

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Heft 25

Das Staatsoberhaupt
in der parlamentarischen Demokratie

Verwaltung durch Subventionen

Berichte von
Otto Kimminich und Peter Pernthaler
Hans Peter Ipsen und Hans F. Zacher

und Aussprache zu den Berichten
in den Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer
zu Graz vom 12. bis 15. Oktober 1966



Berlin 1967

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung / J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung / Georg Reimer / Karl J. Trübner / Veit & Comp.

Archiv-Nr. 2 489 670

Satz und Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

**Alle Rechte, einschließlich des Rechtes der Herstellung
von Fotokopien und Mikrofilmen, vorbehalten**

Inhalt

	Seite
Eröffnung der Tagung am 13. Oktober 1966	1
Erster Beratungsgegenstand:	
Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie	
1. Bericht von Professor Dr. Otto Kimminich	2
Leitsätze des Berichterstatters	91
2. Mitbericht von Professor Dr. Peter Pernthaler	95
Leitsätze des Mitberichterstatters	202
3. Aussprache und Schlußworte	209
Zweiter Beratungsgegenstand:	
Verwaltung durch Subventionen	
1. Bericht von Professor Dr. Hans Peter Ipsen	257
Leitsätze des Berichterstatters	304
2. Mitbericht von Professor Dr. Hans F. Zacher	308
Leitsätze des Mitberichterstatters	397
3. Aussprache und Schlußworte	401
Verzeichnis der Redner	446
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	447
Satzung der Vereinigung	456

Verwaltung durch Subventionen

2. 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 Auswahl 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], BayVbl. 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 Subventionsverwaltung [Subventionsverwaltung], 1963; ders., Kommunale Wirtschaftsförderung [Wirtschaftsförderung], 1963; 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 publizierten 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⁾ Götz, Wirtschaftssubventionen S. 24: „Mit Subventionen interviert 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 Wohlfahrtsökonomie 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 Ordnungssurrogat¹⁹⁾ 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 Rudolph 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.; *Friau*, 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 Verwaltung²³⁾ 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 Schlaowitz (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 (GMBI. S. 150; abgedruckt bei Violon, Öffentliche Finanzwirtschaft, 1956, S. 94 ff.; dems., Haushaltsrecht, 2. Aufl. 1959, S. 822 ff.); siehe auch die Richtlinien für das Förderungsprogramm 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 Schneiders 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 M a u n z , Subventionen, S. 4.

²⁴⁾ Dabei geht es nicht primär um die Außenwirkung von Subventionsrichtlinien, wie sie als relative, im Rahmen des Umschalteffektes des Art. 3 Abs. 1 GG und der sog. Selbstbindung der Verwaltung wohl allgemein anerkannt ist (siehe z. B. S t e r n , Rechtsfragen, S. 558 f., 560; F r i a u f , 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: I p s e n , Referat. Die Allgemeine Diskussion um diese unmittelbare und umfassende „Außenwirkung“ von Verwaltungsvorschriften ist vor allem von V o g e l (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.); I p s e n , 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 Kreditantiegemeinschaft 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 Kreditantiegemeinschaft mit diesen Richtlinien einverstanden zu erklären und das Einverständnis des Kreditnehmers der Kreditantiegemeinschaft gleichzeitig nachzuweisen.“ — Zur Anerkennung von Kontrollbefugnissen bereits im Antragsformular, siehe die eingehenden Belege bei G ö t z , 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. K ö t t g e n, Fondsverwaltung, S. 65 f.; siehe auch P e r n t h a l e r, 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. G y g i, [Anm. 3], S. 3 ff.

³⁰⁾ Zentral zum Vorbehalt des Gesetzes für Subventionen: B e l l - s t e d t, Gesetzliche Grundlage. Zum neueren Meinungsstand siehe F r i a u f, Bemerkungen, S. 734; G ö t z, Wirtschaftssubventionen. S. 281 ff.; je mit weiteren Nachw. — Sehr aufschlußreich auch die österreichische Diskussion, siehe insbes. L o e b e n s t e i n, Referat; P l ö c h l, 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⁾ zugänglich 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 kündigt 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 Verwendungsaufgaben beschränken, nicht weniger erhellend sind, da sie gleichwohl die Sachstrukturen umfassend aufzudecken suchen); Schmolders, Finanzpolitik, 2. Aufl. 1965, S. 218 ff.; Gundlach, Subventionen S. 7 ff.

^{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 Verschonungs-subventionen genannt wird, aus dem Subventionsbegriff geführt (siehe z. B. Henze, Finanzhilfen S. 29; Stern, Rechtsfragen S. 521; Jankecht, 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 Kopensteiner [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.; Lepzien, 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; Lepzien, aaO.; Werner [Anm. 12] S. 101, 103; w. Hinw. s. insbes. bei Lepzien, aaO. — Zu den Sachstruk-

Die Interessenstruktur ist primär kooperativ⁴¹⁾ 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: H a n s m e y e r, Staatshilfen S. 22 ff.

⁴¹⁾ Siehe dazu insbes. — mit im einzelnen verschiedener Nuancierung — Herbert K r ü g e r: 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 K i s t l e r, Subventions fédérales S. 68 ff. M ö l l e r (Subventionsverwaltung S. 92) und S c h n e i d e r - G ä d i c k e (Kredit S. 72) machen auf die Parallele zur stillen Gesellschaft aufmerksam. Siehe auch Anm. 106. — Siehe zu dem im Gesellschaftsverhältnis prototypisch herausgebildeten Wesen des kooperativen Rechtsverhältnisses und seiner Abgrenzung vom synallagmatischen Rechtsverhältnis E s s e r, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 57 ff., insbes. S. 66 ff., S. 716 ff., insbes. S. 717.

⁴²⁾ Für Synallagma z. B. H o c h d ö r f e r, Die staatlichen Subventionen der Nachkriegszeit in Deutschland, 1929, S. 19 ff.; K i s t l e r, Subventions fédérales S. 75 ff.; W e l t e r [Anm. 32] S. 494. Zweifelnd und differenzierend demgegenüber: L e p s i e n, aaO., S. 106, 111 ff., 117 ff.; E c k e r t, Leistungsstörungen in verwaltschaftlichen Schuldverhältnissen, DVBl. 77. Jg. (1962) S. 11 ff. (S. 13 mit Fußn. 36); L e n z e n, Grundlagen S. 79 f. — Siehe zum Vorstehenden auch F r i a u f, Bemerkungen S. 738.

⁴³⁾ Zur Relevanz dieses Tatbestandes für die Ordnungsaufgaben siehe K r ü g e r, 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 M e i n h o l d, Subventionen S. 241: „Eine empirische Erfassung der Subventionsmotivierungen erscheint wegen ihrer Fülle, gegenseitigen Überschneidung und unterschiedlichen Gewichtigkeit im allzeit komplexen Verbands 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 übergegangen 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 Gütertausch 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.

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

^{46a)} Siehe S t r i c k r o d t, [Anm. 5] S. 18 f., 5; f. und passim.

⁴⁷⁾ Für differenzierende Betrachtung auch K i s t l e r, Subventions fédérales S. 58, 61; I m b o d e n [Anm. 38] S. 156 ff. — Siehe auch das Vorgehen des IX. Kongresses des internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften in Istanbul (Bericht hierüber von K e r n, DVBl. 68. Jg. (1953) S. 721 ff. [723]).

⁴⁸⁾ Zur methodischen Basis des Vorstehenden s. Z a c h e r, 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 J a h r, 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.; S t ü t z e l, Entscheidungstheoretische Elementarkategorien als Grundlage einer Begegnung von Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, ebd. S. 27 ff.

⁴⁹⁾ Siehe dazu nochmals H a n s m e y e r, Staatshilfen, insbes. S. 22 ff. mit weiteren Nachw.

Im Bereich der Zwecksicherung liegt auch der Unterschied zu den reinen Einkommenshilfen⁵⁰⁾. Ihr Zweck ist präsumtiv mit der Leistung erreicht⁵¹⁾. 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 Formalalternative 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. K ö t t g e n, Subventionen S. 490; K i s t l e r, Subventions fédérales S. 24; I p s e n, Subventionierung S. 8 f.; H e n z e, Finanzhilfen S. 17 f.; P ö t t g e n, Grenzen S. 18; Z u l e e g, Rechtsform S. 15; W o l f f, 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 M ö l l e r, Wirtschaftsförderung S. 152 ff.; bes. eingehend H a n s m e y e r, 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 M ö l l e r, 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 G ö t z (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. W e s s e l s, Art. „Subventionen“ in Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Aufl. Bd. III 1960, Sp. 5321 ff. (5321); s. a. G u n d l a c h, 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 M u c h, Ausnahmetarif und Wirtschaftsintegration, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 124 (1962) S. 110 ff.; R e b h a n, 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^{56a)}, 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. G ö t z, 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 G ö t z, Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ausgleichsabgaben, AöR Bd. 85 (1960) S. 200 ff.; dens., Wirtschaftssubventionen S. 63 ff.; s. a. W e i d e s, Europäisches Subventionsverbot und staatliche Selbsthilfefonds, Außenwirtschaftsdienst 1963, S. 295 ff.; K o p p e n s t e i n e r, [Ann. 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 ff.). Mit Variationen hinsichtlich des Gegenstandes und der Begründung im Sinne der Ausklammerung z. B. Ipsen, 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; Zuleg, Rechtsform S. 18 f.

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 Z ä n g l, 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.

⁶⁶⁾ 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-Steuer-gesetz) 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

I.

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 öffentlich-rechtlichen 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 Jankecht, Rechtsformen S. 96 ff., 99 ff.; s. a. Möller, Subventionsverwaltung 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 Imboden [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 wird^{69a)}.

Die funktionsbedingte Elementarstruktur der Subventionsverhältnisses ist die eines Schuldverhältnisses⁷⁰⁾. Nur von dessen Modell kann der Ordnungsbedarf 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 durchsetzt (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, GMBL 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 *Forshoff*, 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 ausgeteilt 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; Zuleeg, Rechtsform S. 68 ff. — Zur Kündigung s. Zuleeg, 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 gewährt⁸⁵), 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 gelehnet werden soll. Siehe z. B. Ipsen, Subventionierung S. 54 ff.; 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 Zinszuschüsse⁹¹⁾, unentgeltliche Sach- und Dienstleistungen⁹²⁾, Garantieverprechen⁹³⁾ 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. G ö t z, Wirtschaftssubventionen S. 7.

⁸⁹⁾ Gemeint ist damit vor allem die klassische Ex-post-Leistungs-subvention, 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 e i n h o l d, Subventionen S. 240). Z ä n g l (Schranken S. 22 f.) unterscheidet dabei nochmals zwischen „Betriebsbeihilfen“ und „Prämien“. Doch gehören hierher auch andere Ex-post-Leistungs-subventionen, 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.

⁹⁰⁾ Siehe dazu außer den in Anm. 88 Genannten: Z ä n g l, Schranken S. 20 ff.; M ö l l e r, Subventionsverwaltung S. 79 ff.

⁹¹⁾ Siehe insbes. M e n z e l, Die Mitwirkung der Hausbanken bei der Vergebung und Verwaltung öffentlicher Kredite, 1960, S. 114 ff.; S c h n e i d e r - G ä d i c k e, Kredit S. 76 f.; G ö t z, Wirtschaftssubventionen S. 49 f.

⁹²⁾ Dieser Bereich der „geldeswerten sonstigen Leistungen“ (I p s e n, 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. M ö l l e r, Subventionsverwaltung S. 90 f.; dens., Wirtschaftsförderung S. 143 f.; s. auch Z u l e e g, Rechtsform S. 23 mit Anm. 151—153. Zu den ökonomischen Kriterien der Subvention in diesen Fällen s. G u n d l a c h, Subventionen S. 14 f. Zur Exportrisikogarantie vgl. auch I m b o d e n [Anm. 69] S. 206 ff.; H u b e r, WirtschVR II S. 290 f.

⁹⁴⁾ Siehe außer den in Anm. 88 Genannten (H e n z e, aaO., s. auch S. 73 ff.): H a n s m e y e r, 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. G u n d l a c h, Subventionen S. 14 f. — Juri-

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

Häufig fallen Leistungssubventionen jedoch mit Austauschverhältnissen 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 gehören⁹⁷⁾: Darlehen zu günstigen Zinsen oder ohne die kapitalmarktübliche Sicherheit⁹⁸⁾, vom Subventionsträger überzahlte oder vom Subventionsempfänger minderbezahlte Sach-, Dienst- und Werkleistungen⁹⁹⁾, insbes. also auch Vorkaufaufträge im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe¹⁰⁰⁾.

stisch ist darauf zu achten, daß das spezifische subventionsrechtliche Ordnungsproblem 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 Gundlach, 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 ökonomisch bevorzugt wird, also zumindest potentiell zu einem teureren Preis vergeben wird, als er unter Ausschöpfung der Marktgegebenheiten gezahlt werden müßte. Siehe z. B. Forsthoff, 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; Jankecht, 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.; Hamann, 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 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 Subventionsverhältnisse 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 Vorzugsspreise 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.

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 ‚Zusammenarbeit‘ 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, VerwR I, S. 33. — Siehe zum Folgenden auch Maunz, Subventionen, S. 4.

¹¹³) Aufschlußreich hierzu das Schwanken Baur, 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 Nawasky, 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 Antonelli, 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 Delikts- und Bereicherungsansprüchen erfüllen (siehe etwa Wolff, VerwR I, 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 Subventionschäden, BB 17. Jg. (1962), S. 505 ff.; Bellstedt, Gesetzliche Grundlage, S. 169; Zuleeg, Rechtsform, S. 76 f.; 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 Ipsen, Subventionierung, S. 87 mit Anm. 131; Henze, Finanzhilfen, S. 66 ff.; Götz, 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.; Bellsedt, 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 4 e 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.

¹²⁸) 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 Zweck-erfüllung¹³¹⁾ 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 ESUGH 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).

¹³³⁾ Siehe nochmals oben Anm. 41, 42 und 106.

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 nicht hoheitlicher 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 recht fertigen¹³⁹). 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.

¹³⁶) Zum Problem der Rechtfertigung einer Auflage als Minderung einer Wohltat s. z. B. Krüger, Auflage S. 451 f.; Bells ted t, Gesetzliche Grundlage S. 169. Allgemein aber hierzu Hans Rudolf H u b e r, 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 Verwendung der Geldmittel verknüpft werden“ (BVerwG 20, 101 [102]).

¹³⁷) Verneinend Bells ted t, 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 M a l l m a n n und Z e i d l e r (VVDStRL Heft 19, 1961, S. 165 ff.) und die dortigen Nachw.

¹³⁹) Siehe G y g i, 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. 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 ff.; Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 113, insbes. S. 134 ff.; 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 non 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 zugänglich 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: A n s c h ü t z - T h o m a , Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 221 ff. (230 f. Anm. 26).

¹⁴³) Siehe K r ü g e r [Anm. 112] S. 120 ff.; T h i e m e , 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 F o r s t h o f f (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 instinktivlos zum vorigen: S c h u l k e , Die Zustimmung des Betroffenen als Rechtsgrundlage belastender Verwaltungsakte, DÖV 12. Jg. (1959) S. 132 ff.

¹⁴⁴) Siehe dazu nochmals oben Anmerkung 138. Ferner K r ü g e r [Anm. 112] S. 120 ff.; G y g i [Anm. 139]; G i a c o m e t t i [Anm. 69] S. 106 ff.; S a i l e r [Anm. 124]; je mit weiteren Nachw. Siehe zum Problem ferner B u l l i n g e r [Anm. 69]. Verkannt z. B. bei S c h o l z , Kreditinstitute des Bundes, 1960, S. 139.

¹⁴⁵) Diese Differenz wird erstaunlich wenig gesehen. I p s e n (Subventionierung S. 71) erwähnt es am Rande: „Solche Subventionsverhältnisse dagegen dem Zivilrecht zuzuordnen, verbietet sich deshalb, weil dieses ... keinen geeigneten Vertragstyp für die Bezeichnung anbietet und die Art der Subventionsbeziehung ... es ausschließen, eine atypische Kontrahierung zivilen Rechts anzunehmen.“ Dagegen übersieht Z u l e e g (Rechtsform S. 61) das Problem evident: „I p s e n verkennt jedoch, daß es die im Zivilrecht herrschende Privatautonomie erlaubt, atypische Verträge zu schließen.“ — Auch B u l l i n g e r [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 M a u n z - D ü r i g [Anm. 100] Art. 1 Abs. III Randn. 127 ff.). — Zum Text G y g i [Anm. 139] S. 17: „Gerade diese Parteiautonomie gilt es aber in einer rechtsstaatlichen Verwaltung durch eine gesetzliche Bindung der Verwaltung zu ersetzen ...“. — Siehe auch W i l l i g m a n n [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 quasi-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 M a l l m a n n [Anm. 138] S. 196; R e u ß [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 (K o e t, 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 G i a c o m e t t i [Anm. 69] insbes. S. 113 ff.; M a l l m a n n, aaO., S. 198 f.; L o e b e n s t e i n, Referat S. 26 f., 58; R u p p, Privateigentum an Staatsfunktionen?, 1963, S. 25 Anm. 43; siehe auch K r ü g e r [Anm. 139] S. 324 ff.

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

¹⁴⁹⁾ Mit Recht betont M a l l m a n n [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. F r i a u f, aaO., S. 734.

¹⁵¹⁾ I p s e n, Subventionierung S. 19 f., 74; H e n z e, Finanzhilfen S. 51 f.

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 quasi-legislativen 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) G ö t z (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 G ö t z 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 Grundrechten¹⁵⁷⁾. 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. Krüger, Auflage, S. 384 f.; Ipsen, 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); Schumann, 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 Vorordnung¹⁶⁷⁾.

VI.

Gegenüber der Notwendigkeit eindeutiger normativer Ausprägung des Subventionsverhältnisses tritt das Problem der Begründung des Subventionsverhältnisses¹⁶⁸⁾ zurück¹⁶⁹⁾. Dagegen konzentriert 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 Ex-ante-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.

¹⁶⁷⁾ 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⁾ Ipsen 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 öffentlich-rechtlichen 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 *Verwaltungsakt* 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 zugänglich 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 Zweistufentheorie*¹⁸⁵)

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.

¹⁸³) Siehe *Henrich*, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, 1965 (siehe insbes. auch seine Definition des Vorvertrags, S. 1).

¹⁸⁴) Zur Zusage als Vorabregelung eines Teilkomplexes siehe *Zeidler*, *Empfeht 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*, S. 3: „Der sog. Bewilligungsbescheid ist vielfach nur ein Inaussichtstellen.“

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 *Reuß*, [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 gesplattene 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 lassen¹⁸⁹⁾.

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 diene 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.

¹⁸⁹⁾ 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 kumulieren¹⁰⁰).

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 Wolf, 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.

¹⁰⁰) 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“ (Ipsen, 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 überraschenderweise 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, EOVB 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 Verordnung des Subventionsverhältnisses¹⁹³].

VII.

Die Frage der Zuordnung des Subventionsverhältnisses zum öffentlichen 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 Jankecht, 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.); Wertbruch, 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 Zweckmäßigungsabwägung 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) *G i a c o m e t t i*, [Anm. 69], insbes. S. 93 ff. mit weiteren Nachw. — Siehe dazu auch *E h r i g*, 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 *W o l f f*, VerwR III, S. 221 ff.; siehe auch den allerdings sehr pragmatisch entwickelten Katalog bei *M ö l l e r*, Subventionsverwaltung, S. 148 ff. Für das Einfließen von Zweckmäßigerwägungen in die Qualifikation *Z u l e e g*, Bürgerlich-rechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts, Diss. Erlangen 1959, S. 92 f.; dagegen ders., Rechtsform, S. 29. — Allgemein siehe zum Text *R i l l*, Zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht, Österr. Zeitschr. f. öff. Recht, Bd. 11 (1961), S. 457 ff. (468); *G i a c o m e t t i*, [Anm. 69], S. 95 (aber auch S. 119 ff.).

²⁰⁶) Siehe z. B. für die Verwaltungsvollstreckung: *Z u l e e g*, 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 *M ö l l e r*, Subventionsverwaltung, S. 151 ff.; *W o l f f*, VerwR III, S. 223; BVerwG 14, 65. Interessant ist, daß *Z u l e e g* 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 *M ö l l e r*, aaO., S. 149 f.; für rein privatrechtliche Lösung außer *F l e s s a*, [Anm. 124] und vor allem *G ö t z*, 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 öffentlich-rechtlicher Provenienz oder zur Übernahme des ganzen Rechtsverhältnisses ins öffentliche Recht zwingen²¹¹). Verschonungs-subventionen tendieren von ihrer Ausgangslage her²¹²) eher zum öffentlichen Recht²¹³), zumal hier zum Teil öffentlich-rechtliche 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 G ö t z, 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 B u l l i n g e r, [Anm. 69], S. 62 ff.

²¹⁴) Zur dinglichen Sicherung an Immobilien siehe z. B. S t a u d i n g e r, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 2. Teil, 11. Aufl. 1963, § 1105, Randn. 20 ff., Einleitung vor § 1113, Randn. 344 ff.; desgleichen an Mobilien — 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 M e r k, [Anm. 116], S. 142).

²¹⁵) Siehe z. B. G ö t z, Wirtschaftssubventionen, S. 55 f., 62 f.

²¹⁶) Dagegen H a a s, [Anm. 124], S. 308.

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

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

²¹⁷⁾ Siehe etwa G ö t z, 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“ (H a n s m e y e r, 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 H a n s m e y e r, Staatshilfen insbes. S. 118 f., 141, 289; S c h m ö l d e r s, Finanzpolitik, 2. Aufl. 1965, S. 224 f.; G ö t z, Wirtschaftssubventionen, S. 36 f.).

²²⁰⁾ Zur Notwendigkeit und Eigenart dieser Sicherungen ist auch an das von F l u m e (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 B a c h o f, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12 (1954), S. 37 ff. (58); H a m e l, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 29; R u p p, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 74. Jg. (1959), S. 81 ff. (84 f.); Erich K a u f m a n n, Grundrechte und Wohlfahrtsstaat, in: Autorität und Freiheit (Erich Kaufmann, Gesammelte Schriften) Bd. I 1960, S. 589 ff. (593); Z a c h e r, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 121 f. m. w. Nachw.

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

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 Publizität²²⁴). 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). Badura, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck 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 offiziöse 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 J a h r, 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 H u b e r, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 53 (b); K e r n, [Anm. 47] S. 723.

²²⁸) Siehe oben Anm. 30. — Zur gesetzlichen Regelung als Mittel, die notwendige Publizität im Subventionswesen herzustellen: K ö t t g e n, Das unstrittene Mandat zur Jugendpflege, DÖV 14. Jg. (1961) S. 1 ff. (4).

²²⁹) Zum Mangel an Information, siehe z. B. auch H a n s m e y e r, 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 Mercklichkeit 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 öffentlichen 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 Verschönerung 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 paralyisiert. 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 J a h r [Anm. 226] S. 206.

²⁴³) Siehe nochmals oben Anm. 14.

²⁴⁴) Was M ö l l e r (siehe oben Anm. 14) aus der kommunalen Verwaltung berichtet, findet in der staatlichen Verwaltung nur zu oft seine Entsprechung.

²⁴⁵) Siehe auch I p s e n, Referat S. 295, 297.

²⁴⁶) Siehe dazu schon oben Anm. 24. Siehe ergänzend zur Außenwirkung von Subventionsrichtlinien: H e n z e, 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 zugänglich gemacht werden. Zumindest muß dem 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, 50 (54, 66).

²⁴⁸⁾ Siehe auch dazu die Hinweise in Anm. 24 und 246. — Gegenüber diesen Bedenken schlägt auch der Hinweis auf die Haushaltsartikel des Grundgesetzes und § 64 a der Reichshaushaltsordnung (Ipsen, Referat, S. 296 f.) nicht, es sei denn, man sieht in § 64 a 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 konkret-allgemeinen 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 Binnenschifffahrt 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 beschränkt 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.

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 vorausseilen²⁵⁸). 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 Finanzhilfeeaktionen bei Notständen durch Elementarereignisse v. 23. 3. 1962, Bay. Staatsanzeiger 1962 Nr. 13). Zu einer anderen Dimension administrativer Entfaltung 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 zu meist 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 Patenten (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 un gute 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.

waltungsverfahrens-gesetzes 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 grundrechtlichen Position her erhoben werden²⁶⁵⁾. Für die Steuer-

104: „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 sachadäquat 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.

²⁶⁴⁾ 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.

²⁶⁹) Siehe dazu nochmals Anm. 265, insbes. Fechner, aaO.; Hamel, 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 Zusammenhang 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 dispensierend 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 Belastung 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 Z ä n g l, Schranken S. 65 f.; L o e b e n s t e i n, Referat S. 61; P ö t t g e n, Grenzen S. 119 ff. Zur Empfindlichkeit von Grundrechten gegenüber dem Ermessen z. B. BVerfG 8, 71 (76), 274 (325); 13, 153 (160 f.); O b e r m a y e r, 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 E h l e r m a n n, Wirtschaftslenkung und Enteignung, 1957, S. 90 mit Fußn. 130.

²⁷⁴⁾ Zum Problem siehe F r i a u f, Bemerkungen S. 732, 734, 736 und 737 sowie die dort insbes. in Anm. 64 und 65 Genannten; G ö t z, Wirtschaftssubventionen S. 272 ff. Ferner E h l e r m a n n ebd.; M a l l m a n n [Anm. 138] S. 191; R e u ß [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 zugänglich sein, und jedermann soll seinen vollen realen Grundrechtsstand erforschen können.

IV.

Eine besondere Rolle kommt dem Grundrecht des Eigentums zu²⁷⁶⁾. Als Vermögenszuwendung ist die Subvention immer eigentumsrelevant. Ebenso setzt die Verwendungsaufgabe 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⁾ — gesehen²⁷⁹⁾, 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

²⁷⁶⁾ Siehe zum Verhältnis Subvention — Eigentum zusammenfassend etwa Z ä n g l, Schranken S. 106 ff.; P ö t t g e n, Grenzen S. 76 ff.; G ö t z, Wirtschaftssubventionen S. 274 ff.; weitere Nachw. siehe dort.

²⁷⁷⁾ In dieser Richtung wohl auch B e l l s t e d t, Gesetzliche Grundlage S. 268; G ö t z, aaO.

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

²⁷⁹⁾ Siehe z. B. L u h m a n n, 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 H a n s H u b e r, Öffentlich-rechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahmen des 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 Z a c h e r, Verfassungsentwicklung in Bayern, JöR N. F. Bd. 15 (1966) S. 321 ff. (397).

²⁸¹⁾ Zum Kriterium der Zueignung siehe D ü r i g, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen seiner Bürger, in: Staat und Bürger, Festschrift für A p e l t, 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 Konfliktordnung 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; Merck, 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 Eigentums-garantie 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 Interessentlage 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-

liegt (siehe dazu Zacher [Anm. 280] S. 340; zum Problem vor allem auch Lerche [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 Zacher 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 Ins-werksetzung schneiden sich Widerrufs- und Eigentumslehre (Wider-ruf von jetzt ab grundsätzlich ausgeschlossen, Eigentumsschutz be-ginnt), 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.

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

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.

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).

II.

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

²⁹⁹) Symptomatisch dafür ist, daß selbst die umfassende Untersuchung von G ö t z (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 (H a n s m e y e r, Staatshilfen S. 143). Treuhandgesellschaften sind darüber hinaus als Gutachter und öffentliche Berater am Vollzug von Kreditprogrammen beteiligt (S c h n e i d e r - G ä d i c k e 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 fließen, bedarf keiner Hervorhebung. Auch diese Erscheinung ist rechtsdogmatisch — soweit zu sehen — noch nicht grundsätzlich aufgegriffen worden.

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

dem Einfluß öffentlicher Träger³⁰³). Wie versteckt dieser allerdings sein kann^{303a}), beweist das Beispiel gewisser Kreditgarantiegemeinschaften³⁰⁴). Sie übernehmen Bürgschaften zu Lasten 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* I S. 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 Hintergrundproblem 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: Dürrig, 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 Betteermann, 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 s e l b s t ä n d i g e

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 zugänglich (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 G ö t z, 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 D III.

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 versperert 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 Entstehen 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, allzuvielen 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 Bankkulanzen, 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 G ö t z, Wirtschaftssubventionen S. 62. Siehe zum Vorstehenden ferner H e n z e, Finanzhilfen S. 90 ff.; S c h o l z [Anm. 144] S. 169 ff.

³³³⁾ Siehe dazu vor allem die Überlegungen bei H e n z e, aaO.; Z u l e e g, Rechtsform S. 89 ff. — Speziell zum Problem des Rechtsschutzes siehe S c h o l z [Anm. 144] S. 155 ff., 174 ff.; E y e r m a n n - F r ö h l e r [Anm. 313] Randn. 47 zu § 40; siehe auch F l e s s a, Urteilsanmerkung, NJW 12. Jg. (1959) S. 403 f. Dazu ferner S c h ü l e, 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 S c h n e i d e r - G ä d i c k e, Kredit, und M e n z e l [Anm. 302] je passim.

³³⁵⁾ Siehe z. B. S i e b e r t - M e z g e r, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 1959, Randn. 7 ff. vor § 145; speziell zum Subventionsrecht siehe Z u l e e g, Rechtsform, S. 67. Wenn S i e b e r t - S c h m i d t (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 entwickelt 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-Schröder (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 Pflichtenstellung 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 Problembereich 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 Kredites 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.

³⁴⁹) Erinnerung 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 Rechtllichkeit 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 L e r c h e, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961. — Speziellere Hinweise siehe oben Anm. 165.

³⁵²) Siehe oben Anm. 4 bis 8.

³⁵³) Strickrodt, Die Finanzverfassung des Bundes als politisches Problem, 1951; H e t t l a g e, 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); H e n r i c h s, Art. 113 des Grundgesetzes, 1958, S. 51; H e n l e, 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.).

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 M a u n z - D ü r i g, [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-Durig*, aaO., Randn. 5.

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 *Sievekling* in dem Tagungsbericht MDR 21. Jg. (1967), S. 20 ff. (22).

³⁵⁸⁾ Zur Funktion von Sachverständigen und Beiräten, dargestellt am Beispiel der Subventionen für die Landwirtschaft, siehe *Hansmeyer*, 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. — *Krischer*, Der Subventionsaufwand der deutschen Bundesländer, in: Beiträge des deutschen Industrieinstituts Köln, Jahresband 1965,

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“).

³⁶⁵) 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.

³⁷¹) Siehe dazu und zum Folgenden vor allem G ö t z , Wirtschaftssubventionen, S. 298 ff. mit weiteren Nachw.; siehe auch L o e b e n s t e i n , Referat, S. 44. — Dazu, daß das öffentliche Haushaltsrecht gegenüber den Aufgaben der Subventionsordnung versagt siehe auch S t r i c k r o d t , [Anm. 5], S. 72 ff. mit weiteren Nachw. Zur Unvollständigkeit des Haushaltsrechts in Bezug auf die Subventionen siehe Anm. 239, 364 und 365 sowie H e i n i g , Das Budget, Bd. II, 1951, S. 334 ff.

³⁷²) Siehe dazu auch H e n n i s , Clôture im Bundestag, AÖR Bd. 91 (1966), S. 254 ff. (256).

³⁷³) Q u a r i t s c h , 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 S c h o l z , [Anm. 144]; M e n z e l , [Anm. 302], S. 39 ff. Zu den privatrechtlichen Parallelen siehe oben C II.

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

³⁷⁶) Siehe Nr. 8 der allgemeinen Bewilligungsbedingungen für die Gewährung von Zuwendungen des Bundes nach § 64a RHO, [Anm. 20]; weitere Nachw. siehe bei G ö t z , Wirtschaftssubventionen, S. 51, Anm. 20.

³⁷⁷) Siehe auch die rechtlichen Bedenken bei G ö t z , 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 offenbaren 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 k o m m u n a l e S e l b s t v e r w a l t u n g³⁸¹⁾. 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 Ipsen, 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; Köttingen, 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.; Köttingen, 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 Köttingen, 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 Kommunen³⁹¹⁾. 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.]

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-

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. 1 f.; Zängl, Schranken, S. 156 ff.; Flehninghaus, 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, DÖV 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 Beteiligungsaufgaben auch Hansmeyer, Staatshilfen, S. 218. Eine gegen diese Praxis gerichtete Vorschrift enthielt Art. 42 des Herrenhiemseer 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.“

³⁹⁷) Siehe oben C III insbes. Anm. 312. — Intensives Material bei Scholz, [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); Flehninghaus, 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.

waltungskompetenzen des Bundes ausgedehnt, überschritten und mit denen der Länder vermischt³⁹⁹).

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 Verwaltung⁴⁰⁰). 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 — wenn gleich im einzelnen variierend und nicht immer eindeutig — Köttingen, 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 Kölbl, 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 Hamann, Problematik S. 488; Stadler, Die finanzverfassungsrechtliche Bedeutung des „Fernsehurteils“, DÖV 14. Jg. (1961) S. 453 ff., insbes. S. 455. Wohl a. A. Köttingen, 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 Verschonungs-
subvention wird —; Mittelausgabe setzt einen Sachzweck vor-
aus.

Damit soll nicht gesagt sein, die Ausweitung der Bundes-
verwaltung habe nicht auch einleuchtende Gründe gehabt.
Aber die darin steckende Normkritik hat weder die Geschlos-
senheit noch das Gewicht, um über die Schwelle des Form- und
Kompetenzprinzips der Revisionsnormen der Bundesverfas-
sung hinweg für das Geldausgeben schlechthin oder die Fonds-
verwaltung oder die Subvention eine Lücke in der bundes-
staatlichen Kompetenzordnung zu verifizieren.

Eine differenzierende Lösung muß von der konkreten Bun-
deskompetenz ausgehen. Auch der größte Teil der außerhalb
der ausschließlichen Bundeszuständigkeit liegenden Förde-
rungsaktionen 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 ge-
recht wird⁴⁰³). Aber hier trifft sich nicht nur das Bedürfnis
nach Beweglichkeit des bundesstaatlichen Kompetenzsystems
mit der Schwierigkeit, die besondere rechtsstaatliche Gestal-
tungsaufgabe eines steril in der Eingriffsverwaltung radizier-
ten 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-
ßen schien⁴⁰⁵). Sie muß davon entlastet werden. Gelingt es, ent-

⁴⁰³) Siehe die Darstellung der Gestaltungsmöglichkeiten des Ge-
setzgebers bei K ö t t g e n, Einfluß I und II [Anm. 398]. Siehe
auch die Hinweise bei G ö t z, Wirtschaftssubventionen S. 311 f. (der
freilich dann das privatrechtliche Handeln ausnimmt, S. 314 ff.).

⁴⁰⁴) Zentral dazu S c h i n d l e r, 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 Kompe-
tenzordnung der Schweiz außer Ansatz lassende — Übernahme die-
ses Satzes durch P a t z i g [Anm. 396] S. 318.

⁴⁰⁵) Siehe zum Problem Z ä n g l, Schranken S. 126; K ö l b l e
[Anm. 401] S. 671 ff.; P ö t t g e n, Grenzen S. 147 mit weiteren
Nachw.; K ö t t g e n, 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 Bundes-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 K r a t z e r, Die Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit der Länder, Bayer. Staatsanzeiger 5. Jg. (1950) Nr. 13 S. 4 f. (5); K ö t t g e n, 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: F ü ß l e i n, Der überregionale Verwaltungsakt, DVBl. 66. Jg. (1951) S. 33 ff. (36), der im überregionalen Ministerial-Verwaltungsakt ein Mittel sah, Bundesoberbehörden zu vermeiden. An ihr vorbei: K ö t t g e n, Einfluß des Bundes II [Anm. 398] S. 211. Unbefriedigend M a u n z - D ü r i g, 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 K ö t t g e n, Einfluß des Bundes I S. 107, 129, 134, 138 f.

⁴⁰⁷) Siehe die Abgrenzungsversuche bei Z ä n g l, Schranken S. 143 ff.; F l e h i n g h a u s, Bundesfondsverwaltung S. 136 ff., insbes. S. 147; G r u b e [Anm. 396] S. 85 ff.; weiter ausholend hierzu K ö l b l e [Anm. 401] passim. Gegen eine Verwaltungskompetenz des Bundes aus der Natur der Sache W o l f f, 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: K ö t t g e n, 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 A c h t e r b e r g, 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 K o n o w [Anm. 396] S. 374; L i e b r e c h t, Kooperativer Föderalismus, DVBl. 82. Jg. (1967) S. 72 ff. (72). Zustimmung H e n l e [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 Koppsubvention gibt, dann ist es dieser⁴¹³). 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; Köttgen, 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] S. 610.

⁴¹⁴) Dabei erweist sich durchwegs der Bund — der größere Haushalt! — als der Überlegene, der die Länder bedrängt. Siehe dazu z. B. Köttgen, 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 K ö t t g e n, Der Einwand der Mischverwaltung und das Grundgesetz, DÖV 8. Jg. (1955) S. 485 ff.; G e r n e r, Die Frage der Mischverwaltung im Verhältnis zwischen Bund und Ländern, Bay-VBl. n. F. 1. Jg. (1955) S. 193 ff.; F ü ß l e i n, Mischverwaltung oder Mitverwaltung, DVBl. 71. Jg. (1956) S. 1 ff.; K r a t z e r, Gemeinsamer Verwaltungsakt von Bund und Land, BayVBl. n. F. 4. Jg. (1958) S. 74 ff.; D a r m s t a d t, Zur Frage einer Mischverwaltung von Bund und Ländern, Diss. Münster 1961; M a u n z - D ü r i g, Art. 83 Randn. 35 ff., 48, 57 ff., Art. 89 Randn. 62.

⁴¹⁶⁾ Exemplarisch für das begriffsjuristische Mißverständnis im konkreten Zusammenhang G ö t z, Wirtschaftssubventionen S. 325 Anm. 30.

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

⁴¹⁸⁾ Z a c h e r, 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 M a u n z - D ü r i g, Randn. 39 zu Art. 83 und Randn. 16 zu Art. 109); ferner F l e h i n g h a u s, Bundesfondsverwaltung S. 160 ff. und seine Nachw.; Z ä n g l, 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 L i e b r e c h t [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 (Z ä n g l, 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 Verschönungssubvention 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 Verschönungssubvention 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.

S c h l u ß

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 halten 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 G ö t z , 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 L e r c h e , Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen, NJW 14. Jg. (1961) S. 1758 ff.; K l e i n , Die rechtliche Verbindlichkeit von Bundestagsbeschlüssen, JuS 4. Jg. (1964) S. 181 ff. Für die Brauchbarkeit schlichter Parlamentsbeschlüsse vor allem J e s c h , Gesetz und Verwaltung, 1961, ab S. 178 passim. — Zur Problematik des schlichten Parlamentsbeschlusses siehe neuerdings O b e r m e i e r , Die schlichten Parlamentsbeschlüsse nach dem Bonner Grundgesetz, insbes. ihre Zulässigkeit und Rechtsnatur, Diss. München 1965. S e l l m a n n , Der schlichte Parlamentsbeschluß, Diss. München 1966; Beispiele aus der Subventionspraxis siehe bei O b e r m e i e r , aaO., S. 23 ff. und S e l l m a n n , aaO., S. 20 f.

kennen, um die Unerträglichkeit des Ordnungsdefizits ermes- sen 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 Zu- schüssen 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 Rechtswissen- schaft 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 Ausfüh- rungen über Subventionen mit dem Bemerkten 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 juristi- schen 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 Geset- zes 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 dar- auf angewiesen, daß die Wissenschaft seine Funktion vor- bereitet.

Das Subventionswesen ist — vom Recht nur über die Schul- ter 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 Ver- waltungsrichtlinien — wohl aus folgenden Werken: M e n z e l [Anm. 302]; S c h n e i d e r - G ä d i c k e, Kredit; M ö l l e r, Subventions- verwaltung; ders., Wirtschaftsförderung; H a n s m e y e r, Staats- hilfen.

⁴²⁹) K ö t t g e n, Fondsverwaltung S. 65.

⁴³⁰) Ebd. S. 64, siehe auch S. 26.

⁴³¹) Lorenz von S t e i n, 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.

- 1. Austauschgeschäfte unterscheiden sich von der Subvention durch vergleichsweise Einfachheit und Einheitlichkeit der Wert- und Bemessungsrelationen und ihre typischen Ablauf- und Risikostrukturen.*
- 2. 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 Formalalternative 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 Subventions-träger muß sich die unmittelbare Herrschaft über die Subvention offen halten.

E) Subvention und Staatsorganisation

I. Der Staat muß seine Rechtllichkeit 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.