

Prof. Dr. Christoph Gusy, Mainz

Subventionsrecht (Teil 1)

I. Subventionen als Instrument der Wirtschaftsförderung

Ist der demokratische Staat auf eine funktionierende Wirtschaft angewiesen, so ist *Wirtschaftsförderung eine notwendige staatliche Aufgabe*.¹ Diese Aufgabe wird durch die Europäischen Gemeinschaften, Bund, Länder, Gemeinden und zahlreiche sonstige öffentliche und halb-öffentliche Hände in unterschiedlichen Handlungsformen wahrgenommen. Das Charakteristikum staatlicher Wirtschaftsför-

derung besteht in der *Verknüpfung einer bestimmten Verhaltenserwartung der öffentlichen Hand mit der Vergabe von Leistungen an diejenigen, an welchen sich die Erwartung richtet*. Die Leistung soll den Adressaten (besser) instandsetzen, die Erwartung zu erfüllen. Sinnvollerweise wird von einer derartigen Wirtschaftsförderung nur gesprochen, soweit sie sich an Empfänger richtet, die selbst kein Teil des Staates sind. Finanzausgleich zwischen Gebietskörperschaften (Art. 106f. GG) oder Zuschüsse an öffentliche Unternehmen –

etwa die staatliche Deckung des Defizits der Bundesbahn – sind keine Wirtschaftsförderung im genannten Sinne. Als Adressaten solcher Wirtschaftsförderung kommen demnach nur nicht-staatliche, also „private“ Stellen in Betracht. In diesem Sinne bezeichnet *Wirtschaftsförderungsrecht* Rechtsverhältnisse zwischen staatlichen Gebern und privaten Nehmern.

¹ Ökonomische Aspekte der Subventionen und des Subventionsrechts bei Gutowsky/Thiel, 55. DJT, 1985, M 45.

Derartige Förderungsmaßnahmen sind aber nur sinnvoll, wenn sie zur Erfüllung von Erwartungen anreizen, welche der Empfänger ohne die staatlichen Leistungen nicht in gleicher Weise erfüllen würde. Am Beispiel: Entwickelt etwa eine Autofirma zur Verbesserung ihrer Marktchancen ein neues Bremssystem, so ist es sinnlos, dafür staatliche Förderungsmitel aufzuwenden. Vielmehr soll hier der Erfolg schon aus Eigeninteresse der Firma eintreten. Wenn jener Erfolg zugleich im öffentlichen Interesse liegen sollte, so erscheint in diesem Falle das öffentliche Interesse als eine bloß faktische Folge privater Interessenverfolgung. Die Vergabe von Förderungsmiteln wäre hier eine Verschwendung staatlicher Mittel. Desungeachtet kann durchaus ein Interesse des Unternehmens an staatlichen Mitteln bestehen, um etwa die eigenen Kosten gering zu halten oder aber später zu günstigeren Preisen am Markt auftreten zu können. Derartige *Mitnahmeeffekte* sind allerdings nicht im Sinne des leistenden Staates und deshalb zu vermeiden. Die Schwierigkeit der Vermeidung besteht in der begrenzten Kenntnis des Staates von den für das Unternehmen maßgeblichen Zwecken und den Gründen ihrer Verfolgung. Würde ein Erfolg, für dessen Erreichung Förderungsmitel beantragt wurden, auch ohne staatliche Hilfe eintreten? Diese Frage läßt sich für den Außenstehenden – und damit auch den Staat – im vorhinein kaum beantworten.²

So unendlich zahlreich, wie die staatlichen Erwartungen an die Wirtschaft sein können, können zugleich die Zwecke der Wirtschaftsförderung sein. Grundsätzlich gilt hier: *Jeder zulässigerweise wahrgenommene Zweck staatlichen Handelns kann zugleich Zweck der Wirtschaftsförderung sein.*³ Die vielfach unternommenen Differenzierungen für einzelne Formen der Wirtschaftsförderung – etwa: Errichtungs-, Anpassungs-, Stilllegungsbeihilfen (§ 12 Abs. 2 StabG) – beschreiben mehr die Wirkungsweisen als die Zwecke staatlicher Hilfen. Zudem sind sie rechtlich nicht weiterführend: Sie sind als Zwecke der Wirtschaftsförderung immer, aber auch nur zulässig, wenn sie im Einzelfall zugleich zulässigerweise wahrgenommene staatliche Ziele sind. Und allein auf Letzteres kommt es an. Schon aus diesem Grunde ist es nur bedingt sinnvoll, bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Subventionen auf deren Zielsetzung abzustellen. Zudem

kann eine einzelne Förderungsmaßnahme auch zu mehreren Zwecken neben- oder nacheinander erfolgen. Am Beispiel: Umbauhilfen für die Binnenschifffahrt können etwa der Förderung der Werften, welche die Umbauten durchführen sollen, zugute kommen. Sie können auch der Entlastung des Straßenverkehrs, einem besseren Verkehrsanschluß des Binnenlandes sowie der Sicherung von Arbeitsplätzen und dem Schutz der Umwelt dienen. Zudem können sie sich – und haben sich auch schon – nacheinander als Errichtungs-, als Anpassungs- und sogar als Stilllegungsbeihilfen darstellen. Die Vielfalt der möglichen Zwecke einer einzelnen Maßnahme zeigt bereits an: Die Frage nach „dem“ Subventionszweck ist praktisch wenig ergiebig und rechtlich wenig aussagekräftig.

Die *Mittel und Handlungsformen der Wirtschaftsförderung* sind nahezu ebenso vielfältig wie ihre Zwecke. Als Beispiele seien hier nur genannt: (1) *Dienstleistungen*:⁴ Hierzu zählen etwa die Beratung von Unternehmen über Ansiedlungsmöglichkeiten, Förderungsmöglichkeiten und Rechtsfragen. Dazu können aber auch sonstige Hilfen etwa bei der Beschaffung von Grundstücken oder Gegenständen, die Erschließung des Betriebsgrundstücks, dessen Abschluß an das ISDN- oder btx-Netz oder die Vermittlung von Arbeitskräften zählen. Sämtliche dieser Förderungsmaßnahmen sind zulässig, soweit sie überhaupt als staatliche Tätigkeiten zugelassen sind. (2) *Sachleistungen*: Derartige Leistungen können in der Überlassung von Sachen durch Übereignung oder in sonstiger Weise bestehen. Hierzu zählt etwa die – für das Unternehmen – kostenlose oder ermäßigte Beschaffung eines Betriebsgrundstücks oder von gemeindlichen Räumen für wirtschaftliche Zwecke. (3) *Staatsaufträge*:⁵ Deren Vergabe kann schon für sich eine Form der Wirtschaftsförderung darstellen (etwa: Großauftrag für Privatunternehmen). Ein besonderer Förderungseffekt tritt ein, wenn der Auftrag zu Vorzugskonditionen erfolgte und so dem Auftragnehmer über den Geschäftsabschluß hinaus weitere Vorteile – etwa: Auftragsvergabe trotz ungünstigerer Konditionen als die Konkurrenz – zukommen läßt. Solche Fälle treten etwa auf, wenn im Rüstungs- oder Postbereich inländischen vor ausländischen Unternehmen der Vorzug eingeräumt wird, selbst wenn letztere günsti-

ger anbieten. (4) *Geldleistungen*: Solche Leistungen sind *Subventionen im engeren Sinne*. Sie können in der Form von unmittlerbaren Zahlungen, von Kreditgewährungen zu Vorzugskonditionen, von Risikoübernahmen für Kredite durch Dritte – etwa: staatliche Bürgschaften – oder durch staatliche Beteiligung an privaten Unternehmen gewährt werden.

II. Allgemeine Grundsätze des Subventionsrechts

1. Was sind „Subventionen“?

Der *Begriff der Subvention* ist im öffentlichen Recht nirgends gesetzlich definiert. Die Frage, was von den genannten Instrumenten der Wirtschaftsförderung als „Subvention“ bezeichnet werden soll, ist also überwiegend eine Frage der rechtswissenschaftlichen Zweckmäßigkeit. Dabei hat es sich als unpraktisch erwiesen, die Begriffe „Wirtschaftsförderung“ und „Subvention“ einfach gleichzusetzen. Ein derart weiter Subventionsbegriff hätte ganz verschiedene Rechtsverhältnisse erfaßt – etwa: Schenkungen, Dienstverträge, Werkverträge, Bürgschaften usw. – und wäre daher ganz unspezifisch gewesen. Ein inhaltlich klarer Subventionsbegriff muß demnach notwendig enger sein. Ein möglicher Ansatz ist der *strafrechtliche Begriff der „Subvention“* (§ 264 Abs. 6 StGB):

„Subvention“ im Sinne dieser Vorschrift ist eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht oder nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft an Betriebe oder Unternehmen, die wenigstens zum Teil 1. ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und 2. der Förderung der Wirtschaft dienen soll.“

Der strafrechtliche Subventionsbegriff ist eine der wenigen gesetzlichen Umschreibungen dessen, was unter jenem Terminus verstanden werden kann. Desungeachtet ist er noch recht unspezifisch. Er läßt etwa offen, ob „Leistung“ nur eine finanzielle Zuwendung oder auch jede andere Leistung – etwa die Beratung

2 Aufschlußreich hierzu *Boos/Böhm/Fisch*, DöV 1988, 114; vertiefend *Roellecke*, BB 1981, 1905; *Pietzcker*, ZHR 1982, 303, 395.

3 Näher dazu *Schetting*, Rechtspraxis der Subventionierung, 1973, S. 8 ff.

4 Dazu eingehend *Zacher*, WiR 1972, 185, 191 ff. Überblick zum folgenden bei *R. Stober*, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, S. 676 ff.

5 Näher *Gusy*, JA 1989, 26.

angehender Unternehmer zur Betriebsöffnung – sein soll; immerhin läßt sich ersteres noch ansatzweise durch den systematischen Zusammenhang der Normen im Vermögensstrafrecht erschließen. Offen bleibt aber auch, was konkret unter „Förderung der Wirtschaft“ zu verstehen ist: Ist jede finanzielle Zuwendung, welche der Wirtschaft zufließt, eine solche zu deren Förderung? Oder ist der Förderungszweck enger?

Konkreter als der strafrechtliche Begriff ist derjenige des § 12 Abs. 1 StabG. Danach sind Subventionen „(Bundes-)Mittel, die für bestimmte Zwecke an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung gegeben werden, insbesondere Finanzhilfen“. Dieser Begriff bringt eine Klärung des Gegenstandes der Subventionsgewährung – eben „Mittel“, also insbesondere Gelder –; ist aber hinsichtlich der Empfänger wie der Zwecke völlig offen: Unter ihn kann sowohl der staatliche Finanzausgleich gezählt werden, da die empfangenden Länder „außerhalb der Bundesverwaltung“ stehen; aber auch zahllose Leistungen, die aus anderen als wirtschaftlichen Gründen getätigt werden; etwa das Wohngeld, die BAFÖG-Mittel und das Kindergeld. So unterschiedliche „Anwendungsfälle“ des Begriffs mögen zwar für das StabG genügen, dem es auf eine umfassende Transparenz aller staatlichen Leistungen an Dritte ankommt. Hinsichtlich aller übrigen Fragen – wie etwa Zulässigkeit, Grenzen und Regeln der Rückforderung – haben jedoch der staatliche Finanzausgleich, das Wohngeld, die Steuerbegünstigung des Diesels für landwirtschaftliche Zugmaschinen und die staatlichen Zuwendungen für den Bau und Vertrieb des Airbus nichts gemeinsam. Daher ist auch diese Terminologie zwar für die Zwecke des StabG, nicht aber für sonstige rechtliche Zwecke geeignet.

Die *Rechtswissenschaft* konnte daher an die vorhandenen gesetzlichen Begriffe nicht anknüpfen, wenn sie einen klaren, abgrenzbaren Subventionsbegriff suchte, der solche Phänomene umfaßt, welche rechtliche Gemeinsamkeiten aufweisen. Für sie hat sich im Laufe der Diskussion ein mehrfach leicht modifizierter, in seiner Substanz aber wesentlich gleich gebliebener Begriff als zweckmäßig herausgestellt: „Subventionen sind vermögenswerte Zuwendungen, die ein Träger öffentlicher Verwaltung ohne marktmäßige Gegenleistung unmittelbar oder durch Dritte an Private gewährt, um sie instanzzusetzen, öffent-

lichen Bedürfnissen zu entsprechen,⁶ also zu anderen als konsumtiven Zwecken.“⁷ Dieser Begriff umfaßt alle vermögenswerten, also nicht allein Geldleistungen.⁸ Einigkeit besteht aber darin, daß die Geldleistung zumindest den klassischen Subventionsfall darstellt. Die Leistung muß von einem Träger öffentlicher Verwaltung gewährt sein; wobei es nicht darauf ankommt, ob sie ihren Empfänger auf direktem Wege – Finanzamt erstattet Steuern – oder durch Einschaltung Dritter als Beauftragtem – etwa: Bank als Zahlstelle – erreicht. Die Leistung muß an „Private“ erfolgen; also an Rechtssubjekte, die vom Staat verschieden sind. Der staatliche Finanzausgleich gehört hierzu nicht; Leistungen an Staatsunternehmen jedenfalls dann nicht, wenn diese sich allein in Staatshand befinden oder allein staatliche Zwecke verfolgen. Das Fehlen der „marktmäßigen Gegenleistung“ grenzt die Subvention vom Staatsauftrag ab: Ein Leistungsaustausch am Markt ist hiernach keine Subvention. Letztes Charakteristikum ist der Subventionszweck: Dieser wird teils negativ – kein konsumtiver Zweck –, teils positiv – Entsprechung öffentlicher Bedürfnisse – verstanden. Einigkeit besteht aber in dem Sinn des Kriteriums: Es soll die Sozialleistungen ausgrenzen, welche dem Sozial- und nicht dem Subventionsrecht unterfallen sollen.

Wie wirkt der Staat durch solche finanziellen Leistungen auf die Wirtschaft ein? Diese Einwirkung erfolgt durch *Verknüpfung der Subventionsvergabe mit einem bestimmten Zweck*.⁹ Diese „Verknüpfung“ kann auf zwei verschiedene Weisen eintreten. Am einfachsten ist die Zweckerreichung durch die bloße *Auswahl des Subventionstatbestandes*: Der Zweck der Verbilligung von Gewerberäumen kann allein dadurch gefördert werden, daß gewerbliche Grundstücke von der Grundsteuer ausgenommen oder zu einem ermäßigten Satz berechnet werden. Weitere Vollzugshandlungen sind dann nicht mehr erforderlich. Der Zweck tritt also durch den Tatbestand der Leistungsgewährung quasi „von selbst“ ein.

Schwieriger ist dagegen die Verknüpfung durch *Leistung unter gleichzeitiger Begründung von Verhaltenspflichten*: Der Zweck „Schaffung von 50 Arbeitsplätzen in der strukturschwachen Gemeinde G“ tritt durch das Bereitstellen von Mitteln allein nicht ein. Vielmehr müssen die Mittel vom Empfänger auch zu dem

vorgesehenen Zweck ausgegeben werden. Der Empfänger muß also spätestens mit der Zahlung unter Sanktionsdrohung verpflichtet werden, zu investieren und dadurch die vorgesehenen Arbeitsplätze zu schaffen. Dieser Zweck tritt also nicht schon durch die Leistung ein, sondern bedarf weiterer Vollzugs-, Überwachungs- und Sanktionsvorkehrungen.

Von zentraler rechtlicher Bedeutung ist die Unterscheidung von direkten und indirekten Subventionen. Direkte Subventionen sind Leistungen, welcher der Staat außerhalb sonstiger, gesetzlich geregelter Rechtsverhältnisse an den Empfänger vergibt. Hingegen sind indirekte Subventionen solche, die als Teil anderer, spezialgesetzlich geregelter Rechtsverhältnisse Privaten wirtschaftliche Vorteile erbringen. *Prototyp indirekter Subventionen ist der Verzicht auf Abgaben*. Solche Verzichte richten sich nach dem jeweils für die Abgaben maßgeblichen Steuer-, Beitrags- oder Gebührenrecht und teilen deren rechtliche Eigenheiten. Sie werfen hingegen keine untereinander gemeinsamen Rechtsprobleme auf. Daher behandelt die juristische Dogmatik sie auch im Kontext des Abgabenrechts. Das Steuerrecht begrenzt die Einsetzbarkeit des Steueraufkommens für Zwecke indirekter Wirtschaftsförderung partiell erheblich. So ist es den Behörden untersagt, Steuern zu erlassen oder nicht zu erheben, um dadurch die Ansiedlung von Wirtschaftsunternehmen zu fördern. Verwaltungsvorschriften reichen als rechtliche Grundlage eines solchen Verzichts schon deshalb nicht aus, da das Steuerrecht als Eingriffsrecht dem Gesetzesvorbehalt unterliegt.¹⁰ Auch der Erlaß nach § 227 AO kommt als Rechtsgrundlage staatlicher Wirtschaftsförderung nicht in Betracht. Demgegenüber können die Gemeinden bei der Anpassung der Gewerbesteuer Vorauszahlungen (nicht der Gewerbesteuerschuld insge-

6 Zacher, VVDStRL 25, 308ff.; Bleckmann, Subventionsrecht, 1978, S. 12ff.; Überblick über die Entwicklung und andere Begriffe bei Rüfner, Formen der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1965, S. 194ff.; Lange, DVBl 1977, 873; Badura, WiV 1978, 137; Stober, Handbuch a. a. O., S. 1221ff.

7 G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 217f.

8 Für eine Begrenzung allein auf Geldleistungen Ipsen, VVDStRL 25, 257ff.

9 Zur Verknüpfung von Leistung und Zweck Götz, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 45ff.

10 BFH, DB 1970, 1908f.

samt) gem. § 19 Abs. 3 GewStG ein weites Ermessen ausüben, das auch Zwecke der Wirtschaftsförderung jedenfalls nicht ausschließt.¹¹ Ist demnach das Recht der indirekten Subventionen Teil des jeweiligen Abgabenrechts, so kann sich das „Subventionsrecht“ nur auf die direkten Subventionen beziehen.

2. Rechtsgrundlagen der Vergabe direkter Subventionen

a) Gesetzesvorbehalt für Subventionen?

Vergabe und Ausgestaltung direkter Subventionen sind gegenwärtig im öffentlichen Recht nur für Einzelfälle, nicht hingegen generell gesetzlich geregelt. Das „Subventionsgesetz“¹² behandelt nicht diese Fragen, sondern stellt ein strafrechtliches Gesetz zur Verhinderung des Subventionsbetruges dar. Rechtsgrundlage der Subventionsvergabe sind regelmäßig Verwaltungsvorschriften, die von der Exekutive erlassen werden. Ob und inwieweit diese als Rechtsgrundlagen ausreichen oder aber eine gesetzliche Grundlage vom Grundgesetz verboten ist, zählt zu den umstrittensten Fragen des öffentlichen Wirtschaftsrechts.¹³

Unzweifelhaft bedürfen solche indirekten Subventionen, durch welche gesetzlich begründete Ansprüche des Staates ganz oder teilweise erlassen werden, der gesetzlichen Grundlage. Die Verwaltung kann einen solchen Verzicht nur aussprechen, wenn und soweit sie dazu ausdrücklich gesetzlich ermächtigt ist, da sie andernfalls wegen des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) an die anspruchsbegründende Norm gebunden ist und die Forderung in vollem Umfang einziehen muß.¹⁴

Der *Eingriffsvorbehalt* als traditionelle Grundlage des Gesetzesvorbehaltes wird im Subventionsrecht regelmäßig nicht näher thematisiert, da die Materie dem Leistungsrecht zugeschlagen wird. Das gilt ungeachtet des Umstandes, daß die Subventionierung Dritter als „grundrechtsrelevant“ gegenüber benachteiligten Konkurrenten angesehen und – sofern rechtswidrig – als Verletzung des Grundrechts qualifiziert wird.¹⁵ Wenn aber die Grundrechte nur durch oder aufgrund Gesetzes eingeschränkt werden können, so bleibt für eine gesetzesfreie Subventionierung ohne Gesetz bei Annahme eines Eingriffs kein Raum. Die Redeweise vom Grundrechtseingriff

durch Subventionierung Dritter ist aber praktisch folgenlos geblieben; in der Rechtsprechung wird ein solcher Eingriff nur angenommen, wenn besondere Freiheitsgarantien, insbesondere Art. 5 Abs. 1 GG, einschlägig sind.¹⁶

Eine neue Richtung gewann der Streit um den Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht erst mit der *Neuorientierung der Vorbehaltslehre im Verfassungsrecht weg vom Eingriffs- hin zum Wesentlichkeitskriterium*.¹⁷ Danach stellt sich angesichts eines jährlichen Subventionsvolumens von (derzeit) über 50 Mrd. DM die Frage, ob die Grundsätze ihrer Zuteilung, der dabei aufzuerlegenden Verpflichtungen und ihrer Rückforderung nicht so wesentlich sind, daß sie durch Gesetz begründet werden müssen. Wie weit hier der Gesetzesvorbehalt reicht, ist umstritten. Der Grund dieses Streits liegt bereits in der *mangelnden Bestimmtheit des Umfangs des Wesentlichkeitsvorbehaltes im allgemeinen*: Was „wesentlich“ ist und was nicht, läßt sich kaum abgrenzen. Dementsprechend wird in jüngerer Zeit aus dem Kriterium der „Wesentlichkeit“ allein nur noch in abnehmendem Maße ein Gesetzesvorbehalt hergeleitet. Jenes Kriterium kann vielmehr nur allgemeine Orientierungen bieten. Demnach bedarf nicht jede Festsetzung eines subventionsbegründenden Tatbestandes oder der Höhe einer bestimmten Subvention einer gesetzlichen Regelung. Hierfür genügt die Festlegung der verfügbaren Mittel im Haushaltsplan, der seinerseits durch Bundesgesetz verabschiedet wird (Art. 110 Abs. 2 GG). Darüber hinaus sind die Einzelheiten aber ungeklärt. Auflagen und Bedingungen sind jedenfalls dann nur auf gesetzlicher Grundlage zulässig, wenn sie nicht den Subventionszweck konkretisieren oder sichern.¹⁸ Maßgeblich ist dabei, ob die Nebenbestimmung allein solche Handlungsalternativen einschränkt, die durch die Subvention eröffnet wurden (= kein Eingriff) oder ob sie auch sonstige Handlungsalternativen einschränkt (= Eingriff).¹⁹

Am Beispiel: Eine Subvention bezweckt, Arbeitsplätze für Schwerbehinderte zu schaffen. Die Auflage, bei Einstellungen auf die neuen Stellen vorher die Zustimmung des Arbeitsamtes einzuholen, ist zulässig, da hier nur eine Freiheit eingeschränkt wird, die durch die Subvention gewährt wurde. Die Auflage, dem Arbeitsamt die Nachschau in den Geschäftsbüchern zu eröffnen, betrifft eine andere als die von der Subvention be-

gründete Freiheit und stellt daher einen Eingriff dar.

Gem. § 3 Abs. 1 BHO darf die vollziehende Gewalt Subventionen nur vergeben, wenn im *Haushaltsplan* entsprechende Mittel zur Verfügung gestellt sind. Nach ständiger Rechtsprechung²⁰ reicht dieser als Rechtsgrundlage für das Bereitstellen von Förderungsmitteln aus. Für die Vergabemodalitäten – an wen werden welche Mittel zu welchen Bedingungen vergeben? – bedarf es nach dieser Rechtsprechung keiner Regelung durch förmliches Gesetz. Durch den Haushaltsplan werden Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben (§ 3 Abs. 2 HGrG).

b) Rechtliche Bindungen der Subventionsvergabe

Auch wenn die Vergabe direkter Subventionen nach der Rechtsprechung keiner gesetzlichen Grundlage bedarf, so ist sie doch durch die Rechtsordnung begrenzt. Sie ist an die einschlägigen Bestimmungen des Europarechts, des Grundgesetzes und der Gesetze gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG).

aa) Das *europäische Gemeinschaftsrecht* enthält Bestimmungen über Zulässigkeit und Grenzen der Wirtschaftsförderung

11 BVerwG, DöV 1987, 1107.

12 BundesG v. 29. 07. 1976, BGBl I 2037.

13 Überblick über den überkommenen Meinungsstand bei *Bleckmann*, Subventionsrecht, 1978, S. 43 ff.; über die neueren Ansätze bei *Lübbe-Wolff* a. a. O., S. 290 ff.

14 BFH a. a. O.

15 Seit BVerwGE 30, 191.

16 VG Berlin, DöV 1975, 134 m. Anm. *Scholz*; dazu *Henke*, DVBl 1975, 272; OVG Berlin, JZ 1976, 402 m. Anm. *Hoffmann-Riem*; *Schenke*, DSt 1976, 553; weiter *Lübbe-Wolff* a. a. O., S. 253 ff. 303 ff. Zu Art. 4 GG s. ebenso OVG Münster, NVwZ 1991, 174; zum Ganzen noch BVerfG, NJW 1989, 2877.

17 Seit *Schenke*, GewA 1977, 313; zum Meinungsstand seitdem *Bauer*, DöV 1983, 53; *Grosser*, Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit bei der Vergabe von staatlichen Wirtschaftssubventionen, 1983; *ders.*, BayVBl 1983, 551; *Jarass*, NVwZ 1984, 473; *Krebs*, ZRP 1984, 224; *Oldiges*, NJW 1984, 1927; *Zuleeg*, DöV 1984, 733.

18 Hier reicht insbesondere das „Saldokriterium“, wonach die Nebenbestimmungen den Empfänger nicht mehr belasten dürfen, als ihn die Subvention begünstigt, nicht zur Abgrenzung aus. Zu diesem Kriterium *Schleich*, NJW 1988, 2346, 237 ff. Es läßt nämlich völlig offen, wie hier Belastungen und Begünstigungen gemessen und dann in das Verhältnis gesetzt werden können.

19 Nach *Lübbe-Wolff* a. a. O., S. 273.

20 BVerwG, NJW 1979, 2059 m. w. N.

durch Subventionen (Art. 92ff. EWGV; s. a. Art. 4c EGKS). Sie betreffen allerdings lediglich solche Beihilfen, die den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen können (Art. 92 EWGV); nicht hingegen solche, die lediglich den Wettbewerb in einzelnen Mitgliedsstaaten betreffen. Die zuletzt genannte Materie ist weiterhin allein Sache der nationalen Staatsorgane. „Beihilfen“ werden europarechtlich definiert als Maßnahmen, welche mittelbar oder unmittelbar die Belastungen vermeiden, die ein bestimmtes Unternehmen oder eine bestimmte Gruppe von Unternehmen normalerweise nach innerstaatlichem Recht zu tragen hat.²¹ Dieser Begriff kann sowohl direkte als auch indirekte Subventionen erfassen. Maßgeblich ist, daß die Hilfe nicht allen Unternehmen eines Staates, sondern nur einzelnen von ihnen zugute kommt. Dabei ist es aber gleichgültig, ob nur ein oder mehrere Unternehmen die Vergünstigung erhalten. Die Mittel brauchen nicht mit dem Zweck einer Beeinflussung des Wettbewerbs vergeben zu werden. Es genügt ein verzerrender Effekt. Hier läßt sich keine verbindliche Untergrenze angeben; es genügen auch geringfügige Beeinträchtigungen. *Wettbewerbsverzerrende Subventionen unterliegen einem generellen Verbot.* Ausnahmen davon sind nur im Rahmen des Art. 92 Abs. 2, 3 EWGV zulässig. Die weite Fassung dieser Ausnahmetatbestände gestattet es nicht, zusätzlich den Schutzbereich des Art. 92 EWGV eng zu ziehen. Praktisch bedeutet dies: Beihilfen, welche sich auf den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der EG auswirken können, sind nur im Rahmen der Art. 92 Abs. 2, 3 EWGV zulässig. Zulässig sind demnach insbesondere Hilfen an Verbraucher ohne Beschränkung der dadurch zu erwerbenden Waren; Katastrophenhilfen, Regionalförderung, Beihilfen zur Förderung von Vorhaben im Interesse aller Mitgliedsstaaten und zur Behebung von aktuellen Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts. Zur Sicherung dieser Grenzen unterliegen neue Beihilfen der präventiven Aufsicht durch die Kommission (Art. 93 Abs. 3 EWGV).²²

Als Problemfälle stellen sich dabei neben der Regionalförderung – Ist diese nur in Gebieten, in denen das Bruttosozialprodukt unter einer bestimmten Grenze liegt, oder zumindest ausnahmsweise auch in „reichen“ Gebieten zulässig? – die *Umweltschutzbeihilfen* dar. Diese un-

terfallen grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Art. 92 Abs. 1 EWGV. Ihre Zulässigkeit wird bisweilen mit dem Argument verneint, das „Verursacherprinzip“ in der Gemeinschaft müsse gestärkt werden. Bis zum 31. 12. 1980 war durch Verordnung der EG insoweit ein Ausnahmetatbestand geschaffen; seitdem sind Umweltschutzbeihilfen im Anwendungsbereich des Art. 92 Abs. 1 EWGV nur nach Maßgabe der Art. 92 Abs. 2, 3; 130r Abs. 2 EWGV zulässig. Der *Subventionsabbau* in der EG unterliegt der Überwachung durch die Kommission (Art. 93 EWGV).

bb) Im *Grundgesetz* kommt den *Gleichheitsrechten* die größte Bedeutung für die Steuerung der Subventionsvergabe zu.²³ Diese gebieten nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG, Gleiches gleich zu behandeln; Ungleiches kann dagegen entsprechend seiner Eigenart ungleich behandelt werden.²⁴ Insoweit begründen die besonderen Gleichheitsrechte absolute, der allgemeine Gleichheitssatz hingegen relative Differenzierungsverbote: Darf nach Art. 3 Abs. 2, 3 GG niemand „wegen“ bestimmter Merkmale ungleich behandelt werden, so gilt ähnliches nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn mehrere Fälle als „gleich“ anzusehen sind. Dabei bemißt sich die tatsächliche „Gleichheit“ bzw. „Ungleichheit“ der Sachverhalte nicht nach tatsächlichen Gegebenheiten; eine vollständige Gleichheit (= Identität) gibt es in der Wirklichkeit nicht. Maßgeblich abzustellen ist vielmehr auf das jeweils anwendbare Recht. Sind nach dem Sinn und Zweck der Rechtsgrundlage für eine Subventionsvergabe mehrere Sachverhalte „gleich“, so darf nicht ein Betroffener subventioniert, der andere hingegen ausgeschlossen werden. Maßgeblich ist demnach nicht die tatsächliche, sondern die *rechtliche Gleichheit*.²⁵ Es kommt auf die rechtliche Rolle oder Eigenschaft, an welche der Subventionsmaßstab anknüpft, an. Besondere Bedeutung erlangt dies für die „*Selbstbindung der Verwaltung*“²⁶ und die „mittelbare Außenwirkung“ der Subventionsrichtlinien.²⁷ In der gerichtlichen Praxis sind allerdings – wie zu den Gleichheitsrechten überhaupt – die Einzelfälle sehr umstritten. Sachliche Ungleichheit wird angenommen, wenn auf die zu vergleichenden Fälle unterschiedliches Recht Anwendung findet.²⁸ Strittig ist dagegen etwa die Frage, ob bei der Subventionsvergabe nach der Betriebsgröße differenziert

werden darf; ob also große oder kleine Unternehmen von einer Subventionierung von vornherein ausgeschlossen werden dürfen;²⁹ ob eine Subvention auf Unternehmen im Gebiet einer Gemeinde begrenzt werden darf³⁰ oder ob zwischen Haupt- und Nebenerwerbsbetrieben differenziert werden kann.³¹

Geringe Bedeutung kommt demgegenüber im Subventionsrecht den Freiheitsrechten zu. Der Grund hierfür liegt in dem fehlenden Grundrechts„eingriff“ durch eine Subvention. Diese stellt gegenüber ihrem Empfänger nur ausnahmsweise,³² gegenüber nicht begünstigenden Dritten in keinem Fall eine eingreifende Maßnahme dar. Der Grund hierfür liegt allerdings nicht in dem Umstand, daß die Leistungen nicht in Grundrechte eingreifen wollen;³³ sondern darin, daß Leistungen an Dritte ihrem Effekt nach dem Umfang der grundrechtlich geschützten Freiheit unangetastet lassen. Hat kein Unternehmer einen grundrechtlichen Anspruch

21 Überblick bei *Grabitz*, EWGV, Losebl., Art. 92 Rn. 3ff.; v. *d. Groeben* u. a., EWGV, 3. A., 1983, Art. 92 Rn. 2ff.; *Rengeling*, JZ 1984, 795; *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, S. 260ff.; *Hoischen*, Die Beihilferegulation in Art. 92 EWGV, 1989.

22 Näher hierzu *A. Bleckmann*, NVwZ 1990, 820. Zur Rückforderung rechtswidrig gezahlter Subventionen EuGH, NVwZ 1990, 1161; zum europäischen Subventionsverwaltungsrecht *J. Schwarze*, GS Martens, 1987, S. 819.

23 Zur Bedeutung der Gleichheitsrechte für den Subventionsabbau BVerfG, DVBl 1988, 952 (Ls. 5); zum Gleichheitssatz im Subventionsrecht *Kreussler*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen, 1971.

24 Seit BVerfGE 1, 14, 52; Nwe. bei *Leibholz/Rinck*, GG, Losebl., Art. 3 Rn. 2.

25 *Battis/Gusy*, Einführung in das Staatsrecht, 2. A., 1986, Rn. 516ff.

26 Dazu näher II 3.

27 Dazu II 3.

28 BVerwG, NJW 1986, 3220; Konkordat; BayVG, BayVBl 1986, 494; staatliche Anerkennung; ähnlich OVG Münster E 34, 217; BVerwG, NJW 1988, 1277, zur Unterscheidung zwischen Trägern der freien Wohlfahrtspflege und gewerblichen Trägern. Zurückhaltend BVerfG, DVBl 1987, 621, 626; für den Einzelfall auch BVerwG, Buchholz 451.55, Nr. 86.

29 Dazu verneinend *Leisner*, DVBl 1989, 1025. Hier stellt sich die Frage nach der viel beklagten „Mittelstandsfeindlichkeit“ von Subventionen und Möglichkeiten ihrer Vermeidung.

30 BVerwG, Gemeindetag 1977, 136, 137.

31 Bejahend BVerwG, Buchholz 451.55 Nr. 35; verneinend OVG Koblenz, AgrarR 1983, 317.

32 S. o. 2a)

33 So aber BayVG, NVwZ 1983, 150.

auf die Sicherung seines bisherigen Geschäftsumfanges oder die Abwesenheit von Konkurrenz, so sind Veränderungen der Konkurrenzsituation kein Eingriffstatbestand. Das gilt auch hinsichtlich der viel zitierten „Wettbewerbsfreiheit“: Ist Wettbewerb nur innerhalb rechtlich ausgestalteter Rahmenbedingungen möglich, so sind derartige Gestaltungen kein Grundrechtseingriff, sofern sie keine Geoder Verbotsgehalte aufweisen. Das gilt umso mehr, als die Freiheitsrechte selbst keinerlei Kriterium dafür enthalten, wann Wirtschaftsförderung im Wettbewerb zulässig, wann sie hingegen unzulässig sein soll.³⁴ Insbesondere das Übermaßverbot³⁵ ist kein sinnvolles Kriterium im Leistungsrecht. Bis auf Sonderfälle³⁶ erlangen die Freiheitsrechte demnach im Subventionsrecht keine eigenständige Relevanz.

cc) Schließlich ist die Exekutive bei der Subventionsvergabe an die maßgeblichen Gesetze gebunden. Dabei sind allgemeine Regelungen, die für alle Subventionen gelten, selten (etwa: §§ 23, 44, 44a BHO). Für einzelne Sachbereiche hingegen gelten Sondergesetze.³⁷

3. Die Regelung der Subventionen durch Verwaltungsvorschrift

Das „Rätsel Subventionsrichtlinie“³⁸ ist die häufigste Rechtsgrundlage direkter Subventionen. Die Vergabe staatlicher Mittel ist nicht planlos, sondern allein auf der Grundlage allgemeiner Regelungen zulässig. Eine Subventionierung ohne jegliche Rechtsgrundlage wird daher für unzulässig gehalten.³⁹ Daraus folgt praktisch der „Vorbehalt der Verwaltungsvorschrift“ jedenfalls für solche Leistungen, die häufiger als einmal vergeben werden. Die Rechtsprechung insbesondere des BVerwG betont stets deren ausschließliche „Innenwirkung“.⁴⁰ Danach sind jene Vorschriften nur verbindlich zwischen vorschrittenerlassender und mittelvergebender Behörde. Die wichtigsten Konsequenzen dieser Rechtsprechung sind: (1) Der Bürger ist nicht Adressat der Verwaltungsvorschriften; (2) sie begründen ihm gegenüber weder Rechte noch Pflichten; (3) die Gerichte dürfen sie weder auslegen noch anwenden.

In der Praxis – und oft entgegen ihren eigenen Grundsätzen – hält die Rechtsprechung jedoch keine der genannten Konsequenzen vollständig durch. Im Gegenteil: *Hat der Bürger einen Anspruch*

*auf Gleichbehandlung aus 3 Abs. 1 GG, so hat er einen Anspruch auf Behandlung nach den Verwaltungsvorschriften, wenn mindestens einmal zuvor schon nach den Verwaltungsvorschriften verfahren worden ist.*⁴¹ Maßgeblich hierfür ist der Grundsatz der „Selbstbindung der Verwaltung“.⁴² Dessen Voraussetzungen sind:

(1) *Die subventionierende Stelle muß bei der Vergabe früherer Leistungen nach einem sie rechtlich bindenden System verfahren sein.*⁴³ Als solches „bindendes System“ kommt etwa eine Verwaltungsvorschrift in Betracht.⁴⁴ Ob die Behörde nach einem solchen System verfahren ist, läßt sich der Begründung des Subventionsbescheides entnehmen.

(2) *Das System muß hinsichtlich seiner Tatbestandsvoraussetzungen so gestaltet gewesen sein, daß der spätere Antragsteller diese Voraussetzungen gleichfalls erfüllt. Beispiel: Wenn X sich darauf beruft, Y habe tags zuvor Subventionen erhalten und sein – des X – Fall sei insoweit gleich, so muß geprüft werden, ob bei Y tatsächlich die gleichen Voraussetzungen vorlagen. Hier stellt sich demnach die Frage, ob beide Fälle „rechtlich gleich“ waren.*

(3) *Das System muß rechtsfehlerfrei gewesen sein.*⁴⁵ War die Subventionierung des Y rechtswidrig, so hat X keinen Anspruch auf Gleichbehandlung. Es gilt somit auch hier der Satz: „Keine Gleichheit im Unrecht“.

(4) *Die fördernde Stelle darf nicht berechtigt sein, das Handeln nach dem bisherigen System zu Lasten des neuen Antragstellers wieder aufzugeben.* Ein zentraler Grund, der ein derartiges Recht begründen kann, ist hier der „Einwand der leeren Kasse“.⁴⁶ Sind die zur Verfügung stehenden Mittel ausgegeben und sind daher für X keine Mittel mehr vorhanden, so kann er auch nicht mehr gleichbehandelt werden (§ 3 Abs. 1 BHO).

Auf diese Weise erlangt zwar nicht die Verwaltungsvorschrift, wohl aber ein außenwirksames Handeln auf ihrer Grundlage präjudizielle Bedeutung für spätere Ansprüche. Dieser Sachverhalt wird vielfach als „mittelbare Außenwirkung“ der Verwaltungsvorschrift bezeichnet.⁴⁷ Art. 3 Abs. 1 GG begründet so einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen einer Verwaltungsvorschrift; und zwar unabhängig von deren Qualifikation als Innen- oder Außenrecht. Damit sind allerdings zahlreiche

Rechtsprobleme erst aufgeworfen und noch keineswegs gelöst. Welche rechtlichen Anforderungen an Verwaltungsvorschriften mit „mittelbarer Außenwirkung“ zu stellen sind, ist wenig geklärt. Praktisch erfolgt die Subventionsvergabe aufgrund einer formlosen Abstimmung zwischen Bund und Ländern nach Grundsätzen, die als „Subventionskodex“ bekannt geworden sind.⁴⁸ Dieser begründet seinerseits Wirkungen nur zwischen Bund und Ländern. Gegenüber dem Bürger gelten lediglich die jeweiligen Vergabebedingungen. Da diesen nach der Rechtsprechung nur Innenwirkung zukommen soll, gelten sie danach gegenüber dem Empfänger erst kraft zulässiger Anordnung im Subventionsbescheid oder aufgrund dessen ausdrücklicher Zustimmung.

34 FG HH, RiW/AWD 1982, 298, stellt hier auf die allgemeine Rechtswidrigkeit ab: Ist eine Subvention per se unzulässig, so stellt sie danach eine Grundrechtsverletzung dar, wenn sie zugleich eingreifenden Gehalt aufweist. Ganz gegensätzlich zur hier vertretenen Auffassung R. Schmidt, Wirtschaftsrecht a. a. O., S. 453 ff.

35 Zu dessen Unergeblichkeit im Subventionsrecht Gusy, VerwA 1990, 512.

36 S. o. II 2a) zu Art. 5 GG.

37 Zu solchen Gesetzen etwa BVerfGE 48, 210, 221 f.; BVerwGE 48, 211, 219.

38 Problemaufriß bei Gusy, GewA 1980, 324.

39 BVerwG, DVBl 1963, 859; weiterentwickelt bei Kloepfer, JZ 1984, 685, 693 f.

40 BVerwG, NJW 1979, 2059. Krit. jüngst Schmidt, Wirtschaftsrecht a. a. O., S. 470 ff.

41 Ob dies auch gilt, wenn die Verwaltungsvorschriften mit Innenwirkung erlassen worden sind, aber noch niemals nach ihnen verfahren worden ist, ist strittig. Hier geht es um die Frage, ob Gleichbehandlung verlangt werden kann, wenn noch kein Fall vorliegt, die Behörde aber in einem späteren Fall in bestimmter Weise handeln mußte. Für veröffentlichte Verwaltungsvorschriften bejahend OVG Münster, BB 1976, 1534.

42 Dazu näher BVerwGE 55, 349 ff.; Erichsen, VerwA 1980, 289 ff.

43 Daran fehlt es, wenn die frühere Leistung eine einmalige sein sollte; etwa Subventionen für die Entwicklung des Airbus, der nur einmal entwickelt werden kann.

44 Weicht die Behörde mit ihrer Praxis von der Verwaltungsvorschrift ab, so kommt es nach OVG Berlin, DöV 1969, 398, auf die tatsächliche Praxis und nicht auf den Wortlaut der Vorschrift an.

45 Ein solcher Rechtsfehler liegt auch vor, wenn die erforderliche Rechtsgrundlage völlig fehlte; OVG Münster, NVwZ 1982, 381 f.

46 Weit VG Frankfurt, BB 1975, 674: Versagung sei schon zulässig, um einer Überschreitung der vorgesehenen Haushaltsmittel vorzubeugen.

47 S. etwa OVG Münster, DöV 1981, 109; Ossenbühl, FS BVerwG, 1978, S. 443 f.; Schwerdtfeger, NVwZ 1984, 486; Gusy, DVBl 1979, 720.

48 Abgedr. bei Bleckmann, Gutachten D zum 55. DJT, 1984, S. 61 f.