siehe dazu auch Hennis, Clôture im Bundestag, AöR Bd. 91 (1966), S. 254 ff. (256).

³⁷³⁾ Quaritsch, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, 2. Aufl. 1961.

³⁷⁴⁾ Vor allem die Kreditanstalt für Wiederaufbau (Gesetz vom 5. 11. 1948, WiGBl. S. 123, i. d. F. der Bekanntmachung vom 18. 10. 1961, BGBl. I S. 1878) und die Lastenausgleichsbank (Gesetz vom 28. 10. 1954, BGBl. I S. 293). Siehe dazu im übrigen Scholz, [Anm. 144]; Menzel, [Anm. 302], S. 39 ff. Zu den privatrechtlichen Parallelen siehe oben CII.

³⁷⁵⁾ So vor allem die Lastenausgleichsbehörden, die Landwirtschaftsbehörden und die Behörden, die mit der Vergebung der Wohnungsbaumittel befaßt sind.

 $^{^{876)}}$ Siehe Nr. 8 der allgemeinen Bewilligungsbedingungen für die Gewährung von Zuwendungen des Bundes nach § 64a RHO, [Anm. 20]; weitere Nachw. siehe bei Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 51, Anm. 20.

 $^{^{377}}$) Siehe auch die rechtlichen Bedenken bei Götz, aaO., S. 51 f., denen jedoch im wesentlichen nur im Ergebnis beigetreten werden kann.

mehr ohne Konzentration gerecht werden. Schon der Bürger braucht sie. Die Leistungsverwaltung versteckt sich vor ihm durch Aufsplitterung der Kompetenzen nicht weniger wie durch den Mangel an Publizität³⁷⁸). Ebenso braucht die Allgemeinheit eine kundige und effektive Subventionsverwaltung, die Behörden, die gerade auch noch Subventionen ausreichen, für sich allein nicht gewährleisten³⁷⁹). Keine organisatorische Anpassung ersetzt der Verwaltung jedoch ein klares Subventionsrecht³⁸⁰).

II.

Dafür, wie völlig ungerüstet die Verwaltung und ihr Recht der Subvention gegenüberstehen, gibt es kein eindrucksstär-

³⁷⁸⁾ Siehe auch den bei Schneider-Gädicke (Kredit, S. 23) geschilderten Ausweg: "Die Unterrichtung über öffentliche Kreditprogramme ist in einigen Ländern der Bundesrepublik, so z. B. Niedersachsen, Hessen und Nordrhein-Westfalen, erleichtert. Hier können sich die Interessenten durch Treuhandgesellschaften beraten lassen. Diese sind dazu in der Lage, weil sie dort in die Mehrzahl der Kreditbewilligungsverfahren als Gutachter und Kreditverwalter eingeschaltet sind." Dieser — rechtlich offenbar unzulängliche — Weg beweist das Interesse an einer zentralen Subventionsverwaltung.

³⁷⁹⁾ Die Anforderungen an eine effektive Subventionsverwaltung kommen aus drei Richtungen; aus der fachlichen — d. h. aus dem Lebensbereich, in dem die Subvention wirken soll —, aus der allgemein-wirtschaftlichen - einschließlich des allgemeinen Kredit- und Rechnungswesens -- und aus der juristischen. Die fachliche und die allgemein-ökonomische Qualifikation können im Bereich der gewerblichen Wirtschaft zusammenfallen. Schon in speziellen ökonomischen Bereichen, wie etwa der Landwirtschaft, tritt jedoch eine Sonderung hervor, wie sie dann im kulturellen und sozialen Subventionsbereich besonders deutlich wird. Die Organisation der Subventionsverwaltung muß von diesen drei Aspekten ausgehen. Eine allgemeine Subventionsverwaltung könnte die rechtliche und die allgemein-wirtschaftliche Sachkunde repräsentieren. Sie hätte mit dem Verwaltungszweig zusammenzuarbeiten, der über die spezielle Fachkunde verfügt. Unsinnig aber ist es, von der jeweiligen Fachverwaltung zugleich die allgemein-wirtschaftliche und die juristische Qualifikation zu verlangen. Damit bleiben sowohl die Belange der Zweckverwirklichung als auch diejenigen des Rechtsschutzes auf der Strecke.

³⁸⁰⁾ Ipsen, Subventionierung, S. 18: "Im Sinne einer rechtsstaatlichen Begrenzung... ist daher jeder Akt der Gesetzgebung verfassungspolitisch zu begrüßen, der... darum bemüht ist, die Subventionierung in allen wesentlichen Elementen... eingehend zu regeln. Auch die Folge, daß die Regelung komplizierter, der zu seiner Anwendung erforderliche Verwaltungsapparat größer wird, sollte dabei in Kauf genommen werden, da selbst eine kostspielige Verwaltung einer offenbarten und kontrollierten Subvention für die Allgemeinheit immer noch billiger und rechtsstaatlich vertretbarer ist als eine verschleierte, unkontrollierte, überflüssige oder gar kor-

keres Exempel als die höchst subventionsintensive kommunale Selbstverwaltung³⁸¹). Was im Bund und in den Ländern noch durch die Distanz zwischen Einzelfall und grundsätzlicher Entscheidung, die Vielzahl konkurrierender Interessen, die Zäsur zwischen Parlament und Exekutive, die Eigenwirksamkeit einer durchgebildeten Bürokratie, die Gewaltenteilung der Ressorts und allein schon die Unerläßlichkeit der wenigstens internen Normierung verschiedenen Orts wiederkehrender Verwaltungsvorgänge neutralisiert wird, tritt hier offen zutage. Gleichwohl ist die Gemeinde durch ihre Allzuständigkeit³⁸²), welche die Diskussion um den Gesetzesvorbehalt gerade hier kaum ernsthaft aufkommen ließ383), rundum den vielfältigsten Subventionsversuchungen ausgesetzt, zumal ihr die Eigenart ihres Wirkungskreises eine kaum zu erschöpfende Fülle von Gelegenheiten anbietet, ihre Förderung verdeckt und offen ans Ziel zu bringen³⁸⁴). Die Kommunalgesetzgebung versagt bis jetzt jede spezifische Ordnungshilfe³⁸⁵). So fällt auch die Kommunalaufsicht im wesentlichen aus³⁸⁶). Die einzige spezifische Entscheidung, die der Gesetzgeber getroffen hat, indem er den Gemeinden die Möglichkeit legaler Verschonungssubventionen im Rahmen der Realsteuern nahm³⁸⁷), hat die Situation nur noch verschärft³⁸⁸). Man denke

rumpierte Subventionsverwaltung." Zur Subventionsverwaltung siehe auch I p s e n , ebd. S. $52 \ f.$

³⁸¹⁾ Zum kommunalen Subventionswesen siehe Max Adenauer, Wirtschaftsförderung, in: Peters, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. III 1959, S. 898 ff.; Möller, Subventionsverwaltung; dens., Wirtschaftsförderung; Köttgen, Der heutige Spielraum kommunaler Wirtschaftsförderung, 1963; Bitter, Förderungsmaßnahmen; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 315 ff.

³⁸²⁾ Siehe zur gemeindlichen Kompetenz für Wirtschaftsförderung: Möller, Wirtschaftsförderung, S. 42 ff.; Köttgen, aaO., S. 19 ff.; Bitter, aaO., S. 47 ff., 85 ff.; VG Münster, Urteil v. 18. 12. 1962, DÖV 1963, S. 622; siehe auch Götz, aaO., S. 316 f.; weitere Hinw. bei den Zitierten.

³⁸³⁾ Siehe vor allem Köttgen, aaO., S. 20 f.

³⁸⁴⁾ Siehe dazu vor allem die reichhaltige Exemplifikation bei Möller, Subventionsverwaltung, und dems., Wirtschaftsförderung.

³⁸⁵⁾ Zu den einschlägigen kommunalrechtlichen Schranken siehe zuletzt Bitter, Förderungsmaßnahmen, S. 49, 85 ff. mit weiteren Nachw. — Götz (Wirtschaftssubventionen, S. 317) will auf die gemeindliche Wirtschaftsförderung die gemeindliche Beteiligung an Wirtschaftsunternehmen analog anwenden. Das ist im Ganzen kein Ausweg.

³⁸⁶) Götz (ebd.) sieht ein Betätigungsfeld darin, die Gemeinden auf die rein lokale Wirtschaftsförderung zu beschränken. — Einen Fall (erfolglosen) rechtsaufsichtlichen Einschreitens siehe bei VG Münster, [Anm. 382].

³⁸⁷⁾ Aufhebung der Vorschrift des § 5 Abs. 1 des Einführungsge-

nur an die Zusagen von Gemeinden, die Steuern, die nicht ermäßigt werden können, anstelle des Subventionsempfängers³⁸⁹) an sich selbst zu zahlen³⁹⁰). Die Mißstände können hier nicht weiter illustriert werden. Nur dies sei bemerkt: Wohl nirgends sonst wird so oft die Sünde begangen, Subventionen für politisches Wohlverhalten auszuteilen wie in den Kommunen³⁰¹). Der Wettbewerb um die politische Macht und der Wettbewerb um die Subvention kennen sich nirgends so gut persönlich wie hier³⁹²).

[Aber auch der Staat bedrängt die Kommunen mit Subventionen³⁹³): indem er mittels Subventionen gemeindliche Aufgaben an sich zieht, und indem er Koppelsubventionen unter dem Vorbehalt gemeindlicher Beteiligung auswirft. Mit beiden Formen wird die gemeindliche Sachkompetenz, mit der Koppelungssubvention auch die Finanzautonomie angegriffen³⁹⁴). Zumindest haben die Gemeinden ein Recht darauf, daß sich diese Einwirkungen in den Schranken des Gesetzes halten.l

III.

Die dynamische Irregularität der Subvention erwies ihre korrumpierende Kraft endlich auch am bundesstaat-

setzes zu den Realsteuergesetzen vom 1. 12. 1936 (RGBl. I, S. 961) durch Art. IV § 6 Nr. 2 des Gewerberechtsänderungsgesetzes vom 27. 12. 1951 (BGBl. I, S. 996). Siehe dazu auch BVerwG 8, 329.

³⁸⁸⁾ Siehe zu den Problemen Bullinger, [Anm. 69], S. 62 ff.; Möller, Wirtschaftsförderung, S. 128; dens., Subventionsverwaltung, S. 101 ff. — Götz (Wirtschaftssubventionen, S. 317 f.) empfiehlt statt des gezielten Steuerverzichts die allgemeine Senkung der Gewerbesteuer durch die Gemeinde. Damit wird jedoch nicht der gleiche Effekt erzielt.

³⁸⁹⁾ Nicht notwendig unmittelbar.

³⁹⁰⁾ Den umgekehrten Fall erörtert Bullinger, [Anm. 69], S. 62 f. mit Anm. 268, S. 106: Die Gemeinde verpflichtet sich, die Steuer wieder zurückzuzahlen. — Einer Pressemeldung zufolge hat die Stadt Saarbrücken für den sog. Pre-Ma-Bü-Ball - die mit Abstand beliebteste und repräsentativste Karnevalsveranstaltung der Stadt — 1967 eine Ausfallbürgschaft übernommen, deren Höhe dem Betrag entspricht, der im letzten Jahr für diese Veranstaltung als Vergnügungssteuer zu zahlen war. Potenzielle Rückzahlung des Steuerbetrages? — Zum schlichten Vorausverzicht siehe die Hinw. in Anm. 388.

³⁹¹⁾ Zur "politischen Subvention" siehe Möller, Subventionsverwaltung, S. 53 f.

³⁹²⁾ Siehe auch Bitter, Förderungsmaßnahmen, S. 46.
393) Evers, [Anm. 160], S. 290 mit weiteren Nachw.

³⁹⁴⁾ Zu den entsprechenden bundesstaatlichen Problemen siehe unten III.

lichen System³⁹⁵). Mit Koppelsubventionen³⁹⁶), interföderativen Subventionsmittlern³⁹⁷) und — im wesentlichen ebenfalls auf Leistungssubventionen bezogenen — Fondsverwaltungen³⁹⁸) wurden die Ver-

³⁹⁷) Siehe oben C III insbes. Anm. 312. — Intensives Material bei S c h o l z , [Anm. 144], S. 15 ff., 40 f., 60 f., 69 f. Das Problem beschränkt sich nicht auf privatrechtlich organisierte Subventionsmittler. Ein eindrucksvolles Beispiel dafür bildet die Deutsche Genossenschaftskasse, eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts, deren Stammeinlagen zum geringsten Teil in Bundeshand, zum größeren Teil im Länderbesitz und zum überwiegenden Teil in der Hand von Genossenschaften sind (Scholz, aaO., S. 64 f.).

398) Köttgen, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR n. F. Bd. 3 (1954), S. 70 ff. [im Folgenden: Einfluß des Bundes I], S. 78 ff., 120 ff.; ders., dass., ebd. Bd. 11 (1962), S. 180 ff. [Einfluß des Bundes II], S. 193 f., 202 ff., 289 f.; ders., Fondsverwaltung, S. 38 ff. und passim; Ipsen, Subventionierung, S. 40 f.; Patzig, [Anm. 396], insbes. S. 304 ff.; Maunz-Dürig, aaO., Randn. 41 zu Art. 83; Schilling, Rechtsfragen der Fondswirtschaft, Bay-VBl. n. F. 8. Jg. (1962), S. 196 ff. (198); Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung insbes. S. 123 ff.; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 307; Mallmann, [Anm. 138], S. 200. Siehe für die Schweiz Schindler, Bundessubventionen, S. 151 ff.; für Österreich Kolb, Gutachten, S. 91 ff.; Loebenstein, Referat, S. 20, 28 ff.

³⁹⁵⁾ Zur Subvention in der bundesstaatlichen Ordnung siehe zuletzt etwa Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 306 ff.; zur rechtspolitischen Situation siehe vor allem Kommission für die Finanzreform, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland [sog. Troeger-Gutachten], 2. Aufl. 1966.

³⁹⁶⁾ Zu den Dotationsauflagen, insbes. Koppelsubventionen siehe Vialon, Haushaltsrecht, S. 196 f.; Patzig, Der "allgemeine Lastenverteilungsgrundsatz" des Art. 106 Abs. 4 Nr. 1 des Grundgesetzes, AöR Bd. 86 (1961), S. 245 ff. (301 ff., insbes. S. 307 ff.); Maunz-Dürig, Grundgesetz, Randn. 63 zu Art. 83, Randn. 15 zu Art. 109; Maunz, Subventionen, S. 1f.; Zängl, Schranken, S. 156 ff.; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 190 ff.; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 31; Grube, Grundsätze der Aufgaben- und Lastenverteilung zwischen Bund und Ländern, Diss. Marburg 1966, S. 104 ff.; Konow, Kooperativer Föderalismus und Gemeinschaftsaufgaben, DOV 19. Jg. (1966), S. 368 ff. (370) mit Anm. 28; Götz, aaO., S. 322 ff. Zu dem besonderen Fall der Koppelung von Kredit und Bürgschaft siehe Schneider-Gädicke, Kredit, S. 94 f. Kritisch zur Richtlinienpraxis der Bundesregierung Götz, aaO., S. 325. Zum Verwendungsnachweis bei Koppelungssubventionen siehe die Bekanntmachung des Bundesministers des Innern v. 16. 2. 1956, GMBl. S. 167. Siehe zur "goldenen Kette" der Beteiligungsauflagen auch Hansmeyer, Staatshilfen, S. 218. Eine gegen diese Praxis gerichtete Vorschrift enthielt Art. 42 des Herrenchiemseer Entwurfs: "Bedingungen, unter denen der Bund Zuschüsse und Vergünstigungen gewährt, dürfen nicht so festgesetzt werden, daß dadurch die Befugnis der Länder zur Ausführung der Bundesgesetze ausgeschaltet wird."

waltungskompetenzen des Bundes ausgedehnt, überschritten und mit denen der Länder vermischt⁸⁹⁹).

Für die Entwicklung als ganzes gibt es keine Rechtfertigung. Ihr unitarisch-plutokratischer Titel ist: Was kostet die Kompetenz, ich kaufe sie. Geldausgaben dieser Größenordnung kann nur als Verwaltung zulässig sein und folgt deshalb der Zuständigkeitsverteilung für die Verwalt u n g⁴⁰⁰). Daß es möglicherweise gesetzesfrei ist, ändert nichts an der Notwendigkeit der Kompetenzzuweisung⁴⁰¹). Daß es zugleich Haushaltsvollzug ist, erinnert nur daran, daß nach der Finanzverfassung des Bundes die Mittel den Aufgaben folgen und nicht umgekehrt⁴⁰²). Daß endlich die Steuern besonderen Kompetenzvorschriften unterliegen, ist ohne Beweiskraft für eine korrespondierende Ausgabekompetenz^{402a}). Mittelaufbringung ist ein eigenständiger Verwal-

³⁹⁹⁾ Siehe dazu außer den Vorgenannten auch Henze, Finanzhilfen, S. 26; Kratzer, Verwaltungsvereinfachung im Bund, DVBl. 75. Jg. (1960), S. 660 ff. (664); Ehard, [Anm. 362], S. 2; Hamann, Problematik, S. 487 f.

⁴⁰⁰⁾ Maunz-Dürig, Randn. 40 f. zu Art. 83; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage, S. 162; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 125 ff.; Zängl, Schranken, S. 122 ff.; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15. Aufl. 1966, S. 135; Pöttgen, Grenzen, S. 148 ff. Siehe auch den besonderen Hinw, auf die mit der Zuteilungskompetenz korrespondierende Prüfungskompetenz bei Hamann, Problematik, S. 488. Für die Gegenmeinung siehe vor allem - wenngleich im einzelnen variierend und nicht immer eindeutig - Köttgen, Subventionen, S. 488 f.; Die Organisationsgewalt im Bundesstaat, VVDStRL Heft 16 (1958), S. 154 ff. (170); Einfluß des Bundes II, S. 201 ff., S. 289 f.; besonders eingehend und zurückhaltend Fondsverwaltung, S. 38 ff.; siehe auch dens. [Anm. 381], S. 36 f. Ferner im Sinne erweiterter Bundeskompetenz: Ipsen, Subventionierung, S. 41; Henze, Finanzhilfen, S. 25; Patzig, [Anm. 396], S. 318 f.; Hamann, Grundgesetz, 2. Aufl. 1961, Art. 87, Anm. A. Eine merkwürdige Zwischenstellung nimmt Götz ein, der einerseits zwar die Bindung an die allgemeine Kompetenzordnung bejaht (Wirtschaftssubventionen, S. 311 ff.), andererseits aber privatrechtliches Handeln davon ausnimmt (S. 314 ff.). — Zu den besonderen Problemen der Koppelsubventionen und Dotationsauflagen siehe u. z. Anm. 413 ff.

⁴⁰¹⁾ Siehe außer den in Anm. 400 Zitierten Maunz-Dürig, Art. 83 Randn. 15 bis 20 und deren Nachw. — Ferner Kölble, Zur Lehre von den — stillschweigend — zugelassenen Verwaltungszuständigkeiten des Bundes, DÖV 16. Jg. (1963) S. 660 ff. (665); BVerfG 12, 205 (246 ff.); 14, 197 (214); sowie Anm. 312.

 $^{^{402})}$ Art. 106 Abs. 4 GG; siehe dazu Maunz-Dürig, Art. 106 Randn. 47, 49 ff.; speziell für das Subventionswesen siehe Ha-mann, Problematik S. 488; Stadler, Die finanzverfassungsrechtliche Bedeutung des "Fernsehurteils", DÖV 14. Jg. (1961) S. 453 ff., insbes. S. 455. Wohl a. A. Köttgen, Einfluß des Bundes II [Anm. 398] S. 198 ff.; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 306 ff., insbes. S. 314 ff., 318 ff.

⁴⁰²a) A. A. Götz, Wirtschaftssubventionen S. 308, 325.

tungszweck — auch wenn sie zum Vehikel der Verschonungssubvention wird —; Mittelausgabe setzt einen Sachzweck voraus.

Damit soll nicht gesagt sein, die Ausweitung der Bundesverwaltung habe nicht auch einleuchtende Gründe gehabt. Aber die darin steckende Normkritik hat weder die Geschlossenheit noch das Gewicht, um über die Schwelle des Form- und Kompetenzprinzips der Revisionsnormen der Bundesverfassung hinweg für das Geldausgeben schlechthin oder die Fondsverwaltung oder die Subvention eine Lücke in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung zu verifizieren.

Eine differenzierende Lösung muß von der konkreten Bundeskompetenz ausgehen. Auch der größte Teil der außerhalb der ausschließlichen Bundeszuständigkeit liegenden Förderungsaktionen kann durch den Bundesgesetzgeber einer Regelung und Kompetenz zugeführt werden, die den Anliegen der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse und des Wirtschaftsgebietes und der Effektivität der Maßnahmen gerecht wird⁴⁰³). Aber hier trifft sich nicht nur das Bedürfnis nach Beweglichkeit des bundesstaatlichen Kompetenzsystems mit der Schwierigkeit, die besondere rechtsstaatliche Gestaltungsaufgabe eines steril in der Eingriffsverwaltung radizierten Gesetzes zu begreifen⁴⁰⁴). Die Diskussion war vielmehr von Anfang auch damit belastet, daß die Hereinnahme der Förderungsaktionen in die "normale" Kompetenzordnung die unmittelbare Zuständigkeit der Bundesministerien auszuschlie-Ben schien⁴⁰⁵). Sie muß davon entlastet werden. Gelingt es, ent-

 $^{^{403}}$) Siehe die Darstellung der Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers bei Köttgen, Einfluß I und II [Anm. 398]. Siehe auch die Hinweise bei Götz, Wirtschaftssubventionen S. 311 f. (der freilich dann das privatrechtliche Handeln ausnimmt, S. 314 ff.).

⁴⁰⁴⁾ Zentral dazu Schindler, Bundessubventionen S. 164: "Allerdings wird der Bund dort, wo ihm nach der Bundesverfassung eine Gesetzgebungskompetenz übertragen ist, in erster Linie den Weg der bloßen Gesetzgebung zu gehen versuchen. Wo sich aber Subventionen als zweckmäßiger erweisen, wird er diese anwenden. Reine Subventionserlasse können unter Umständen das gesetzgeberische Ziel besser erreichen als zwingende Normen es vermögen." Siehe dazu dann die — zudem die andere bundesstaatliche Kompetenzordnung der Schweiz außer Ansatz lassende — Übernahme dieses Satzes durch Patzig [Anm. 396] S. 318.

⁴⁰⁵) Siehe zum Problem Zängl, Schranken S. 126; Kölble [Anm. 401] S. 671 ff.; Pöttgen, Grenzen S. 147 mit weiteren Nachw.; Köttgen, Fondsverwaltung S. 44. — Die Schwierigkeit zeigte sich besonders in der Diskussion um den sog. überregionalen Verwaltungsakt, siehe dazu BVerfG 11, 6 (15, 17); 14, 197 (212 f.): während die Verwaltungszuständigkeit einer Bundesoberbehörde keinen anderen als den in Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG genannten

weder durch Verfassungsänderung oder durch Interpretation die Zuständigkeit der Bundesministerien für entsprechende Verwaltungsaufgaben des Bundes infra constitutionem zu ermöglichen⁴⁰⁶), wird der deformierende Druck auf das Bund-Länder-Verhältnis wesentlich nachlassen.

Eine differenzierende Lösung muß ferner die ungeschriebene Bundeszuständigkeit aus der Natur der Sache — aber auch wirklich aus der Sache, nicht aus dem Haushalt ausschöpfen⁴⁰⁷). [Das Troeger-Gutachten⁴⁰⁸) geht diesen Weg nunmehr — aber wohl zu weit⁴⁰⁹). Als Beispiel sei genannt, daß Subventionen

Voraussetzungen unterliegt, ist die im Grundgesetz nicht geregelte Zuständigkeit der Bundesministerialverwaltung auf die sachnotwendige Verwaltungskompetenz des Bundes beschränkt. Siehe dazu auch Kratzer, Die Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit der Länder, Bayer. Staatsanzeiger 5. Jg. (1950) Nr. 13 S. 4f. (5); Köttgen, Einfluß des Bundes I [Anm. 398] S. 76: "Die ... Frage, ob trotzdem in der Hand oberster Bundesbehörden der Gesetzesvollzug im gleichen Ausmaß zentralisiert werden kann wie in der Hand von Bundesoberbehörden, hat die tastende Staatspraxis bislang allerdings nicht klar entschieden. Nur die Gegenthese, daß mit Rücksicht auf den Wortlaut der Art. 83 und 87 jeglicher derartiger Vollzug von Gesetzen durch die Bundesressorts unzulässig sei, wurde eindeutig abgelehnt." Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts widerlegt: Füßlein, Der überregionale Verwaltungsakt, DVBI. 66. Jg. (1951) S. 33 ff. (36), der im überregionalen Ministerial-Verwaltungsakt ein Mittel sah, Bundesoberbehörden zu vermeiden. An ihr vorbei: Köttgen, Einfluß des Bundes II [Anm. 398] S. 211. Unbefriedigend Maunz-Dürig, Randn. 15 zu Art. 87 S. 8 Anm. 1: "Stets müssen solche Befugnisse zunächst der Bundesverwaltung als solcher zustehen." Das Grundgesetz kennt grundsätzlich keine Bundeszuständigkeiten, die nicht organisatorisch-instrumental gebunden sind!

406) Dazu, in welchem Maße die Bundesressorts von vorneherein auf den "Sand" der Fondsverwaltung gebaut sind, siehe Köttgen, Einfluß des Bundes I S. 107, 129, 134, 138 f.

407) Siehe die Abgrenzungsversuche bei Zängl, Schranken S. 143 ff.; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung S. 136 ff., insbes. S. 147; Grube [Anm. 396] S. 85 ff.; weiter ausholend hierzu Kölble [Anm. 401] passim. Gegen eine Verwaltungskompetenz des Bundes aus der Natur der Sache Wolff, VerwR III S. 220. Dagegen geht es um eine grundsätzlich andere Position, wenn die Fondsverwaltung (im Rahmen der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes und/oder im Rahmen seiner Haushaltsautonomie) schlechthin als Bundeskompetenz aus der Natur der Sache gerechtfertigt wird: Köttgen, Subventionen S. 488 ff.; ders., Einfluß des Bundes II [Anm. 398] S. 201 ff.; ders., Fondsverwaltung S. 40 ff.; H e n z e, Finanzhilfen S. 24 f. — Zur Bundeszuständigkeit aus der Natur der Sache zuletzt allgemein Achterberg, Die Annex-Kompetenz, DÖV 19. Jg. (1966) S. 695 ff. mit eingehenden Nachw.

408) Tz. 83 ff., 91 ff. (S. 25 ff.) und Anlage 2 bis 2 c (S. 178 ff.).

⁴⁰⁹⁾ Kritisch dazu Konow [Anm. 396] S. 374; Liebrecht, Kooperativer Föderalismus, DVBl. 82. Jg. (1967) S. 72 ff. (72). Zustimmend Henle [Anm. 353] S. 610 f.

an zentrale Verbände dort als notwendige Bundesaufgabe angesehen sind410). Wenn private Organisationen aber etwas vom Staat wollen, müssen sie sich nach ihm richten und dürfen ihm ihr Organisationsprinzip nicht aufdrängen. Abgesehen davon provoziert der Vorschlag zum Mißbrauch.)

Sind die genannten Möglichkeiten ausgeschöpft, so bleibt kaum ein ernst zu nehmender Bedarf, die Bundeskompetenz auf weitere Gegenstände zu erstrecken. Offen bleibt jedoch das Problem, die finanzlastigen Sachkompetenzen zu Förderungsaktionen gegenüber der bundesstaatlichen Mittelverteilung zu entschärfen. Das System der beschränkten periodischen Elastizität der Mittelverteilung, das Art. 106 GG etabliert, ist zu starr und wegen seines offenen Entscheidungsverfahrens zu riskant, um einseitigen Initiativen zu finanzintensiven Aufgabenprogrammen verläßlich Raum zu geben⁴¹¹). Ein Ausweg, die Wahrnehmung der Aufgaben gegenüber der Mittelverteilung zu neutralisieren412), ist die Verteilung der Lasten. Und wenn es einen vernünftigen Grund für das Wuchern der Koppelsubvention gibt, dann ist es dieser418). Das Instrument ist jedoch zu roh. Die Initiative ist zu leicht, ihr nicht zu entsprechen zu schwer gemacht. Die Verantwortung wird unklar. Und die legislative, administrative und finanzielle Entscheidungsfreiheit des angesprochenen Partners wird bedrängt. wenn nicht politisch aufgehoben⁴¹⁴). Deshalb müssen — wohl

^{410) § 1} Abs. 1 Nr. 7 des Entwurfs einer Verwaltungsvereinbarung über das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Finanzierung öffentlicher Aufgaben (S. 178); siehe zur Exemplifikation auch die Anlage 2a (S. 180 ff.). Dazu kritisch Liebrecht [Anm. 409] S. 73.

⁴¹¹⁾ Zur Situation siehe etwa Patzig [Anm. 396] S. 304 ff.; Zängl, Schranken S. 129 ff.; (beschönigend) Götz, Wirtschaftssubventionen S. 318 ff.

⁴¹²⁾ Zur Unmöglichkeit "Lastenverteilungsfragen durch die Aufstellung eines lückenlosen Systems lösen zu wollen, anhand dessen man mühelos auf jede konkrete Frage die richtige Antwort abzulesen vermag", siehe Patzig, aaO., insbes. S. 313 f., 319; Kött-gen, Einfluß des Bundes II [Anm. 398] S. 199, je mit weiteren Nachw.; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 307.
413) Siehe zu diesem Zusammenhang auch Henle [Anm. 353]

⁴¹⁴⁾ Dabei erweist sich durchwegs der Bund — der größere Haushalt! - als der Überlegene, der die Länder bedrängt. Siehe dazu z. B. K ö t t g e n , Subventionen S. 489 ("parakonstitutioneller Machtzuwachs"). Kratzer, Verwaltungsvereinfachung im Bund, DVBl. 75. Jg. (1960) S. 660 ff. (664); Maunz-Dürig, Randn. 63 zu Art. 83 (S. 27), Randn. 16 f. zu Art. 109; Maunz, Subventionen S. 2; Patzig [Anm. 396] S. 310 f.; Zängl, Schranken S. 156 ff., insbes. 161; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung S. 192 ff.; Hansmeyer, Staatshilfen S. 218; Henle [Anm. 353] S. 619; Konow [Anm. 409] S. 370; weitere Nachw. siehe bei den Zitierten. Für Ab-

im Wege der Verfassungsänderung — neue Wege der Koordination gesucht werden, die eine Überanstrengung der periodischen Korrektur der bundesstaatlichen Mittelverteilung vermeiden und die Verantwortungs- und Entscheidungsräume des Bundes und der Länder reintegrieren. Das Verbot der Mischverwaltung⁴¹⁵) ist keine begriffsjuristische Abwehrposition⁴¹⁶). Es muß verstanden werden als ein allgemeines Prinzip der Formenaskese in der Begegnung zwischen Bund und Ländern, ohne die die für den Bundesstaat wesentliche Spaltung in der Sphäre des Staatlichen in der funktionellen Enge des einen Gesamtstaates nicht durchgehalten werden kann⁴¹⁷). Der immer mehr um sich greifende Weg der interföderativen Verträge⁴¹⁸) ist deshalb auch als Lösung der Subventionskompetenz bedenklich⁴¹⁹). Vielmehr kann eine gesamtstaatliche Koordina-

wehrmöglichkeiten der Länder Grube [Anm. 396] S. 105. Siehe auch oben Anm. 396 und 399.

⁴¹⁵⁾ Siehe Köttgen, Der Einwand der Mischverwaltung und das Grundgesetz, DÖV 8. Jg. (1955) S. 485 ff.; Gerner, Die Frage der Mischverwaltung im Verhältnis zwischen Bund und Ländern, Bay-VBl. n. F. 1. Jg. (1955) S. 193 ff.; Füßlein, Mischverwaltung oder Mitverwaltung, DVBl. 71. Jg. (1956) S. 1 ff.; Kratzer, Gemeinsamer Verwaltungsakt von Bund und Land, BayVBl. n. F. 4. Jg. (1958) S. 74 ff.; Darmstadt, Zur Frage einer Mischverwaltung von Bund und Ländern, Diss. Münster 1961; Maunz-Dürig, Art. 83 Randn. 35 ff., 48, 57 ff., Art. 89 Randn. 62.

⁴¹⁶⁾ Exemplarisch für das begriffsjuristische Mißverständnis im konkreten Zusammenhang Götz, Wirtschaftssubventionen S. 325 Anm. 30.

⁴¹⁷⁾ Siehe dazu Zacher, in: Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 1963 ff., Teil IV Randn. 66.

⁴¹⁸⁾ Zacher, aaO., Randn, 54 ff., insbes. 56 ff.

⁴¹⁹⁾ Dabei geht es hier nicht so sehr um Verwaltungsvereinbarungen, die den Versuch unternehmen, Zuständigkeiten klarzustellen und abzugrenzen. Ihr Problem ist, daß Sie nur begrenzte und vorläufige Bedeutung haben, gleichwohl aber die Tendenz haben, die Verfassungswirklichkeit der Herrschaft der Verfassung zu entziehen (siehe dazu Maunz-Dürig, Randn. 39 zu Art. 83 und Randn. 16 zu Art. 109); ferner Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung S. 160 ff. und seine Nachw.; Zängl, Schranken S. 161 ff. In diesem Sinne ist auch die im Troeger-Gutachten (Tz. 85 und Anlage 2) vorgeschlagene Verwaltungsvereinbarung über das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Finanzierung öffentlicher Aufgaben höchst fragwürdig. Siehe dazu auch Liebrecht [Anm. 409] S. 72 f. — Der Text meint jedoch in erster Linie die Vorschläge, die nicht auf Zuständigkeitsabgrenzung, sondern auf die Begründung und Regelung von Gemeinschaftsaufgaben durch Verwaltungsabkommen hinauslaufen (Zängl, aaO., S. 164; so Zeitungsnachrichten zufolge auch der damalige Berliner Bürgermeister Brandt als Alternative zu den Vorschlägen des Troeger-Gutachtens für eine neue Bundeskompetenz zur Ordnung von Gemeinschaftsaufgaben; siehe dazu unten).

tion aktuell und ohne Einbuße an Verantwortung nur vom Bund ausgeübt werden⁴²⁰). Seine Kompetenz und sein Verfahren müssen freilich so gestaltet werden, daß es der Garantie der Länder gerecht wird⁴²¹). Ob die Vorschläge des Troeger-Gutachtens hierzu, insbesondere zu den sogenannten Gemeinschaftsaufgaben⁴²²), dem entsprechen, kann hier nicht erörtert werden⁴²³).

Auf der anderen Seite wird man sich überlegen müssen, welche Grenzen der Verschonungssubvention im Rahmen der Steuergesetzgebung des Bundes um sachlich einschlägiger Landeskompetenzen willen gezogen werden müssen⁴²⁴). Jedenfalls werden Reformen des Bundesstaatsrechts fehl gehen, wenn sie neben der Leistungssubvention nicht auch die Verschonungssubvention sehen.

⁴²⁰⁾ Die gegenwärtige deutsche bundesstaatliche Praxis ist von dem Aberglauben beherrscht, man tue dem Föderalismus einen Gefallen, indem man dem Bund Kompetenzen auch dann vorenthält, wenn man die bundeseinheitliche Wahrnehmung einer Aufgabe für notwendig hält. Dabei wird übersehen, daß einem komplexen Entscheidungsträger von zumeist elf Landesregierungen und -parlamenten die Wahrnehmung der ihm dadurch gestellten Ordnungsaufgaben auf Dauer nicht in dem Maße möglich ist, wie es die Sache, der Rechtsstaat und die Demokratie gebieten. Das Übel wird sich verschlimmern, je weiter diese sog. interföderative Kooperation um sich greift. Siehe auch dazu Zacher, aaO., Randn. 65 ff., 69 ff.

⁴²¹⁾ Zu denken ist hier vor allem an eine maximale Beteiligung des Bundesrats (der ja ein Bundesorgan ist!), an gesteigerte Mehrheitserfordernisse im Bundesrat und an eine Umkehrung des Verhältnisses Bundestag — Bundesrat im Sinne einer partiellen Präponderanz des Bundesrates.

⁴²²⁾ Tz. 129 ff. und Anlage 1. Kritisch dazu Konow [Anm. 396] S. 368 ff.; Liebrecht [Anm. 409] S. 73 ff.; weitere Nachw. siehe dort.

⁴²³⁾ Zu begrüßen ist, daß das Problem nicht interföderativen Verträgen und Einrichtungen sondern einer neuartigen Bundeskompetenz anvertraut wird (Art. 85 a GG nach Tz. 139). Zu begrüßen ist ferner, daß der Koordination durch Pläne und Richtlinien des Bundes die Teilung der Lasten der Gemeinschaftsaufgaben entspricht (Tz. 207 ff.), Erfreulich ist ferner das Gegenüber der Planungskompetenz des Bundes und der Vollzugskompetenz der Länder (Art. 85 a GG nach Tz. 139). Bedauerlich ist, daß die Begründung von Gemeinschaftsaufgaben dem einfachen Bundesgesetz ohne gegenständliche Abgrenzung eröffnet sein soll (Art. 85 a Abs. 2 GG nach Tz. 139). Die Formel, wonach Gemeinschaftsaufgaben "für die Gesamtheit bedeutsam sind und einer langfristigen gemeinsamen Planung bedürfen" (ebd. Abs. 1) schwächt die Kompetenz-Kompetenz des Bundes nur unzulänglich ab. Entweder müßten die potentiellen Gemeinschaftsaufgaben näher umschrieben sein (Tz. 142 ff.) oder die Inanspruchnahme einer Aufgabe als Gemeinschaftsaufgabe müßte wenigstens der Zweidrittel-Mehrheit des Bundesrates vorbehalten sein.

⁴²⁴⁾ Siehe Friauf [Anm. 266] insbes. S. 25 ff.

Schluß

Erlauben Sie mir noch einige abschließende Bemerkungen. Die bisherige Diskussion um die Subvention leidet daran, daß sie die Subvention zu gerne in allgemeinere Kategorien — etwa der Leistungsverwaltung — entgleiten läßt und zu wenig dem Besonderen nachgeht. Das gilt vor allem auch für die Notwendigkeit des Gesetzes. Es braucht nicht wiederholt zu werden, wie viele Gründe zu einer gesetzlichen Regelung der Subvention drängen. Und sie hängen nicht davon ab, ob es richtig ist, die Universalisierung des Gesetzes oder wenigstens seine Erstreckung auf alle Leistungsverwaltung zu fordern.

Die bisherige Diskussion leidet weiter daran, daß sie den Ort notwendiger gesetzlicher Regelung zu hoch und eng ansetzt. Selbst Eiferer eines maximalen Gesetzesvorbehalts halhalten es für entscheidend, daß das Gesetz das "Ob" einer Förderungsaktion regelt, und sind zufrieden, wenn das Gesetz bestimmt, wieviel Geld für einen bestimmten Zweck ausgegeben werden darf⁴²⁵). Das aber ist eine Schicht des Problems, in der das Gesetz auch durch den Haushaltsplan, den Parlamentsbeschluß oder auch ein Verfassungsprogramm ersetzt werden kann. Was aber nach der rechtlichen Ordnung schreit, ist das "Wie" der Subvention: Verteilung und Kooperation. Und dafür ist es ganz undenkbar, die Substitution des Gesetzes durch etwa den Parlamentsbeschluß auch nur zu erwägen⁴²⁶).

Diese Einstellung der bisherigen Diskussion beruht auf einem empfindlichen Mangel an Information über eben dieses "Wie" der Subvention. Man muß die Extreme dieser Praxis

⁴²⁵) Siehe dagegen das bemerkenswerte Gesetzgebungsprogramm bei Götz, Wirtschaftssubventionen S. 286 f., 295.

⁴²⁶⁾ Ein eindrucksvolles Beispiel der Schwierigkeiten bietet die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. In BVerwG 6, 282 (287) wird der schlichte Parlamentsbeschluß als Grundlage einer Subvention anerkannt. In BVerwG 12, 16 (20) muß das Gericht dann einräumen, daß ein schlichter Parlamentsbeschluß seine Destinatäre nicht berechtigt. Siehe dazu auch Lerche, Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen, NJW 14. Jg. (1961) S. 1758 ff.; Klein, Die rechtliche Verbindlichkeit von Bundestagsbeschlüssen, JuS 4. Jg. (1964) S. 181 ff. Für die Brauchbarkeit schlichter Parlamentsbeschlüsse vor allem Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, ab S. 178 passim. - Zur Problematik des schlichten Parlamentsbeschlusses siehe neuerdings Obermeier, Die schlichten Parlamentsbeschlüsse nach dem Bonner Grundgesetz, insbes. ihre Zulässigkeit und Rechtsnatur, Diss. München 1965. Sellmann, Der schlichte Parlamentsbeschluß, Diss. München 1966; Beispiele aus der Subventionspraxis siehe bei Obermeier, aaO., S. 23 ff. und Sellmann, aaO., S. 20 f.

kennen, um die Unerträglichkeit des Ordnungsdefizits ermessen zu können. Sie reichen von der Knebelung des Bürgers bis zur Ohnmacht der Verwaltung, aus der heraus sie z.B. Rückzahlungsansprüche mit immer neuen und wachsenden Zuschüssen abdeckt, weil sie keinen Rechtsboden unter ihren Füßen weiß⁴²⁷). Aber der Tatbestand, wie Subvention geschieht, ist nie wirklich aufgenommen worden⁴²⁸). Ein hochangesehener Autor schreibt, für die meisten Vorgänge sei die Rechtswissenschaft inkompetent, weil sie nicht publik seien429); und die Sammlung der einschlägigen Verwaltungsrichtlinien sei eine Aufgabe der Wirtschafts-, nicht der Rechtswissenschaft⁴³⁰). Ich möchte dazu nur Lorenz von Stein zitieren, der seine Ausführungen über Subventionen mit dem Bemerken schloß: "Alles was hier kurz angedeutet wird, hat bisher in der Theorie wenig Platz gefunden, obwohl es äußerst praktische Fragen sind, um die es sich dabei handelt431)."

Die bisherige Diskussion leidet schließlich an der juristischen Freude, ohne das Gesetz auszukommen. Aber das Gesetz kann im dialektischen Prozeß der Rechtsbildung ebensowenig auf Dauer entbehrt werden wie etwa die Doktrin oder die Rechtsprechung. Wenn das Recht vom Fernbleiben des Gesetzes krank wird, schlägt die Aufgabe der Doktrin, das Gesetz zu verstehen und zu ergänzen, um in die Aufgabe, ihm den Weg zu weisen. Der Gesetzgeber scheint hier wie selten darauf angewiesen, daß die Wissenschaft seine Funktion vorbereitet.

Das Subventionswesen ist — vom Recht nur über die Schulter gesehen — der graue Markt unseres demokratischen und sozialen Rechtsstaates geworden. Man könnte sagen, ihn zu meiden, müsse Bürgertugend sein. Doch das ist kein Einwand gegen die Notwendigkeit verläßlicher rechtlicher Ordnung. Der Rechtsstaat darf Tugend nicht anders einfordern als durch seine Norm.

⁴²⁷) Der Sachverhalt ist authentisch. Doch wird es dem Verfasser niemand verübeln, wenn er den Informanten nicht preisgibt.

⁴²⁸⁾ Die relativ besten Informationen ergeben sich — abgesehen von den oben Anm. 20 genannten Zusammenstellungen der Verwaltungsrichtlinien — wohl aus folgenden Werken: Menzel [Anm. 302]; Schneider-Gädicke, Kredit; Möller, Subventionsverwaltung; ders., Wirtschaftsförderung; Hansmeyer, Staatshilfen.

⁴²⁹⁾ Köttgen, Fondsverwaltung S. 65.

⁴³⁰⁾ Ebd. S. 64, siehe auch S. 26.

⁴³¹⁾ Lorenz von Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, 5. Aufl. 2. Teil, 1. Abteilung 1885, S. 234.

Leitsätze des Mitberichterstatters über: Verwaltung durch Subventionen

A) Die Subvention als Ordnungsaufgabe

- I. Die Subvention muß vor allem als unerfüllte rechtliche Ordnungsaufgabe gesehen werden. Sie stellt sich ohne Rücksicht auf den Vorbehalt des Gesetzes.
- II. Als im wesentlichen einheitliche Ordnungsaufgabe des innerstaatlichen Rechts stellen sich Subventionen dar, wenn sie verstanden werden als vermögenswerte Zuwendungen, die vom Staat oder seinen besonderen Verwaltungseinheiten (Subventionsträger) unmittelbar oder durch Dritte (Subventionsvermittler) natürlichen Personen oder juristischen Personen des Privatrechts (Subventionsempfänger) zu einem öffentlichen Zweck gewährt werden, der weder ausschließlich in der unmittelbaren Gewährung oder Mehrung des Einkommens der Subventionsempfänger noch im Entgelt für eine Leistung bestehen darf. Dabei können Subventionen erbracht werden, indem der Subventionsträger sein Vermögen durch Leistung oder Verpflichtung zu einer Leistung mindert oder dem Risiko der Minderung aussetzt, und den Empfängern hieraus effektiv oder potentiell Vermögensvorteile erwachsen (Leistungssubventionen), oder indem die Subventionsempfänger von allgemein zu erbringenden öffentlichen Leistungen ganz oder teilweise ausgenommen werden (Verschonungssubventionen).
- III. Die Ordnungsaufgabe verifiziert auch die begrifflichen Ausgrenzungen.
- Austauschgeschäfte unterscheiden sich von der Subvention durch vergleichsweise Einfachheit und Einheitlichkeit der Wert- und Bemessungsrelationen und ihre typischen Ablauf- und Risikostrukturen.
- Einkommensleistungen bedürfen nur ausnahmsweise besonderer Zwecksicherung. Ihr egalitärer Ansatz ist schlichter als der der Subvention.
- 3. Entlastungseinrichtungen und -leistungen (z.B. Erschließungsmaßnahmen) sind die wichtigste Formalternative zur Subvention. Ihnen fehlt deren rechtliche Gezieltheit.

- 4. Protektion geht nicht unmittelbar zu Lasten der öffentlichen Hand. In Ausgleichsgemeinschaften verschmilzt ihre Problematik mit der der Subvention.
- 5. Öffentliche Finanzzuweisungen treffen nicht auf die Rechtssphäre des Individuums. Für die Subvention ist die öffentliche Hand eine qualitative Einheit.

B) Der Bürger in der Subvention: Das Subventionsverhältnis

I. Das Subventionsverhältnis muß als Schuldverhältnis verstanden werden. Seine Interessenstruktur ist primär kooperativ und erst sekundär synanallagmatisch.

Wichtige Anhaltspunkte zur Typisierung des Ordnungsbedarfs sind das zeitliche Verhältnis der Zuwendung zur Zweckverwirklichung (Ex-post-/Ex-ante-Subvention), die Überschaubarkeit des Zweckverwirklichungsprozesses, die Verbindung der Subvention mit einem Austauschvorgang und ihre Einkleidung in ein Beteiligungsverhältnis.

II. Subventionsverhältnisse müssen als eigenständige Typen entwickelt werden. Weder das Privatrecht noch das öffentliche Recht hat das notwendige Ordnungssystem vorrätig.

Nur der Gesetzgeber kann entsprechende Konzeptionen befriedigend in positives Recht umsetzen. Jedenfalls für die Ausgestaltung der Ex-ante-Subvention gilt das auch im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes.

- III. Grundrechtseinschränkungen im Subventionsverhältnis sind vom kooperativen Wesen der Subvention her zu verstehen und deshalb nicht unmittelbar Eingriffe. Sie müssen jedoch von den Grundrechten her kontrolliert werden.
- IV. Das Fehlen normativer Ausprägung des Subventionsverhältnisses kann durch die Ausgestaltung seiner Begründung nicht ausgeglichen werden.

C) Der Bürger vor der Subvention

- I. Die Subvention entzieht sich rechtsstaatlichen Sicherungen vor allem durch den Mangel an Publizität. Sie ist unabhängig vom Vorbehalt des Gesetzes zu fordern.
- II. Dauerordnungen, die Subventionen fest ausweisen, sind nur begrenzt möglich und sinnvoll. Zwischen die abstrakte Subventionsordnung und die Einzelentscheidung treten daher

meist konkret-allgemeine Elemente. Sie müssen sichtbar gemacht werden.

III. Die Fortentwicklung der formellen Sicherungen der Verteilung wird vor allem vom Gleichheitssatz geboten. Sie ist ferner notwendig, weil Subventionen den individuellen Grundrechtsnutzen mitbestimmen und den Grundrechtsgebrauch lenken.

Subventionsordnung ist Eigentumsordnung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG. Sie muß verhindern, daß das private Eigentum in der Konfrontation und Koordination mit dem Anteil am Allgemeinen aufgelöst oder hybrid wird.

D) Die Subventionsvermittlung

- I. Die Subventionsvermittlung durch Private ist der am meisten vernachlässigte Aspekt des Subventionsrechts. Zu unterscheiden ist zwischen instrumentalen Vermittlern (Umgehungsform zur rechtsfähigen Verwaltungseinheit), selbständigen Vermittlern (Umgehungsform zum Beliehenen) und weiterreichenden Subventionsempfängern.
- II. Vor allem die Herausbildung eindeutiger und harmonischer Rechtsbeziehungen um den selbständigen Vermittler ist dringlich. Er muß entweder normativ in eine seiner öffentlichen Funktion angemessene Rechts- und Pflichtstellung eingewiesen werden; oder der öffentlich-rechtliche Subventionsträger muß sich die unmittelbare Herrschaft über die Subvention offen halten.

E) Subvention und Staatsorganisation

I. Der Staat muß seine Rechtlichkeit als Vergeber von Subventionen durch spezifische Einrichtungen garantieren, da weder das parlamentarisch-demokratische System noch der Rechtsschutz des Bürgers hinreichende Sicherungen gegen ein Übermaß bieten.

Abhilfe muß vor allem in Maßnahmen gesucht werden, die Koordination, Transparenz und Rechenschaft im Raum der politischen Entscheidung gewährleisten. Hierzu müssen die Möglichkeiten des Plans weiter verfolgt werden.

II. Die Verwaltung müßte der Subvention — über ihre Bindung und Entlastung durch die Subventionsordnung hinaus — organisatorisch angepaßt werden.

Besonders deutlich zeigt sich das Ordnungsdefizit der Subvention im kommunalen Bereich.

III. Im bundesstaatlichen System genießt der Bund keine Ausnahmekompetenz als Subventionsträger. Werden die allgemeinen Zuständigkeitsnormen ausgeschöpft, so bleibt kein wesentlicher Bedarf an zusätzlicher Bundeskompetenz zur Subventionsverwaltung.

Dagegen müssen die finanzlastigen Sachkompetenzen zu Förderungsaktionen gegenüber der bundesstaatlichen Mittelverteilung neutralisiert werden. Die Koppelungssubvention ist dafür zu roh und verletzt das Prinzip der bundesstaatlichen Formenaskese.

F) Das Ordnungspostulat

Die rechtliche Ordnung muß sich auf die Zuteilung der Subvention und das Subventionsverhältnis konzentrieren. Die Entscheidung über Gesamtbeträge und Zwecke steht als Ordnungsanliegen zu Unrecht im Vordergrund. Ob sie vom förmlichen Gesetz getroffen wird, ist unwichtig. Im Rahmen einer ausgebildeten und gefestigten Subventionsrechtsordnung kann sie vereinfachten Beschlußverfahren überlassen bleiben. Dagegen muß die Verteilungs- und Kooperationsordnung der Subvention vom Gesetzgeber verlangt werden.

Verwaltung durch Subventionen

3. Aussprache und Schlußworte

Ehmke (Diskussionsleiter): Ich darf um Wortmeldungen bitten zu fünf Problemgruppen: Begriff der Subvention, Organisation der Subventionsverwaltung, Gesetzmäßigkeit, Freiheitsrechte, Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses.

Zunächst darf ich dann Herrn Kollegen Schindler und Herrn Kollegen Ermacora bitten, uns einen kurzen Bericht zu geben über die Lage in der Schweiz und in Österreich.

Schindler: Sehr verehrte Herren Kollegen! Wenn man die brillanten Referate des heutigen Vormittags gehört hat, kommt man sich etwas problemlos vor, wenn man über die schweizerischen Verhältnisse berichten muß, die weit weniger komplex sind. Ich möchte einige summarische Hinweise auf die Lage in der Schweiz geben, ohne auf Einzelprobleme einzutreten. Vor allem seien einige Eigenheiten und Verschiedenheiten der schweizerischen Subventionen hervorgehoben. Die Subventionen spielen in der Schweiz eine bedeutende Rolle. Summenmäßig betragen sie rund 25 Prozent der Gesamtausgaben des Bundes. Freilich ist darauf hinzuweisen, daß die Schweiz einen umfassenderen Subventionsbegriff verwendet als die Bundesrepublik, Unter Subventionen werden in der Schweiz Zuwendungen sowohl an Private für irgendwelche Zwecke wie auch die Zuschüsse an die Kantone und andere öffentlichrechtliche Körperschaften verstanden. Die vom Bund geleisteten Subventionen gehen zu ungefähr einem Drittel an die Kantone und zu zwei Dritteln an andere Empfänger. Man mag in der mangelnden Differenzierung zwischen den Zuschüssen an die Kantone und jenen an Private eine Rückständigkeit der schweizerischen Lehre erblicken. Es ist anzunehmen, daß im Laufe der Zeit die schweizerische Lehre ebenfalls dazu übergehen wird, zwischen verschiedenen Arten von Subventionen zu differenzieren. Dazu wird schon der Einfluß des Auslandes beitragen. Bei einer zunehmenden Beteiligung der Schweiz an der wirtschaftlichen Integration Europas wird es überdies notwendig werden, die Wirtschaftssubventionen gesondert zu betrachten. Gleichwohl weist der umfassende Subventionsbegriff, der in der Schweiz üblich ist, doch auf gewisse

Eigenheiten der schweizerischen Subventionen hin: Erstens kennt die Schweiz im wesentlichen nur einen Subventionstyp, der sowohl für Subventionen an Private wie auch diejenigen an Kantone verwendet wird, nämlich den verlorenen Zuschuß. Andere Typen sind mindestens auf der Ebene des Bundes kaum bekannt. Nach der Definition der Subvention. welche in der Bundesverwaltung in Gebrauch ist, werden unter Subventionen nur Geldleistungen à fonds perdu verstanden. Indem die Praxis nur diesen einen Typ der Subvention hervorgebracht hat, hat sich eine Differenzierung als nicht notwendig erwiesen. Eine zweite Eigenheit liegt darin, daß die Subventionen des Bundes an Private häufig eng mit ienen an Kantone verbunden werden. Verschiedene der Subventionen an Private fließen nämlich nicht den privaten Empfängern direkt zu, sondern den Kantonen unter der Bedingung, daß diese einen entsprechenden Betrag an den gleichen Empfänger ausrichten. Beispielsweise unterstützt der Bund die Erneuerung von Rebbergen mit qualitativ besseren Rebsorten, indem er den Kantonen 65 Prozent der für diesen Zweck gemachten Aufwendungen vergütet. Bei finanzschwachen Kantonen ist der Ansatz etwas höher. So werden Subventionen wirtschaftspolitischer Natur an Private eng mit dem bundesstaatlichen Finanzausgleich verknüpft. Ein weiterer Grund, weshalb die Wirtschaftssubventionen in der Schweiz, mindestens von den Juristen, noch nicht als eine besondere Kategorie von Subventionen betrachtet werden, liegt darin, daß diese Subventionen bei uns eine wesentlich geringere Bedeutung haben als in der Bundesrepublik.

verfassungsrechtlichen Problematik ist folgendes zu bemerken. Es wird in der Schweiz allgemein anerkannt, daß der Bund Subventionen nur im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Befugnisse gewähren darf. Er hat kein freies Subventionsrecht. Die kantonalen Zuständigkeiten können deshalb durch Subventionen nicht untergraben werden. Freilich sind die Zuständigkeiten des Bundes sehr weit: insbesondere für das Gebiet der Wirtschaft enthält unsere Bundesverfassung eine Art Generalklausel -- es ist die Bestimmung in Artikel 31 bis Absatz 2 --. wonach der Bund Maßnahmen treffen kann zur Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe. Unter diesen Maßnahmen sind vorwiegend Subventionen zu verstehen. Bei diesen Beiträgen ist der Bund immerhin an die Handels- und Gewerbefreiheit gebunden. Seine Subventionen dürfen die Konkurrenzfreiheit nicht beeinträchtigen. Sobald aber ein Wirtschaftszweig in seinen Existenzgrundlagen gefährdet ist, darf von der Handels- und

Gewerbefreiheit abgewichen werden. Die sehr wichtige Frage der Vereinbarkeit der Subventionen mit den Grundrechten ist bisher in der Schweiz noch kaum gewürdigt worden: sie ist auch noch kaum aktuell geworden. Die zwei Grundrechte. die am stärksten berührt werden, sind die Rechtsgleichheit und die Handels- und Gewerbefreiheit. Daß die Frage der Vereinbarkeit der Subventionen mit diesen Grundrechten bisher noch kaum bedeutsam wurde, dürfte namentlich auf zwei Faktoren zurückzuführen sein, nämlich erstens darauf, daß die Subventionen des Bundes keinerlei richterlicher Kontrolle unterliegen, und zweitens auf den Umstand, daß die Handelsund Gewerbefreiheit für die wichtigsten Wirtschaftssubventionen, nämlich jene an Wirtschaftszweige, die in ihren Existenzgrundlagen gefährdet sind, ausgeschaltet ist. Die Frage der Rechtsgleichheit hat lediglich bei Subventionen der Kantone oder Gemeinden eine Rolle gespielt. Hier hat das Bundesgericht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde in einzelnen Fällen die Ungleichheit von Subventionsleistungen korrigiert. Sobald in der Schweiz eine gerichtliche Überprüfung der Subventionsleistungen des Bundes eingeführt werden wird, wird sich die Frage der Vereinbarkeit mit den Grundrechten zweifellos stellen.

Zur Frage des Gesetzesvorbehalts sei folgendes vermerkt: Im Gegensatz zur Bundesrepublik wird der Gesetzesvorbehalt im Falle von Subventionen in der Schweiz beachtet. Die schweizerischen Subventionen sind größtenteils in Gesetzen geregelt, wobei die Gesetze teilweise die Voraussetzungen und Ansätze der Subventionsleistungen genau festlegen, teilweise lediglich allgemeine Ermächtigungen enthalten. Die Gesetzesform für Subventionserlasse ist allerdings nicht allgemein vorgeschrieben, sie wird aber benützt, sobald Subventionen an eine unbestimmte Anzahl von Empfängern ausgesetzt oder mit Bedingungen verknüpft werden. Abgewichen von der Gesetzesform wird lediglich im Falle kleiner Beiträge an gesamtschweizerische Vereinigungen zur Erfüllung der statutarischen Zwecke. Derartige Beiträge werden in einfachen Bundesbeschlüssen (Parlamentsbeschlüssen) beschlossen oder lediglich im Voranschlag festgelegt.

Was die rechtliche Konstruktion anbelangt, sei auf eine in der deutschen Literatur schon verschiedentlich erwähnte Eigenheit der schweizerischen Subventionen hingewiesen: In der schweizerischen Lehre und Praxis wird das Rechtsverhältnis zwischen Bund und Subventionsempfänger als ein ausschließlich öffentlichrechtliches betrachtet, und zwar in der Regel als ein durch Verwaltungsakt begründetes. Diese

ausschließlich öffentlichrechtliche Konstruktion dürfte ihren Grund wiederum vor allem darin haben, daß in der Schweiz der Bund in der Regel nur Zuschüsse à fonds perdu leistet. nicht aber andere Arten von Subventionen. Bei den verlorenen Zuschüssen aber macht sich kaum ein Bedürfnis nach einer zweistufigen Konstruktion geltend. Immerhin gibt es einzelne Ausnahmefälle, in denen die Bundeshilfe in anderer Form gewährt wird. Es sei folgendes Beispiel angeführt: Der Bund leistet auf Grund eines Bundesgesetzes von 1962 Investitionskredite für die Landwirtschaft zum Zwecke der Grundlagenverbesserung der Landwirtschaft. Diese Hilfe erfolgt ausnahmsweise in der Form von unverzinslichen oder tiefverzinslichen Darlehen oder Bürgschaften. Das Gesetz regelt das Verhältnis zwischen Bund und Empfänger dualistisch. Die Bewilligung und ein allfälliger Widerruf eines Darlehens oder einer Bürgschaft erfolgt durch Verwaltungsakt, gegen den Beschwerde an eine besondere Rekursinstanz erhoben werden kann. Der Darlehens- oder Bürgschaftsvertrag dagegen ist ein privatrechtlicher Vertrag, der der Zivilgerichtsbarkeit unterliegt. Dieser Fall einer dualistischen Konstruktion ist jedoch ein Ausnahmefall.

Noch ein Wort zum Rechtsschutz der Subventionsempfänger. Nach der geltenden schweizerischen Regelung können Ansprüche auf Beiträge des Bundes, auch wenn sie gesetzlich fixiert sind, nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Dem Gesuchsteller bleibt lediglich der verwaltungsinterne Beschwerdeweg. Ansprüche auf Bundesbeiträge sind von der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen worden in der Meinung, daß Entscheide über Subventionsleistungen vorwiegend Ermessensentscheide der Verwaltung seien, über die ein Gericht nicht zu urteilen habe. Die eingehende gesetzliche Regelung, welche das Subventionswesen in der Schweiz erfahren hat, würde aber eine richterliche Prüfung nahelegen. Nun sieht der seit einem Jahr vorliegende Entwurf zum Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vor, daß auch Ansprüche auf Zuwendungen der öffentlichen Hand, welche sich auf Bundesrecht stützen, durch verwaltungsrechtliche Klage direkt beim schweizerischen Bundesgericht geltend gemacht werden können. Damit wird für alle Subventionen des Bundes, gleichgültig, ob sie an Kantone oder private Empfänger gehen, ein einheitlicher Rechtsschutz verwirklicht werden.

Ehmke: Ich darf Herrn Kollegen Schindler sehr danken. Herr Kollege Ermacora, bitte.

Ermacora: Meine sehr geehrten Herrn Kollegen! Ich darf meinen Kurzbericht mit einem Diskussionsbeitrag verknüpfen. Vom Rechtsphilosophischen her gäbe es zu den Referaten noch einiges zu sagen, so in Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip. Ferner: gerade die Problematik der Subvention leitet geradezu an, die Probleme der Kybernetik als Methode für die Fassung des Problems der Subventionen anzuwenden. Was die österreichische Rechtswissenschaft angeht, so ist die Befassung mit dem Gegenstand eher übersehbar, eine Artikelserie in den wirtschaftspolitischen Blättern aus dem Jahre 1959. die Bände des 2. Österreichischen Juristentages, ein Gutachten vom Innsbrucker Ordinarius Kolb, zwei Referate und die Zeitschrift "Berichte und Informationen" bieten eine Fundgrube für Materialien und Rechtsvorschriften. Ich möchte nicht eingehen auf die Begriffsbestimmung, die hier geboten wurde. Ich möchte vielleicht nur soviel sagen, daß man wohl vom Juristischen die Subvention als eine Zuwendung ohne angemessene Gegenleistung bezeichnen wird müssen. Die Gegenleistung liegt nicht auf dem juristischen Gebiet. Die ist komplexer Natur, sie liegt auf außerjuristischem Gebiet. Wenn Sie z.B. subventionierte Wohnungen haben und an diesen Wohnungen Fahnenstangen angebracht sind für Fahnen, die die Mieter bei bestimmten Festlichkeiten aushängen müssen. so liegt damit eine Abhängigkeit begründet und eine Gegenleistung. So ist der Beitritt zu einer politischen Partei, wenn man eine Subvention bekommen will, eine Gegenleistung usw. Bitte, ich möchte nur dieses komplexe Problem hier hervorheben. Was von der österreichischen Warte betrachtet die Mittel angeht, so scheinen sowohl die des privaten Rechtes als die des öffentlichen Rechtes herangezogen zu werden. Vom Inhaltlichen her gesehen, würde ich die Subventionspraxis in jedem Falle als öffentliche Verwaltung bezeichnen, nicht unbedingt als Hoheitsverwaltung, nicht als unbedingt Privatwirtschaftsverwaltung. In Österreich wird eine ganze Reihe von verfassungsrechtlichen Problemen angeschnitten. Das Problem der Kompetenzverteilung. Es ist hier nicht so eindeutig, wie es von Herrn Kollegen Schindler geschildert wurde. Insbesondere ragt der Kompetenztatbestand "Fonds-Wesen" (Art. 10 Abs. 1 Ziffer 13 des B.-VG.) hervor. Mit dem "Fondswesen" wird möglicherweise die Landeskompetenz überrollt. Was das Legalitätsprinzip angeht, so kann ich, wie die Herren Kollegen einsehen werden, mich nicht mit der Auffassung des Herrn Kollegen Ipsen befreunden. Ich glaube, das Budgetgesetz, so wie es in der bisherigen Form üblicherweise vorliegt, kann nicht gesetzliche Grundlage für die Subventionstätigkeit sein. Insbesondere auch im Lichte des Art. 18 B.-VG. Hier bedarf es eines ausgebildeten Gesetzes. Und die Frage, die etwa das deutsche Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 19.12.1958 angeschnitten hat, ob Subventionen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, das ist eine Frage, die in unserem Bereich gar nicht gestellt werden müßte. Eng damit verknüpft ist das Problem der Willkür bei Subventionsvergaben. Hier taucht der Gleichheitssatz auf, der dann seine besondere Bedeutung durch die in den Rechtsvorschriften vorgenommene Verkoppelung von freiem Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff gewinnt. Und hier ist meiner Meinung nach das Ventil für mögliche Gleichheitssatz-Verletzungen. Der effektive Rechtsschutz ist damit verbunden; in Österreich hängt dieser von der Form des Aktes ab, mit dem Subventionen vergeben werden. Die Dinge sind nicht ganz klar; und wir kennen einige gerichtliche Entscheidungen, wo man erklärt, man sei unzuständig, und auch von verwaltungsgerichtlicher Seite erklärt, man sei unzuständig, d. h. also, es gibt in gewissen Fällen keinen Rechtsschutz. Das alles wirft für die Staaten das Problem der Drittwirkung auf. Selbstverständlich — und in Österreich in besonderem Maße — ist die Frage, ob der Staat bei Subventionsvergaben als Träger von Privatrechten handelt und hierbei an die Grundrechte gebunden ist. Wie Sie wissen, bietet die österreichische Verfassung — Art. 17 B.-VG. — eine Bestimmung, die ausdrücklich den Staat als Träger von Privatrechten voraussetzt. Wenn man die Materialien zum B.-VG. hierbei berücksichtigt, wird man sehen, daß man im Jahre 1920 lebhaft über diese Frage diskutiert hat, auch über die Subventions- und Fondsfrage. Daß die Subventionierung die Budgethoheit und die Budgetbetroffenheit aufreißt, ist selbstverständlich; dann betrifft sie auch die Organisationsgewalt. Es mag vielleicht interessant sein, daß vom Verwaltungsorganisatorischen her die Tendenz sichtbar ist, daß jedes Ministerium allmählich seine Gelder in Form von Fonds zur Verfügung gestellt erhalten wissen will, um sie zu vergeben, also autark werden will, so wie eine ganze Anzahl österreichischer Bundesminister sich Bildungsanstalten zulegt, um auch hier autark zu sein. Ich erinnere nur an die Diplomatische Akademie des Bundesministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, die Landwirtschaftlichen Schulen, die dem Landwirtschaftsministerium zugehören. Man braucht dann nur in den erläuternden Bemerkungen der jeweiligen Bundesfinanzgesetze nachzulesen, um festzustellen, daß nahezu iedes Ministerium ein erhebliches Maß an Geldern erhält. um zu subventionieren. Ich erspare es mir aufzuzählen, welche Typen: Nahrungswirtschafts-Subventionen, Subventionen im Verkehrssektor, für die Ausfuhrwirtschaft, die verstaatlichte Industrie, Schuleinrichtungen, Sporteinrichtungen, auf dem Gebiete der Landwirtschaft, für politische Parteien durch Erlässe in bezug auf Steuerbegünstigungen, für Jugendorganisationen, für Feuerwehrorganisationen, und so könnte ich Ihnen ein ganzes Bouquet von derartigen Subventionsvorgängen ausbreiten, etwa 3000 Mill. Schillinge im Jahr 1964! Jedenfalls zeigt sich, daß man überall dort subventioniert, wo früher die Gesellschaft oder die Mäzene der bürgerlichen Gesellschaft aufgetreten sind; an deren Stelle tritt der Staat. Wenn man die einzelnen Rechtsvorschriften analysiert, sofern es solche gibt, so zeigt sich eine ganze Summe von Mitteln. Nur um Typen zu nennen: Es kann eine Subvention "gewährt werden", das ist ein Ausdruck; es "wird eine Subvention gewährt", es wird "ein Anspruch gewährt", es wird "Eigentum zugunsten eines Förderungswürdigen entzogen". Also es gibt eine ganze Fülle von technischen Mitteln, die sowohl dem öffentlichen Recht als auch dem Privatrecht entnommen sind. All diesen Techniken ist ein Verwaltungsapparat beigegeben. Ein Verwaltungsapparat, der den einzelnen betrifft. Wenn es etwa um Subventionierungen auf dem Gebiete der Wohnungswirtschaft geht, muß man in Fragebögen Erklärungen abgeben, die so in die Privatrechtssphäre des einzelnen eindringen, daß man sich geradezu einer Inquisition gegenübersieht, will man Subventionen erhalten. Wenn man von dorther beachtet, wie die Akten von den Finanzressorts zu einem anderen Ressort verwiesen werden, so wird man sich der Einheit der Staatsgewalt besonders bewußt. Ein besonderes verwaltungsrechtliches Phänomen der Subvention — ich glaube es ist in Österreich typischer ausgebildet als in der Bundesrepublik Deutschland — ist das "Fondswesen". Der "Fonds" scheint mir das Mittel zu sein, mit dem man, zumindest nach 1945 vor allem das Problem der Subvention organisatorisch zu gestalten versucht. Wenn Sie die Entwicklung des Fonds vor dem ersten Weltkrieg bis heute verfolgen, werden Sie erkennen müssen, daß der Fonds einen Bedeutungswandel größten Ausmaßes durchgemacht hat. Er wird in Österreich, sofern er für Subventionen maßgebend ist, als Juristische Person des öffentlichen Rechts konstruiert.

Zwischenruf: Vor allem muß man fragen, wo denn da die gesetzliche Grundlage ist, Herr Ermacora.

Ermacora: Die bedeutsamsten Fonds sind durch einzelne Gesetze festgelegt. Aber immerhin, der Fonds, der sich ausbildet, der sich von der toten Masse, der er gewesen ist, zu einer un-

gemein lebendigen Verwaltungseinheit ausgebildet hat, mit eigener Rechtsetzung, mit eigenen Richtlinien, mit eigenen Erlässen, mit eigener Gebarung, mit eigener Wirtschafts- und Personalpolitik. Wenn man hineintritt in diese Problematik der Rechtsetzung, so glaube ich, findet sich auch der Fachmann kaum zurecht. Ich möchte nur aufmerksam machen, daß gerade die Untersuchung des Fonds in Österreich ein lohnendes Beispiel für die moderne Subventionspraxis wäre. Beachten Sie, daß etwa Herrnritt in seinem berühmten Stiftungsrecht noch die Stiftung als das besondere Mittel erkannt hat, während sich die Bedeutung der Stiftung ja längst gewandelt hat!

Ich darf meine Skizze ganz kurz beschließen und möchte nur mit einem Satz enden, den Carl Schmitt in einer wissenschaftlichen Abhandlung geprägt hat, und wie mir scheint, treffen diese drei Worte das Problem der gesamten Subventionswirtschaft: "Nehmen, Teilen, Weiden."

Ehmke: Schönen Dank, Herr Kollege Ermacora.

Wir kommen zum ersten Thema der Diskussion. Die beiden Herren Referenten waren offenbar glücklich ausgewählt. Sie sind, soweit ich das feststellen konnte, in allen Punkten verschiedener Meinung. Im ersten Punkt — Begriff der Subvention — versucht Herr Zacher fast eine Definition der Subvention zu geben, die er — etwas übertrieben gesprochen — in einer Art Subventionsgesetzbuch typenmäßig festlegen möchte. Der pragmatische Hanseat Ipsen meint dagegen, man komme schon mit den gegebenen rechtlichen Mitteln durch die ganzen Schwierigkeiten hindurch. Zu diesem ersten Thema darf ich zunächst Herrn Kollegen Kaiser das Wort geben.

Kaiser: Um möglichst dem (gestern bemerkten) Risiko zu entgehen, die großen Perspektiven der beiden Referate aus dem Blick zu verlieren, möchte ich mir erlauben, zu dem Subventions begriff, vornehmlich unter den Gesichtspunkten der Fortbildung unserer Rechtsordnung, ein paar Bemerkungen zu machen.

Herr Ipsen hat das Thema vornehmlich im Zusammenhang einer der großen Staatsaufgaben gesehen, nämlich der Um-verteilung, und dem stimme ich ganz zu. Ich möchte aber hervorheben dürfen, daß Subventionen doch auch der quantitativen Steuerung wirtschaftlicher Abläufe dienen, und dafür haben sich ja auch aus beiden Referaten zahlreiche Beispiele ergeben.

Der Umstand, daß ich als erster in der Diskussion rede, erleichtert es mir, dazu Bezug zu nehmen auf den letzten Satz der Thesen von Herrn Pernthaler, in dem er in schöner Formulierung diesen Gesichtspunkt, nämlich den der ökonomischen Krisenkontrolle der dynamischen Wohlstandsgesellschaft und ihres Staatswesens hervorhebt. Von hier aus würden sich auch Perspektiven ergeben auf die Rolle des pouvoir neutre oder der verschiedenen neutralen Gewalten und Autoritäten, aber das bleibt mir hier selbstverständlich nur anzudeuten.

Unter den Merkmalen des Subventionsbegriffs kommt nun — und darin, glaube ich, stimmen beide Referenten überein — einem Element offenbar Vorrang zu: das ist der Subventionszweck weck. Wenn Sie erlauben, möchte ich dazu ein paar Bemerkungen machen. Subventionszweck wird von Herrn Zacher geradezu als das Geheimnis des Subventionsbegriffs bezeichnet; und ich glaube, damit hat er recht. Warum der Zweck für die Subventionen und auch für deren Definition so wesentlich ist, darüber ließe sich viel sagen unter dem Gesichtspunkt der Beschleunigung der technologischen und der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung.

Ich möchte hier aber lediglich zunächst eine kleine Differenz in der Terminologie beider Referenten hervorheben: während, wenn ich das richtig verstanden habe, Herr Ipsen synonym von Zweck und Ziel spricht, hat Herr Zacher vor allem den Terminus Zweck verwandt. Es erscheint mir bemerkenswert, daß Clausewitz zwischen Zweck und Ziel unterscheidet und diese Unterscheidung, in englischer Version: objectives and targets, auch in einer Definition planvoller Wirtschaftspolitik durch die Economic Commission for Europe der Vereinten Nationen aufgegriffen worden ist. Ich glaube, daß man in der Tat den Begriff Zweck im Sinne dieser inzwischen also international gewordenen Terminologie (wirtschaftspolitisch wie militärisch) dem Strategischen zuordnen sollte, während Ziel eher das Taktische bezeichnet.

Wichtiger ist jedoch, daß der ganze Subventionskomplex, und zwar der normative wie der administrative, in einer bemerkenswerten Zweck- und Ziel a b h ä n g i g k e i t steht. Daraus ergeben sich Folgerungen, gerade auch im Hinblick auf die These von Herrn Zacher, der sagt, das Gesetz müsse das primäre Ordnungsinstrument im Subventionswesen sein. Zwischen Subvention und dem überkommenen Gesetzesbegriff besteht jedoch ein wesentlicher Unterschied, den ich verkürzt auf die Formel bringen möchte, daß das Gesetz als normative Setzung, vornehmlich aus dem in der Vergangenheit liegenden Akt der Normsetzung, zu definieren und auch zu interpretieren ist, während der ganze Subventionskomplex, wiederum soweit es sich um Regeln wie um administrative

Akte handelt, zu definieren und, was mir besonders wichtig zu sein scheint, zu interpretieren ist aus dem in der Zukunft liegenden Subventionszweck. Selbstverständlich kennt auch die Auslegung von Gesetzen eine teleologische Berücksichtigung der Entwicklung, aber dennoch scheint mir hier ein wesentlicher Unterschied zu liegen. Und ich möchte mir hier die Frage erlauben dürfen, ob sich daraus nicht Konsequenzen ergeben für die Auslegung von Subventionsregeln oder -akten. möglicherweise auch für die Auslegung der Kompetenzbestimmungen, die in Subventionsregeln enthalten sind. Ist es nicht sogar so, daß die Bindung der Exekutive an Subventionsgesetze schlechterdings anderer Art ist als die Bindung der Exekutive an Gesetze im klassischen Sinn? Ich meine, die Bindung sei um eine Nuance geringer insofern, als das subventionierende Handeln der Exekutive stärker von einem in der Zukunft liegenden Subventionszweck her bestimmt wird als von dem in der Vergangenheit liegenden Gesetzgebungsakt.

Zacher: Herr Kaiser, ich wundere mich fast, daß Ihnen das so entgangen sein sollte, daß ich in meinem Referat ja auch betone, daß die Gesetzesabhängigkeit hier fortgedacht werden muß. Ich habe es betont für die Verteilungsordnung; ich konnte aber nicht auf alle Aspekte eingehen. Aber in jeder Hinsicht müssen wir die ganze Apparatur fortdenken. Ich habe u. a. gesagt, daß die bloße Ausdehnung der Gesetzesabhängigkeit der Eingriffsverwaltung auf den Bereich der Subvention unsinnig ist. Wobei ich ja auch mit Herrn Ipsen darin übereinstimme, daß wir gar nicht von einer Ausdehnung auf die Leistungsverwaltung oder so etwas ähnlichem reden sollten. Das führt nur in die Irre: denn Subvention ist gar nicht so sehr Leistungsverwaltung. Ich habe immer wieder den Ausdruck Kooperation gebraucht, und das soll ja etwas bedeuten. Also ich stimme mit Ihnen vollkommen überein, ich bin aber gerade der Meinung — und auch darauf lege ich Wert —, daß das nicht zur Resignation des Rechts führen darf, sondern daß wir uns einfach etwas einfallen lassen müssen, daß das Recht hier dem Phänomen folgen muß und nicht vor dem Phänomen kapitulieren darf.

Ipsen: Ich pflichte Herrn Kaiser vor allen Dingen in seiner Schlußbemerkung vollauf zu. Denn ich bin der Meinung, daß ein Subventionsgesetz sich im Typ im wesentlichen darin erschöpfen wird, den Subventionszweck zu setzen und dafür zu sorgen, daß die Mittel bereitgestellt werden. Das aber ist die Brücke zu der weiteren Frage, die auch Herr Ermacora berührt hat, warum dann das Haushaltsgesetz, das ebenfalls

parlamentarischen Segen findet, mit der Zweckbestimmung und der Mittelbereitstellung nicht genügen soll. Was anderes sollte in einem Subventionsgesetz stehen? Meine Zwischenfrage an Herrn Ermacora, wo denn die Fonds geregelt seien, bekam die Antwort, das alles sei schön gesetzlich geregelt. Diese Gesetze enthalten aber nichts anderes als Zwecksetzungen und keine Normen vom Typ des normalen Dauergesetzes. Herr Kaiser hat den Nagel auf den Kopf getroffen, wenn er auf diesen Unterschied hinweist mit der Konsequenz, daß die Subventionsverwaltung auch an nichts anderes gebunden sein kann als daran, diesen Zweck zu realisieren.

Ehmke: Herr Ipsen, es gibt ja Gesetze, die direkt den Bürger binden, gewissermaßen Self-executing-Gesetze, und Gesetze, die nur ein Auftrag an die Verwaltung sind und erst von der Verwaltung zur Rechtsbindung des Bürgers konkretisiert werden. Sind Sie der Meinung, daß die Subventionsgesetze und auch die haushaltsgesetzlichen Ansätze zunächst nicht den Bürger, sondern nur die Verwaltung betreffen im Sinne eines Auftrags des Gesetzgebers und erst die Richtlinien der Verwaltung, denen Sie ja Rechtscharakter beimessen, eine Bindung oder auch Berechtigung des Bürgers schaffen? Ist das Ihre Meinung?

Ipsen: Im Urtyp sieht ein Subventionsgesetz so aus, und wenn ich dazu einer Bestätigung bedurft hätte, dann in jenem famosen Entwurf des österreichischen Bundesfinanzministeriums, das die Sache nicht anders formuliert als in der Erklärung, die zuständigen Behörden seien befugt, Förderungsmittel auszugeben für die und die Zwecke. So sieht das Gesetz aus (ganz abgesehen von der pervertierten Rechtsform der bürgerlich-rechtlichen Schenkung). Meine Bitte an Herrn Zacher wäre die, ob er uns nicht ein Modell eines Subventionsgesetzes hier an die Wand malen könnte.

Zacher: Ich trenne ja zwei Bereiche. Die Dauerordnung ist möglich als Ordnung der Subventionsverhältnisse, die in beliebiger Vielfalt entstehen können, genau so, wie beliebig viele Mietverträge entstehen können auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Zwischenruf: Das ist allgemeiner Teil.

Zacher: Das ist deswegen noch kein allgemeiner Teil. Der allgemeine Teil des Verwaltungsrechts entsteht vielleicht noch einmal woanders. Ich meine hier eine Ordnung, die einzelne Typen von Subventionsverhältnissen bereitstellt. Insofern ist das Wichtigste überhaupt, daß wir einmal sehen, daß die Apparatur, mit der wir im Augenblick arbeiten, für das Innere des Subventionsverhältnisses nicht ausreicht. Ob wir die erwähnte Maximalforderung einer Kodifikation erreichen können, ist eine andere Frage. Aber jedenfalls wären in der von mir postulierten gesetzlichen Ordnung die Typen der Subventionsverhältnisse zu erfassen; und die sind gar nicht so schwierig zu erfassen, ganz abgesehen davon. Herr Ipsen, daß wir ohnehin eines Tages auf ein öffentliches Schuldrecht hinauskommen müssen in einer Zeit, in der wir so viele Leistungspflichten in der öffentlichen Verwaltung haben. Das ist der eine Teil. Und ich bin der Meinung — das steht auch in meinen Leitsätzen —, daß die andere Frage der Zweckbestimmung — sozusagen was man in diese so geordnete Subventionsmaschinerie hineingibt, nämlich Summen und Zwecke -, daß diese Frage durchaus vereinfachten Beschlußverfahren überlassen bleiben kann. Das z.B., was die Österreicher — ich meine die dort kompetenten Österreicher — als Subventionsgesetz entworfen haben, das hat mit meinen Vorstellungen von einer Rechtsordnung der Subvention überhaupt nichts zu tun. Wer gibt für welchen Zweck was hinein - das muß in dieser Rahmenordnung dann geregelt sein. Was ich verlange, ist eben die Kooperationsordnung, die Verteilungsordnung, die Verfahrensordnung, die Ordnung des einzelnen Rechtsverhältnisses. Und das allerdings. Herr Ipsen, muß ich zugeben; meine Zeit der Vorbereitungen hat nicht ausgereicht, einen Gesetzentwurf mitzubringen. Ich hätte es sonst nicht versäumt.

Partsch: Ich möchte Herrn Zacher mit einer Frage an Herrn Ipsen zu Hilfe eilen. Eigentlich hatte ich erwartet, er würde es mir jetzt gleich schon vorwegnehmen. Herr Ipsen hat völlig recht, daß der Haushaltsplan genügt, wenn da nur geschrieben steht, wieviel wofür gegeben werden darf. Aber ich glaube, es sieht anders aus, wenn die zulässigen Auflagen — und Herr Zacher hat uns ja sehr plastisch geschildert, was da alles möglich ist — geregelt werden. Dann kommen wir nämlich wirklich in die echte Normativität hinein. Darf ich Sie, Herr Ipsen, fragen, ob Sie damit einverstanden wären oder ob Sie das auch anders sehen?

Ipsen: In meinem Opus von 1956 habe ich den Fall einer Schiffbaufinanzierung mit Auflagen geschildert, die den subventionierten Reedereien ein Korsett in ihren Personalaufwendungen anlegen. Das war der erste Fall, in dem das problematisch wurde. Ich bin ganz der Meinung, daß dieses Staat-Bürger-Verhältnis in der Ausgestaltung der Subventionszu-

wendungen mit Auflagen und Bedingungen grundrechtlich von großem Belang ist. Andererseits meine ich - ich verweise auf meinen Leitsatz 18 -, daß dieses Problem mit den üblichen Kategorien unseres allgemeinen Verwaltungsrechts bewältigt werden kann, und zwar insbesondere durch Herstellung der gebotenen rechtsstaatlichen Relation zwischen Subventionszweck und Auflagen. Wenn die Auflage in meinem Beispiel den Zweck hat, den persönlichen Aufwand der Reedereiinhaber zu dämpfen, dann ist das vernünftig und kann mit dem Subventionszweck harmonisiert werden. Aber wenn, wie wir hier aus dem österreichischen Bericht von Herrn Ermacora gehört haben. Wohnungsbau- oder Mietsubventionen mit der Auflage gegeben werden, zur rechten Zeit die rechte Flagge zu zeigen, dann würde ich allerdings in der Tat sagen, daß das nicht adäquat ist. Und der Vorgang des Films "Eva im Abendkleid", der mich zuerst mit dem Subventionsthema in Berührung gebracht hat, war problematisch, weil dem Produzenten damals die Filmsubvention nicht mit der Begründung verweigert werden sollte, "Eva im Abendkleide" tauge nichts, oder das Mädchen sei nicht hübsch genug oder der Film unanständig, sondern deshalb, weil die politische Gesinnung des Produzenten den geldgebenden Instanzen nicht behagte. Das waren also im Grunde Aspekte des Artikels 18 GG. Ich bin völlig Ihrer Meinung, Herr Partsch, daß das ein wesentlicher Gesichtspunkt ist, aber ich glaube, daß er mit dem Instrumentarium unseres Verwaltungsrechts gemeistert werden kann und dazu insbesondere die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, die ich heute wesentlich gewichtiger ansetze als Herr Zacher sie einschätzt, geeignet ist, Rechtsstaatswidrigkeiten zu begegnen.

Ehmke: Herr Ipsen, von einem Versuch, wie ihn Herr Zacher unter Ziffer 2 vorgenommen hat, "Subvention" näher zu definieren und sie dann einer einzelgesetzlichen Ausgestaltung zuzuführen, würden Sie abraten?

Ipsen: Jawohl, so ist es.

Kafka: Darf ich vielleicht zu dem, was Herr Partsch gesagt hat, noch eine Zusatzfrage an Herrn Ipsen stellen. Scheint es nicht einer gesetzlichen Normierung zu bedürfen, wer berechtigt ist? Oder soll nur an den objektiven Tatbestand angeknüpft werden, z. B. daß jemand — er sei dazugekommen wie er wolle — ein kriegsbeschädigtes Haus hat und nun eine Subvention bekommt, weil er das Haus wieder aufbaut? Oder soll hier die Verwaltung auch einem Millionär, der das Haus ja wohl auch aus eigenen Mitteln aufbauen könnte, eine Sub-

vention geben? Muß da nicht eine Bedürftigkeitsprüfung eingeführt werden? Oder muß nicht, wenn ich für eine Wohnung Subvention bekommen habe, dann eine Sperre für eine abermalige Wohnhaussubvention eingeführt werden? Die kleinen Eigenmittel sind für einen reichen Mann verhältnismäßig leicht aufzubringen; der kann dann drei Wohnungen mit Subvention bauen und zwei davon unter verschiedenen Tarnmöglichkeiten lukrativ vermieten. Wenn hier die Verwaltung nach Ermessen handeln darf, im Rahmen einer reinen Zweckbestimmung, dann sehe ich die Gefahr gröbsten Mißbrauchs voraus. Darum scheint es mir nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Auflagen, die Herr Partsch meint, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Bestimmung des Berechtigten von großer Bedeutung, daß hier gesetzlich normiert wird.

Bullinger: Herr Zacher, Sie wollen die Subvention auf Vergabe von Mitteln an natürliche oder juristische Personen des Privatrechts beschränken. Herr Ipsen hat seinen "Urfaust", wie ihn Herr von Simson schon getauft hat, seine Schrift von 1956 betitelt: "Öffentliche Subventionierung Privater." Meine Frage geht dahin — das jetzige Thema hieß ja "Verwaltung durch Subvention" —, ob man hier nicht einen mehr funktionalen Begriff an die Stelle setzen muß. Denn wenn wir die Subvention etwa von der Verfälschung der Wettbewerbsordnung her sehen, dann wirkt die Subventionierung der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand, ob in den Rechtsformen einer privatrechtlichen juristischen Person oder in der Form eines Eigenbetriebs, ja funktional gleich wie die Subventionierung privater Wirtschaftstätigkeit. Herr Zacher, Sie haben sehr schön das Funktionale der Subvention herausgearbeitet; müßten Sie dann nicht auch hier die Konsequenzen ziehen und die Vergabe von Mitteln an Stellen, die der Form nach nicht privat sind, in die Subvention einbeziehen?

Zacher: Das Problem habe ich bei der Definition durchaus gesehen. Ich wollte die Definition nicht mehr damit belasten, sondern mir genügte es, daß die vollkommene Gleichheit des Problems sich nur dann ergibt, wenn der Staat in diesen Fällen voll in die Bürgersphäre eintaucht.

Bullinger: Darf ich eine Zusatzfrage stellen?

Im Steuerrecht wurden früher Vergünstigungen für eine wirtschaftliche Tätigkeit im öffentlichen Interesse im allgemeinen nur gegeben, wenn diese Tätigkeit von Körperschaften des öffentlichen Rechts durchgeführt wurde. Jetzt knüpft man zunehmend nicht mehr an die Rechtsform, sondern an die Funk-

tion an und stellt alle Wirtschaftseinheiten gleich, die dieselbe öffentliche Aufgabe erfüllen; private Wirtschaftseinheiten werden also im Steuerrecht mehr und mehr als den Wirtschaftseinheiten der öffentlichen Hand gleichwertig behandelt. Meine Frage ist, ob man nicht umgekehrt bei den Subventionen die Wirtschaftseinheiten der öffentlichen Hand den privaten Wirtschaftseinheiten gleichstellen müßte, weil die Verwaltungsund Verfassungsprobleme wesentlich gleichgelagert sind.

Zacher: Ich habe, wenn Sie vielleicht weitergelesen haben in meinen Leitsätzen unter III Nr. 5 den Text: "Öffentliche Finanzzuweisungen treffen nicht auf die Rechtssphäre des Individuums. Für die Subvention ist die öffentliche Hand eine qualitative Einheit." Mein Ausgrenzungskriterium war dieses: Muß ich Rechtsverhältnisse gestalten, bei denen ich die spezifischen Bürgerrechte in Anrechnung bringen muß? Und das muß ich beim Staat, wie Sie mir zugeben werden, nur ganz ausnahmsweise. Das ist ja auch beim Drittwirkungsproblem so. Daß wir den Fiskus privaten Subjekten so völlig gleichstellen infolge überkommener Zustände usw., das ist nur für einen relativ engen Bereich. Und dafür glaube ich, keinen Zusatz in der Definition nötig zu haben.

Bullinger: Ich wollte nur eines zum Abschluß sagen: Gibt es noch den Staat als eine in sich geschlossene Einheit?

Ehmke: Darf ich bitten, vielleicht stärker auch auf die Frage einzugehen, ob sich für die drei folgenden Fragen: Organisation, Gesetzmäßigkeit und Grundrechte wirklich etwas Grundsätzliches ändert, wenn man den Subventionsbegriff enger oder weiter faßt. Wenn wir vielleicht das noch etwas diskutieren könnten, um sicher zu sein, daß wir für die Diskussion der nächsten Fragen wirklich den Gegenstand anvisiert haben, den diese Fragen betreffen.

Badura: Es ist, wie ich glaube, ein wesentlicher Fortschritt der heutigen Referate gewesen, daß mit aller Eindeutigkeit erkennbar geworden ist, daß die Subventionsverwaltung tatsächlich nicht einfach in dem Sinn eine "Leistungsverwaltung" ist, wie etwa die Sozialverwaltung oder die Fürsorgeverwaltung, sondern daß der eigentliche juristische Kern der Subventionsverwaltung das Moment der Sozialgestaltung und der Lenkung ist; so in der These 20 von Herrn Ipsen. Wenn das aber richtig ist, dann ergibt sich für den Begriff der Subventionen, daß — wie ja auch schon hervorgehoben wurde — sein wesentliches Merkmal der Zweck ist. Um so mehr hat es mich

überrascht, daß Herr Zacher in seiner Begriffsbestimmung immer von dem "Schuldverhältnis" gesprochen hat, so unter BI seiner Leitsätze, und von einer "Interessenstruktur" des Subventionsverhältnisses. Wenn die Subventionierung Sozialgestaltung, wenn sie intervenierende Wirtschaftsverwaltung ist, ist, finde ich, der Ausdruck "Interessenstruktur" eine gewisse metabasis eis allo genos, und ist mir auch nicht ganz einleuchtend, inwiefern man von einer "kooperativen" Interessenstruktur sprechen kann, es sei denn, daß man eben hier überhaupt eine Auflösung der subventionierenden Verwaltung in eine kompromißhafte Ausgleichung gruppierter Interessen sieht. Meine Frage an Herrn Zacher läßt sich vielleicht so präzisieren: Ist es nicht ein Widerspruch, auf der einen Seite in so präziser Weise hervorzuheben, daß Subventionierung Sozialgestaltung, Lenkung ist, auf der anderen Seite aber von einem Verhältnis zu sprechen, das primär kooperativ sei? Denn Kooperation kann ja hier wohl nur gemeint sein als ein Verhältnis zwischen dem Begünstigten und der Verwaltung. Auch für die von mir jetzt nicht zu erörternden staatsrechtlichen Fragen, die Grundrechtsfrage und die Frage des Gesetzesvorbehalts, dürften sich entscheidende Konsequenzen daraus ergeben, daß der Begriff der Subventionierung aus dem Globalbegriff der Leistungsverwaltung herausgenommen und klar erkannt wird, daß hier Sozialgestaltung und Lenkung stattfindet.

Dürig: Ich glaube, daß wir schon hier beim Subventionsbegriff die Weichen stellen für alle weiteren Punkte: Ich habe den Eindruck, daß bei den beiden Herren Referenten doch bewußt oder unbewußt ein verschiedener Subventionsbegriff, auch vom Zweck her gesehen, Herr Badura, zugrunde liegt. Ich habe so den Verdacht, daß Herr Zacher eigentlich unter Subvention, zumindest als Endziel, eine "Kategorialförderung" versteht. Dafür sprechen seine ganzen Publizitätsanforderungen, seine Eigentumsargumentation und dergleichen. Damit läge der Akzent auf der egalité, das stellt dann, wie gesagt, die materiell-rechtlichen Kontrollweichen. Während sich doch Herr Ipsen (er hat bewußt die Sozialhilfen ausgeklammert, hat sich bewußt auf die Wirtschaftssubvention beschränkt und. Sie wollen nicht vergessen, hat bewußt die Kategorialförderung, etwa bei den Eiern und dergleichen, ausgeklammert) auf die spannenden Fälle beschränkt. Und da ist doch die Subvention eben ein "Einzelstrahler", nicht ein "Dauerregen", ein Guß, eine Spritze, eine Einzelhilfe. Und für diese Art von Subventionen ist doch eben geradezu begriffsnotwendig die gewollte Ungleichheit, daß man jemanden bewußt bevorzugt.

Folgerichtig argumentiert Herr Ipsen, anders als Herr Zacher, auch nicht mit dem letztlich immer statischen Eigentumsschutz nach Art. 14 GG. Beide Subventionen sind wirtschaftsgestaltend, sicherlich. Aber die eigentlichen Probleme und die erregenden Probleme liegen bei jenen okkasionellen und gleichsam "diffusen" Subventionen, die eigentlich doch wohl Herr Ipsen im Auge hatte. Und für diese Form von Subventionen, Herr Ipsen, bin ich in der Tat der Meinung, daß ein subventionierendes Gesetz nicht mehr regeln kann als den Zweck und die Zur-Verfügungstellung der Mittel. Während bei Ihrer Subvention, Herr Zacher, die Kategorialförderung dann das "Wie" bis in alle Einzelheiten durchnormieren kann. Ich wäre dankbar, wenn Sie mir zugestehen, daß Sie hier vielleicht einen verschiedenen Subventionsbegriff zugrunde gelegt haben.

Zacher: Ich könnte mir nicht vorstellen, daß das, was Sie unter "Spritzenförderung" oder so ähnlich bezeichnet haben, nicht zu meinem Subventionsbegriff gehört. Zu meinem Subventionsbegriff gehört das genauso, wie das, was Sie Kategorialförderung nennen, die breiter gestreute Hilfe. Es ist sicher eine der größten Schwierigkeiten, vor denen man beim Nachdenken über Subventionen steht, die Vielfalt der Phänomene irgendwie in den Griff zu bekommen. Ich glaube aber. wir bekommen sie nur in den Griff, wenn wir die Vielfalt sehen. Und darauf geht auch meine Definition aus. Ich habe meine Vorbereitung auf dieses Referat im Schwerpunkt auf das Recherchieren des tatsächlichen Materials — wie geschieht Subvention? — konzentriert. Und ich bin darauf gekommen, daß in der Literatur nur ein sehr kleiner Teil der Formen. die überhaupt vorkommen, auch nur erwähnt wird. Und darum mein relativ weiter Begriff, von dem ich glaube, daß wir von ihm aus die Interessenlage erforschen und von daher die Ordnung nehmen können, Herr Badura. Mir ist nicht ganz klar, warum Sie sagen, der Hinweis auf die Interessenlage habe Sie befremdet und sei Ihnen ungewöhnlich vorgekommen, wenn von Lenkung gesprochen wird. Warum soll es da keine Interessen geben?

Badura: Öffentliche Verwaltung hat mit Zwecken zu tun. Dagegen ist Interesse etwas Privatrechtlich-Koordinatives.

Zacher: Wenn Sie "Interesse" so einschränken von vornherein, leuchtet mir das nicht ganz ein. Ich würde sagen, ein Rechtsverhältnis richtig zu regeln, setzt voraus, die Interessenstruktur zu kennen und sie zu bewerten. Und eine Interessen-

lage in diesem Sinne ergibt sich immer auch, wo Staat und Bürger sich begegnen. Könnten Sie mir da nicht zustimmen, Herr Badura? Sie müssen doch das Verhältnis öffentliche Verwaltung—Bürger auch in der Eingriffsverwaltung irgendwie auf eine Interessenlage zurückführen und müssen dann z. B. sagen: Soll ich hier den Polizisten zuschlagen lassen oder soll ich ihn nicht zuschlagen lassen. Das ist auch eine Interessenlage Allgemeinheit—Bürger. Warum würden Sie sagen, das hat nur mit Zweck zu tun und nicht mit Interesse?

Ehmke: Herr Badura, ich glaube, Herr Zacher hat klargestellt, daß er "Interesse" nicht in privatrechtlich-individuellem Sinne meinte, so daß ich hier die Diskussion über Zweck und Interesse, wenn Sie einverstanden sind, gerne abbrechen möchte. Da wir die beiden Herren Referenten nicht dazu bringen werden, sich auf den engeren Begriff der Etat- oder Richtlinien-Subvention, auf den die Thesen von Herrn Ipsen zugeschnitten sind, oder auf den viel weiteren Subventionsbegriff von Herrn Zacher zu einigen, sollten wir jetzt ruhig versuchen. doppelgleisig zu fahren. Wir werden die Frage, welcher Begriff richtiger ist für die juristische Bewältigung der Probleme. ohnehin erst beantworten können, wenn wir gesehen haben, was der eine oder der andere Begriff für die Beantwortung der nächsten Fragen bietet. Wir sollten also Frage 1 - Subventionsbegriff - jetzt vorläufig abschließen. Für die weitere Diskussion möchte ich eine Änderung vorschlagen: Bis jetzt sind wir auf Organisationsfragen — Subventionsvermittlung. Einschaltung Privater (Beliehener) oder Stellung Bund-Land -Gemeinden - nicht eingegangen. Ich glaube, es ist besser für unsere Diskussion, wenn wir von der Frage 1 jetzt gleich auf Frage 3: Gesetzmäßigkeit, übergehen. Ich bedauere es zwar, daß die Organisationsfragen, die für die praktische Durchführung einer Subvention so entscheidend sind, wieder einmal zu kurz kommen. Aber so wie die Diskussion bisher gelaufen ist, scheint es mir richtig, den Punkt 2: Organisation, zurückzustellen, um bei der Diskussion über die Fragen der Gesetzmäßigkeit an das anschließen zu können, was bisher gesagt worden ist.

Stern: Ich glaube, Herr Kollege Ipsen hat mich als einen derjenigen angesprochen, der zu den zornigen jungen Männern gehört, wenn ich auch keine der von ihm inkriminierten Formulierungen gewählt habe. Dennoch, in dieser Richtung auf meinen Aufsatz aus dem Jahre 1960 zurückblickend, würde ich nicht im Zorn zurückblicken, sondern das Wesentliche doch aufrechterhalten, nämlich gerade die Ansicht, daß das Haus-

haltsgesetz nicht ausreicht, um die Subventionierung wirklich rechtsstaatlich einwandfrei abzusichern. Sicher ist eines, und das möchte ich betonen, weil ich hier vielfach mißverstanden worden bin:

Ehmke: Herr Stern, entschuldigen Sie. Sie müssen vielleicht dazusagen, daß Sie das auch für den speziellen Typ der Subvention, den Herr Ipsen im Auge hat, meinen.

Stern: Ja, ja, meine ich; und zwar nur von dem rede ich jetzt. — Das Legalitätsprinzip, und hier stimme ich mit Ihrer These Nr. 20, Herr Ipsen, überein, kann sicher nur differenziert für die Bereiche der Leistungsverwaltung herangezogen werden. Ein Bereich der Leistungsverwaltung ist die Subventionierung, und in diesem Bereich sollten wir — so meine ich — am Gesetzmäßigkeitsprinzip festhalten. nicht aber in allen Bereichen. Für die Kommunalverwaltung stellt sich die Frage wegen 28 Abs. 2 GG ebenso für die Universitäts- und Hochschulverwaltung wegen 5 Abs. 3 GG anders. Vielleicht aber, insofern möchte ich meine früheren Ausführungen modifizieren, sollte man auch im Bereich der einzelnen Subventionsarten und Subventionierungstypen differenzieren und hier ein abgestuftes Legalitätsprinzip einführen. Wenn wir aber jetzt die grundsätzliche Frage dahingehend beantworten, daß allein das Haushaltsgesetz genügt, dann meine ich, daß hierzu eine Umwandlung des Haushaltsgesetzes in seiner bisherigen Form notwendig ist, vielleicht sogar eine Änderung des Art. 110 GG. Um auf einen aktuellen Vorgang in anderer, in geradezu entgegengesetzter Richtung einzugehen: Das Bundesfinanzministerium, und ihm folgend die Bundesregierung, hat sich außerstande gesehen, seine antizyklische Finanzpolitik, die fiscal policy, allein mit den Haushaltsmöglichkeiten zu steuern, und zwar nicht nur wegen der Schranken des Art. 109 GG und des 28 Abs. 2 GG, sondern man hielt es für erforderlich, dem Finanzminister im Entwurf des Stabilisierungsgesetzes eigene Ermächtigungen zu Genehmigungen für Haushaltsausgaben und Haushaltsdrosselung, Investitionsstops und Investitionsanregungen durch ein spezielles, eben vom Parlament verabschiedetes Gesetz zu geben. Mir scheint, daß hier und ebenso bei Subventionen die Steuerungsfunktion des Haushaltsgesetzes aus der ausschließlichen Beziehung zwischen Exekutive und Legislative herausgerückt ist, aber bisher wegen Art. 110 GG und wegen des Bepackungsverbotes diese Steuerungsfunktion nur durch einen zusätzlichen gesetzgeberischen Akt erfüllt werden kann. Vielleicht kann man von daher einen Ansatz gewinnen, das

Haushaltsgesetz mit einem etwaigen Richtliniengesetz oder etwas Ähnlichem zu koppeln, um die Absicherungen doch in rechtsstaatlich-demokratisch einwandfreier Form zu finden.

Ein weiterer Punkt scheint mir folgender zu sein: Wenn Herr Zacher recht hat, daß Subventionsordnung Konfliktsordnung ist, und das ist meiner Meinung nach richtig und nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Art. 14 GG, sondern auch unter dem des Art. 12 GG und, Herr Ipsen, wie Sie betont haben, auch unter dem des Art. 2 GG (Eingriff in die Wirtschafts-, Berufsfreiheit usw.), dann glaube ich, daß gerade zur Lösung dieser Konfliktsordnung eine gesetzliche Regelung erforderlich ist. Ich möchte sodann, wenn Sie gestatten, noch einen kleinen Rückgriff auf die Begriffsbestimmungsdebatte (Punkt 1) vornehmen. Herr Zacher hat in seiner Begriffsbestimmung die Zuwendungen gebunden an natürliche oder juristische Personen des Privatrechts. Sie schließen also die juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Gemeinden. Zweckverbände usw. aus. Darf ich fragen, ob Sie diese Zuwendungen dann unter die Fondsverwaltung rechnen oder in welcher Einordnung Sie sie sehen würden, nachdem Herr Schindler ja gerade für die Schweiz gesagt hat, daß die Subventionen auch an Rechtsträger des öffentlichen Rechts gewährt werden könnten.

Zacher: Dazu ist die gleiche Antwort zu geben, die ich Herrn Bullinger erteilt habe. Ich habe leider den einschlägigen Abschnitt des Referats aussparen müssen. Es ist genau die Frage: wenn ich die spezifischen Rechtsverhältnisse ausgestalte, muß ich hier Grundrechtspositionen in Betracht ziehen? Die ziehe ich bei öffentlich-rechtlichen Trägern nicht in Betracht. In meinem Konzept heißt es dazu: hier werden die Grundrechtspositionen vertauscht mit dem Eigenwert der Kompetenzen und der spezifischen Aufgabe dieser Körperschaften. Das fordert andere Rechtsverhältnisse, andere Aufsichtsmöglichkeiten heraus usw. Und infolgedessen habe ich da ganz andere Zusammenhänge, obwohl sich natürlich vieles gleich abspielen wird.

Stern: Darf ich vielleicht noch etwas dazu sagen: Vielleicht sollten wir das als grundsätzliche Aufforderung auffassen, uns in Zukunft an diese Differenzierung ganz allgemein zu halten; denn die Probleme sind, wie gesagt, ganz verschieden.

Ipsen: Subventionieren von öffentlicher Hand zum Privaten und das Dotieren (so nennt Herr Wolff es) zwischen Finanzmassen sind höchst unterschiedliche Dinge und werfen ganz unterschiedliche Rechtsfragen auf. Das hat sich inzwischen herumgesprochen u. a. in den Auseinandersetzungen mit Herrn Köttgen, der ja das ganze Subventionswesen zunächst fast nur in den Finanzzuweisungen zwischen Finanzmassen gesehen hat. Er hat dazu den Franzosen Boulouis zitiert, der sich aber nur mit den Verhältnissen zwischen den Finanzmassen beschäftigt, nicht mit den Verhältnissen der öffentlichen Finanzträger zu den Privaten. Für mich ist Subventionierung wesentlich überhaupt nur eine Relation zwischen öffentlicher Verwaltung und Privaten. Alles andere ist uninteressant für die Themastellung, wie ich sie sehe. Und, Herr Stern, ich glaube, Sie können beruhigt sein: das ist auch in der Literatur weitgehend erkannt und berücksichtigt, und wer sich nicht daran hält, bringt das wenigstens zum Ausdruck.

Ehmke: Schönen Dank. Ich glaube, Herr Stern, wir können praktisch wirklich nur so verfahren. Bei Herrn Zacher steht ganz klar diese Trennung im Vordergrund, da er ja gerade auf das Bürger-Staat-Verhältnis das größte Gewicht legt. Ich glaube, die terminologische Klarheit ist jetzt erreicht, so daß wir hier weitergehen können.

Winkler: Meine Herren, ich sehe mich mit meiner Diskussionsbemerkung im Vorteil, weil ich mich bei meinen Ausführungen nicht nur an die österreichische Bundesverfassung halten kann, sondern auch an die Äußerungen des jüngeren Ipsen. Denn Herr Ipsen war so freundlich, uns hier zu offenbaren, daß er nicht mehr jener Meinung ist, die er einmal — was das Legalitätsprinzip anbelangt — vertreten hat.

Ipsen: Darf ich unterbrechen mit der Frage, inwiefern Sie meinen, ich hätte meine Meinung zum Legalitätsprinzip geändert? Darin bin ich nämlich durchweg in der Literatur mißverstanden. Ich werde dort immer als ein Apostel des Legalitätsprinzips hingestellt. Sie tun das offenbar auch.

Winkler: Ich möchte, verehrter Herr Ipsen, nur auf das Bezug nehmen, was Sie heute im Referat selbst gesagt haben. Nämlich, daß Sie sich im Gegensatz zu Ihren früheren Auffassungen auf die Meinung zurückziehen, daß es genügt, wenn Subventionen im Etat, im Staatshaushalt fixiert sind.

Ipsen: Ja, während ich früher erwogen habe, ob zusätzlich zum Etatgesetz ein formloser Beschluß nötig ist. Ich habe aber nie den Standpunkt vertreten, daß eine gesetzliche Normierung nötig sei. Das hat man mir unentwegt in die Schuhe geschoben. Das weise ich aber weit zurück.

Winkler: Es tut mir sehr leid, Herr Ipsen, daß ich mich nicht in dem Umfang, in dem ich es wähnte, auf den jüngeren Ipsen berufen kann. Das ist aus Ihrer heutigen Bemerkung nicht ganz so klar hervorgegangen. Dennoch glaube ich, daß Ihre These auch für uns Österreicher ein Anlaß zur Besinnung ist. Man kann nämlich nicht so schlechthin sagen, daß für den österreichischen Juristen das Legalitätsprinzip eine undiskutierbare Selbstverständlichkeit ist. Zwar sagen wir, daß die gesamte staatliche Verwaltung gemäß der Verfassung, eben des Art. 18, nur auf Grund der Gesetze erfolgen darf. Aber wir sind doch auch in mancher Hinsicht ein wenig nachdenklich geworden. Ich glaube, daß man das im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip und der Subvention nicht außer acht lassen sollte. In den 20iger Jahren hat sich der Verfassungsgesetzgeber veranlaßt gesehen, auf Grund eines Judikates des Verfassungsgerichtshofs Art. 18 (2) der Bundesverfassung zu novellieren und statt "im Rahmen der Gesetze" "auf Grund der Gesetze" vorzusehen, "Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden", heißt es heute. Dazu hat der Verfassungsgerichtshof im Laufe der Zeit eine reiche Judikatur entwickelt, und die Wissenschaft hat sich in den letzten Jahren immer wieder mit diesem Problem beschäftigt. Nun ist es eigentlich recht deprimierend festzustellen, wo wir heute angelangt sind. Wir sind nämlich trotz erwünschter Anerkennung bei einer Überspannung dieses Grundsatzes angelangt, etwa in der Richtung, daß die Formel des Verfassungsgerichtshofs, daß der Gesetzgeber das Handeln der Verwaltung im wesentlichen oder in wesentlichen Zügen determinieren muß, zu einer erschreckenden Kasuistik führt. Dies nicht nur in einer Konsegenz, die sich immer häufiger in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zeigt, daß Gesetze als verfassungswidrig aufgehoben werden, weil sie das Handeln der Verwaltung nicht konkret genug bestimmen. Damit wird, wie ich glaube, der Verwaltung jener Spielraum genommen, der ihr die Entscheidung für eine relativ unbestimmte Zukunft und für relativ unbestimmte Fälle ermöglichen soll, soll sie ihren Zweck verwirklichen können. Wir sind nachdenklich geworden, möchte ich sagen. Wir sind nicht blinde Anhänger des Legalitätsprinzips. Es sind auch nach unserer Vorstellung bestimmte Grenzen in Richtung auf die Kasuistik vorgegeben. Denn die legistische Kasuistik führt nicht nur zu einer Zerstörung der Verwaltung, sondern auch des Konzeptes der Gewaltentrennung. Sie führt dazu, daß der Gesetzgeber eine Funktion erfüllt, die letzten Endes nicht ihm zukommt, sondern der Verwaltung.

Aber selbst im Hinblick auf diese Bedenken will ich meinen. daß das Legalitätsprinzip dennoch zu beachten ist, und daß wir nicht darauf verzichten können, die Frage der Subvention gesetzlich zu regeln, wollen wir andernfalls nicht Unsicherheit und Willkür und damit ausgesprochen rechtsstaatswidrige Tendenzen geradezu provozieren. Ob man das Ziel der Subvention gesetzlich verankern soll, vermag ich nicht zu beurteilen. Vielleicht ist das wirklich eine Frage, die der Verwaltung überlassen bleiben sollte. Aber Zweck und Mittel, Kompetenz und Verfahren müßten unbedingt gesetzlich geregelt werden. Es genügt nicht, wenn in einem Finanzgesetz festgelegt ist, daß für diese oder jene Zwecke hundert Millionen oder eine Milliarde Schillinge zur Verfügung stehen. Wenn diese angegebenen Fragen nicht gesetzlich geregelt sind und damit auch die Unterscheidung nicht beachtet und die Entscheidung nicht getroffen ist, ob die Angelegenheit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, dann ist außerdem in sehr wichtigen Dingen der Verwaltung eine Freiheit eingeräumt, die nicht beabsichtigt sein kann. Denn es ist abzulehnen, wenn da und dort noch die Auffassung vertreten wird, daß die Verwaltung gewissermaßen das Belieben hat, zwischen privatwirtschaftlichen und hoheitlichen Mitteln zu wählen: eine Vorstellung, die dem rechtsstaatlichen Standpunkt direkt widerspricht.

So sehr ich einerseits Ihren Mut bewundere, Herr Ipsen, so sehr neige ich andererseits doch eher dazu, mich den Ausführungen Herrn Zachers anzuschließen; nicht zuletzt auch deshalb, weil ich aus Erfahrung sagen kann, daß selbst richtige wissenschaftliche Einsichten und Aussagen nichts vermögen, im Vergleich zur Praxis, die staatliche Organe pflegen können. Wissenschaftliche Erkenntnisse und daraus resultierende Entscheidungen sind auf der einen Seite vielfach auch nicht genug allgemeinverständlich, um durch die Praxis unmittelbar angewendet werden zu können. Auf der anderen Seite ersetzen sie weder die Ordnungsfunktion des Gesetzes noch den mit einer rechtlichen Regelung zwangsläufig verbundenen Rechtsschutz. Danke.

Pfeifer: Ich stimme mit dem Vorredner darin überein, daß ein Ansatz im Finanzgesetz, der etwa bloß in groben Umrissen den Zweck einer Subvention umschreibt, also sagt, die und die Summe steht in dem Finanzjahr zur Verfügung für diesen und jenen Zweck und weiter nichts, nach dem Legalitätsprinzip und nach dem rechtsstaatlichen Prinzip überhaupt unzulänglich ist. Es ist zum Teil schon in der österreichischen Literatur hervorgehoben worden, was als mehr oder weniger unerläßlich zu betrachten ist. Das hat auch früher Herr Kafka angedeu-

tet, daß die Voraussetzungen, unter welchen eine solche Subvention für den gedachten Zweck an die Einzelperson geleistet wird, im Gesetz umschrieben sein müßten.

Auch das erachte ich als noch nicht genügend, denn es kann ja dann noch immer diese oder jene Summe vorhanden sein; es wird an soundsoviele, die die Voraussetzung erfüllen, eine Subvention gegeben und an soundsoviele andere, die ebenfalls eine Subvention haben wollen, nicht gegeben. Wenn man dann insbesondere, wie es in der Regel in Österreich geschieht, nicht mit hoheitlichen Mitteln in Form eines Bescheides, was vorzuziehen ist, sondern in Form von Verträgen, also mit privatrechtlichen Mitteln arbeitet, um den Interessenten eine Subvention zukommen zu lassen, so steht dem übergangenen Interessenten kein wirksames Rechtsmittel zur Verfügung, um die Übergehung zu bekämpfen, um dagegen anzukämpfen, daß nur der A und B und nicht auch der C und D etwas bekommen.

Das hängt natürlich mit dem Legalitätsprinzip und dem rechtsstaatlichen Prinzip innigst zusammen. Ich meine, ein Rechtsmittel müßte auch gegeben sein, und ich könnte mir also vorstellen, vielleicht darf ich damit schließen, daß außer den gesetzlichen Voraussetzungen, die jeder erfüllen muß, damit er überhaupt eine solche Subvention bekommt, ein erforderlicher Rechtsschutz gegeben sein muß. Ferner meine ich, daß man, da die Mittel meist beschränkt sind, so daß man, wenn man erst ziemlich freigebig ist, dann zum Schluß nicht alle befriedigen kann, daß man etwa so vorgehen könnte, wie es beispielsweise derzeit bei der Verteilung einer globalen Entschädigungssumme an Österreicher, deren ausländisches Vermögen von dem Staate, in dem es sich befand, eingezogen worden ist, geschieht: Daß zunächst einmal alle ihre Vermögensverluste anmelden müssen, daß dann Österreich auf dieser Grundlage mit dem Entzieherstaat verhandelt und eine bestimmte globale Entschädigungssumme vereinbart. Diese wird dann nach einem bestimmten gerechten Schlüssel, der die Höhe der einzelnen Vermögensverluste berücksichtigt, aufgeteilt auf diejenigen, die ihre Vermögensverluste angemeldet haben. Auf diese Weise würde, auch wenn die Summe unzulänglich ist, doch jeder verhältnismäßig zum Zuge kommen und es würde vermieden, daß infolge vorzeitiger Erschöpfung der Mittel ein Teil, der vielleicht zu spät davon erfahren hat, leer ausgeht.

Imboden: Darf ich, etwas monoman vielleicht, ebenfalls die These unterstreichen, wonach der Etat keinen Ersatz für die Norm bilden kann. In der Schweiz ist das schon deshalb ausgeschlossen, weil der Etat formal gar nicht auf Gesetzesstufe

steht. Als Gesetz gilt nur der Erlaß, der unter Referendumsvorbehalt steht. Das trifft für den Etat nicht zu. Aber ich sehe von dieser Eigenart des schweizerischen Budgetrechtes ab. Ich würde meinen, daß auch technisch der Etat gar nicht in der Lage ist, das Wesentliche über eine Subventionierung auszusagen. Was muß denn im Zusammenhang mit einer Subventionierung überhaupt geregelt werden? Selbstverständlich muß der Betrag bestimmt werden. Abgesehen davon bedürfen zwei Fragen der Klärung. Einmal die Zwecksetzung. Es ist nun aber keine brauchbare Zwecksetzung, wenn in den Etat einfach das Wort "Rebbau" eingesetzt wird. Der Zweck muß sehr viel nuancierter umschrieben werden. Für eine derartige Differenzierung eignet sich der Etat nicht. Ich habe noch nie davon gehört, daß in einem Parlament eine Art Redaktionslesung über den Etat stattfinde. Man sieht davon ab, die Worte, die den ungefähren Budgetzweck bezeichnen, genau abzuwägen. Es ist im Gegenteil eine Tendenz vieler Finanzverwaltungen. heute die Wort-Bezeichnungen durch bloße Kennzahlen zu ersetzen.

Wäre im Etat die Zwecksetzung klar normiert, dann wäre damit wenigstens das Problem der Subventions-Auflagen gelöst. Aber ein zweites bedürfte in jedem Fall noch der näheren Regelung, nämlich die Festlegung der technischen Behelfe zur Sicherung der Gleichbehandlung. Die Subventionierung steht in jedem Fall unter dem Gleichheitsgebot. Das Gleichheitsgebot zu gewährleisten, hält im Falle der Subventionierung außerordentlich schwer. Die finanziellen Mittel sind immer beschränkt. Sehr oft sind sie in der Weise offen begrenzt, daß der für eine bestimmte Aufgabe zur Verfügung stehende Subventionsbetrag absolut limitiert wird. Wie kann bei einer solchen betragsmäßigen Kontingentierung die Gleichbehandlung gewährleistet werden? Um dieses Ziel zu erreichen, müssen ganz bestimmte Techniken entwickelt werden - Techniken, die sich nur im Rahmen einer Norm durchführen lassen. Nun hat freilich Herr Kollege Schindler darauf hingewiesen, daß Sie auch im schweizerischen Etat Subventionen finden, die nur im Etat festgelegt sind. Aber es sind bezeichnenderweise Subventionen, bei denen sich alle diese Fragen gar nicht stellen können. Praktisch geht es um Subventionen an konkret bezeichnete Empfänger, an juristische Personen zum Beispiel, bei denen der statutarische Zweck zugleich den Subventionszweck ausdrückt. also etwa an Wirtschaftsvereinigungen oder kulturelle Vereinigungen.

Ehmke: Schönen Dank. Herr Ipsen wird darauf gleich antworten. Vielleicht darf ich noch eine Frage an ihn richten, da

Herr Vogel sie nicht stellt, obgleich er sie auf Grund seiner Haftung für das, was er in Würzburg gesagt hat, hätte stellen müssen. Herr Ipsen, wie ist es mit den Richtlinien? Sind Sie der Meinung, daß wegen der Unterschiede des Finanzgesetzgebungsverfahrens zum normalen Gesetzgebungsverfahren der Haushaltsansatz immer eine dem Art. 80 GG ähnliche Ermächtigung zum Erlaß von Richtlinien enthält, oder wie kommen Sie sonst zum Rechtscharakter der Richtlinien? Das ist mir vorhin nicht ganz klar geworden. Vielleicht könnten Sie diese Frage zusammen mit der Frage von Herrn Kollegen Imboden beantworten.

Ipsen: Die Erscheinung des Subventionswesens nötigt uns zu der verfassungsrechtlichen Einsicht und Konsequenz, daß die in Verbindung mit dem Etat von der Verwaltung gesetzten Richtlinien einen zweiten, von der Verfassung zugelassenen Weg der Selbstregelung der Vergabegesichtspunkte darstellen, dem durch die Regelung des Art. 80 für Rechtsverordnungen auf gesetzlicher Grundlage nicht präjudiziert worden ist.

Ehmke: Herr Ipsen, ist die dogmatische Grundlage der Richtlinienermächtigung das Haushaltsgesetz oder der Amtsauftrag der Verwaltung? Ich glaube, an anderer Stelle sagen Sie Amtsauftrag.

Ipsen: Das Haushaltsgesetz und die Art seines Zustandekommens, wie es bei uns üblich ist (anders als in der Schweiz), durch parlamentarische Beschlußfassung. Und ich frage mich, ob die Verabschiedung des Etats mit den Vorberatungen in den zuständigen Ausschüssen ein höheres oder ein geringeres Maß an demokratischer Absicherung darstellt als der Gesetzgebungsweg in vielen anderen Bereichen der Leistungsverwaltung, wie es der heutigen parlamentarischen Praxis entspricht. Diese Frage steht vor einem sehr viel weiteren Hintergrund, den ich eigentlich in meinem Schlußwort beleuchten wollte: aber ich darf das sogleich hier einfließen lassen. Die Subvention ist eine Erscheinung, die uns dazu nötigt, die Fragwürdigkeit sehr vieler unserer Verfassungspraktiken und Verfassungsregelungen festzustellen. Wir können aber bei der Behandlung der Subventionen nicht en passant unsere Verfassung oder Verfassungswirklichkeit reformieren. Wenn ich also feststelle. unsere Gesetzgebungstechnik, unser Gesetzgebungsverfahren entspreche unter den Anforderungen demokratischer Legitimation nicht dem Ideal, dann ist das eine Erkenntnis, die mich in den Stand setzt, der Bemerkung von Herrn Zacher entgegenzutreten. Aber ich kann bei der Behandlung des Subventionswesens diese Malaise nicht irgendwie ausräumen.

Nun zu den Bemerkungen von Herrn Imboden, wonach der Etat keinen Normersatz darstelle. Ich habe immer wieder hervorgehoben, daß der juristisch prekäre, der "geladene" Typ der Subvention der der Wirtschaftssubventionierung ist. Dazu zähle ich also das Hühnergackern nicht, sondern jene Subventionen, die Lenkungs-, Einwirkungs-, Umgestaltungs-, Planungseffekte auslösen sollen. Das sind also die gewichtigen Vorgänge, aus denen ich die Schiffbau- und Werftensubventionierung als Beispiel genannt habe. Dann aber wird bei der Anforderung, die Herr Imboden hier präzisiert hat, es müßten nämlich technische Behelfe zur Sicherung der Gleichbehandlung normiert werden, übersehen, daß die Materie, daß das Anliegen des Subventionszweckes in der Substanz einer technischen Regelung entgegensteht. Wer soll sich bei solcher Normierung, wenn ich bei meinem Beispiel bleiben darf, für Schiffbau und Werften vorstellen können, unter welchen nationalen und internationalen Einwirkungen dieser Industriesektor künftig stehen wird. Ich nenne bei uns ferner die Energiesituation, die Kohlesituation, die Stahlsituation, ihre Zusammenhänge mit der Integration, die Schwierigkeiten, weil eine einheitliche Energieplanung für Kohle und Öl im Gemeinsamen Markt nicht besteht. Ich nenne die Zusammenhänge der subventionierten Schiffbau- und Werftenindustrie im Auslande mit ihrem Druck auf den Gemeinsamen Markt und den Fluktuationen und Veränderungen, die täglich dort eintreten und eine Subventionsverwaltung einfach nötigen zu parieren. Wenn es überhaupt für den Staat aus seinem Interesse heraus noch einen nationalen Schiffbau und eine Werftindustrie geben soll. die funktioniert, dann ist die Anforderung, die Herr Imboden aufstellt und die auch dem impetus von Herrn Zacher zugrunde liegt, diese Dinge müßten normativ geregelt werden in der Sicherung der Gleichbehandlung, nicht zu realisieren. Diese Entscheidungen können nur im Rahmen des Etats aus dem Amtsauftrag eines zuständigen Ressortministers getroffen werden, der von heute auf morgen imstande ist, solchen Anforderungen zu begegnen.

Ehmke: Herr Ipsen, darf ich eine kritische Frage stellen: Spielt es nicht gerade auf diesem Gebiete eine Rolle, daß eben relativ wenig Leute Schiffe und Werften bauen und die auch noch in einem Verein sind? Da kriegen halt immer alle etwas.

Ipsen: Nein, da bekommen nicht immer alle etwas. Herr Krüger wird Ihnen das bestätigen. Er war Geschäftsführer des Reederverbandes und weiß, wieviele Interessenten ihn bestürmt, daß aber nicht immer alle etwas bekommen haben. Deshalb hat er das sauere Geschäft auch aufgegeben und ist Ordinarius bei uns geworden. Aber das gilt nicht nur für Schiffbau. Ihn habe ich nur als Beispiel genannt.

Ehmke: Auch der Wohnungsbau?

Ipsen: Wohnungsbau in Grenzen. Das ist heute ein sehr aktuelles Thema, weil am Wohnungsbau zahlreiche Sektoren der Industrie beteiligt sind und der Wohnungsbau eine Schlüsselindustrie ist. Daß die Stahlindustrie heute Sorgen hat, liegt u. a. auch daran, daß nicht mehr genügend gebaut wird und weniger T-Träger benötigt werden.

Partsch: Herr Ipsen, was meinen Sie zur Getreideeinfuhr!

Ipsen: Das ist ein Thema, das wir nationalrechtlich nicht mehr bewältigen. Es ist uns entglitten, weil integriert, und läuft nach dem Recht der EWG. Aber die Agrarsubventionierung hat uns das Problem gestellt, das ich angedeutet habe in der Auseinandersetzung mit Herrn Köttgen, ob die Exekutive Subventionsbindungen gegenüber Privaten oder ihren Organisationen eingehen kann mit der Konsequenz, daß das Parlament, das am selben Strange zieht wie die Regierung, politisch genötigt ist, hinterher die nötigen Mittel zu bewilligen. Ich meine die Agrarzusage des Bundeskanzlers gegenüber dem Bauernverband.

Ehmke: Und für alle diese würden Sie also der These von Herrn Imboden widersprechen?

Ipsen: Jawohl.

Kaiser: Aus der bisherigen Diskussion folgere ich, daß die Subventionspraxis zu einer Verstärkung der Exekutivfunktion führt, und in diesem Zusammenhang erlaube ich mir, wie besprochen, einige Ausführungen zu machen.

Weil das Subventionswesen Macht und Einfluß der Exekutive vermehrt, brennt mir die Subventions kontrolle geradezu auf den Nägeln. Vorrang der Exekutive ist ein Thema der letzten Rechtsvergleichertagung in Uppsala gewesen, und ich darf hier in Parenthese vielleicht bemerken, den Umstand, daß es zu jenem Thema kein deutsches Referat gegeben hat, führe ich auf den Vorrang des Privatrechts in der Gesellschaft für Rechtsvergleichung zurück. Immerhin, im Zusammenhang mit der Finanzreform hat der Troegerausschuß diese Probleme der Verstärkung der Exekutive gesehen und hat die sich damit stellenden bundesstaatlichen Probleme berücksichtigt bei seinen

Empfehlungen für die Exekutivfunktionen des Bundesrates. In diesem hiermit kurz skizzierten Rahmen möchte ich nun das Teilproblem "Subventionskontrolle" gern diskutieren.

Subventionskontrolle, so schlägt Herr Zacher vor: von den Grundrechten her (Ziffer B III seiner Leitsätze). Dazu haben wir einiges gehört: Artikel 14, Artikel 3 und vor allem Artikel 2. Herr Imboden hat dazu schon bemerkt, daß das Gleichheitsgebot schwierig durchzusetzen sei, und ich möchte dem hinzufügen, daß der ganze Grundrechtsschutz bei den aktuellen Problemen und vor allem bei den soeben hier diskutierten "großen Brocken" schwerlich funktioniert und stelle mir darum die Frage, wie denn überhaupt die Subventionspraxis a ußerdem noch zu kontrollieren ist.

Ein gutes Beispiel scheint mir die soeben hier schon angeschnittene Frage des Wettbewerbs der verschiedenen Energieträger zu sein; da handelt es sich also um das Verhältnis von Gruppen. Die Wettbewerbsprobleme, die sich da stellen, lassen sich nicht allein aus Grundrechtsgesichtspunkten lösen; diese Auffassung ist aus gewissen Analogien zu den vor Jahren diskutierten Fragen der Gruppenenteignung eher zu belegen als zu entkräften. Dort wo die Wettbewerbsstellung ganzer Branchen betroffen ist, halte ich unter den gegenwärtigen Bedingungen die politische Kontrolle des Parlaments für unbedingt erforderlich. Ich habe eine solche Bemerkung allerdings einmal in einer internationalen Diskussion gemacht. wo mir vor allem von französischer Seite widersprochen wurde mit der These, das Parlament sei dazu nicht imstande. Immerhin ist das Verstromungsgesetz, das einen bestimmten Anteil des Einsatzes von Kohle bei der Erzeugung von elektrischer Energie fördern soll, dafür ein gutes Beispiel (BGBl. I 1966, 545).

Sicherlich gibt es noch andere Grenzen der Subventionspraxis im Sinne der Subventionskontrolle: ich glaube, in einem der Referate ist die Mittelknappheit genannt worden. Die Knappheit der Mittel ist das Fundament, auf dem die Nationalökonomen seit Generationen ihre Modelle aufbauen. Aber ich halte das Fundament nicht mehr für sehr tragfähig. Der gewaltige Subventionsaufwand, von dem wir gehört haben, hat zeitweise jedenfalls, namentlich im Bereich der Landwirtschaft, bereits die Grenzen einer effektiven Kontrolle durch Knappheit der Mittel überschritten; in anderen Bereichen stoßen wir auf ähnliche neue Phänomene.

Im letzten Satz seiner Leitsätze hat Herr Ipsen gesagt, die Verwaltung durch Subventionen finde Grenzen an der Wahrung der Währung. Dadurch stellen sich natürlich zahlreiche Fragen, ob z. B. ein Anspruch auf Erhaltung des Geldwertes besteht. Aber diese Probleme, die früher u. a. unter Enteignungsgesichtspunkten diskutiert worden sind, will ich hier gar nicht einmal streifen. Ich will auch nur darauf hinweisen, daß eine gewisse Kontrolle natürlich durch die Restriktionspolitik der Zentralbanken bestehen mag. Immerhin existieren wirksam hier, glaube ich, vor allem externe Kontrollen, die sich aus der Konvertibilität der Währungen ergeben, aus der Verpflichtung zur Regelung der Auslandsschulden in Gold, aus dem Angewiesensein auf auswärtige Kredite usw.; das Beispiel England mag hier für sich stehen. Und da möchte ich nun fragen, Herr Ipsen, stehen wir da nicht vor einem seltsamen Phänomen, das ich auch im Zusammenhang der gestrigen Diskussion sehen möchte: Das Gold als Autoritätsersatz?

von Simson: Ich möchte nur noch eine Frage stellen: Wenn man die Legalitätskontrolle beschränkt auf die Kompetenzzuweisungen im Haushaltsplan, wie es Herr Ipsen vorschlägt, und wenn man andererseits zugibt, wie ja auch Herr Ipsen auf Grund seiner Rechtstatsachenforschung festgestellt hat, daß die Subventionen auf Grund täglich neu sich verändernder Verhältnisse praktisch festgesetzt werden müssen, dann ergibt sich doch, glaube ich, das Problem, wie es möglich ist, in einer einmal im Jahr erfolgenden Kompetenzzuweisung, deren spezifische Natur sich erst innerhalb des folgenden Jahres herausstellt, den Anforderungen einer rechtlichen Kontrolle gerecht zu werden. Welches Maß von Kontrolle, legaler Kontrolle, soll bei einer solchen nur periodisch stattfindenden gesetzlichen Kompetenzzuweisung noch möglich sein?

Ipsen: Darauf kann ich antworten. Darf ich wieder bei den Schiffen bleiben? In den Richtlinien, die der Verkehrsminister sich selbst gesetzt hat, und in dem grundlegenden Beschluß der Bundesregierung über Subventionierung im Zusammenhang mit dem Haushaltstitel heißt es: Wenn dies der Schiffahrtspolitik der Bundesregierung dient, sei zu subventionieren usw. usw. Die Mittel werden für ein Etatjahr bereitgestellt, die Richtlinien setzen gewisse Maßstäbe. Im übrigen liegt die Entscheidung im Ermessen der Subventionsverwaltung. Die Kontrolle liegt — ich wiederhole das noch einmal gegenüber Herrn Zacher — in der sehr wirksamen gerichtlichen Kontrolle. Über die Zeiten, in denen die Wirtschaft sich scheute, Subventionstatbestände justiziabel zu machen, sind wir hinweg. Nicht alle gerichtlichen Subventionsentscheidungen werden veröffentlicht. Aber wenn Sie sich einmal umsehen in den Wirtschaftsverbän-

den und in den großen Unternehmungen, werden Sie feststellen, daß dort durchaus mit den Chancen gerichtlicher Verfahren gerechnet wird. Sie werden benutzt, und allein die Tatsache, daß die Möglichkeit der Beschreitung des Verwaltungsrechtsweges besteht, hat schon manches Ministerium veranlaßt, seine Praxis im einzelnen zu überprüfen, sich mit den Interessenten an den Tisch zu setzen und die Dinge in Ordnung zu bringen.

Zacher: Es wird immer gemauschelt.

Ipsen: Nein, es wird nicht nur gemauschelt. Und daß nicht gemauschelt wird, wird im Ernstfall im Prozeß überprüft. Ich habe nicht ohne Absicht den Hamburger Fall geschildert. Dort hat das Gericht sich von der Subventionsverwaltung des Bundesverkehrsministeriums für das fragliche Etatjahr die Subventionstatbestände mit sämtlichen Gesichtspunkten, die für die Bewilligung oder die Verweigerung maßgeblich waren, auf den Tisch legen lassen, und zwar mit Hilfe der Offizialmaxime, ohne die — wie im ordentlichen Rechtsweg — nichts zu erreichen wäre. Darin liegt eine exakte und saubere Kontrolle, und die Subventionsverwaltung weiß, was ihr in solchen gerichtlichen Verfahren bevorsteht.

Ermacora: Ich glaube doch, daß die Äußerungen des Herrn Kollegen Ipsen deutlich machen, daß er zwischen dem "Außen des Staates" und dem "Innen des Staates" in Bezug auf die Subvention grundsätzlich unterscheidet. Daß sich für das Außen des Staates ein ganz anderer Subventionsbegriff ergibt als für das Innen des Staates. Also die Wohnwirtschaft interessiert ihn nicht, obwohl der einzelne gerade von diesen Problemen eminent betroffen wird. Ich gebe zu, daß im Außen gesehen, der einzelne nicht so betroffen ist: mehr jedoch der große Verband.

Ich möchte zum Legalitätsprinzip dann noch sagen: Wenn Sie etwa so wie in dem österreichischen Bundesvoranschlag 63, der ja ähnlich ist wie ein deutscher Voranschlag, lesen: "Brot, Getreide-Preisausgleich 733 Millionen Schilling, Anmerkung: Stützung für Brotgetreide, Lagerungskosten, Förderung der Mühlenwirtschaft, Transportausgleich für inländischen Qualitätsweizen, Mahlprämie, Import-Ausgleich bei Brotgetreide", so würde ich nicht sagen, daß das dem Legalitätsprinzip entspricht, wenn man sich auf diese Post berufen würde, um den Brotgetreideausgleich vorzunehmen. Aber immerhin, ich erkenne durchaus an, und das wurde nicht erwähnt, daß der Rechnungshof ein eminentes Kontrollmittel sein kann. In dieser Situation allerdings ist die Rechnungshofkontrolle wiederum nur eine Kontrolle begrenzter Art.

Ipsen: Herr Ermacora, in dem ominösen Entwurf Ihres Finanzministeriums ist dieser Komplex der Subventionierung, der dort ja seine endgültige Legalisierung finden soll für das Gebiet der Ernährungswirtschaft, nicht anders umschrieben als Sie das soeben aus dem Haushaltsplan vorgelesen haben.

Winkler: Da Herr Ipsen so freundlich war, sich bei mir zu bedanken, daß ich mich (leider) vergeblich bemüht habe, unseren neuen Gesetzesentwurf zu beschaffen, möchte ich doch darauf hinweisen, daß das Finanzministerium sich beharrlich weigerte, die geänderte Fassung aus der Hand zu geben. Offenbar wohl deshalb, weil es die seinerzeit in die Öffentlichkeit gelangte Fassung für unreif hält. Das mag Ihnen, Herr Ipsen, vielleicht auch ein Hinweis darauf sein, wie wenig ernst der zitierte Gesetzesentwurf derzeit genommen werden kann.

Vogel: Herr Ehmke. Sie haben vorhin betont, daß Sie gerade von mir eine bestimmte Frage erwartet hätten, die ich meinerseits freilich nicht gestellt habe. Nun: ich bin an sich der Meinung, daß es nicht die Aufgabe eines Diskussionsredners sein sollte, im Rahmen unserer heutigen Diskussion für eine These zu kämpfen, die er bei einer früheren Tagung unserer Vereinigung aufgestellt hat. Ihre Bemerkung hat mich jetzt aber doch davon überzeugt, daß es notwendig sein mag, im vorliegenden Zusammenhang zwei Worte zur Rechtssatzqualität der Richtlinien anzumerken. Ich habe vergeblich auf einen Einwand gewartet, den Sie mit dem Hinweis auf Art. 80 GG zwar nur angedeutet haben, der aber eigentlich von anderer Seite gegen die von Herrn Ipsen vertretene Auffassung hätte kommen müssen: etwa von Herrn Friauf, der ja gerade jetzt erst in seinem Aufsatz im Deutschen Verwaltungsblatt ausgeführt hat, es sei mir damals in Würzburg nicht gelungen, meine These von der Rechtssatzqualität der Richtlinien gegenüber Art. 80 GG abzusichern und die auf diese Vorschrift gestützten Gegenargumente zu widerlegen — und ich weiß natürlich, daß Herr Friauf mit diesem Verdikt nicht allein steht. Mir scheint indes. daß hier ein klassischer logischer Fehlschluß, ein typischer Fall der sog. "Begriffsvertauschung", vorliegt. Denn wenn Art. 80 GG die Rechtsetzung grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehält und eine Delegation nur unter besonderen, eingeschränkten Voraussetzungen gestattet, dann geht er doch dabei offenbar von einem Begriff der "Rechtsetzung" aus, so wie er im Jahre 1949 verstanden wurde. Das heißt: Art. 80 präjudiziert nicht im geringsten die Frage, ob wir die Richtlinien, deren Erlaß damals noch nicht als Rechtsetzung angesehen wurde, heute als außenverbindlich betrachten dürfen oder nicht. Ich möchte diese Frage hier jetzt nicht weiter vertiefen; aber mir schien doch, daß jener Einwand, auch wenn er in der Diskussion bislang nicht ausdrücklich erhoben worden ist, einer kurzen Entgegnung bedurfte.

Ehmke: Herr Vogel, eine Frage müssen Sie noch beantworten. Teilen Sie die Meinung von Herrn Ipsen, daß der Rechtssatzcharakter der Richtlinien sich aus einer ungeschriebenen Ermächtigung, die im Haushaltsgesetz enthalten ist, ergibt? So müßte man es ja wohl mit Herrn Ipsen verstehen. Dazu würde ich Ihre Ansicht gerne schwarz auf weiß haben — für das nächste Jahr.

Vogel: Eine Befugnis der Verwaltung, gemeinverbindliche Richtlinien zu erlassen, besteht nach meiner Auffassung überall dort, wo nicht das Grundgesetz, etwa in den Grundrechten, eine Regelung durch materielles Gesetz verlangt oder wo der Gesetzgeber selber der Verwaltung einen Ermessens- (oder Beurteilungs-)spielraum eingeräumt hat. Was Herr Ipsen vorhin zu dieser Frage gesagt hat, ist, meine ich, mit dieser Formulierung ohne weiteres in Einklang zu bringen.

Ehmke: Die Ipsenschen Thesen würden Sie also auch von Ihrer Position aus unterstützen?

Vogel: Ich bin jetzt natürlich nicht sicher, ob ich Herrn Ipsen vorhin richtig verstanden habe. Aber wenn ich ihn richtig verstanden habe, würde seine Auffassung von der Sache der meinigen keineswegs widersprechen.

Mayer: Wenn die Entscheidung über die Subvention, die auf Grund dieser Richtlinien ergehen soll, rechtsverbindlich sein soll, dann muß sich diese Rechtsverbindlichkeit doch irgendwie ableiten lassen. Entweder sie ergibt sich aus dem Wesen des staatlichen Imperiums, um eine alte Formulierung aus der vorrechtsstaatlichen Zeit einzuführen oder ich muß zusehen, daß ich für diese Richtlinien, wenn sie Untergesetzesrecht darstellen sollen, irgendwie eine Verbindung zum Gesetz herstelle. Das scheint mir die Kernfrage zu sein. Da dies bislang nicht geschieht und die Rechtsprechung, vor allem die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, unsere Richtlinienpraxis einfach toleriert, als handle es sich hier um eine rechtsverbindliche Regelung, habe ich erhebliche Bedenken. Und ich habe mich nicht zuletzt deswegen zu Wort gemeldet, weil Sie, Herr Imboden, auf diese Rechtsprechung aufmerksam gemacht haben. Es ist richtig, Herr Vogel, daß der Art. 80 GG nicht

alles Untergesetzesrecht betrifft, z.B. nicht die Satzungen. Aber es ist nun keinesfalls so, daß nur der Rechtssatz, der in Grundrechte, also in Rechte und Freiheiten eingreift, unter Art. 80 GG fällt. Dieser Art. 80 GG gilt m. E. auch für Richtlinien, wenn wir diesen Richtlinien eine Rechtsverbindlichkeit dergestalt zuerkennen, daß auf Grund dieser Richtlinien eine rechtsverbindliche Entscheidung ergehen kann. Das ist wohl eine Konsequenz, an der man nicht vorbeigehen kann. Allerdings muß ich Herrn Ipsen wiederum zugeben, daß mich seine Frage, was müssen wir denn gesetzestechnisch gesehen überhaupt regeln, beeindruckt hat. Es ist durchaus richtig, die Spezifizierungsintensität ist bei einem Subventionsgesetz wesentlich geringer als etwa bei einem Polizeigesetz. Deshalb möchte ich, Herr Zacher, nicht schlechthin davon ausgehen, daß wir alles, was die Subvention betrifft, durch Gesetz regeln müssen. Wir müssen nur regeln, da hat Herr Ipsen m. E. durchaus recht, die finale Grenze, den Zweck, und wir müssen regeln die Bewilligung. Und so frage ich mich, ob das gesetzestechnisch nicht schon über das Haushaltsgesetz möglich ist; und zwar über ein Haushaltsgesetz, bei dem, wie Herr Stern mit Recht gesagt hat, hier nur eine Barriere zu überwinden ist, das Bepackungsverbot. Können wir mit dem Bepackungsverbot nicht Schluß machen und, um eine vermittelnde Lösung anzubieten, in einer kurzen Formel des Haushaltsgesetzes die hier erforderliche Rechtsverbindung, d. h. Gesetzesverbindung, herstellen? Aber nun irgendwie diese Richtlinien frei in der Luft schwebend als "Rechtsgrundlage" für Subventionsentscheidungen stehen zu lassen, das halte ich gerade mit dem Rechtsgedanken, der dem Art. 80 GG zugrunde liegt - und das ist ja schließlich ein allgemeiner Rechtsgedanke - eben nicht verträglich.

Ehmke: Schönen Dank, Herr Mayer. Wir werden vielleicht in den nächsten Jahren Gelegenheit haben, anläßlich der Neufassung des Haushaltsrechts auch einmal ein haushaltsrechtliches Thema zu behandeln. Dann wäre auch das Bepackungsverbot dran, auf das man, glaube ich, so schnell nicht verzichten kann. Das sollten wir jetzt hier nicht vertiefen. Wir sollten vielmehr zu unserer vierten Problem-Gruppe kommen: Grundrechte. In den Referaten gab es hierzu zwei Fragen: Grundrechtsschutz, vor allen Dingen Art. 2 GG von Herrn Ipsen erneut herausgestellt, umgekehrt aber den Versuch von Herrn Zacher, die Subventionsordnung jedenfalls als Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers auch — sehr vorsichtig gesprochen — von Art. 14 GG her zu sehen, d. h. von Art. 14 GG her gewisse positive Anforderungen an die Ausgestaltung der

Subventionsordnung zu stellen. Die Grundidee ist wohl, daß das Subventionseinkommen im Sozialstaat ein so typisches Einkommen ist, daß man es unter Berücksichtigung der Grundidee des Art. 14 GG positiv ausgestalten müßte. Habe ich das ungefähr richtig verstanden, Herr Zacher?

Zacher: Ja. Aber die Einschränkung auf die Alternative Arbeitseinkommen und Staatseinkommen ist nicht richtig. Das war jedenfalls nicht nur so gedacht. Mir geht es vor allem auch um die Begegnung zwischen dem schon vorhandenen Eigentum und dem zuströmenden Subventionseinkommen — Quasi-Einkommen. Beides soll nun zusammenwirken in der Sphäre des Eigentümers; und wenn nun das permanent nur als Anteil am Allgemeinen betrachtet wird, würde dies zu einer Auflösung des Eigentums führen. Auf der anderen Seite lautet meine Forderung: Das Eigentum darf nicht hybrid werden. Wenn der Subventionsempfänger das alles vereinnahmt und es wird alles Eigentum, dann wird sein Anteil, das Zugeeignete, zu weit ausgedehnt im Verhältnis zum Allgemeinen.

Ehmke: Aber Sie sehen die Frage 4 nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts und des gerichtlichen Grundrechtsschutzes auf Seiten des Subventionsempfängers, sondern gerade auch unter dem Gesichtspunkt der positiven Ausgestaltung der Subventionsordnung?

Zacher: Ja. Ich halte es für einen ganz einseitigen Standpunkt, überhaupt mit der Enteignung anzufangen. Etwa: sind Subventionen etwas, was enteignet werden kann? Damit wird das Pferd am Schwanz aufgezogen. Sondern wir müssen die Subvention zunächst einmal sehen als Hereinströmen von etwas Fremdem in den individuellen Eigentumsbereich.

Dagtoglou: Nur zwei Worte. Der Eigentumsschutz hat angefangen als Schutz der unbeweglichen Sachen. Dann wurde er Schutz der beweglichen Sachen, dann Schutz der Forderungen, dann auch der Forderungen des öffentlichen Rechts. Jetzt soll er auch Schutz der Erwartungen potentieller Subventionsträger werden. Schließlich wird er vielleicht auch Schutz der Wünsche und der Träume aller Bürger. Es scheint mir, das geht wirklich ins Uferlose.

Zacher: Das ist wieder genau das Pferd am Schwanz aufgezogen. Wenn Sie von Schutz sprechen, dann meinen Sie, es wird irgendwie etwas absolut gesichert, wie wenn es schon Eigentum wäre. Aber wir müssen diese Annäherung vom

Fremden zum Eigenen und das Hineingreifen des Fremden in das Eigene doch vom Eigentum her sehen und gerade in den Übergängen bewältigen.

Ehmke: Herr Ermacora, Sie hatten vorhin gegenüber dem von Herrn Ipsen, auch zu meinem großen Erstaunen, nunmehr in Art. 2 GG positiv entdeckten Subsidiaritätsprinzip Bedenken geäußert.

Ermacora: Ich meinte, daß das Subsidiaritätsprinzip den westlichen Grundordnungen irgendwie zugrunde liegt, ob geschrieben oder nicht geschrieben, und daß man von diesem Subsidiaritätsprinzip her gesehen eine echte Grenze der Subventionstätigkeit überhaupt feststellen können wird. Eine Grenze, die vor allem darin besteht, daß durch die Subventionstätigkeit die Privatautonomie nicht so ausgehöhlt werden kann, daß man gar nicht mehr an die Privatautonomie appellieren könnte, daß durch die Subventionstätigkeit der Güterverkehr in solche Bahnen gelenkt wird, daß es auch hier dem einzelnen Träger des Güterverkehrs nicht mehr möglich ist, so zu disponieren, wie er disponieren will. Das Problem der Berufsausübung ist damit eng verbunden. Ich sehe im Subsidiaritätsprinzip eine echte Grenze der Subventionstätigkeit, allerdings scheint sich das Subsidiaritätsprinzip mit dem Wesensgehaltvorbehalt des Art. 19 GG zu decken.

Kaiser: Erlauben Sie eine Frage an Herrn Ermacora? Was ist der praktische Sinn des Subsidiaritätsprinzips in diesem Zusammenhang? Und ist das als ein juristisches Prinzip gemeint oder als ein Grundsatz der Staatsethik, oder als was? Und wie verhält sich das Subsidiaritätsprinzip hier zu dem von Herrn Ipsen genannten Grundsatz "volenti non fit iniuria"?

Ipsen: Wenn die Aktionsgemeinschaft Ruhr imstande ist, selbst Stillegungsmaßnahmen durchzuführen, die man von den Herren Bergassessoren seit längerem hätte erwarten dürfen, dann besteht keine Veranlassung, aus öffentlichen Mitteln die Stillegung zu subventionieren. Das ist für mich ein Beispiel des Subsidiaritätsprinzips, und seine Anwendung hat einen guten Grund, weil wir alle Steuerzahler sind.

Kaiser: Da frage ich mich, an wen sich dieses Prinzip wendet. In der Regel ist es ja die kleinere Einheit, zu deren Gunsten das Subsidiaritätsprinzip wirkt und die es für sich in Anspruch nimmt. Aber hier wäre das Subsidiaritätsprinzip nach Herrn Ipsen in einer anderen, sogar entgegengesetzten Funktion.

Ipsen: Der Staat soll von Verfassungs wegen nichts tun, wenn die private Wirtschaft, die in Not geraten ist, sich selbst helfen kann.

Kaiser: Darf ich dann Herrn Ipsen fragen, ob er das so verstandene Subsidiaritätsprinzip für einen Verfassungssatz hält?

Ipsen: Jawohl, Art. 2 Abs. 1. Ich berufe mich auf Herrn Dürigs Kommentar dazu.

Ermacora: Wenn man das Subsidiaritätsprinzip nicht als ein ganz globales Prinzip, sondern eines nach der Natur der jeweiligen Verwaltungszweige, in denen Subventionen gewährt werden, differenziertes Prinzip erachtet, so würde ich dieses Prinzip als eine Direktive für den Gesetzgeber ansehen, also für denjenigen, der die Mittel für die Subventionsvergebung zur Verfügung stellt. Das scheint mir der Adressat zu sein. Wenn man dieses Prinzip überhaupt anwenden kann, würde ich es differenziert anwenden, je nach Verwaltungszweig und dort ausgesprochener Subventionsmöglichkeit.

Stern: Wenn hier das Subsidiaritätsprinzip angesprochen worden ist, dann muß man differenzieren, und zwar, Herr Kaiser, was hier nicht gemeint ist, zwischen dem sozialethischen, sozialphilosophischen Subsidiaritätsprinzip und dem Subsidiaritätsprinzip, wie Herr Ipsen deutlich gemacht hat, welches das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft, das in der Tat durch die Verhältnisordnung der Grundrechte, insbesondere Art. 2, geregelt ist, erfaßt mit dem Vorrang der pivaten Wirtschaftsinitiative gegenüber dem Staat. Insofern ist Art. 2 GG der Ausgangspunkt, daß man nicht subventionieren muß, wenn die Wirtschaft selbst das Problem regeln kann.

Zwischenruf: Wohl nicht subventionieren darf.

Stern: Auch nicht subventionieren darf; das wäre eben das wirtschaftsverfassungsrechtliche Subsidiaritätsprinzip im Gegensatz zum sozialethischen oder wie immer Sie es sonst nennen wollen.

Ipsen: Prächtig, prächtig!

Ehmke: Wir kommen jetzt zum letzten Punkt: Subventionsverhältnis.

Rüfner: Ich will nur kurz einen Gesichtspunkt hervorheben: Daß die Zweistufen-Theorie nicht in allen Punkten befriedigend ist, scheint allgemeine Auffassung zu sein. Auch Herr Professor Ipsen hat das nicht bestritten. Die Regelung nur durch Verwaltungsakt ist deshalb schwierig, weil man sich wohl in der Lage glaubt, verlorene Zuschüsse durch Verwaltungsakt zu bewilligen, aber meint, ohne die Zweistufen-Theorie nicht auskommen zu können, wenn von dem Subventionsempfänger eine teilweise Gegenleistung, z.B. eine niedrige Zinszahlung, verlangt wird. Im Grunde weist daher alles auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag hin. Gegen ihn wird nur der Einwand erhoben, er sei im deutschen Recht nicht genügend ausgebildet. Das ist richtig, zumal sich die deutsche Literatur bisher im wesentlichen mit der Frage seiner Zulässigkeit befaßt hat. Es ist zu fragen, ob wir nicht den Mut haben sollten, die Regeln des bürgerlichen Rechts insoweit in das öffentliche Recht zu transponieren. Herr Professor Zacher hat sich, wenn ich ihn recht verstanden habe, schon in diesem Sinne geäußert. Ich möchte hier auf das Beispiel des französischen contrat administratif hinweisen, der ursprünglich ein der Beurteilung der Verwaltungsgerichte unterstellter privatrechtlicher Vertrag war und sich nach und nach zu einem eigenständigen Institut des Verwaltungsrechts entwickelt hat. Man ist jedoch noch heute bereit, in Zweifelsfällen auf das bürgerliche Recht zurückzugreifen. Ich glaube, daß wir uns hier, obwohl die Dinge bei uns in vielem anders liegen, manche Anregung holen können, insbesondere auch hinsichtlich des sog. Adhäsionsvertrages.

Vogel: Erlauben Sie mir, noch einmal auf die Frage nach der Definition der Subventionen zurückzukommen. Ich möchte Ihnen zunächst. Herr Zacher, um Sie nicht mißzuverstehen, kurz eine Frage stellen: Sie wollen doch mit Ihrer Definition der Subventionen auch durch den Gesetzgeber generell geregelte Begünstigungen erfassen? Dann würden also beispielsweise steuerrechtliche Sonderabschreibungen im Sinne Ihrer Teminologie "Verschonungssubventionen" sein? Dann scheint mir doch jetzt der Aspekt des "Subventionsverhältnisses" deutlich zu zeigen, daß Ihre Definition gar nicht auf alle Fragen des Subventionsrechts paßt. Denn bei derartigen steuerlichen Vergünstigungen gibt es - soweit ich sehe - kein "Subventionsverhältnis", welches in Ihrem Sinne als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis noch einer besonderen rechtlichen Regelung bedürfte. Muß man also nicht doch, je nach den einzelnen Problemkomplexen, den Begriff der Subvention unterschiedlich fassen, so daß etwa für die Grundrechtsfragen, die Fragen der Gesetzmäßigkeit usw. ein anderer, möglicherweise weiterer Subventionsbegriff zugrundezulegen wäre, als

für die besonderen Fragen, die Sie in Ihren Ausführungen über das Subventionsverhältnis, die Subventionsvermittlung, die Bedeutung der Subvention im Rahmen der Staatsorganisation usw., behandelt haben?

Bullinger: Ich kann mich zunächst dem anschließen, was Herr Vogel eben gesagt hat. Für die vielfältigen Möglichkeiten der Subventionierung, vom Erlaß einer Steuerforderung bis hin zur Finanzierung einer Marktordnung, kann es kaum einheitliche Rechtsformen geben. Nun glaube ich, Herr Zacher, daß auch Sie differenzieren wollten. Nur stört mich eines, daß Sie bei aller Differenzierung zunächst das Wort "Kooperation" sehr allgemein und sehr betont verwendet haben. Das läßt vielleicht die Meinung aufkommen, das geeignete Mittel der Subventionierung sei generell eine vertragliche Übereinkunft. Demgegenüber hat Herr Ipsen mit Recht darauf hingewiesen. daß es darauf ankommt, eine Subventions entscheidung der Verwaltungs- oder Regierungsbehörde zu erhalten, die darauf überprüft werden kann, ob sie den Mindestanforderungen der Gerechtigkeit entspricht. Ob für diese Subventionsentscheidung die Grundsätze des Vertrages, man mag ihn privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich nennen, das richtige Maß abgeben, ist fraglich. Denn sobald man von Vertrag spricht, verteilt man die Verantwortung auf beide Teile; man kann jeweils sagen: der Subventionsempfänger hat ja kooperiert, mitgewirkt. Damit trägt die Behörde nicht mehr die volle Verantwortung für die Richtigkeit der Entscheidung. Darauf wollte ich nur hinweisen und fragen, wie Sie, Herr Zacher, die "Kooperation" bei der Subventionierung verstehen? Zunächst hatte man bei Ihren Ausführungen den Eindruck, die Verwaltung kooperiere mit dem Bürger, man handele aus, es entstehe ein Leistungsverhältnis, ein Schuldverhältnis. Im Zuge Ihrer Untersuchungen über den Subventionsvermittler entstand dann mit einem Mal ein anderes Bild - oder habe ich Sie da mißverstanden? -, das eines hilflosen Individuums, preisgegeben einer möglicherweise willkürlichen Subventionsverwaltung. Von diesem zweiten Bild her hat es vielleicht einen besonderen Sinn, eine verantwortliche Subventionsentscheidung, wie immer man sie benennt und im einzelnen ihre Rechtsnatur bestimmt, statt eines koordinierenden Vertrages zu verlangen.

Ehmke: Ich darf allen Diskussionsrednern sehr herzlich für ihre Beiträge danken. Wir haben zwar einen großen Teil der Fragen nicht behandelt, z.B. die ganzen Organisationsfragen ausgeklammert einschließlich der Frage, wieviel Fachwissen

unsere Verwaltung haben müßte, um vernünftige Richtlinien aufstellen zu können, sowie die Frage der Vermittlungsstellen, der Mischverwaltung mit Bankinstituten, der Frage Bund-Länder-Verhältnis usw. Aber ich muß mich hier an unseren Zeitplan halten. Ich darf daher auch die beiden Herren Referenten bitten, sich im Schlußwort kurz zu fassen. Herr Zacher, bitte.

Zacher (Schlußwort): Zunächst zum Subventionsbegriff. Herr Ipsen, Sie haben mehrfach gesagt: die großen Brocken interessieren; das sind die Subventionen. Von dieser Wertung kann ich mir eine Lösung der Ordnungsproblematik nicht erwarten. Wir haben in der Bundesrepublik Hunderte von Subventionsprogrammen und von diesen Hunderten von Subventionsprogrammen laufen die meisten in aller Stille dahin etwa Subventionen für Zahnärzte aus Mitteldeutschland, die neue Praxen aufmachen wollen. Und alle diese Leute, die davon betroffen sind, sind einer Mutter Kind, alle haben ein Herz im Leibe und haben Bürgerrechte. Ich kann mir nicht vorstellen, warum ihr Anspruch auf Ordnung geringer wäre als der Ihrer Reeder, die Ihnen in Hamburg so ganz besonders ans Herz gewachsen zu sein scheinen. Ich glaube, daß wir hier ganz allgemein vorgehen müssen und nur daraus die Struktur gültig gewinnen können. Und wenn wir sehen, daß und wie diese Hunderte von Programmen - die Verschonungssubventionen beiseite: von Leistungssubventionsprogrammen — ablaufen, wenn wir das sehen, dann verstehe ich nicht, warum wir nicht das Mögliche tun, um allen diesen Subventionsprogrammen je abgestuft ihre angemessene Ordnung zu geben. Warum man für ein Programm für Ostzonenflüchtlinge, die Zahnarztpraxen bei uns aufmachen wollen, sagen könnte, das müsse ein Minister unbedingt in der Hand haben, und das müsse politisch aktuell entschieden werden können, weiß ich nicht. Jedenfalls: irgendwie braucht das alles auch seine Ordnung. Wir müssen eben dann abstufen, je nach den Entscheidungsmöglichkeiten, je nach der Elastizität, die notwendig ist.

Nun zu dem Problem, daß das allgemeine Verwaltungsrecht zur Lösung der anstehenden Probleme genügt. Auch das ist noch einmal aufgekommen zwischen uns beiden, Herr Ipsen. Ich möchte dazu vor allem auf die Auflage hinweisen. Die Auflage ist ein Instrument, das dazu bestimmt ist, ein gerichtete Pflichten festzulegen. Der Verwaltungsakt marschiert in der einen Richtung; die Auflage schlägt zurück. Dagegen brauchen wir für die Subvention ein Ordnungssystem, das laufend interdependente Forderungs- und Gestaltungsrechte bewältigt. Dazu ist die Auflage schlechtweg zu einfach. Dazu

noch etwas aus der Subventionspraxis. Worin besteht in allen Fällen die Auflage Nr. 1? Sie besteht darin, daß die Bewilligungsbedingungen beachtet werden müssen. Damit kommt der ganze Kodex von meistens zwei, drei Stufen von Bewilligungsbedingungen von den allgemeinsten, über die mittlerallgemeinen, bis zu den besonderen hinein. Daß alle diese Bewilligungsbedingungen, die ja die notwendige Vorordnung substituieren, hineingenommen werden, das sind gar keine echten Auflagen, sondern es sind Bezugnahmen auf die Vorordnung. Es ist also gar nicht so, daß wir auch ohne diese Vorordnung allein mit der Auflage auskommen würden.

Zu den Richtlinien möchte ich im übrigen nicht erneut Stellung nehmen. Ob sie als Rechtsetzung geeignet sind, ist offenbar eine staatsstrukturelle Glaubensfrage.

Nun aber zur Frage der Kooperation, die besonders von Herrn Badura und von Herrn Bullinger angesprochen wurde. Dabei glaube ich mich nicht ganz verstanden. Die Kooperation sollte gerade nicht sich auf den Eingehensprozeß beziehen. (Ich habe die Ausführungen zum Eingehensprozeß ausfallen lassen, und das rächt sich ja immer.) Die Kooperation bezieht sich auf die Binnenstruktur des Subventionsverhältnisses. Die Subvention baut darauf auf, daß, wie ich sagte, kongruente oder teilkongruente Interessen des einzelnen und der Allgemeinheit da sind; und wenn der Staat z.B. das Geld dazu gibt, sie zu verwirklichen, dann kann der Private etwas tun, was er an sich tun möchte, und damit ist beiden geholfen. Darin liegt die Kooperation und darin liegt auch des Rätsels Lösung für sehr viele Ordnungsprobleme — genauer: Binnenordnungsprobleme. Das hat nichts mit dem Eingehensprozeß zu tun. Ich bin gerade der Meinung, daß die unterschiedlichen Situationen, ich habe das nur an einer Stelle ansprechen können, ein korrektes Aushandeln weitgehend ausschließen, und ich habe auch gesagt, daß bei Ungleichheit die Norm das Verhältnis regulieren muß — je größer die Ungleichheit ist, um so mehr —, und daß schließlich der rechtsgeschäftliche Wille nur noch den Inhalt in Kraft setzen kann, aber daß dieser Inhalt vorgeordnet da sein muß. Kooperation also in bezug auf die Binnenstruktur des Subventionsverhältnisses, nicht in bezug auf die Eingehung.

Nun, Herr Vogel, zu Ihrem Einwand der Verschonungssubvention. Nichts liegt mir ferner als Leistungssubvention und Verschonungssubvention über einen Leisten zu schlagen. Ich versuchte nur auch für die Verschonungssubvention die Grundstruktur des Subventionsverhältnisses überhaupt herauszukristallisieren und da hat sich z. B. herausgestellt, daß das, was Sie, Herr Vogel, ausklammern wollen, und das, was Herrn

Ipsen einfach gar nicht interessiert, nämlich das "Eiergackern", daß das zugleich unter die eine Kategorie ex-post-Subvention paßt, obwohl das eine eine Leistungssubvention ist und das andere, was Sie im Auge haben, eine Verschonungssubvention. Beide Male wird hintennach etwas gefördert. Übrigens, Herr Ipsen, warum sagen Sie, das habe keinen Lenkungseffekt? Ex-post-Subventionen haben den gleichen Lenkungseffekt wie die anderen Subventionen.

Dann noch ganz kurz zum Haushaltsrecht, das so oft angesprochen wurde. Herr Mayer, Sie haben das Problem genau auf das andere Ende zugeführt, indem Sie sagten: "Lassen wir das Bepackungsverbot fallen." Wenn wir das Bepackungsverbot fallen lassen, dann haben wir also noch mehr im Haushaltsplan drin stehen. Da muß über noch mehr ein über das andere Mal jährlich entschieden werden. Ich möchte am liebsten eine Zeichnung hier machen. Wir haben die Sachprogramme in der Vertikalen und wir haben die jährliche Bestimmung der Mittel, die dafür zur Verfügung stehen, jedoch horizontal. Beide Strukturen zusammen ergeben so ein Netz. Und ich meine, die "horizontale" Entscheidung über den Haushaltsplan sollte von der Mitentscheidung über das "vertikal" durchlaufende Sachprogramm entlastet werden.

Ipsen: Das Bepackungsverbot gilt für das Haushaltsgesetz, nicht für den Haushaltsplan.

Zacher: Aber, Herr Ipsen, darin steckt doch die ganze Tücke des Objekts, daß dieser Plan eben überhaupt nicht als Gesetz in Betracht kommt.

Ipsen: Nein, wenn das Bepackungsgebot fällt, soll die Regelung eben in einem — sagen wir — § 3 des Haushaltsgesetzes stehen.

Zacher (Fortsetzung des Schlußwortes): Zur Kooperation wollte ich noch etwas sagen. Herr Badura sagte: Ob wir zu dieser "Kooperation" als Deutung der Binnenstruktur der Subvention kommen, davon wird sehr viel für den Vorbehalt des Gesetzes und sehr viel für die Grundrechte abhängen. Das halte ich für außerordentlich wichtig — gerade für das Verständnis dieses verzwickten Verhältnisses Grundrechte-Subvention, Grundrechte-Auflage. Mit volenti non fit iniuria kommen wir doch nicht zu Rande. Da haben wir zu Recht ein Unbehagen. Mit Eingriff kommen wir auch nicht zu Rande, weil der Betroffene doch mitmacht; er will doch die Subvention. Wir brauchen also eine neue Kategorie. Wir müssen die Zusammenhänge spezifisch verstehen aus der Kategorie der Kooperation.

Wir müssen aber auch zugleich aus den Grundrechten heraus neue Grenzen dafür finden, wie stark Grundrechte bei der Kooperation dreingegeben werden können.

Ich bedanke mich also für Ihre Geduld mit mir und für die Aufklärung, die ich erfahren durfte, inwieweit ich noch mißverständlich war. Denn ich konnte bei sehr vielen der mir zuteil gewordenen Anregungen feststellen, daß es einfach noch der Weg der Verständigung ist, der zurückzulegen ist, und gar nicht so sehr Meinungsverschiedenheiten uns trennen.

Ipsen (Schlußwort): Man geht nicht zweimal durch denselben Fluß. Und ohne den Auftrag des Vorstandes hätte ich in meinem Leben zum Subventionsrecht keine weitere Zeile geschrieben oder noch Worte gemacht. Aber einen Auftrag des Vorstandes zum Referat zu übernehmen, ist nach meiner Vorstellung von der Art unserer Vereinigung ein nobile officium, obwohl das für die jüngere Generation nicht mehr die herrschende Meinung zu sein scheint. Im übrigen: Ernst Jünger hat gesagt: "Wer sich selbst kommentiert, geht unter sein Niveau". Und das ist mir ja auch wahrscheinlich passiert.

Das verfassungsrechtliche Kernthema, das angesprochen worden ist in Bemerkungen von Herrn Kaiser, der seinerseits auf die Schlußbemerkungen von Herrn Pernthaler gestern verwies, ist die Frage der ökonomischen Krisenkontrolle. Ich habe das unter dem Gesichtspunkt der Grenzen der Subventionierungsmöglichkeiten, der Wahrung der Währung angedeutet. Das ist in der Tat das verfassungsrechtliche heiße Eisen. Deshalb hatte mich lebhaft interessiert, was unsere nationalökonomischen Kollegen zu unserem Thema auf der Tagung der Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Hannover vor 10 Tagen hierzu sagen würden. Nach einem Pressebericht hat Herbert Giersch, wohl bekannt aus dem Sachverständigen-Beirat, sich zu diesem Thema geäußert. Er hat von dem Modell einer rationalen Wirtschaftspolitik gesagt, seine Aufgabe müsse darin bestehen, Wachstum und Stabilität in der offenen Gesellschaft, also jener Gesellschaft zu sichern, in der die Wirtschaft frei ist. Die Lücke in diesem Programm sei die Umverteilung. In der eigenwilligen Terminologie der Ökonomen (sie sprechen von Ordnungsrahmen, wenn wir von Verfassung sprechen) ist das die Frage der Redistributionspolitik und ihrer Bewertung. Das sei also das Loch in der Sache. Ihr drohe die Gefahr des Einflusses von Gruppenmacht und wahlpolitischer Opportunität, die aber mit unserer unzulänglichen Verfassung, mit unserem Grundgesetz, nicht gebannt werden könnte. Diese Unzulänglichkeit könne nur behoben werden, wenn der Gehalt der

Sozialität des Grundgesetzes, also die Sozialstaatsklausel, durch verfassungsähnliche oder verfassungsartige Regelungen präzisiert und eingegrenzt werde. Das also ist das Rezept des Ökonomen zur Aufstellung von Gesichtspunkten der Subventionswürdigkeit, der Prioritäten und auch jener Grenze, bis zu der hin der Staat subventionieren dürfe. Zur praktischen Realisierung hat Giersch das folgende Programm empfohlen: Jeder. der als Bundeskanzler die politische Führung übernehme in der Regierung, müsse Grundsätze seiner Redistributionspolitik in sein Regierungsprogramm aufnehmen. Wenn dann im Laufe seiner Regierungstätigkeit wirtschaftspolitische Wünsche zur Einführung von Subventionen auftauchten, müßten alte Subventionen soweit beseitigt werden, wie es erforderlich sei, um im Rahmen des vertretbaren Etatvolumens iene neuen einzuführen. Und nun kommt das Wesentliche: die Entscheidung darüber, welche alten Subventionen mit dem neuen Regierungsprogramm nicht übereinstimmten, sei Sache eines unabhängigen Sachverständigengremiums. Da liegt der Hase im Pfeffer, da sehen wir, wohin die Empfehlungen unserer Ökonomen zu unserer staatlichen Ordnung führen, und da sind wir bei unserem allgemeinen Thema: nicht die politische Führung, nicht die parlamentarische Verantwortlichkeit, sondern Sachverständigengremien bestimmen über die Subventionswürdigkeit. Nachdem uns in dieser Weise der Ball zugeworfen wird. einmal den Verzicht auf eine politische Führung unter parlamentarischer Verantwortung zu sanktionieren, zum anderen mit der Aufgabe, unser Grundgesetz zu substantiieren und die Art. 20 und 28 mit Ausführungs-Verfassungsgesetzen zu spezifizieren (danach, was alles Sozialstaatlichkeit sei, von Forsthoff bis Wolff Bd. 3), würden wir in etwa wissen, in welcher Art subventioniert werden darf oder nicht. Daß das keine Lösung sein kann, scheint mir auf der Hand zu liegen.

Nun noch einige kurze Bemerkungen zum Referat von Herrn Zacher und zur Diskussion. Herr Zacher, Sie fordern Publizität. Sie bedauern und beklagen den Mangel an Publizität. So wenig publik sind die Subventionsvoraussetzungen ja aber nun nicht, auch nicht für die aus Ostgebieten geflüchteten Zahnärzte, die sich neu etablieren wollen und die Sie erwähnt haben. Wenn ich unseren Hamburgischen Amtlichen Anzeiger studiere, ein Beiblatt zu unserem Gesetz- und Verordnungsblatt, finde ich darin ständig offene Einladungen unter Bekanntgabe der ausführlichen Richtlinien an alle die, die in diesem oder jenem Sektor Subventionen bekommen: Kommet her zu mir alle und stellt Anträge. Ihr sollt gesegnet werden. So geht das in vielen Publikationsorganen, und wo sie nicht funktionieren und keine

Publizität durch sie besteht, da sorgt das Verbandswesen für die Publizität.

Im übrigen habe ich in meinem Referat betont, und zwar mit erhobener Stimme, und auch in meinen Leitsatz 12 aufgenommen: Soweit die Sache es irgend verträgt, sollte das Subventionswesen durchnormiert werden mit Gesetzen und Ausführungsverordnungen. Aber für das Gros der Subventionen funktioniert das nicht, wie ich vorhin an den Schiffbau-Fällen gezeigt habe.

Zu den Bemerkungen unserer österreichischen Kollegen Ermacora und Winkler nur eines: Es hat mich natürlich nachdenklich gestimmt, daß es Herrn Winkler nachdenklich gestimmt hat, daß das Legalitätsprinzip ja doch wohl auch strapaziert und überfordert werden könnte. So etwa hat er sich ausgedrückt. Im übrigen war mir interessant, daß beide Kollegen zu dem österreichischen Entwurf zur Sache nicht weiter Stellung genommen haben, was bei Herrn Ermacora überraschend ist, weil er in seinen literarischen Äußerungen sehr verdienstvoll nachdrücklich eingetreten ist für Grundrechtsbindung auch der Fiskaltätigkeit.

Eine letzte Bemerkung zum Art. 14-Komplex: Was Herr Zacher zu Art. 14 gesagt hat, bezog sich insgesamt, wenn ich ihn recht verstanden habe, auf die bewilligte Subvention.

Zacher: Auch auf die kommende.

Ipsen: Aha, jedenfalls was die bewilligte Subvention angeht, bin ich der Meinung, daß die gewährte Subvention keinen Grundrechtsschutz aus Art. 14 auf Fortdauer gibt. Das gehört nicht in den Schubkasten von Art. 14, und Herr Dagtoglou, der diese Sorge bezeichnet hat, glaube ich, braucht, was mich angeht, wegen einer Aufblähung des Art. 14-Bereichs nicht besorgt zu sein. Was die beantragte und die bewilligte Subvention sowie die Belastungen betrifft, die den einzelnen in der Grundrechtssphäre treffen können, so erwächst meiner Meinung nach die artikulierte Reaktion des an der Wirtschaft Teilnehmenden aus der grundrechtlichen Wirtschaftsfreiheit; also nicht aus Art. 14, nicht aus Art. 12, nicht aus Vertragsfreiheit, nicht aus Wettbewerbsfreiheit als solcher, sondern aus Wirtschaftsfreiheit.