

Aus diesem Grunde läßt sich die Richtigkeitsgewähr der jeweils vertretenen Meinung beim Streit um Beibringungsgrundsatz oder Kooperationsmaxime im

Zivilprozeß nicht allein mit den Mitteln des klassischen juristischen Methodeninstrumentariums herstellen. Wer allerdings schon zur Erkenntnis über die „Ar-

beitsgemeinschaft“ im Zivilprozeß gelangt ist¹¹⁷, der befindet sich bereits in unmittelbarer Nähe der Kooperationsmaxime!

Subventionsrecht (Teil 2)

Prof. Dr. Christoph Gusy, Mainz

III. Das Subventionsschuldverhältnis

Durch den Antrag des Bürgers und dessen Bewilligung durch die Behörde entsteht das *Subventionsschuldverhältnis*.⁴⁹ Dieses öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis zwischen Subventionsgeber und -nehmer regelt insbesondere die Abwicklung von Subventionsansprüchen. Beteiligte am Subventionsschuldverhältnis sind der Träger der vergebenden Stelle einerseits und der Antragsteller andererseits. Die *Zuständigkeit zur Subventionsvergabe* richtet sich nach den allgemeinen Kompetenzvorschriften der Art. 30, 83ff. GG. Da es keine eigene Subventionskompetenz gibt, ist die Leistungsvergabe ein Annex zu den allgemeinen Verwaltungskompetenzen: Wer eine Exekutivkompetenz zulässigerweise wahrnimmt, ist in deren Rahmen zugleich berechtigt, Subventionen zu vergeben. Daraus folgen insbesondere Grenzen der Subventionskompetenz des Bundes: Diesem stehen auf dem Gebiet der Wirtschaftsverwaltung nur wenige Vollzugskompetenzen zu, so daß überwiegend Art. 91 a GG als Kompetenztitel übrig bleibt.⁵⁰ Demgegenüber kommt eine Berufung auf ungeschriebene Bundeskompetenzen schon wegen Art. 104 a Abs. 3 S. 2 GG nicht in Betracht.⁵¹ Bleibt so für Bundeszuständigkeiten nur wenig Raum, so sind die Beteiligten am Subventionsschuldverhältnis praktisch Länder, Gemeinden oder sonstige öffentliche Hände im Rahmen ihrer allgemeinen Zuständigkeiten einerseits und die privaten Antragsteller andererseits.

1. Die Begründung des Subventionsschuldverhältnisses

a) Ein *Anspruch des Bürgers auf Subventionen* kann durch ein besonderes Subventionsgesetz entstehen. Dieses regelt dann die anspruchsbegründenden Voraussetzungen und die Bemessungsgrundlagen für die Höhe der Leistung im Einzelfall.⁵² Solche stellen allerdings zahlenmäßig die Ausnahme dar und sind deshalb nur selten als *Anspruchsgrundlage* her-

anzuziehen. Kein Subventionsgesetz in diesem Sinne ist das Haushaltsgesetz, dem keinerlei Bindungswirkung gegenüber dem Bürger zukommt (§ 3 Abs. 2 HGrG).⁵³ Es ermächtigt lediglich die Exekutive mit *Innenwirkung*, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen (§ 3 Abs. 1 HGrG).

Soweit eine Subvention durch Verwaltungsvorschrift geregelt ist, kommt diese als *Anspruchsgrundlage* jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn man ihr mit der Rechtsprechung lediglich „*Innenwirkung*“ zuspricht.⁵⁴ Vielmehr ist *Anspruchsgrundlage* in derartigen Fällen Art. 3 Abs. 1 GG, der im Wege der „Selbstbindung der Verwaltung“ den Richtlinien „mittelbare Außenwirkung“ zukommen läßt. Faktisch bedeutet dies, daß die Gerichte trotz Verneinung der Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften unter deren Tatbestandsmerkmale subsumieren, um auf diese Weise die Voraussetzungen eines „*Subventionsanspruchs kraft Selbstbindung*“ zu ermitteln.⁵⁵ Die Verwaltungsvorschrift wird so als „*Innenrecht*“ bezeichnet, aber „mittelbar“ wie Außenrecht behandelt. Obergrenze eines solchen Subventionsanspruchs ist stets der im Haushaltsplan festgelegte Höchstbetrag.⁵⁶ Ist dieser erschöpft, endet zugleich der Subventionsanspruch.⁵⁷

b) Die *Begründung des Subventionsschuldverhältnisses erfolgt durch Willenserklärung der Beteiligten*. Auf den *Antrag des Bürgers* kann die Behörde entweder eine *ausdrückliche Erklärung* abgeben oder aber eine *konkludente Erklärung* durch entsprechendes Handeln (Auszahlung des Geldes) erkennen lassen. Die rechtliche Deutung dieser Erklärungen der Beteiligten kann auf drei unterschiedliche Weisen erfolgen:

(1) als *privatrechtliche Willenserklärungen*:⁵⁸ Eine solche Deutung bietet sich insbesondere dann an, wenn das konkrete Subventionsverhältnis einem im BGB ausdrücklich typisierten Schuldverhältnis (etwa: Darlehen) entspricht. Praktisch ist dies aber trotz oft zivilrecht-

lich anmutender Bezeichnungen nur selten der Fall: Subventionen sind ihrer Ausgestaltung nach nahezu niemals rein nach zivilrechtlichen Regeln gewährte Darlehen, Bürgschaften u. a. Daher kommen auch *zivilrechtliche Erklärungen* nur selten in Betracht; etwa, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung besteht. Die Praxis nimmt – gerade bei einfacher gelagerten Rechtsverhältnissen – *zivilrechtliche Handlungsformen* an; dies kann aber lediglich der Fall sein, wenn der dahingehende Wille eindeutig zum Ausdruck gekommen ist.

(2) als *Verwaltungsakt*: Er kann nur im Rahmen öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse ergehen (§ 35 S. 1 VwVfG). Seine klassische Form ist der „*Bewilligungsbescheid*“.⁵⁹ Wegen des „*Bestandsschutzes*“ begünstigender Verwaltungsakte gilt: Ist eine Subvention durch Verwaltungsakt bewilligt, so darf sie erst zurückgefordert werden, wenn zuvor der Bescheid aufgehoben worden ist.

49 Zu verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen *Tipke*, JuS 1985, 345; zur Abtretbarkeit des Subventionsanspruchs OVG Münster, WUR 1991, 47.

50 Dazu *Spannovsky*, Der Handlungsspielraum und die Grenzen der regionalen Wirtschaftsförderung des Bundes, 1987, S. 50ff.

51 So zu Recht *Wieland* in *Maksuit/Schoch*, Aktuelle Fragen der Finanzordnung, 1986, S. 129ff.

52 Ein solches Gesetz ist etwa das InvestitionszulagenG v. 28. 1. 1986, BGBl I 231.

53 Dazu BVerfGE 38, 121, 125f.

54 S. o. II 3.

55 Erwa: BVerwG, NJW 1979, 2060.

56 OVG Münster, NVwZ 1982, 381; *Bleckmann*, Subventionsrecht a. a. O., S. 82. Überzahlte Subventionen sind dann rechtswidrig und können unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 VwVfG zurückgefordert werden; BVerwG, NJW 1977, 1838ff.

57 Statt dessen können im Einzelfall Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche entstehen, sofern dafür die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.

58 Dazu *Götz*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 56ff.; *Stober*, Handbuch a. a. O., S. 1237; einschränkend zur Zulässigkeit privatrechtlicher Subventionsvergabe VGHBW, NJW 1978, 2050.

59 Dazu näher *Badura*, WiV 1978, 137, 143.

(3) als *öffentlich-rechtlicher Vertrag*:⁶⁰ Dieser macht das Ineinandergreifen mehrerer Willenserklärungen deutlicher als der „einseitige“ Verwaltungsakt. Die fehlende Anwendbarkeit der §§ 48 ff. VwVfG wird im Vertragsrecht durch Anfechtungs- und Kündigungsmöglichkeiten partiell ersetzt. Wegen der zahlreichen Unsicherheiten der Dogmatik des öffentlich-rechtlichen Vertrages, welcher im VwVfG mehr erwähnt als geregelt ist, wird diese Handlungsform allerdings nicht zu Unrecht als riskant und weiter regelungsbedürftig empfunden, um den Besonderheiten des Subventionsrechts zu genügen.⁶¹

Zwischen den genannten Handlungsformen kommt der Exekutive eine gewisse „*Freiheit der Formenwahl*“ zu. Der maßgebliche Grund hierfür liegt in dem Umstand, daß es an einer gesetzlichen Regelung der Handlungsform fehlt. Daher kommt es für eine Zuordnung mangels anderer Anhaltspunkte vielfach letztlich auf den – in unterschiedlicher Weise zum Ausdruck gelangten – Willen der Behörde an. Diese Frage ist aber mehr rechtstechnischer als inhaltlicher Art: Die Maßstäbe des materiellen Rechts für die Ausgestaltung des Subventionsschuldverhältnisses sind für alle Formen im wesentlichen gleich.⁶² Das gilt insbesondere hinsichtlich der Bindung der vergebenden Behörde an das öffentliche Recht. Sie besteht unabhängig von der Wahl zivil- oder öffentlich-rechtlicher Handlungsformen. Unterschiedlich ist demgegenüber die Zuständigkeit der einzelnen Rechtswege. Wegen § 13 GVG, § 40 Abs. 1 VwGO ist deshalb eine eindeutige Zuordnung der Maßnahme zum bürgerlichen oder öffentlichen Recht notwendig. Sofern die Zuordnungskriterien erschöpft sind und sich keine eindeutige Antwort auf die Zuordnungsfrage ergibt, spricht nichts dagegen, auch auf Zweckmäßigkeitgesichtspunkte abzustellen.⁶³

2. Die Ausgestaltung des Subventionsschuldverhältnisses

Die rechtliche Ausgestaltung des Subventionsschuldverhältnisses richtet sich auch nach der jeweiligen Handlungsform. Daher soll sie hier anhand der öffentlich-rechtlichen Handlungsformen dargestellt werden.⁶⁴

a) Ausgestaltung durch Verwaltungsakt

Im Subventionsschuldverhältnis wird

eine Vielzahl von Willenserklärungen abgegeben: (1) Antrag des Bürgers, (2) Bewilligung – oder Ablehnung – durch die Behörde, (3) Übereignung des Subventionsbetrages.

aa) Bewilligungs- und Abwicklungsverhältnis

In der Praxis verläuft die Subventionierung vielfach in der Weise, daß eine Subvention zwar von einer Behörde bewilligt, aber von einem Dritten – etwa: Bank – als Zahlstelle an den Empfänger ausgezahlt wird. Die Rechtsbeziehungen zwischen Empfänger, Behörde und Bank wird dabei traditionell als *Dreiecksverhältnis* gedeutet. Diese Deutung dominiert gegenwärtig insbesondere dann, wenn die Rechtsbeziehung durch Verwaltungsakt begründet wird. Das öffentliche Recht hat zur Ausgestaltung dieses Dreiecksverhältnisses die „*Zwei-Stufen-Lehre*“ entwickelt.⁶⁵ Danach stellt das Rechtsverhältnis Empfänger-Verwaltung die 1. Stufe, das sog. *Bewilligungsverhältnis*, dar. Hier geht es um die Frage nach dem „Ob“ der Subventionsvergabe. Die 1. Stufe ist danach öffentlich-rechtlicher Art. Zum Bewilligungsverhältnis zählen der Antrag des Bürgers und dessen Bescheidung durch die Behörde; also Bewilligung oder Ablehnung; die Modifizierung oder Beschränkung der Bewilligung und ihr Gegenstück, die Aufhebung einschließlich Rückforderung der Leistung durch die Behörde. Praktisch bedeutet dies: *Öffentlich-rechtlich sind alle Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Behörde*. Dagegen stellt das Rechtsverhältnis Bürger-Zahlstelle die 2. Stufe, das sog. *Abwicklungsverhältnis*, dar. Es betrifft die Frage nach dem „Wie“ der Subventionierung. Hier geht es um die tatsächliche Zurverfügungstellung des Subventionsbetrages, also seine Übereignung oder Übergabe; die Aus- und die eventuelle Rückzahlung einschließlich dabei auftretender Leistungsstörungen, insbesondere den Verzug. Praktisch bedeutet dies: *Zivilrechtlich ist jede Rechtsbeziehung zwischen Bürger und Abwicklungsstelle*.

Unter beiden Rechtsverhältnissen kommt dem öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverhältnis der Vorrang zu. *Öffentlich-rechtlich ist insbesondere das Vergabeverfahren*: Es orientiert sich als Verwaltungsverfahren an den §§ 9 ff. VwVfG, da es auf den Erlaß eines Verwaltungsaktes gerichtet ist. Verfahrens-

und Grundrechtsbindung sind nach allen Ansichten ganz unproblematisch. Öffentlich-rechtlich ist auch *der Vergabebescheid* einschließlich seiner Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG): Er legt die Subventionsbedingungen fest und determiniert so praktisch abschließend das Abwicklungsverhältnis. Dieses kann nur im Rahmen der durch Verwaltungsakt festgelegten Subventionsbedingungen abgewickelt und durchgeführt werden und erlangt so kaum eigene Gestaltungsmöglichkeiten. Öffentlich-rechtlich ist schließlich auch *der Rechtsweg*: Klagen auf Subventionierung oder gegen Subventionsbedingungen, des Konkurrenten gegen die Subventionierung, die Rückforderung, die Einbehaltung oder Aufrechnung durch die Behörde unterfallen § 40 Abs. 1 VwGO.

Des ungeachtet ist das Zwei-Stufen-Modell mit praktischen Risiken behaftet, welche es insbesondere für den Bürger als unübersichtlich erscheinen läßt. Ausgangspunkt dieser Schwierigkeit ist der Umstand, daß sich jedenfalls aus der Perspektive des Empfängers in der Wirklichkeit Bewilligungs- und Abwicklungsverhältnis nicht immer trennscharf unterscheiden lassen. Dann bleibt nicht nur die Zugehörigkeit einer Maßnahme zum einen oder anderen Rechtsverhältnis, sondern insbesondere auch der Rechtsweg letztlich offen. Unterschiedlich beurteilt wird etwa der Rechtsschutz gegen Zinserhöhungen bei gewährten Darlehen⁶⁶ oder gegen Rückzahlungsforderungen der Zahlstelle.⁶⁷ Nicht zuletzt

60 Dazu eingehend W. Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentlich-rechtliches Vertragsrecht, 1979, S. 14 ff.; ders., DVBl 1984, 845; Menger, FS Ernst, 1980, S. 311; Ehlers, VerwA 1982, 112, 125; Braun, JZ 1983, 841.

61 Nach HeVG, NVwZ 1990, 879, 880, geht die Rechtsprechung daher im Zweifel von einer Subventionsvergabe durch Verwaltungsakt aus.

62 Zur „Freiheit der Formenwahl“ zusammenfassend Gusy, DöV 1984, 872; Jura 1985, 578.

63 Dagegen Ehlers, DV 1987, 373, 377 f.

64 Die zivilrechtliche Ausgestaltung richtet sich nach den allgemeinen Regelungen des jeweils anwendbaren Rechtsverhältnisses – Schenkung, Darlehen, Bürgschaft u. a. – und soll hier außer Betracht bleiben.

65 Dazu ausführlich BVerwGE 1, 308; 13, 47; 307; 35, 170; 45, 13; BGHZ 40, 206, 210; 52, 155, 160; 61, 296, 299; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956.

66 BVerwGE 13, 47; Verwaltungsgerichte; BGHZ 40, 206; OVG Münster, NVwZ 1988, 253; Ordentliche Gerichte.

67 BVerwGE 13, 307; 35, 170; Verwaltungsgerichte; BGHZ 40, 206; Ordentliche Gerichte.

aus diesem Grunde ist *Kritik an der Zwei-Stufen-Lehre* laut geworden.⁶⁸ Die dargestellte Aufspaltung der Rechtsverhältnisse sei künstlich, weil sie in der Wirklichkeit nicht erkennbar sei und zudem wegen des Vorrangs des Bewilligungsverhältnisses für ein eigenständiges Abwicklungsverhältnis kaum noch Raum bleibe. Tatsächlich stellt sich hier die Frage, wofür ein eigenständiges Abwicklungsverhältnis noch nötig ist, wenn es doch durch den Bewilligungsbescheid praktisch vollständig determiniert wird. Hier zeigt sich am deutlichsten der Charakter der Zwei-Stufen-Lehre als Übergangserscheinung: Wurde früher das Subventionsrecht allein zivilrechtlich gedeutet, so lag die Erkenntnis seines allein öffentlich-rechtlichen Charakters schon deshalb nicht gerade nahe, weil die Zahlstelle als Privater regelmäßig nicht durch Verwaltungsakt handeln kann. So bot es sich geradezu an, aus dem ursprünglich zivilrechtlich gedeuteten Rechtsverhältnis diejenigen Elemente herauszudestillieren, die sich eindeutig öffentlich-rechtlich deuten ließen. Der „Rest“ konnte dann zunächst beim bürgerlichen Recht verbleiben, bis sich später herausstellte: Die Aufspaltung war rechtlich nicht zwingend geboten. Zudem bietet sie – wie die dargestellten Zuordnungsprobleme zeigen – neue Streitfragen, statt alte zu lösen. Die neuere Diskussion geht denn auch eher in Richtung Ein- als Zweistufigkeit.

bb) Rückforderung

Zentraler Anlaß für Rechtsstreitigkeiten ist die Frage danach, unter welchen Bedingungen und in welcher Form Subventionen zurückgefordert werden können. Die Antwort richtet sich maßgeblich nach der Ausgestaltung des Bewilligungsverhältnisses. Dagegen kann nur selten aus Gründen, die im Abwicklungsverhältnis liegen, eine Rückforderung erfolgen. Letztere wäre etwa denkbar, wenn eine Subvention irrtümlich an den falschen Empfänger ausgezahlt worden ist oder ein zu hoher Betrag angewiesen wurde.

Eine Rückforderung ist erst zulässig, wenn der Bewilligungsbescheid aufgehoben worden ist.⁶⁹ Rechtlich ist daher zu unterscheiden zwischen der *Rückforderung des Subventionsbetrages* (Erstattungsanspruch) und der *Aufhebung des Subventionsbescheides* (Rücknahme, Widerruf). Soweit Subventionsgesetze die unmittel-

bare Rückzahlungspflicht anordnen, ohne die Aufhebung des Bescheides zu erwähnen, so sind sie als konkludente Aufhebungsermächtigungen zu deuten.⁷⁰ Die gesetzlich geregelten Hauptfälle sollen im folgenden dargestellt werden.⁷¹

(a) Ist der Subventionsbescheid nachträglich gem. § 48 VwVfG mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen worden,⁷² so entsteht zugunsten der Behörde ein *öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch* auf Rückzahlung der Subventionssumme, da diese nunmehr ohne Rechtsgrund beim Empfänger vorhanden ist (§ 48 Abs. 2 S. 5 VwVfG). Die Rücknahme ist gem. § 48 Abs. 1 VwVfG nur zulässig, wenn der Bescheid rechtswidrig war; sie kann auch ex tunc wirken. Grenze ihrer Zulässigkeit ist aber der Vertrauensschutz aus § 48 Abs. 2 VwVfG.⁷³ Ob daneben auch eine Rücknahme aufgrund § 49 Abs. 2 VwVfG analog in Betracht kommen kann, hängt allgemein von der Qualifikation des Verhältnisses von Rücknahme und Widerruf zueinander ab.⁷⁴ Daneben stellt sich aber auch die besondere subventionsrechtliche Frage, ob eine solche Analogie nach der Schaffung des § 44a BHO⁷⁵ noch notwendig ist.

(b) Der *Widerruf eines Subventionsbescheides* ist nach § 49 Abs. 2 VwVfG insbesondere in 2 Fällen zulässig: (1) in Ausübung eines Vorbehaltes gem. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG (Nr. 1) oder (2) bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung einer Auflage iSd § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG (§ 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG). Demgegenüber kennt der Widerrufstatbestand des § 49 VwVfG weder die Aufhebungsmöglichkeit ex tunc noch einen Erstattungsanspruch wie etwa § 48 Abs. 2 S. 5 VwVfG.⁷⁶ Beide Abweichungen des Widerrufs- vom Rücknahmerecht legen die Frage nahe: Was geschieht im Falle eines Widerrufs mit dem Subventionsbetrag? Bei grammatischer wie bei systematischer Auslegung wird man – geht man davon aus, der Gesetzgeber habe sich bei der Abfassung der beiden Vorschriften einschließlich ihrer Abweichungen voneinander etwas gedacht – zu dem Ergebnis kommen, daß § 49 VwVfG keinen Erstattungsanspruch enthält. Dieses Ergebnis liegt zwar gesetzlich nahe, führt aber zu Wertungswidersprüchen: Warum soll, wenn der Empfänger die Subvention veruntreut, ein Rückzahlungsanspruch nur entstehen, wenn die

Bewilligung rechtswidrig war? Und warum soll im Falle der Rechtmäßigkeit der Bewilligung in diesem Falle zwar der Bescheid widerrufen werden dürfen, nicht hingegen der Betrag zurückgefordert werden? Damit bliebe der Widerruf geradezu sinnlos. Um diese Sinnlosigkeit zu vermeiden, hat das BVerwG⁷⁷ einen Ausweg gesucht. Es wendet für die Rückforderung des Betrages neben dem besonderen Erstattungsanspruch aus § 48 Abs. 2 S. 5 VwVfG auf den Fall des Widerrufs den *allgemeinen Erstattungsanspruch* (§§ 812ff. BGB analog) an und argumentiert dann so: Der Subventionsbescheid habe eine Doppelnatur: Er sei nicht allein Rechtsgrund für das Erlangen des Subventionsbetrages, sondern auch für das Behaltendürfen. Falle der Bescheid mit Wirkung für die Zukunft weg, so habe der Empfänger die Leistung zwar zu Recht erlangt; er dürfe sie aber nicht behalten. Sei er nach dem Widerruf also noch im Besitz des Betrages, so besitze er ohne rechtlichen

68 Ablehnend etwa: *Zuleeg*, Die Rechtsform der Subvention, 1965, S. 61; *ders.*, FS Fröhler, 1980, S. 275; *Bethge*, JR 1972, 139; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 372ff.; *Sendler*, WiV 1978, 172.

69 BVerwG, NVwZ 1985, 488; BWVG, NVwZ 1991, 79; *Stober*, Handbuch a. a. O., S. 1238. Zur Rückforderung aufgrund ausdrücklich vereinbarter Rückzahlungsverpflichtung OVG Lüneburg, NVwZ 1985, 500. Zum vorläufigen VA OVG Münster, WUR 1991, 108. Zum Rückgriff auf Dritte wegen ausdrücklicher Haftungserklärung BayVG, NJW 1988, 2690; dazu *Arndt*, JuS 1989, 808; BayVG, NJW 1990, 1006 f. m. Anm. *Arndt*. Zur Rückforderung vom Vermögensübernehmer VG Berlin, DöV 1990, 692.

70 Zu solchen Bestimmungen BVerwGE 62, 1; OVG Münster, AgrarR 1983, 130.

71 Zum Verhältnis der einzelnen Bestimmungen zueinander BVerwG, NVwZ 1990, 879, 811; OVG Lüneburg, NVwZ 1985, 120 (kein Vorrang oder Nachrang); anders etwa *Berg*, GewA 1987, 1, 3.

72 Dies kann auch im Falle eines Verstoßes gegen Subventionsrichtlinien geschehen, wiewohl diesen nach der Rechtsprechung nur „Innenwirkung“ zukommt; OVG Münster E 35, 45; OVG HB, NVwZ 1988, 447.

73 Dazu: BVerwG, NJW 1977, 1838; OVG Münster, NJW 1981, 2597f.; NJW 1985, 1042; NVwZ 1988, 73.

74 Dazu etwa *Ue/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 3. A., 1986, S. 418f.

75 Dazu cc)

76 § 49 VwVfG verweist zwar auf § 48 Abs. 4 VwVfG (§ 49 Abs. 2 S. 2 VwVfG) und auf § 48 Abs. 3 S. 3–5 VwVfG (§ 49 Abs. 5 S. 2 VwVfG), nicht hingegen auf § 48 Abs. 2 S. 5 VwVfG.

77 BVerwG, DVBl 1983, 810; zustimmend *Theoßes*, DVBl 1983, 812; *Jarass*, DVBl 1984, 855.

Grund; daraus entstehe ein Erstattungsanspruch.

Eine Diskussion dieses Arguments bedarf der Antwort auf 2 Fragen: Was ist der Rechtsgrund für das Behaltendürfen empfangener Leistungen? Und ist im Anwendungsbereich des § 49 VwVfG der allgemeine Erstattungsanspruch überhaupt anwendbar? Die Frage nach dem Rechtsgrund für das Behaltendürfen soll hier in Anlehnung an das Zivilrecht erörtert werden. Ist etwa eine Kaufsache übereignet, so ist nicht der Kaufvertrag der Rechtsgrund für das „Behalten-Dürfen“; sondern vielmehr das Eigentum, das mit Rechtsgrund erlangt worden ist. Am deutlichsten zeigt sich dies daran, daß der Kaufvertrag mit beiderseitiger Erfüllung „erlischt“ (§ 362 Abs. 1 BGB). Eine wenig ergiebige Diskussion der Frage, ob ein „erloschener“ Vertrag in Zukunft noch Rechtsgrund für das Behaltendürfen von Kaufsache und Kaufpreis sein kann, wird am ehesten dadurch vermieden, daß man für die Zukunft eben nicht mehr auf den „erloschenen“ Vertrag, sondern auf das Eigentum als Rechtsgrund abstellt. Dieses ist mit Rechtsgrund erlangt und stellt danach seinerseits den Rechtsgrund für das Behalten dar. Übertragen auf den Subventionsbescheid bedeutet dies als Antwort auf die erste der gestellten Fragen: *Stellt nach Übereignung der Subventionssumme das erlangte Eigentum den Rechtsgrund für deren Behaltendürfen dar, so können nachträgliche, nicht rückwirkende Änderungen des Subventionsbescheides keine Auswirkungen auf das Behaltendürfen mehr erlangen.* Die zweite Frage nach der Anwendbarkeit des Erstattungsanspruchs im Bereich des § 49 VwVfG scheint durch den fehlenden Verweis auf § 48 Abs. 2 S. 5 VwVfG prima facie negativ beantwortet. Aber auch systematische Erwägungen sprechen eher gegen als für die Anwendbarkeit: Würde im bürgerlichen Recht die Anwendbarkeit der §§ 812ff. BGB auf nachträglich eingetretene Ereignisse so weit ausgedehnt wie nach der oben genannten Auffassung im öffentlichen Recht, so würden die §§ 346ff. BGB überflüssig. Hier ist nämlich im BGB die zentrale sedes materiae für nachträgliche, nicht rückwirkende Änderungen des Rechtsgrundes. Auf solche Fälle ist das Rücktritts-, nicht aber das Bereicherungsrecht anwendbar. Deshalb ist im bürgerlichen Recht anerkannt: § 812 BGB darf nicht so ausgelegt werden, daß §§ 346ff. BGB überflüssig werden. Ähn-

liches muß aber auch für das öffentliche Recht gelten. Hier enthalten die Haushaltsgesetze⁷⁸ Anspruchsgrundlagen für die Rückforderung von Leistungen, die aufgrund rechtmäßiger Verwaltungsakte ergangen sind. Diese würden gleichfalls überflüssig, wenn der Erstattungsanspruch so weit ausgelegt würde, wie das BVerwG es unternommen hat. Damit würde allerdings gegen den methodischen Satz verstoßen, wonach kein Gesetz so ausgelegt werden darf, daß es selbst oder ein anderes Gesetz gegenstandslos wird. Daraus ergibt sich die Antwort auf die zweite Frage: *Im Anwendungsbereich des § 49 VwVfG ist der allgemeine Erstattungsanspruch unanwendbar.*⁷⁹

(c) Das Haushaltsrecht hat zusätzlich den *Rückforderungstatbestand der zweckwidrigen Verwendung der Leistung* eingeführt (§ 44a BHO – der hier exemplarisch dargestellt werden soll – bzw. das parallele Landesrecht).⁸⁰ Die Bestimmung ist gerade zu dem Zweck geschaffen, die beschriebene Lücke in § 49 VwVfG zu schließen und einen Rückforderungstatbestand hinsichtlich des Subventionsbetrages auch für den Widerrufsfall zu schaffen.⁸¹ Sie ist allerdings lediglich insoweit anwendbar, wie die jeweiligen Haushaltsordnungen bzw. -gesetze anwendbar sind. Konkret bedeutet dies: Auf die hier erörterten Bestimmungen können sich nur der Bund (§ 44a BHO) und die Länder (auf ihr jeweiliges Haushaltsrecht) berufen; für die Gemeinde fehlt es an einem entsprechenden Gesetz.⁸² Die Vorschrift regelt die Aufhebung von Zuwendungsbescheiden (§ 44a Abs. 1 BHO), die Rückforderung des Subventionsbetrages (§ 44a Abs. 2 BHO) und Sekundäransprüche (§ 44a Abs. 3 BHO). Das Grundmuster des VwVfG bleibt aber erhalten: Ein Rückzahlungsanspruch entsteht nur, wenn zuvor der Bewilligungsbescheid aufgehoben worden ist. Damit bestimmt § 44a Abs. 1 BHO auch die materiellen Voraussetzungen aller dort genannten Ansprüche. Sie setzt voraus

(1) den Erhalt von Zuwendungen⁸³ aufgrund eines *Zuwendungsbescheides*. Zuwendungen ohne – auch nur konkludenten – Bescheid können ohne dessen Aufhebung zurückverlangt werden; insoweit entsteht ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch. Wo kein Verwaltungsakt vorhanden ist, kann die Rückforderung auch keine Aufhebung eines Verwaltungsaktes voraussetzen.

(2) die *Zweckbindung der Zuwendung*. Diese muß „im Zuwendungsbescheid bestimmt“ sein; es genügt die Beifügung von Auflagen.

(3) *zweckwidrige Verwendung der Mittel* oder Verstoß gegen eine Auflage. Ein derartiger Rechtsverstoß liegt vor, wenn der Zweck oder die Auflage nicht, nicht in der vorgeschriebenen Frist oder später nicht mehr befolgt wird.⁸⁴

Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist hier die Bestimmung des „*Subventionszwecks*“.⁸⁵ Mit einer Leistung kann ein Zweck oder eine Vielzahl von Zwecken verfolgt werden. Im letzteren Fall stellt sich die Frage, ob eine Rückforderung nur bei Verstoß gegen den „Hauptzweck“⁸⁶ oder auch bei sonstigen, zweckwidrigen Verwendungen zulässig ist. § 44a Abs. 1 S. 1 BHO hilft hier nur insofern weiter, als er darauf abstellt, daß der Zweck „im Subventionsbescheid bestimmt“ sein muß. Dafür ist ausreichend, daß der Zweck im Bescheid zum Ausdruck gekommen ist. Auf dieser Grundlage wird eine enge und eine weite Auslegung vertreten. Während die enge Auffassung unter allen möglicherweise zum Ausdruck gekommenen Subventionszwecken nur den „Hauptzweck“ für maßgeblich hält und daher im Zweifel zum Behaltendürfen der Leistung

78 S. dazu cc)

79 So auch *Stober*, Handbuch a. a. O., S. 1240f. Dem steht auch BVerwG, DVBl 1983, 810, nicht entgegen. Diese erging nämlich zu einem Fall, welcher vor Inkrafttreten des § 44a BHO stattgefunden hatte; die neue Vorschrift war daher auf den alten Fall gar nicht anwendbar. Neues Recht macht es gerade erforderlich, es systematisch auch bei der Auslegung vorhandener Vorschriften einzubeziehen.

80 Zu diesen Bestimmungen *Weides*, NJW 1981, 841; *ders.*, JuS 1985, 364; *Grawert*, DVBl 1981, 1029; *Domnack*, DöV 1981, 122; *Stober*, DöV 1984, 265.

81 Das rechtspolitische Vorhaben seiner Einfügung als neuer § 49a VwVfG ist bislang nicht verwirklicht worden.

82 *Berg*, GewA 1987, 1, 3; zum räumlichen Anwendungsbereich des § 44a BHO *Stober*, DöV 1984, 272.

83 Zum Begriff der Zuwendung *Krämer*, DöV 1990, 546.

84 Dazu zählt nicht der vorzeitige Abruf von Mitteln; s. OVG Lüneburg, DöV 1988, 35, 36. Zu Entstehung und Inhalt des Erstattungsanspruchs, insbesondere der Unzulässigkeit einer Berufung auf den Wegfall der Bereicherung, BayVGH, NVwZ 1990, 882f.

85 Zum folgenden eingehend *Berg*, GewA 1987, 1.

86 Dann stellt sich wieder die Frage, wie unter allen Zwecken der „Hauptzweck“ bestimmt werden soll.

neigt,⁸⁷ stellt die weite Auffassung auf alle Zwecke ab, die der Leistung zugrunde liegen.⁸⁸ Sie grenzt praktisch wie die Lehre von der Geschäftsgrundlage im Zivilrecht nach Verantwortungssphären ab und kommt häufiger zu einer Rückzahlungspflicht. Die Konsequenzen beider Auffassungen lassen sich deutlich abgrenzen am *Beispiel* einer Entscheidung des BSG.⁸⁹ Dort hatte ein Arbeitgeber Subventionen erhalten für den Fall, daß er für mindestens 6 Monate Arbeitsplätze schafft. Nach einigen Wochen entließ er die Arbeitnehmer wegen Auftragsmangels. Diese Frage war im Subventionsbescheid nirgends explizit angesprochen, allerdings offenbar als Voraussetzung der Subventionsgewährung mitgedacht worden. Wären ohnehin genügend Aufträge für die Beschäftigung vorhanden gewesen, so hätte die Subvention ihren Zweck erst recht verfehlt. Hier wirkte sich der dargestellte Meinungsstreit aus: Nach der engen Auffassung konnte der Unternehmer die Leistung behalten, wenn der Kündigungsfall wegen Auftragsmangels im Bescheid nicht ausdrücklich erwähnt war; nach der weiten Auffassung hingegen war er zur Rückzahlung verpflichtet.

b) Ausgestaltung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

Die Deutung des Subventionsschuldverhältnisses als öffentlich-rechtlicher Vertrag erfreut sich in jüngerer Zeit steigender Beliebtheit.⁹⁰ Sie geht von der Konstruktion eines Dreiecksverhältnisses⁹¹ ab und *konstruiert das Rechtsverhältnis nur zweipolig*. Beteiligte sind lediglich Subventionsgeber und -empfänger; sofern eine Zahlstelle eingeschaltet ist, wird sie als bloßer Erfüllungsgehilfe der öffentlichen Hand begriffen, ohne daß zwischen ihr und dem Empfänger ein eigenes Rechtsverhältnis entstünde.⁹² Allerdings bedarf eine derartige Ausgestaltung objektiver Anhaltspunkte dafür, daß die Parteien gerade diese Handlungsform wollten. Die Tatsache, daß Verhandlungen stattgefunden haben, kann hierfür ein Indiz sein;⁹³ allein ausreichend erscheint dieses aber nicht. Vielmehr ist – gerade bei komplexeren Subventionsprojekten größerer Unternehmen – das Stattfinden von Verhandlungen die Regel und nicht die bloße Ausnahme. Umgekehrt spricht das Fehlen von Verhandlungen noch nicht notwendig gegen einen Vertrag, wie die AGB zeigen.⁹⁴

Voraussetzung des Zustandekommens eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist zunächst, daß das zu regelnde *Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen* ist. Dies ist jedenfalls stets dann der Fall, wenn die Leistung auch durch Verwaltungsakt vergeben werden könnte.⁹⁵ Da zudem das Subventionsrecht ein spezifisches Recht des Staatshandelns darstellt, ist die Zuordnung zum öffentlichen Recht naheliegend. Das gilt um so mehr, als kein praktisches Bedürfnis für eine Zuordnung zum bürgerlichen Recht erkennbar ist, da das Subventionsschuldverhältnis keinem bürgerlich-rechtlichen Vertragstyp entspricht. So spricht – bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte – eine Vermutung für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Subventionsrechts. Daher kommt hier prinzipiell allein ein *öffentlich-rechtlicher, hingegen kein bürgerlich-rechtlicher Vertrag* in Betracht.

Wirksamkeitsvoraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrages sind (1) Antrag und Annahme durch die Beteiligung (§ 62 S. 1 VwVfG iVm §§ 145 ff. BGB), (2) Schriftform (§ 57 VwVfG), (3) Zustimmung von Dritten, in deren Rechte der Vertrag eingreift (§ 58 Abs. 1 VwVfG) und (4) Zustimmung betroffener Drittbehörden (§ 58 Abs. 2 VwVfG).

Der Vertrag stellt sich als *Austauschvertrag* iSd § 56 VwVfG dar. Diese Bestimmung gestaltet das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus. Dabei differenziert sie danach, ob auf die Subvention ein Anspruch des Bürgers besteht oder nicht. Im ersteren Fall bemißt sich die Zulässigkeit von Gegenleistungen des Empfängers nach § 56 Abs. 2 VwVfG: Es darf nur gefordert werden, was bei Erlaß eines Verwaltungsaktes im Wege der Nebenbestimmung gem. § 36 Abs. 1 VwVfG verlangt werden dürfte. Besteht hingegen kein Anspruch auf die Subvention, so gilt § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG: Dieser begründet das *Kopplungsverbot* – danach muß die Gegenleistung des Bürgers mit der Leistung des Staates „im Zusammenhang stehen“; sachfremde Leistungen dürfen nicht ausgetauscht werden – und das *Übermaßverbot*. Danach müssen Leistung und Gegenleistung in einem „angemessenen Verhältnis“ stehen. Dies reicht über das „Wucherverbot“ des § 138 BGB, welches für öffentlich-rechtliche Verträge gem. §§ 62 S. 2, 58 Abs. 1 VwVfG ohnehin gilt, hinaus. Welche Gegenleistungen der Staat vom Bürger verlangen

darf, richtet sich – wie bei der Vergabe durch Verwaltungsakt⁹⁶ – nach den maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen und den Verwaltungsvorschriften. Letztere wirken als „*Vergabebedingungen*“ praktisch wie allgemeine Geschäftsbedingungen; unmittelbare Bindungswirkung gegenüber dem Empfänger erlangen sie allerdings erst mit ihrer Aufnahme in den Subventionsvertrag. Bei der Inhaltskontrolle im Hinblick auf die Angemessenheit solcher Vergabebedingungen ist das AGBG zwar nicht unmittelbar anwendbar; kann aber in analoger Anwendung durchaus Anhaltspunkte für die „Angemessenheit“ von Leistung und Gegenleistung (§ 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG) abgeben.

Der Subventionsvertrag ist der Rechtsgrund für die Leistung der Subvention. Dementsprechend setzt eine *Rückforderung des Subventionsbetrages* die *Aufhebung des Vertrages* voraus. Nach der Aufhebung kann ein Erstattungsanspruch entstehen, wenn der Rechtsgrund für die Leistung nicht mehr vorliegt. Dies ist der Fall, wenn der Vertrag

– *nichtig* ist (§ 59 VwVfG). Nach dieser im einzelnen sehr umstrittenen Vorschrift führt nicht jeder Rechtsverstoß zur Nichtigkeit.

– *angefochten* oder *gekündigt* ist. Beide Institute sind im VwVfG nicht eigens geregelt; einen Sonderfall der Kündigung stellt § 60 VwVfG dar.

– *gewandelten Verhältnissen angepaßt* ist (§ 60 VwVfG). Daraus kann ein Erstattungsanspruch entstehen, wenn sich aufgrund der Anpassung die Subventionsansprüche des Bürgers verringern.

IV. Kontrolle der Subventionsvergabe

1. Rechtskontrolle

a) *Klagen* des Subventionsempfängers gegen *belastende Nebenbestimmungen* zum Bewilligungsbescheid sind nach den all-

87 OVG Koblenz, NJW 1981, 882, 883f.

88 OVG Lüneburg, NVwZ 1985, 120f.

89 BSGE 48, 120; s. zum Vergleich aber auch BVerwG, DVBl 1983, 810.

90 Nwe. o. III 1 b)

91 S. o. a) aa)

92 BGH, NVwZ 1985, 517.

93 BVerwG, NJW 1977, 1838, 1839.

94 Menger, VerwA 1978, 93, 98.

95 Gusy, DVBl 1983, 1222, 1223ff.

96 S. o. III 2 a)

gemeinen Grundsätzen für den Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen zu erheben.

b) Nicht begünstigte Interessenten können die *Klage auf Subventionierung* erheben. Deren Zulässigkeit setzt voraus, daß der Kläger einen Anspruch auf Bewilligung von Leistungen an sich selbst geltend macht (§ 42 Abs. 2 VwGO). Nicht ausreichend ist, daß er die Subventionierung eines anderen für rechtswidrig hält.⁹⁷ Nur wenn ein eigener Subventionsanspruch erhoben wird, kann die Klage zulässig sein. Solche Ansprüche sind jedoch relativ selten; sie können sich aus einem Subventionsgesetz oder aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben. Demgegenüber sind Verwaltungsvorschriften nach traditioneller Auffassung keine Anspruchsgrundlage.⁹⁸

Die Zulässigkeit der *Klage auf Subventionierung* bereitet einzelne Sonderprobleme. Die Verpflichtungsklage kann nur erhoben werden, wenn die Subvention durch Verwaltungsakt vergeben werden soll, also im Zwei-Stufen-Modell. In dessen Rahmen sind vor den Verwaltungsgerichten nur Klagen aus dem Bewilligungsverhältnis zulässig; das Abwicklungsverhältnis gehört gem. § 13 VVG vor die ordentlichen Gerichte. Aus der „Zweistufigkeit“ der Rechtsverhältnisse resultiert die Zweispurigkeit der Rechtswege.⁹⁹ Daraus folgen zahlreiche Probleme dieses Modells. Das gilt insbesondere bei Auslegungstreitigkeiten zwischen Abwicklungsstelle und Bürger bezüglich des Bewilligungsbescheides. Entscheidet hier das ordentliche Gericht zulasten des Bürgers, so muß dieser möglicherweise hernach vor dem Verwaltungsgericht einen weiteren Prozeß gegen die Behörde auf Änderung des Bewilligungsbescheides führen.¹⁰⁰ Die Zweispurigkeit des Rechtsweges wird vermieden, wenn die Subvention durch öffentlich-rechtlichen Vertrag vergeben wird. Dann ist für alle Streitigkeiten einheitlich das Verwaltungsgericht zuständig. Wird die Leistung dagegen ausschließlich zivilrechtlich vergeben, so sind alle Klagen vor den ordentlichen Gerichten zu erheben.

c) Infolge der tatsächlichen Seltenheit von Subventionsansprüchen wird die Klage auf Subventionierung vielfach kaum Erfolgsaussichten aufweisen. Die Ungleichbehandlung zwischen Begünstigtem und Nichtbegünstigtem läßt sich jedoch auch dadurch beheben, daß letztere

die Bewilligung von Förderungsleistungen an den Ersteren angreift. Hält ein Konkurrent die Subventionierung eines Dritten für rechtswidrig, so kann er die *Konkurrentenklage* erheben.¹⁰¹ Wurde die Subvention durch Verwaltungsakt vergeben, so hat der Konkurrent die Anfechtungsklage zu erheben (§ 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO). Im Falle einer Vergabe durch Vertrag¹⁰² kann der Subventionsvertrag unwirksam sein (§ 58 Abs. 1 VwVfG); der Dritte kann dann Feststellungsklage erheben.

Auf eine Konkurrentenklage hin wird die Rechtmäßigkeit der Leistung an den Dritten nachgeprüft. Statthaftigkeitsvoraussetzung einer solchen Klage ist demnach nicht, daß der Kläger Leistungen an sich selbst verlangt; sondern vielmehr, daß der Kläger einen *Anspruch auf Unterlassung einer Zahlung an Dritte* geltend macht. Dessen Geltendmachung kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn der Kläger die Subventionierung eines Dritten für rechtswidrig hält, selbst aber keinen eigenen Subventionsanspruch hat. Dies ist etwa der Fall,

- wenn die Subventionierung des Konkurrenten gegen geltendes Recht verstieß. Rechtswidrige Maßnahmen lösen keinen Anspruch auf Gleichbehandlung aus („Keine Gleichheit im Unrecht“). Damit begründet der Rechtsverstoß insbesondere keinen Zahlungsanspruch des Nichtbegünstigten.¹⁰³
- wenn der Leistung an den Dritten kein verallgemeinerungsfähiges rechtliches Programm zugrunde lag. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Leistung nur einmal vergeben werden sollte oder die genauen Gründe für die Leistung an den Dritten nicht bekannt sind.
- wenn die Subventionsmittel verbraucht sind. In diesem Falle könnten die Behörden dem Zahlungsanspruch des Klägers den „*Einwand der leeren Kasse*“ entgegenhalten. Dieser stellt einen sachlichen Grund für ein behördliches Abweichen von der bisherigen Praxis dar. Der sachliche Grund würde einen aus dem Gleichheitssatz hergeleiteten Zahlungsanspruch des Nichtbegünstigten zum Erlöschen bringen.

In allen diesen Fällen ist demnach eine Konkurrentenklage sinnvoll, wenn der Kläger nicht selbst zum begünstigten Personenkreis zählt, jedoch die Förderung des Begünstigten oder etwa die Ab-

grenzung des Kreises der Begünstigten von demjenigen der Nichtbegünstigten für rechtswidrig hält. Die Klage wird erfolgreich sein, wenn die Subventionierung (allein) des Dritten rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Zweifelhaft ist allerdings, welches Recht mit der Konkurrentenklage überhaupt geltend gemacht wird. Die Rechtsprechung¹⁰⁴ geht überwiegend davon aus, daß die Subventionierung Dritter in Freiheitsrechte eingreift. Hierzu wird aus Art. 2 Abs. 1 GG die „*Wettbewerbsfreiheit*“ als Freiheit des vom Staat unverzerrten Wettbewerbs hergeleitet. Diese Teilfreiheit ist allerdings nicht unzweifelhaft. Einwände ergeben sich insbesondere daraus, daß „*Wettbewerb*“ keine eigene Handlung ist, sondern Folge konkurrierender Freiheitsbestätigung mehrerer Personen. Dann ist es allerdings sachnäher und sinnvoller, den „*Wettbewerb*“ den Regeln des jeweiligen Freiheitsrechts zu unterstellen. Beruflicher Wettbewerb ist dann nach Art. 12 GG, Pressewettbewerb nach Art. 5 GG zu beurteilen. Darüber hinaus ist auch nicht recht deutlich, worin der „*Eingriff*“ gerade in die Rechte des nichtbegünstigten Konkurrenten liegen soll. *Anspruchsgrundlage für die Konkurrentenklage ist vielmehr Art. 3 Abs. 1 GG*. Danach ist die Klage begründet, wenn die Begünstigung des Dritten im Unterschied zur Nichtbegünstigung des Klägers durch keine sachlichen Gründe gerechtfertigt ist. „*Sachliche Gründe*“ sind solche, die sich aus dem

97 Dabei begründet ein Verstoß gegen Art. 3 GG für sich noch keinen Subventionsanspruch; er kann vielmehr auch zur bloßen Rechtswidrigkeit der früheren Subvention führen. Sehr weit für Subventionsanspruch aber BVerwG, NJW 1972, 2325 m. Anm. *Grave* ebd. 1973, 292.

98 S. o. III 1 a)

99 Zu Abgrenzungs- und Zuordnungsproblemen *Kopp*, WiV 1978, 175; *Eschenburg*, Rechtsschutzprobleme bei der Einschaltung von Kreditinstituten in die Subventionsvergabe, diss. 1986.

100 Zu weiteren Problemen s. o. III 1 a) a. E.

101 Zu dieser näher *Brohm*, FS Menger, 1985, S. 235; *Rittner/Stephan*, GewA 1985, 177; *Scherer*, Jura 1985, 11; *Zuleeg*, Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, 1974; *Mössner*, JuS 1971, 131; Überblick bei *Miebach*, JuS 1987, 956.

102 Zur Konkurrentenklage gegen einen Subventionsvertrag OVG Münster, NVwZ 1984, 522; *Knuth*, JuS 1986, 523.

103 VG Berlin, DöV 1974, 100 (Ls. 3).

104 Seit BVerwGE 30, 191; ebenso etwa *Friche*, JuS 1981, 867; dagegen *Friauf*, DVBl 1969, 368; *Selmer*, NJW 1969, 1266; *Scholz*, NJW 1969, 1044.

Zweck der jeweiligen Maßnahme ergeben. Bei Vorliegen gleicher Sachverhalte im Hinblick auf den Subventionstatbestand ist die alleinige Subventionierung des Dritten unzulässig; der Kläger hat einen Anspruch auf Rückforderung des geleisteten Betrages durch die Behörde vom Empfänger. In der Regel werden die tatsächlichen Voraussetzungen einer Konkurrentenklage aber nicht vorliegen; solche Rechtsmittel haben in den seltensten Fällen Erfolg.¹⁰⁵

Die *Klagefrist für die Konkurrentenklage* wird nur in seltenen Fällen die Monatsfrist der §§ 70, 74 VwGO oder die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO sein, da der Verwaltungsakt regelmäßig dem „Beschwerten“, also dem Nichtbegünstigten, nicht bekanntgegeben wird. Vielmehr ist die Klage auch nach Kenntniserlangung auf andere Weise noch zulässig, selbst wenn diese erst wesentlich später erfolgte. Das Klagerecht nach Kenntniserlangung wird lediglich durch das Mißbrauchsverbot begrenzt.¹⁰⁶

2. Politische Kontrolle

Die parlamentarische Kontrolle der Subventionsvergabe¹⁰⁷ soll regelmäßig bei der Beratung des Haushalts geschehen. Sie bezieht sich auf die Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Subventions-

praxis. Dem stehen jedoch in der Realität zahlreiche Hindernisse entgegen. Das Subventionsdickicht ist durch eine Vielzahl verstreuter Abgabenermäßigungen, Gebührenverzichte, Preisnachlässe und sonstige Vergünstigungen, direkte Beihilfen und sonstige Maßnahmen so verzweigt, daß ein Überblick selbst Sachverständigen kaum noch möglich ist. Der Vielzahl von Instrumenten entspricht eine Vielzahl von Rechtsgrundlagen in Gesetzen, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften. So sind im Subventionsrecht gewisse Widersprüche entstanden; Steuerungs- und Kontrolldefizite ergänzen einander. Bisweilen werden Subventionen vergeben, um Mißstände zu beseitigen, welche durch frühere staatliche Zuschüsse herbeigeführt oder begünstigt wurden. Besonders deutlich wird dies am Beispiel des EG-Agrarmarktes: Wenn zum Abbau der Butterproduktion Abschichtprämien für Rinder gewährt wurden, so entstand ein Rindfleischberg. Dieser wurde durch neue Subventionen für die längere Aufzucht der Tiere (Nicht-Vermarktungsprämien) beseitigt, die ihrerseits die Milch- und damit die Butterproduktion anheizten.

Zur Verbesserung der parlamentarischen Kontrollmöglichkeiten hat § 12 StabG ein eigenes Instrument geschaffen. Die

Bundesregierung hat Bundestag und Bundesrat alle 2 Jahre einen *Subventionsbericht* vorzulegen¹⁰⁸. Er soll einen zahlenmäßigen Überblick über die direkten und indirekten Subventionen und deren Rechtsgrundlagen geben sowie Vorschläge für den Abbau der indirekten Vergünstigungen machen. Durch diesen möglichst vollständigen Überblick über die Subventionspraxis soll eine politische Kontrolle der verzweigten Materie ermöglicht werden. Zudem soll eine Abstimmung der verschiedenen Hilfen aufeinander erreicht werden. Die bisherige Praxis hat jedoch nicht zu wesentlichen Fortschritten bei der Bewältigung des Subventionsdickicht geführt. Während der Subventionsbericht über den „Abbau der Verpflichtungen“ (§ 12 Abs. 4 StabG) berichten soll, berichtet er tatsächlich über deren Ansteigen.

105 Näher *Badura*, FS Juristische Gesellschaft Berlin, 1984, S. 17.

106 BVerwGE 44, 294; zum Vertrauensschutz *Gusy*, GewA 1988, 322.

107 Näher *Friauf*, 55. DJT, 1984, M. 32f.

108 BT-Drs. V/2423; VI/391; 2994; VII/1144; 4203; VIII/1195; 3097; IX/986; X/352; 3821; XI/1338; dazu näher *Hansmeyer*, FinArch 1971, 103; *Karehnke*, DöV 1975, 623; *Zimmermann*, FinArch 1976, 451; 1979, 459; *Schmidt*, Wirtschaftsrecht a. a. O., S. 320f.