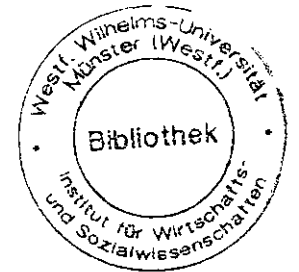


## Die Veröffentlichung des Werkes

„- Der öffentliche Kredit -  
Verwaltungsrechtliche Probleme der Einschaltung von Kreditinstituten bei der  
Vergabe von Subventionen in die gewerbliche Wirtschaft“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

- Der öffentliche Kredit -  
Verwaltungsrechtliche Probleme  
der Einschaltung von Kreditinstituten  
bei der Vergabe von Subventionen  
an die gewerbliche Wirtschaft



**I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n**

zur Erlangung des  
akademischen Grades eines Doktors der Rechte  
durch den  
Fachbereich Rechtswissenschaft der  
Westfälischen Wilhelms-Universität  
zu Münster

00 JVB 90111

vorgelegt von  
Rainer Huisman  
aus Hildesheim  
1971

Inhaltsübersicht

	Seite
Problemstellung und Untersuchungsgang	1
Teil I: Quellen des öffentlichen Kredits und die Vergabeverfahren bei der Gewährung öffent- licher Kredite	4
A. Quellen des öffentlichen Kredits	4
I. Sonderfonds	5
1. ERP-Sondervermögen	5
2. Lastenausgleichsfonds	7
3. Rücklagenfonds der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Ar- beitslosenversicherung	9
II. Öffentliche Kredite aus Haushalts- und Kreditinstitutsmitteln (gemischte Kreditsubventionen)	11
B. Verfahrensarten der öffentlichen Kredit- gewährung	12
I. Direkte Vergabe	13
II. Indirekte Vergabe	14
1. Einschaltung subventionsverwaltender Kreditinstitute	15
2. Einschaltung subventionsmittelnder und subventionsbewilligender Kre- ditinstitute	16
a) Subventionsmittelnde Kredit- institute (Hausbanken)	17
b) Subventionsbewilligende Kredit- institute (zentrale Kredit- institute)	18
C. Das indirekte Vergabeverfahren im einzelnen	19
I. Vergabeverfahren bei ERP-Krediten	19

Erster Berichterstatter: Prof.Dr.Menger  
Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr. Wolff  
Dekan: Prof.Dr.Uber

Tag der mündlichen Prüfung: 30.6.1971

	Seite		Seite
1. Einschaltung subventionsbewilligender Kreditinstitute (Hauptleihinstitute)	19	I. Subventionsbewilligende Kreditinstitute mit öffentlich-rechtlicher Rechtspersönlichkeit	58
2. Einschaltung subventionsmittelnder Kreditinstitute (Hausbanken)	21	II. Subventionsbewilligende Kreditinstitute mit privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit	59
II. Vergabeverfahren bei Kreditgewährung aus öffentlichen Haushalten	25	1. Belieheneneigenschaft	60
1. Regelmäßige Verfahrensgestaltung	25	2. "Beliehenenähnlichkeit"	61
2. Abweichende Verfahrensgestaltungen	26	C. Rechtliche Stellung subventionsmittelnder Kreditinstitute	67
III. Vergabeverfahren bei gemischten Kredit-subventionen (Mittelstandsförderungsprogramm des Saarlandes)	27	I. Belieheneneigenschaft	68
IV. Vergabeverfahren bei Eingliederungsdarlehen	28	II. "Beliehenenähnlichkeit"	68
Teil II: Die rechtliche Stellung eingeschalteter Kreditinstitute	32	1. Entscheidungsbefugnisse des Mittlers	70
A. Das Rechtsinstitut der Beleihung	36	a) Bedeutung der positiven Beurteilung des Kreditantrages durch den Mittler	73
I. Beleihungsgegenstand	38	aa) Treuhandkredite	74
1. Befugnis- und Rechtsstellungstheorie	40	bb) Refinanzierte Kredite	74
a) Herkömmliche Auffassung	40	b) Bedeutung der negativen Beurteilung des Kreditantrages durch den Mittler	74
b) Ansicht Mennachers	43	2. Ergebnis	77
2. Aufgabentheorie	44	3. Lösungsversuch	79
3. Ansicht Steiners	46	D. Rechtliche Stellung subventionsverwaltender Kreditinstitute	84
4. Zuständigkeitstheorie	50	Teil III: Rechtsverhältnisse unter den Beteiligten bei der Einschaltung von Kreditinstituten	84
II. Vollziehung der Beleihung	51	A. Rechtsnatur des Subventionsverhältnisses	87
1. Legislative Kompetenzzuweisung	52	I. Derzeitiger Meinungsstand	88
2. Administrative Kompetenzzuweisung	52	1. Gemischte Theorien	90
a) Notwendigkeit gesetzlicher Ermächtigung	53	a) Zweistufenlehre Ipsens	91
b) Erscheinungsformen administrativer Kompetenzzuweisung	56	b) Theorie des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts	94
B. Rechtliche Stellung subventionsbewilligender Kreditinstitute	58	c) Ansicht Obermeyers	97

	Seite
2. Rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweisen	99
a) Verwaltungsaktslösung	100
aa) Ansicht Rosers	100
bb) Ansicht Zuleegs	102
cc) Kritik	104
b) Das Subventionsverhältnis als verwaltungsrechtliches Vertragsverhältnis	107
c) Verwaltungsprivatrechtliche Betrachtungsweise	110
II. Stellungnahme	114
1. Abgrenzung privates Recht - öffentliches Recht	115
a) Herkömmliche Abgrenzungstheorien	116
b) Zuordnungstheorie	117
aa) Die Bedenken Zuleegs	118
bb) Die Bedenken von F.Mayer, Beinhardt und Menger-Erichsen	119
cc) Die Bedenken Bettermanns	120
dd) Die Bedenken Rupps	122
ee) Ergebnis	123
2. Bestimmung der Rechtsnatur des Subventionsverhältnisses unter Zugrundelegung der Zuordnungstheorie	124
a) Gemischte sowie rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweisen	124
b) Vertragliche Betrachtungsweisen	128
aa) Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages im Bereich nicht gesetzlich normierter Subventionsprogramme	132
(1) Bestimmungsmethode Jan-knechts	132
(2) Bestimmungsmethode Biseks	133

	Seite
bb) Anwendungsbereich des verwaltungsprivatrechtlichen Vertrages im Bereich nicht gesetzlich normierter Subventionsprogramme	135
3. Zusammenfassung	136
B. Rechtsverhältnisse bei Einschaltung der unterschiedlichen Funktionsträgertypen	137
I. Rechtsverhältnisse bei Einschaltung subventionsverwaltender Kreditinstitute	137
1. Rechtsverhältnis Lastenausgleichsbehörde-Kreditbegünstigter	138
2. Rechtsverhältnis Kreditinstitut-Kreditbegünstigter	138
3. Rechtsbeziehung Lastenausgleichsbehörde-Kreditinstitut	139
II. Rechtsverhältnisse bei Einschaltung der anderen Funktionsträgertypen	139
1. Rechtsbeziehung subventionsbewilligende Stelle-Bürger	142
2. Rechtsbeziehung subventionsmittelndes Kreditinstitut-Bürger	143
3. Rechtsbeziehung subventionsmittelndes Kreditinstitut-Subventionsträger	144
4. Erweiterung des Vorschlags zur Lösung der Mittlerproblematik	145
Ergebnis der Untersuchung	148

S c h r i f t t u m

Apelt, Willibald Der verwaltungsrechtliche Vertrag  
Leipzig 1920, Neuausgabe Aalen 1964

- Der verwaltungsrechtliche Vertrag  
in: AöR 84(1959), 249-279

Arendt, Karlheinz Übertragung nichthoheitlicher Aufgaben  
in: DV 1949, 147-149

Bachof, Otto Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht:  
gelöste und ungelöste Probleme  
in: DÖV 1953, 417-424

- Teilrechtsfähige Verbände des öffentli-  
chen Rechts. Die Rechtsnatur der Tech-  
nischen Ausschüsse des § 24 GewO  
in: AöR 83(1958), 208-279

Badura, Peter Das Verwaltungsmonopol  
Berlin 1963

- Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen  
der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht  
in: JuS 1966, 17-21

Balsler, Heinrich Der öffentliche Dienst privater Betriebe  
in: Festschrift für Friedrich List,  
S.172-203  
Baden-Baden 1957

Becker, Erich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung  
(Bericht auf der Tagung der deutschen  
Staatsrechtslehrer zu Hamburg 1955)  
in: VVDStRL 14(1956), 96-135

Beinhardt, Gerd Der öffentlich-rechtliche Vertrag im  
deutschen und französischen Recht  
in: VerwArch 55(1964), 151, 210

Bellstedt, Christoph Bedürfen Subventionen gesetzlicher  
Grundlage?  
in: DÖV 1961, 161-171

Bettermann, Karl August Verwaltungsakt und Richterspruch  
in: Gedächtnisschrift für Walter  
Jellinek, S.361-389  
München 1955

- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom  
7.11.1957  
in: DVBl 1958, 867-868

- Die Verpflichtungsklage nach der Ver-  
waltungsgerichtsordnung  
in: NJW 1960, 649-657

- Anmerkung zum Urteil des BGH vom  
21.12.1964  
in: JZ 1966, 445-447

Bisek, Nikolaus-Zeno Der öffentlich-rechtliche Vertrag  
Diss. Münster 1970

Bitter, Georg Zur Zulässigkeit kommunaler Förde-  
rungsmaßnahmen  
in: Bay.VBl. 1965, 45, 85

Böckenförde, Ernst-Wolfgang Die Organisationsgewalt im Bereich  
der Regierung  
Berlin 1964

Bötticher, Eduard Anmerkung zum Urteil des BGH vom  
27.3.1961  
in: MDR 1961, 754

Brand, Jürgen Die Rechtsstellung des Beliehenen  
Diss. Münster 1953

Breckner, Friedrich ERP-Finanzierung  
in: Handwörterbuch der Betriebswirt-  
schaft Bd.I, 3.Aufl., Sp.1674 ff  
Stuttgart 1956

Brohm, Winfried	Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis in: DÖV 1964, 238-251	Enzykl. Lexikon für das Geld- Bank- und Börsenwesen	Hrsg. von M. Palyi und P. Quittner Bd. II Frankfurt/Main 1957
-	Strukturen der Wirtschaftsverwaltung. Organisationsformen und Gestaltungsmöglichkeiten im Wirtschaftsverwaltungsrecht Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969	Erler, Georg	Internationale Finanz- und Wirtschaftshilfe in: Festschrift für Herbert Kraus, S. 31 Kitzingen 1954
Bullinger, Martin	Vertrag und Verwaltungsakt. Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht Stuttgart 1962	Erman (Bearbeiter)	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Bd. 4. Aufl. mit Nachträgen Münster 1967/1969
-	Öffentliches Recht und Privatrecht Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968	Evers, Hans-Ulrich	Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit in: NJW 1960, 2073-2076
Bydlinski, Franz	Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung. Gespräch über Wege zur Vermeidung der Zersplitterung des Privatrechts und zur Überwindung des Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht. Referat S. 15-38 Wien 1969	Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 4. Aufl. München/Berlin 1965
Dittes, Ellen	Die Finanzierungshilfen des Bundes und der Länder an die gewerbliche Wirtschaft Sonderausgabe der "Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen", 1969	Fleiner, Fritz	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 8. Aufl. Tübingen 1928 (2. Neudruck, Aalen 1963)
Dürig, Günter	Grundrechte und Zivilrechtsprechung in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für Nawiasky, S. 157-190 München 1956	Flessa, Richard	Das Wesen der Staatsbürgerschaft in: NJW 1954, 538-541
Enrig, H.-G.	Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: NJW 1959, 217-222	-	Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsaktes (Gestaltungsmöglichkeiten für Staatskredite) in: DVBl 1957, 81-84, 118-121
Emmerich, Volker	Die Fiskalgeltung der Grundrechte namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand in: JuS 1970, 332-338	-	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 6.6.1958 in: DÖV 1959, 106-107
		-	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 23.7.1958 in: NJW 1959, 403-404

Floegel-Hartung Straßenverkehrsrecht  
17.neubearb.Aufl. von H.Jagusch  
München 1968

Forsthoff,Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
1.Bd. Allgemeiner Teil  
9.Aufl.  
München/Berlin 1966

Gause,Hermann Die öffentliche Indienststellung Privater  
als Rechtsinstitut der Staatsorganisation  
Diss. Kiel 1967

Giese,Friedrich Allgemeines Verwaltungsrecht  
3.Aufl.  
Tübingen 1952

Götz,Volkmar Recht der Wirtschaftssubventionen  
München/Berlin 1966

- Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen  
Vertrages  
in: JuS 1970,1-6

v.d.Groeben/Knack Allgemeines Verwaltungsgesetz für das  
Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungs-  
gesetz) Kommentar  
Köln/Berlin/Bonn/München 1968

Gross,Rudolf Die Rechtsqualität der Sondervereinbarungen  
für besondere Gewaltverhältnisse  
und der Organisationsbestimmungen  
in: NJW 1969,2186-2187

Gygi,Fritz Rechtsprobleme der heutigen Wirtschafts-  
und Sozialordnung  
in: Journal der Internationalen Juristen-  
kommission  
1.Halbj. 1962 Bd.IV Nr.1 S.3  
zit. Journal

Haas,Dieter Das Verwaltungsprivatrecht im System  
der Verwaltungshandlungen und der  
fiskalische Bereich  
in: DVBl 1960,303-308

Halm,Georg Geld- Kredit- Banken  
München und Leipzig 1935

Hamann,Andreas Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung  
Heidelberg 1953

- Öffentliche Kredite und Bürgschaften  
in: BB 1953,865-867

Hansmeyer,Karl-Heinrich Der öffentliche Kredit  
Frankfurt 1965

Harmening,Rudolf Lastenausgleich  
Kommentar/Loseblatt: Stand 1.1.1970  
Bd.III  
München/Berlin

Haselau,Klaus Die Freiheit der Straße als Rechts-  
problem. Rechtsnatur der Erlaubnisse  
und Genehmigungen in der Bundesrepu-  
blik Deutschland  
Bad Godesberg 1960

v.Hellingrath,W. Anmerkung zum Urteil des AG Beckum  
vom 16.6.1960  
in: DAR 1952,30

Henze,Karl-Otto Verwaltungrechtliche Probleme der  
staatlichen Finanzhilfe zugunsten  
Privater  
Heidelberg 1958

Herzog,Roman Art.: Beliehener Unternehmer  
in: Ev.StLK Sp.145-146

Hesse,Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der  
Bundesrepublik Deutschland  
4.Aufl.  
Karlsruhe 1970

Holliger,Jacob Das Kriterium des Gegensatzes zwischen  
privatem und öffentlichem Recht  
Diss. Zürich 1904



Huber, Ernst Rudolf      Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1  
2. Aufl.  
Tübingen 1953

-      Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2  
2. Aufl.  
Tübingen 1954

-      Über den Rechtsweg für Klagen aus  
Übernahmeverträgen der Einfuhr-  
lenkung. Bemerkungen zu den Urteilen des BGH  
vom 16.2.1956 und des BVerwG vom 8.3.  
1956  
in: DÖV 1956, 355

Imboden, Max      Der verwaltungsrechtliche Vertrag  
Basel 1958

Ipsen, Hans-Peter      Diskussionsbeitrag auf der Marburger  
Staatsrechtslehrtagung 1952  
in: VVDStRL 11(1954), 129

-      Konstruktionsfragen der Getreide-  
einfuhr- lenkung  
in: Gedächtnisschrift für Jellinek,  
S. 593-615  
München 1955

-      Öffentliche Subventionierung Privater  
Berlin/Köln 1956

-      Gesetzliche Indienstnahme Privater  
für Verwaltungsaufgaben  
in: Um Recht und Gerechtigkeit,  
Festschrift für Erich Kaufmann, S. 141-  
161  
Stuttgart/Köln 1956

-      Verwaltung durch Subventionen  
(Mitbericht auf der Tagung der deut-  
schen Staatsrechtslehrer zu Graz 1966)  
in: VVDStRL 25(1967), 257-307

Janknecht, Hans      Rechtsform von Subventionierungen  
Diss. Münster 1964

Jellinek, Walter      Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
3. Aufl. 1931  
Unveränderter Neudruck Offenburg 1948

Jentsch, Ulrich      Zum Begriff des öffentlichen Rechts  
in: DÖV 1956, 299-300

Jerusalem, Franz W.      Grundriß des Verwaltungsrechts  
Frankfurt/Main 1947

Jesch, Dietrich      Zulässigkeit gesetzvertretender Ver-  
waltungsverordnungen  
in: AöR 84(1959), 74-93

Kaufmann, Erich      Art.: Verwaltung, Verwaltungsrecht  
in: WBStVR II, 688-718

Kegel, Gernard      Rohstoff- und Rüstungskredite. Rechts-  
fragen ihrer Abwicklung  
in: JZ 1951, 385-416

Kelsen, Hans      Allgemeine Staatslehre  
Berlin 1925

Kistler, Bruno      Contribution à l'étude juridique des  
subventions fédérales  
Diss. Lausanne 1956

Klein, H.H.      Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe  
in: DÖV 1965, 755-759

-      Die Teilnahme des Staates am wirt-  
schaftlichen Wettbewerb  
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968

v. Köhler, Ludwig      Grundlehren des deutschen Verwaltungs-  
rechts  
2. unveränderter Neudruck  
Stuttgart/Berlin 1936

Köttgen, Arnold Deutsche Verwaltung  
3. Aufl.  
Berlin 1944

- Subventionen als Mittel der Verwaltung  
in: DVBl 1953, 485-491

Kollmann, Ottmar Verwaltung und Verwaltungsgerichts-  
barkeit  
in: DÖV 1955, 45-47

Kreienhschulte, Peter Der Rechtscharakter der Stiftung  
Volkswagenwerk  
Diss. Münster 1969

Krüger, Herbert Wirtschaftsverfassung, Wirtschafts-  
verwaltung, Rechtsstaat  
in: BB 1953, 565-568

- Der Verwaltungsrechtsschutz im besonde-  
ren Gewaltverhältnis  
in: NJW 1953, 1369-1373

- Die Auflage als Instrument der Wirt-  
schaftsverwaltung  
in: DVBl 1955, 380-387

Laforet, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht  
München 1937

Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts Bd.1  
9. Aufl.  
München 1968

Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-  
setzbuches  
Lehmann, Heinrich  
Hübner, Heinz  
15. Aufl.  
Berlin 1966

Leisner, Walter Werbefernsehen und öffentliches Recht.  
Ein Beitrag zur Problematik der öffent-  
lichen Aufgabe sowie zu Grundlagen und  
Grenzen fiskalischer Staatstätigkeit  
Berlin 1967

Leisner, Walter Die Unzulässigkeit steuerlicher  
Fiskalprivilegien. Unter besonderer  
Berücksichtigung der Forstwirtschaft  
in: BB 1970, 405-413

List, Friedrich Energierecht  
2. Aufl.  
Wiesbaden 1952

- Verwaltungsrecht technischer Betriebe  
2. Aufl.  
Baden-Baden 1955

Löw, Konrad Fiskalgeltung der Grundrechte  
in: DÖV 1957, 879-881

Lüke, Gernard Die Rechtsstellung des vertraglich  
verpflichteten Unternehmers nach dem  
Tierkörperbeseitigungsgesetz  
in: DÖV 1955, 432-435

Mang-Maunz-Mayer Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern  
Obermayer  
2. Aufl.  
München 1964

Mallmann, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwaltung  
(Bericht auf der Tagung der deutschen  
Staatsrechtslehrer zu Köln 1960)  
in: VVDStRL 19(1961), 165-207

Martens, Wolfgang Öffentlich als Rechtsbegriff  
Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969

Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz  
Kommentar (Loseblatt/Stand März 1969)  
München/Berlin

Mayer, Franz Allgemeines Verwaltungsrecht  
Stuttgart/München/Hannover 1970

Mayer, F.F. Grundsätze des Verwaltungsrechts  
Tübingen 1862

Mayer, Otto            Deutsches Verwaltungsrecht  
2.Bd. 3.Aufl.  
München/Leipzig 1924

Mayer, Richard        Struktur und Wandlungen des Eisenbahn-  
rechtes  
in: DÖV 1950, 420-424

Menger, Christian-Friedr. Zur verfassungsrechtlichen Stellung der  
deutschen politischen Parteien  
in: AöR 78(1952/53), 149-163

-                        System des verwaltungsgerichtlichen  
Rechtsschutzes  
Tübingen 1954

-                        Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungs-  
gerichtsbarkeit  
in: DÖV 1955, 587-592

-                        Das Gesetz als Norm und Maßnahme  
in: VVDStRL 15(1957), 3-34

-                        Der Schutz der Grundrechte in der Ver-  
waltungsgerichtsbarkeit  
in: GR III/2(1959), 717-778

-                        Bestimmung der öffentlichen Verwaltung  
nach den Zwecken, Mitteln und Formen  
des Verwaltungshandelns  
in: DVBl 1960, 297-303

-                        Höchststrichterliche Rechtsprechung zum  
Verwaltungsrecht  
in: VerwArch 48(1957), 166-180, 275-285  
50(1959), 193-204  
51(1960), 64- 78  
52(1961), 92-108, 196-211  
53(1962), 275-285, 390-402  
54(1963), 393-404  
55(1964), 73- 84, 175-186

Menger-Erichsen     Menger, Christian-Friedrich und  
Erichsen, Hans-Uwe  
Höchststrichterliche Rechtsprechung zum  
Verwaltungsrecht  
in: VerwArch 56(1965), 278-295  
57(1966), 270-285  
59(1968), 366-388  
61(1970), 375-389

Mennacher, Hubert    Begriffsmerkmale und Rechtsstellung der  
mit öffentlicher Gewalt beliehenen Ho-  
heitsträger des Privatrechts  
Diss. 1963 München

Menzel, Hans         Die Mitwirkung der Hausbanken bei der  
Vergebung und Verwaltung öffentlicher  
Kredite  
Berlin 1960

Merk, Wilhelm         Deutsches Verwaltungsrecht  
1.Bd.  
Berlin 1962

Michaelis, Rüdiger    Der Beliehene. Ein Beitrag zur Ver-  
flechtung von öffentlichem und privatem  
Recht  
Diss. Münster 1969

Möller, Alex         Gesetz zur Förderung der Stabilität und  
des Wachstums der Wirtschaft und Art.109  
Grundgesetz  
Kommentar  
Hannover 1968  
zit. StabG

Möller, Ferdinand     Gemeindliche Subventionsverwaltung  
Stuttgart/Köln 1963

Molitor, Erich        Über öffentliches Recht und Privatrecht  
Karlsruhe 1949

Müller-Löffelholz    Müller, Gernard-Löffelholz, Josef  
Bank-Lexikon  
4.Aufl.  
Wiesbaden 1961

- v. Münch, Ingo Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen  
in: AöR 85(1960), 270-300
- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe  
2. Aufl.  
Einsiedeln/Zürich/Köln 1948
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil  
2. Aufl.  
Stuttgart 1949
- Obermayer, Klaus Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt  
Stuttgart/München/Hannover 1956
- Die Untätigkeitsklage und das Recht auf Bescheid  
in: NJW 1956, 361-364
- Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden  
in: JZ 1956, 625-630
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 31.8.1961  
in: JZ 1962, 376-379
- Ossenbühl, Fritz Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz  
Bad Homburg 1968
- Ministerialerlasse als Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle  
in: DVBl 1969, 526-529
- Osterwalder, Max Die Exportgarantie des Bundes  
Diss. Bern 1944
- Palandt (Bearbeiter) Bürgerliches Gesetzbuch  
29. Aufl.  
München/Berlin 1970

- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung  
Berlin 1949
- Öffentliche und staatliche Aufgaben  
in: Festschrift für H.C. Nipperdey  
2. Bd. S. 877-895  
München/Berlin 1965
- Pieper, Goswin Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsaktes  
in: DVBl 1967, 11-19
- Pöttgen, Albert Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Wirtschaftsförderung durch Subventionen  
Diss. Köln 1965
- Puppe, Dietrich Rechtsfragen der öffentlichen Darlehensgewährung an Private  
in: DVBl 1965, 68-70
- Rasch, Ernst Die staatliche Verwaltungsorganisation  
Köln/Berlin/Bonn/München 1967
- Renck, Ludwig Verwaltungsakt und Gesetzesvorbehalt  
in: JuS 1965, 129-134
- Reuß, Wilhelm Die Organisation der Wirtschaft  
in: GR III/1(1958), 91-153
- Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln  
in: Staatsbürger und Staatsgewalt 2. Bd.  
S. 255-292  
Karlsruhe 1963
- Reuß u. a. Wirtschaftsverwaltungsrecht I  
Köln/Berlin/Bonn/München 1963

- Richter, Lutz            Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt (Bericht auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Frankfurt/M. 1929)  
in: VVDStRL 6(1929), 69-104
- Römer, Hans            Abwicklung reichsverbürgter Kredite  
in: BB 1950, 97-101
- Roser, Thomas         Der staatliche Kredit  
Diss. Tübingen 1965
- Rössler, Peter        Der öffentlich-rechtliche Vertrag  
in: Die Verwaltungspraxis 1956, 276
- Rüfner, Wolfgang     Formen der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung  
Berlin 1967
- Rupp, Hans-Heinrich   Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen den Träger hoheitlicher Gewalt  
in: DVBl 1958, 113-120
- Verwaltungsakt und Vertragsakt  
in: DVBl 1959, 81-87
- Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages  
in: JuS 1961, 59-62
- Privateigentum an Staatsfunktionen  
Tübingen 1963
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 30.11.1967  
in: JZ 1968, 300
- Sailer, Christian     Die Fragwürdigkeit des Privatrechts in der Leistungsverwaltung  
in: Bay.VBl. 1966, 293-297
- Salzwedel, Jürgen     Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages  
Berlin 1958
- v. Savigny, Friedrich Karl   System des römischen Rechts Bd. I  
Berlin 1840
- Schack, Friedrich     Zur schlichten Hoheitsverwaltung  
in: DÖV 1970, 40 ff
- Schaumann, Wilfried   Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht  
in: JuS 1961, 110-116
- Schelcher, W.         Die rechtliche Natur und die Wirkungen der Eisenbahnkonzession in Sachsen, mit besonderer Berücksichtigung der elektrischen Eisenbahn  
in: FischersZ 20(1899), 1-5
- Scheuner, Ulrich     Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft (Bericht auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Marburg 1952)  
in: VVDStRL 11(1954), 1-74
- Schlauwitz, Walter    Der Bund als Finanzier  
Bad Godesberg 1966
- Schlotke, Helmut     Die hoheitliche Einflußnahme auf die Empfänger öffentlicher Subventionen und ihre rechtlichen Grenzen  
Diss. Tübingen 1968
- Schmidt-Bleibtreu-Klein   Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
Neuwied/Berlin 1970

- Schmidt-Rimpler, Walter      Wirtschaftsrecht  
in: HdwbSW 12,686-731
- Schmidt-Salzer, Joachim      Grundfragen des Vertragsrechts im  
Zivil- und Verwaltungsrecht  
in: NJW 1971,5-11
- Schneider-Gädicke, Karl-  
Herbert      Der öffentliche Kredit an die gewerb-  
liche Wirtschaft  
Berlin 1963
- Schoen, Xaver      Die Grenzen der Verwaltungsgerichts-  
barkeit  
in: DÖV 1955,137-143
- Scholz, Christoph      Kreditinstitute des Bundes und ihre  
Aufgaben im Rahmen der Wirtschafts-  
verwaltung  
Frankfurt 1960
- Schüle, Adolf      Die staatliche Intervention im Bereich  
der Wirtschaft (Bericht auf der Tagung  
der deutschen Staatsrechtslehrer zu  
Marburg 1952)  
in: VVDStRL 11(1954),75-112
- Sellmann, Martin      Die Problematik der Verwaltungsakte  
mit Doppelwirkung  
in: NJW 1964,1545-1550
- Selmer, Peter      Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift  
in: VerwArch 59(1968),114-145
- Der Vorbehalt des Gesetzes  
in: JuS 1968,489-498
- Siebert, Wolfgang      Privatrecht im Bereich öffentlicher  
Verwaltung  
in: Festschrift für Hans Niedermeyer,  
S.215-247  
Göttingen 1953

- Siebert, Wolfgang      Rechtsstellung und Haftung der Technischen Überwachungsvereine im Kraftfahrzeugprüfungswesen. Ein Beitrag zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht und zur Organstellung der Kraftfahr-Sachverständigen  
Heidelberg 1957
- Simons, Lothar      Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse  
Berlin 1967
- Spahn, Franz Josef      Die Einschaltung der Kreditinstitute bei Eingliederungsdarlehen nach dem Lastenausgleichsgesetz  
Frankfurt 1958
- Spanner, Hans      Organisation und Organisationsrecht  
in: DÖV 1957,640-643
- Stein, Ekkehart      Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung  
in: AöR 86(1961),320-331
- Steiner, Udo      Der beliebene Unternehmer  
in: JuS 1969,69-75
- Stern, Klaus      Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages  
in: VerwArch 49(1958),106-157
- Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages  
in: AöR 84(1959),273-330
- Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater  
in: JZ 1960,518-525, 557-562
- Verwaltungsprozessuale Grundprobleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit  
in: JuS 1965,139-145

Stern-Münch Stern, Klaus-Münch, Paul  
Gesetz zur Förderung der Stabilität und  
des Wachstums der Wirtschaft  
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967  
zit. Kommentar zum StabG

Terrane, Jürgen Die Beleihung als Rechtsinstitut der  
Staatsorganisation  
Diss. Münster 1961

Torz, Robert Die privatwirtschaftliche Betätigung  
der öffentlichen Hand und das Grundgesetz  
in: DÖV 1958, 205-211

Triepel, Heinrich Delegation und Mandat im öffentlichen  
Recht  
Stuttgart/Berlin 1942

Ule, Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit  
2. Aufl.  
Köln/Berlin/München/Bonn 1962

Vogel, Klaus Öffentliche Wirtschaftseinheiten in  
privater Hand  
Hamburg 1959

Wallerath, Maximilian Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit  
und Gebundenheit an den Gleichheitssatz  
Berlin 1968

Weber, Hermann Rechtsprechungsübersicht  
in: JuS 1969, 190

Werner, Paul Auswirkungen der Zweistufentheorie im  
Subventionsrecht  
in: Schriftenreihe der Hochschule Speyer  
Bd. 13 S. 97-113  
Berlin 1962

Wertenbruch, Wilhelm Grundrechtsbindung im Verwaltungsprivat-  
recht  
in: JuS 1961 105-116

Wolff, H.J. Der Unterschied zwischen öffentlichem  
und privatem Recht  
in: AÖR 76(1950/1951), 205-217

- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom  
18.10.1960  
in: DVBl 1961, 209

- Verwaltungsrecht I  
8. Aufl.  
München/Berlin 1971

- Verwaltungsrecht II  
3. Aufl.  
München/Berlin 1970

- Verwaltungsrecht III  
2. Aufl.  
München/Berlin 1967

v. Wysocki, Klaus Öffentliche Finanzierungshilfen  
Köln und Opladen 1961

Zacher, Hans F. Verwaltung durch Subventionen  
(Bericht auf der Tagung der deutschen  
Staatsrechtslehrer zu Graz 1966)  
in: VVDStRL 25(1967), 308-400

Zeidler, Karl Schranken nicht-hoheitlicher Verwal-  
tung (Bericht auf der Tagung der deut-  
schen Staatsrechtslehrer zu Köln 1960)  
in: VVDStRL 19(1961), 208-241

- Gedanken zum Fernseh-Urteil des  
BVerfG  
in: AÖR 86(1961), 361-404

Zuleeg, Manfred Bürgerlich-rechtliche Schuldverhält-  
nisse zwischen Hoheitsträger und  
Staatsbürger auf Grund Verwaltungs-  
aktes  
Diss. Erlangen 1959

Zuleeg, Manfred

Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der  
Vergabe öffentlicher Aufträge  
in: NJW 1962, 2231-2234

Die Rechtsform der Subventionierungen  
Berlin 1965

Verzeichnis der Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGew	Bestimmungen des Bundesausgleichsamtes über Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Ann.	Anmerkung
AP	Bestimmungen des Bundesausgleichsamtes über Arbeitsplatzdarlehen
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAnz	Bundesanzeiger
Bay.VBl	Bayerische Verwaltungsblätter
Bay.VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof-Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DAR	Deutsches Autorecht
Ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Ämtliche Entscheidungssammlung des zuvor genannten Gerichts, zitiert nach Band und Seite



Erl.	Erläuterung(en)
ERP	European Recovery Program
Ev.StLK	Evangelisches Staatslexikon, hrsg. von Hermann Kunst und Siegfried Grundmann in Verbindung mit Wilhelm Schneemelcher und Roman Herzog Stuttgart/Berlin 1966
Festschr.	Festschrift
FischersZ	Fischers Zeitung für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung
Forts.	Fortsetzung
FuBn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GR	Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte 3.Bd. 1.Halbbd, hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner Berlin 1958
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HdwbSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften hrsg. von Beckerath u.a. 12.Bd. Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1965
Hess.StGH	Hessischer Staatsgerichtshof
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.mit	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
LAG	Lastenausgleich
LG	Landgericht
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MtBl BAA	Mitteilungsblatt des Bundesausgleichsamtes
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW	Nordrhein-Westfalen

OIG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rd.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
S.	Seite(n)
Sp.	Spalte
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
VerfR	Verfassungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VP	Die Verwaltungspraxis
VR	Verwaltungsrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WBStVR	Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Karl Freiherr v. Stengel 3.Bd. 2.Aufl. hrsg. von Max Fleischmann Tübingen 1914
WiGBL	Gesetzblatt für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet
WiVR	Wirtschaftsverwaltungsrecht
WVMBL	Ministerialblatt des Ministers für Wirtschaft und Verkehr
Ziff.	Ziffer

### Problemstellung und Untersuchungsgang

Im Instrumentarium moderner Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik nimmt die Gewährung "staatlicher Finanzhilfen" <sup>1)</sup> einen zunehmend größeren Raum ein. Beredtes Zeugnis über Art und Ausmaß öffentlicher Interventions- und Lenkungsziele legen die Zahl der öffentlichen Finanzhilfeprogramme <sup>2)</sup> und das stetig wachsende Volumen der zu ihrer Durchführung bereitgestellten Mittel <sup>3)</sup> ab. Das aus dem Jahre 1967 stammende "Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft" <sup>4)</sup> macht nunmehr die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Finanzhilfen deutlich, indem es die Haushaltswirtschaft von Bund und Ländern zu einem konjunkturgerechten, antizyklischen Einsatz der öffentlichen Mittel anhält. <sup>5)</sup>

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich ausschließlich mit jenen öffentlichen Finanzhilfen, die sich der besonderen Form des Kredites bedienen

- 
- 1) Vgl. zum Begriff: Henze, Finanzhilfe S.16; v.Wysocki, Finanzhilfen S.147 f.
  - 2) Einen umfassenden Überblick über die Finanzhilfeprogramme des Bundes und der Länder zugunsten der Industrie und der gewerblichen Wirtschaft, der Landwirtschaft und des Wohnungsbaus geben die von Ellen Dittes bearbeiteten, alljährlich erscheinenden Sonderausgaben der "Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen".
  - 3) Vgl. dazu die Aufstellung über die Entwicklung der aus Bundesmitteln in den Jahren 1967 bis 1970 gewährten Finanzhilfen in "Der Langfristige Kredit" 1970,153.
  - 4) StabG vom 8.Juni 1967 (BGBl I, S.582).
  - 5) §§ 12 Abs.1, 13, 14 StabG; vgl. dazu Stern-Münch, StabG Erl. III zu § 12; A.Möller, StabG Rd.3 zu § 12.

Die Untersuchung wird dabei der Tatsache Rechnung tragen, daß die Praxis der Kreditinstitutseinschaltung dort die differenziertesten Formen aufweist, wo sowohl gesamtwirtschaftlich-öffentlicher Interventions- und Lenkungszweck als auch kreditwirtschaftlich-kommerzielle Gesichtspunkte die Entscheidung über die Gewährung des öffentlichen Kredits bestimmen. Dieses ist insbesondere bei der Gewährung öffentlicher Kredite an Industrie und gewerbliche Wirtschaft der Fall. Hier hat das Streben nach maximaler Effektivität und Sachnähe wirtschaftslenkender Staatstätigkeit eine Vielzahl unterschiedlicher Einschaltungsmodelle entstehen lassen. Es werden daher aus der Vielzahl von Kreditierungen aus Staatsmitteln nur diejenigen an die gewerbliche Wirtschaft und Industrie behandelt. Die dort praktizierten Einschaltungsmodelle werden zur Grundlage der folgenden Untersuchungen gemacht.

Dabei wird die Frage zu beantworten sein, ob die Einschaltung und die Übertragung mehr oder weniger zum "Öffentlichen hin verfremdeter" Funktionen<sup>1)</sup> zu einer Schmälerung der rechtlichen Positionen des Bürgers geführt hat. Diese Frage macht es notwendig, sowohl die rechtliche Stellung der Kreditinstitute im Verhältnis zur Staatsorganisation und zum Bürger zu bestimmen als auch die beim Tätigwerden von Kreditinstituten unter den Beteiligten entstehenden Rechtsverhältnisse zu qualifizieren.

Da die Klärung dieser Fragen das Wissen um die praktizierten Einschaltungsverfahren voraussetzt, steht am Anfang der Untersuchung eine Darstellung der Quellen des öffentlichen Kredits sowie der von der Herkunft der Mittel geprägten Kreditvergabeverfahren.

1) Zacher, VVDStRL 25, 375.

## Teil I: Quellen des öffentlichen Kredits und die Vergabeverfahren bei der Gewährung öffentlicher Kredite

Bei der Darstellung der Quellen des öffentlichen Kredits sowie der bei der öffentlichen Kreditgewährung praktizierten Vergabeverfahren wird das Schwergewicht auf jene Quellen des öffentlichen Kredits gelegt, deren Vergabeverfahren ihre besondere Kennzeichnung durch die Einschaltung von Kreditinstituten erfahren.

### A. Quellen des öffentlichen Kredits

Die für die öffentlichen Finanzhilfeprogramme benötigten Mittel können verschiedenen Quellen entstammen. <sup>1)</sup>

Zunächst sind die ordentlichen und außerordentlichen Haushalte der öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften zu nennen. Während die Bundesländer und die gemeindlichen Gebietskörperschaften die Mittel in aller Regel auf diesem Wege bereitstellen, wird ein Teil der vom Bund getragenen zentralen Kreditprogramme aus Mitteln der Sondervermögen bzw. von Sonderfonds gespeist. <sup>2)</sup>

Hinzu kann eine besondere Quelle des öffentlichen Kredits treten, die dadurch gekennzeichnet ist, daß die für die öffentlichen Kreditprogramme benötigten Mittel teils aus Haushalten einer Gebietskörperschaft, teils aus Mitteln entstammen,

1) Vgl. dazu v.Wysocki, Finanzhilfen S.17 f.

2) Vgl. dazu v.Wysocki, Finanzhilfen S.20.

die von beteiligten Kreditinstituten aufgebracht werden.

Da festgestellt werden kann, daß es bei jenen öffentlichen Kreditprogrammen, die aus Mitteln der Sondervermögen bzw. in einem anteiligen Verhältnis aus öffentlichen und Kreditinstitutsmitteln gespeist werden, zu den verschiedensten Einschaltungsmodellen gekommen ist, soll auf diese Quellen im folgenden näher eingegangen werden.

### I. Sonderfonds

Von den Sonderfonds sind das ERP-Sondervermögen, der Lastenausgleichsfonds sowie der Rücklagenfonds der Bundesanstalt für Arbeit zu nennen.

#### 1. ERP-Sondervermögen

Das ERP-Sondervermögen <sup>1)</sup> - diesem wurde am 31.8. 1953 durch das "Gesetz über die Verwaltung des ERP-Sondervermögens" <sup>2)</sup> ein fester Rahmen gegeben - setzt sich aus den DM-Gegenwertbeträgen für die GARIOA-<sup>3)</sup> und die ERP-Lieferungen zusammen. Diese Gegenwertbeträge blieben zum größten Teil auf Konten stehen, die von der damaligen "Bank deutscher Länder" geführt wurden, und die schließlich auf die Bundesrepublik Deutschland übertragen wurden. <sup>4)</sup>

1) Vgl. zur Entstehung des Sondervermögens: Schlaowitz, Finanzier S.17 f; v.Wysocki, Finanzhilfen S.21 f.

2) BGBl I, 1312. Dieses Gesetz wird im folgenden als "ERP-Verwaltungsgesetz" bezeichnet.

3) Government Appropriations for Relief and occupied Areas.

4) Vgl. Schlaowitz, a.a.O., S.20.

Am 1.4.1954 wurde dieses Vermögen vom übrigen Vermögen des Bundes getrennt und erhielt eine eigene Haushaltsführung. Zu diesem Zeitpunkt betrug der Bestand des Sondervermögens 6.156 Mill.DM. Durch aufgelaufene Darlehenszinsen ist der Vermögensbestand bis zum 31.12.1968 auf 9.296 Mill.DM angewachsen.<sup>2)</sup>

Die rechtliche Grundlage des ERP-Sondervermögens bildet das ERP-Verwaltungsgesetz. Die darin enthaltenen Regelungen sollen hier nur insoweit angeführt werden, als sie für die aus dem Sondervermögen durchzuführenden Förderungsprogramme von prägender Bedeutung sind.<sup>3)</sup>

Das ERP-Sondervermögen, das nicht rechtsfähig ist, aber unter seinem Namen im rechtsgeschäftlichen Verkehr handeln, klagen und verklagt werden kann<sup>4)</sup>, dient nach § 2 ERP-Verwaltungsgesetz ausschließlich dem Wiederaufbau und der Förderung der deutschen Wirtschaft.<sup>5)</sup> Die Einnahmen und Ausgaben werden - letztere mit Angabe der hauptsächlichen Verwendungszwecke - jährlich in einem Wirtschaftsplan veranschlagt, der als Bundesgesetz festzustellen ist.<sup>6)</sup> Entsprechend der Aufgabennatur des Sonder-

1) Vgl. Schlaowitz, Finanzier S.20.

2) Finanzbericht 1970, 246.

3) Eine ausführliche Kommentierung dieses Gesetzes gibt Schlaowitz, Finanzier S.195 ff.

4) § 3 ERP-Verwaltungsgesetz.

5) Um den Einsatz der ERP-Mittel auch im Rahmen der Entwicklungshilfe zu ermöglichen, war ein besonderes Gesetz notwendig. Dieses ist durch das ERP-Entwicklungshilfegesetz vom 9.6.1961 (BGBl II, S.577) geschehen.

6) § 7 ERP-Verwaltungsgesetz.

vermögens sieht § 16 ERP-Verwaltungsgesetz vor, daß die Durchführung des Gesetzes im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministern erfolgt. Der von diesen gebildete interministerielle Ausschuß entscheidet über die Förderungsprogramme und deren Konditionen. Das Sondervermögen, das wie § 5 des ERP-Verwaltungsgesetzes bestimmt, in seinem Bestand zu erhalten ist, gewährt Finanzhilfen nur aus den Einnahmen. Der revolvingierende Einsatz der ERP-Mittel - bei ihrer Vergabe hat die volkswirtschaftliche Zielrichtung den Vorrang vor dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung - soll dadurch garantiert werden, daß die Hilfen im Regelfall nur als verzinsliche Darlehen ausgereicht werden, sofern der Begünstigte die Mittel hinreichend sichern kann. Dieser Bestimmung des § 5 ERP-Verwaltungsgesetz kommt damit - wie noch gezeigt werden wird - für die Vergabepraxis und die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens besondere Bedeutung zu,

## 2. Lastenausgleichsfonds

Zur Abgeltung von Schäden und Verlusten bzw. der Milderung von Härten, die durch Krieg und Kriegsfolgen sowie durch die Währungsreform entstanden waren, wurde der sog. Lastenausgleich durchgeführt. Danach hatten diejenigen, deren Besitz zumindest teilweise bewahrt geblieben war, Ausgleichsabgaben zu entrichten; diese wurden den besonders Betroffenen in Form von Ausgleichsleistungen zur Verfügung gestellt.

Das Lastenausgleichsproblem ist in mehreren Etappen gelöst worden. Eine zunächst provisorische Lösung ermöglichte das am 8. August 1949 er-

lassene "Gesetz zur Milderung dringender sozialer Notstände" <sup>1)</sup>. Nach dessen Regelung <sup>2)</sup> wurde ein Fonds zum Zwecke des Lastenausgleichs im Bereich des vereinigten Wirtschaftsgebietes gebildet. Dieser erhielt seine finanzielle Ausstattung durch die Soforthilfeabgaben sowie durch das Aufkommen, das die Durchführung des "Gesetz zur Sicherung von Forderungen des Lastenausgleichs" <sup>3)</sup> erbrachte.

Entsprechend dem § 5 des am 14.8.1952 erlassenen "Gesetz über den Lastenausgleich" <sup>4)</sup> wurde ein Ausgleichsfonds als Sondervermögen des Bundes gebildet, in den die Vermögen des Soforthilfefonds sowie anderer Fonds <sup>5)</sup> überführt wurden. Der Lastenausgleichsfonds wird aus verschiedenen Quellen gespeist. Von diesen sind insbesondere die Ausgleichsabgaben <sup>6)</sup>, die Erträge des Ausgleichsfonds sowie die "sonstigen Werte, die dem Ausgleichsfonds durch Gesetz oder auf andere Weise besonders zugewiesen werden" <sup>7)</sup>, zu nennen.

Der Vermögensbestand des LAG-Ausgleichsfonds, das wie das ERP-Sondervermögen vom übrigen Vermögen

- 1) WiGBI S.205. Dieses Gesetz wird als "Soforthilfegesetz" bezeichnet.
- 2) § 48 Soforthilfegesetz.
- 3) vom 2.9.1948 (WiGBI S.87).
- 4) BGBl I S.446; heutige Fassung vom 1.12.1965 BGBl I S.1945.
- 5) Siehe dazu § 354 Abs.2 LAG-Gesetz.
- 6) Vermögensabgabe, Hypothekengewinnabgabe, Kreditgewinnabgabe.
- 7) § 5 Abs.1 (5) LAG-Gesetz; vgl. v.Wysocki, Finanzhilfen S.25.

des Bundes getrennt zu halten ist und über dessen Verwaltung und Verwendung die Bundesregierung nach Anhörung des Präsidenten des Bundesausgleichsamtes und mit Zustimmung des Bundesrates Richtlinien erlassen kann <sup>1)</sup>, betrug im Jahre 1952 DM 2.104 Mio <sup>2)</sup> und im Jahre 1968 DM 8.350 Mio. <sup>3)</sup>

Der Ausgleichsfonds wird vom Präsidenten des Bundesausgleichsamtes verwaltet. <sup>4)</sup>

Entsprechend der besonderen Zielsetzung des Kriegsfolgenausgleichs unterscheiden sich die Hilfen des Lastenausgleichsfonds bezüglich des Begünstigtenkreises und des Leistungscharakters wesentlich von den Hilfen des ERP-Sondervermögens. Sie haben zum überwiegenden Teil den Charakter von echten Entschädigungszahlungen und sozialer Hilfestellungen. <sup>5)</sup> Die Gewährung zinsgünstiger Eingliederungsdarlehen an den ausgleichsberechtigten Personenkreis steht demgegenüber im Hintergrund. <sup>6)</sup>

### 3. Rücklagenfonds der Bundesanstalt für Arbeit

Als Kreditgeberin tritt - freilich in beschränktem Umfang - auch die Bundesanstalt für Arbeit, Nürnberg, hervor. <sup>7)</sup> Aus deren Rücklagenfonds wird gegenwärtig

- 1) § 318 LAG-Gesetz.
- 2) Bundeshaushaltsplan des Rechnungsjahres 1955, Allg.Vorbemerkungen, Siebenter Teil, C II.
- 3) Finanzbericht 1970, 247.
- 4) § 319 LAG-Gesetz.
- 5) §§ 253 ff LAG-Gesetz; Eingliederungsdarlehen werden in der Form von Aufbau- und Arbeitsplatzdarlehen gewährt.
- 6) Zum Verhältnis der Leistungen vgl. v.Wysocki, Finanzhilfen S.27.
- 7) Vgl. v.Wysocki, a.a.O., S.34 f; Schneider-Gädicke, Kredit S.18.

die zentrale Kreditaktion "Darlehen der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung für Strukturverbesserung in Nordrhein-Westfalen und im Saarland" <sup>1)</sup> durchgeführt. Diese Finanzhilfen sollen den von Betriebsstilllegungen im Bergbau betroffenen Gebieten zugute kommen und die Ansiedlung neuer bzw. die Erweiterung vorhandener Betriebe ermöglichen.

Die Bundesanstalt ist bei der Ausreichung von Krediten zugunsten privater Unternehmen an die Vorschriften der Reichsversicherungsordnung <sup>2)</sup> gebunden. Diese verpflichten sie, für die ausgereichten Mittel Sicherheiten zu verlangen, die im kommerziellen Kreditgeschäft nicht verlangt werden und die regelmäßig vom Kreditnehmer nicht gestellt werden können. <sup>3)</sup> Eine Kreditgewährung an private Unternehmen ist aber u. a. unter der Voraussetzung möglich, daß eine Körperschaft des öffentlichen Rechts oder die Kreditanstalt einer solchen Körperschaft die Haftung für den Kredit übernimmt. Als Beispiel dafür kann für das oben genannte Kreditprogramm die Gestaltung angeführt werden, die in Nordrhein-Westfalen gewählt worden ist. Hier wird der von der Bundesanstalt gewährte Kredit über die Westdeutsche Landesbank unter deren Haftung dem Letztkreditnehmer zur Verfügung gestellt.

1) Vgl. Dittes, Finanzierungshilfen S.17.

2) § 26 der Reichsversicherungsordnung vom 19.7.1911 (RGBl S.509) i. d. F. der Bekanntmachung vom 15.12.1924 (RGBl S.779) sowie der späteren Änderungen.

3) Vgl. v. Wysocki, Finanzhilfen S.34 f.

## II. Öffentliche Kredite aus Haushalts- und Kreditinstitutsmitteln (gemischte Kreditsubventionen)

Schließlich bedürfen jene Förderungsprogramme einer Kategorisierung, bei denen die benötigten Gesamtmittel in einem anteiligen Verhältnis von öffentlichen Haushalten und Kreditinstituten aufgebracht werden, und die darüber hinaus die Besonderheit aufweisen, daß allein die mittelgebenden Kreditinstitute zur Entscheidung über die Vergabe entsprechender Förderungskredite berufen sind.

Von dieser Möglichkeit - Zacher <sup>1)</sup> versucht, sie mit dem Begriff "gemischte Kreditsubvention" zu kennzeichnen - ist bisher freilich nur in beschränktem Umfang Gebrauch gemacht worden. <sup>2)</sup> Sie wird gegenwärtig - soweit ersichtlich - nur bei der Durchführung des saarländischen Mittelstandsförderungsprogramms <sup>3)</sup> praktiziert. Die entsprechenden Haushaltsmittel werden der Saarländischen Investitionskreditbank AG als Darlehen mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt, daß von dieser eine Aufstockung der Mittel in einem von der jeweiligen Kapitalmarktlage bestimmten Verhältnis zu besorgen ist. Zur Vergabe der Förderungskredite ist allein das Kreditinstitut berufen, das seine Entscheidungen gemäß den Bestimmungen nicht veröffentlichter Richtlinien der saarländischen Regierung zu treffen hat.

1) VVDStRL 25,380 Anm.349; vgl. dazu auch Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd.47.

2) Dazu: Menzel, Hausbanken S.111 ff; Schneider-Gädicke, Kredit S.71,78.

3) Die entsprechenden Richtlinien sind nicht veröffentlicht. Die entsprechenden Regelungen sind lediglich in dem Merkblatt 1969 der Saarländischen Investitionskreditbank AG enthalten, so ein Schreiben dieses Kreditinstituts vom 16.1.1970.

Auch diese Förderungsprogramme müssen als Quelle des öffentlichen Kredits angesehen werden. Im Anschluß an v.Wysocki läßt sich dieses nicht nur mit der teilweise öffentlichen Herkunft der Mittel, sondern darüber hinaus auch damit begründen, daß die Förderungskredite auf "Veranlassung öffentlicher Stellen" gewährt werden.<sup>1)</sup> Die gemischten Kreditsubventionen unterscheiden sich von anderen Kreditsubventionen lediglich durch zweierlei: Einmal dadurch, daß die Mittel auch aus privaten Quellen stammen. Zum anderen dadurch, daß den Kreditinstituten weitgehende Bewilligungskompetenzen eingeräumt sind.

Diese Unterschiede stehen einer Kategorisierung dieser Kreditsubventionen als öffentliche Finanzierungshilfen jedoch nicht entgegen. Wie bei anderen Kreditsubventionen manifestiert sich auch in ihnen das öffentliche Interventions- und Lenkungsinteresse.<sup>2)</sup> Darüber hinaus besteht eine entscheidende Gemeinsamkeit darin, daß der Staat bzw. die entsprechende juristische Person des öffentlichen Rechts auch hier die Vergabevoraussetzungen sowie die Konditionen der Kredite "normativ" festlegt und die Kreditinstitute vertraglich zu deren Einhaltung verpflichtet.

#### B. Verfahrensarten der öffentlichen Kreditgewährung

Die bei der öffentlichen Kreditgewährung praktizierten Vergabeverfahren lassen sich zwei Hauptgruppen zuordnen, die sich bezüglich der Gestaltung

1) v.Wysocki, Finanzhilfen S.147 f.

2) Vgl. dazu Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.51.

des Antrags- und Ausreichungsweges grundlegend voneinander unterscheiden. Diese Vergabeverfahren werden als "direkte Vergabe" und als "indirekte Vergabe" öffentlicher Kredite bezeichnet.<sup>1)</sup> Welches der beiden Vergabeverfahren im Einzelfall Anwendung findet, bestimmt sich nach Maßgabe des jeweiligen öffentlichen Kreditprogramms.

#### I. "Direkte Vergabe"

Bei der direkten Vergabe vollzieht sich der Gesamtvorgang der öffentlichen Kreditgewährung unmittelbar zwischen Subventionsträger und Subventionsempfänger.

Der Kreditbewerber hat seinen Antrag direkt an den Subventionsträger zu richten. Dieser entscheidet erstmalig und endgültig über den Antrag, schließt im Falle der Bewilligung mit dem Kreditbegünstigten einen entsprechenden Vertrag in eigenem Namen, stellt die Kreditmittel dem Kreditnehmer bzw. dessen kontoführendem Kreditinstitut direkt zur Verfügung, verwaltet den Kredit in eigener Regie und überwacht die zweckentsprechende Verwendung der Kreditmittel bzw. läßt dieses durch seine Rechnungsprüfungsbehörden kontrollieren.

Da es bei diesem Vergabeverfahren zu einer Betrauung der Kreditinstitute mit subventionsmittelnden, subventionsbewilligenden oder subventionsverwaltenden Funktionen nicht kommt, wird auf dieses

1) Vgl. v.Wysocki, Finanzhilfen S.42 ff.



Vergabeverfahren im weiteren Untersuchungsverlauf nicht mehr eingegangen.<sup>1)</sup>

## II. "Indirekte Vergabe"

Das bei der indirekten Vergabe öffentlicher Kredite praktizierte Verfahren erhält seine spezifische Prägung dadurch, daß zwischen Subventionsträger und Subventionsempfänger Kreditinstitute eingeschaltet sind, denen subventionsmittelnde, subventionsbewilligende oder subventionsverwaltende Funktionen übertragen sein können.

Diese Begriffsbildung muß zunächst notwendig pauschaler Natur sein. Sie umschließt im einzelnen eine Vielzahl unterschiedlichster Gestaltungen. Eine durchgehend einheitliche Typisierung der Erscheinungsformen dieses Vergabeverfahrens ist in Anbetracht der Tatsache, daß die Einschaltungspraxis in einem traditionslosen Pragmatismus den unterschiedlichsten Bedürfnissen nachgegangen ist, kaum möglich.<sup>2)</sup> Die unterschiedliche Herkunft der Mittel und die unterschiedlichen Zielsetzungen der öffentlichen Kreditprogramme haben mehrere Formen des indirekten Vergabeverfahrens entstehen lassen.

1) Beispiele lassen sich aus der Zusammenstellung bei Dittes, Finanzierungshilfen, entnehmen. Generell kann gesagt werden, daß dieses Verfahren vom Bund weniger häufig praktiziert wird als von den anderen Gebietskörperschaften. Als Beispiel für ein Förderungsprogramm auf Bundesebene sei hier genannt: "Gewährung von Beihilfen zur Errichtung oder Erweiterung von Blockheizwerken oder Fernheizwerken", Richtlinien des Bundesministers für Wirtschaft vom 11.8.1964 (Banz Nr.153 v.20.8.1964) mit Änderung vom 13.8.1965 (Banz Nr.155 v.20.8.1965).

2) Vgl. Zacher, VVDStRL 25,370.

Einige Programme kommen mit nur einem Funktionsträgertyp des eingeschalteten Kreditinstituts aus, überwiegend ist jedoch ein Zusammenspiel mehrerer Funktionsträgertypen vorgesehen.

Diese Untersuchung, die sich insbesondere mit den bei der Kreditinstitutseinschaltung entstehenden verwaltungsrechtlichen Problemen beschäftigt, kommt ohne eine nähere Darstellung der einzelnen Formen des indirekten Vergabeverfahrens nicht aus. Da die nachfolgenden Untersuchungen hierauf basieren, erweist sich deren Kenntnis als unentbehrlich.

Auszugehen ist bei dieser Darstellung von den Überlegungen, die zur Einschaltung von Kreditinstituten geführt haben. Deren Kenntnis eröffnet den Zugang zum Verständnis der einzelnen Ausprägungen des indirekten Vergabeverfahrens.

Neben vorwiegend organisatorischen Zielen - Entlastung der subventionsträgerschaftlichen Verwaltung, Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrensganges - wurde mit der Einschaltung von Kreditinstituten insbesondere das Ziel verfolgt, die Spezialerfahrungen des kreditwirtschaftlich-kommerziellen Sektors für die Durchführung der zentralen Kreditaktionen zu nutzen und somit eine optimale Sachnähe der bewilligenden, verwaltenden und abwickelnden Kreditentscheidungen zu garantieren.<sup>1)</sup>

### 1. Einschaltung subventionsverwaltender Kreditinstitute

Eine Notwendigkeit zur Einbeziehung kreditwirt-

1) Vgl. dazu Menzel, Hausbanken S.22, 24 f.

schaftlicher Organisationen stellte sich freilich nicht bei allen öffentlichen Kreditprogrammen in gleicher Weise. So liegt es auf der Hand, daß bei jenen öffentlichen Krediten, deren Primärfunktion sozialer Natur ist und deren Gewährung selbst bei einem unüblichen Kreditrisiko geboten bleibt, die Entscheidungskompetenzen bei der subventionsträgerschaftlichen Verwaltung verbleiben.<sup>1)</sup> So entscheiden z.B. über die Gewährung von Eingliederungsdarlehen gemäß §§ 253 ff. LAG die örtlich zuständigen Lastenausgleichsbehörden. Die Funktionen eingeschalteter Kreditinstitute sind hier auf Überwachungs- undwicklungsaufgaben beschränkt.<sup>2)</sup> Dieses Modell des eingeschalteten Kreditinstitutes wird im folgenden mit dem Begriff "subventionsverwaltendes Kreditinstitut" belegt.

## 2. Einschaltung subventionsmittelnder und subventionsbewilligender Kreditinstitute

Freilich ist die Betrauung von Kreditinstituten mit lediglich subventionsverwaltenden Funktionen die Ausnahme. Die überwiegende Anzahl öffentlicher Kreditprogramme zugunsten der Industrie und der gewerblichen Wirtschaft dient der Verwirklichung primär wirtschaftspolitischer Ziele. Demgemäß bestimmen gesamtwirtschaftliche Effektivität und Kreditrisikogesichtspunkte gleichrangig über die Vergabe des Kredits. Diese doppelte Notwendigkeit hat die interessanteren Formen der Kreditinstituts-einschaltung entstehen lassen.

1) Menzel, Hausbanken S.89 f; vgl. auch Schneider-Gädicke, Kredit S.45; v.Wysocki, Finanzhilfen S.26 f; Götz, Wirtschaftssubventionen S.12; BVerfG v.12.2.1964, JZ 1964,321(321).

2) Vgl.dazu unten S.28 f.

## a) Subventionsmittelnde Kreditinstitute (Hausbanken)

Die örtliche Hausbank<sup>1)</sup> des Antragstellers - diese kann die wirtschaftliche Situation des Antragstellers auf Grund ihres dauernden Kontakts zu diesem leichter beurteilen, als es den zentralen subventionsbewilligenden Stellen möglich wäre - übernimmt eine Mittlerfunktion zwischen den kreditbewilligenden Stellen und dem Kreditnehmer. Der Hausbank erwachsen dabei folgende Aufgaben: Anträge auf Gewährung eines öffentlichen Kredits können nur über den Mittler eingereicht werden. Dieser wird dem Antrag - neben einer Beurteilung des gesamtwirtschaftlichen und kreditwirtschaftlichen Aspekts der Förderung - gegebenenfalls eine Erklärung hinzuzufügen haben, ob er sich zur vollen oder teilweisen Übernahme des Kreditrisikos bereiterklärt. Die bewilligten Kreditmittel werden dem Antragsteller nur über den Mittler zur Verfügung gestellt, der dabei im eigenen Namen handelt. Ob er die Kreditmittel auch für eigene Rechnung ausreicht, hängt von den Besonderheiten des jeweiligen öffentlichen Kreditprogrammes ab. Im weiteren Verlauf übernimmt der Mittler Verwaltung, Überwachung und Abwicklung des Kredits.

Diese Form der Kreditinstituts-einschaltung - auf die

1) Der Begriff "Hausbank" wird hier in einem doppelten Sinne verstanden. In der Bankbetriebslehre bezeichnet er u.a. diejenige Bank, mit der ein Kunde normalerweise in Geschäftsbeziehungen steht, vgl. Müller-Löffelholz, Banklexikon Sp.605. Im Subventionsbereich bezeichnet dieser Begriff das Kreditinstitut, das bei einer Kreditaktion der öffentlichen Hand die Durchleitung und Verwaltung des einem Unternehmen gewährten Kredits übernimmt, vgl. Enzykl.Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, Bd.II S.1456; Menzel, Hausbanken S.23 f.

Einzelheiten wird noch an späterer Stelle einzugehen sein <sup>1)</sup> - garantiert in günstiger Weise sowohl die Beachtung kreditwirtschaftlich-kommerzieller Grundsätze als auch die Aspekte eines gesamtwirtschaftlich nutzbringenden, weitgehend risikosicheren Einsatzes öffentlicher Mittel.

#### b) Subventionsbewilligende Kreditinstitute (zentrale Kreditinstitute)

Bei öffentlichen Kreditprogrammen mit primär wirtschaftspolitischer Zielsetzung wird zusätzlich in vielen Fällen eine Form der Kreditinstituts-einschaltung praktiziert, deren Besonderheit darin besteht, daß Kreditinstituten zentralen Charakters die Funktionen subventionsbewilligender Stellen übertragen sind.

Diese Form der Einschaltung findet sich bei den auf Bundesebene laufenden ERP-Förderungsprogrammen regelmäßig <sup>2)</sup>, bei den für West-Berlin geltenden ERP-Förderungsprogrammen nur in beschränktem Umfange. Hierauf wird im folgenden noch näher einzugehen sein. <sup>3)</sup>

Bei der Durchführung der in den Bundesländern geltenden Förderungsprogramme wird von dieser Form des indirekten Vergabeverfahrens in aller Regel kein Gebrauch gemacht. Ausnahmen gelten hier nur für einzelne Förderungsprogramme, die gegenwärtig

1) Dazu unten S.21 ff.

2) Die einzige Ausnahme bildet die Gewährung von Krediten für Seehafenbetriebe, vgl. Dittes, Finanzierungshilfen S.11. Die Anträge sind direkt an den "Bundesminister für Verkehr" zu richten, der die Kredite bewilligt, die Mittel werden direkt dem Begünstigten zur Verfügung gestellt.

3) Dazu unten S.21.

in Nordrhein-Westfalen und im Saarland durchgeführt werden.

### C. Das indirekte Vergabeverfahren im einzelnen

#### I. Vergabeverfahren bei ERP-Krediten

Ein umfassendes, im einzelnen freilich auch kompliziertes Einschaltungsmodell ist bei den Kreditgewährungen aus ERP-Mitteln anzutreffen. Hier sind neben subventionsbewilligenden Kreditinstituten in aller Regel auch subventionsmittelnde Kreditinstitute in den Gesamtvorgang der Kreditgewährung eingeschaltet.

#### 1. Einschaltung subventionsbewilligender Kreditinstitute (Hauptleihinstitute)

Die Vergabe von ERP-Krediten erfolgt regelmäßig <sup>1)</sup> über die sog. Hauptleihinstitute <sup>2)</sup>, denen die entsprechenden Mittel als Darlehen vom Sondervermögen zur Verfügung gestellt werden. <sup>3)</sup>

Die Hauptleihinstitute des Sondervermögens sind entweder - so die Kreditanstalt für Wiederaufbau, Frankfurt, und die Lastenausgleichsbank, Bonn, - öffentlich-rechtliche Anstalten des Bundes <sup>4)</sup> oder

1) Vgl. dazu oben S.18 Anm. 2).

2) Zum Begriff: Schlaowitz, Finanzier S.200; v.Wysocki, Finanzhilfen S.24.

3) Vgl. Schlaowitz, Finanzier S.201.

4) Die KfW wird in § 1 Abs.1 "Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau" v.5.11.1948, i.d.F. v.23.6.1969 (BGBl I, S.574) zwar als Körperschaft des öffentlichen Rechts bezeichnet. Hiergegen vgl. jedoch Henze, Finanzhilfe S.62, Huber, WiVR I, S.139, H.J.Wolff, VR II § 98 II b, die übereinstimmend annehmen, daß die Kreditanstalt eine öffentliche Anstalt sei, da ihr jedes mitgliedschaftliche Organ fehle. A.M.: Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.53. - Für die Lastenausgleichsbank: § 1 Abs.1 "Gesetz über die Lasten-

sie haben - so die Berliner Industriekreditbank - die Rechtsform einer Aktiengesellschaft.

Die regionalen und funktionalen Tätigkeitsbereiche der Hauptleihinstitute sind folgendermaßen voneinander abgegrenzt. Die Kreditanstalt für Wiederaufbau vergibt ERP-Kredite für Förderungen in Westdeutschland und für Förderungen, die im Rahmen der Entwicklungshilfe zu erbringen sind. Die Lastenausgleichsbank vergibt ERP-Kredite, die speziell den Vertriebenen, Kriegssachgeschädigten und Flüchtlingen zugute kommen sollen. Die Berliner Industriekreditbank AG ist Hauptleihinstitut für die ERP-Förderungen, die West-Berlin zugute kommen sollen.<sup>1)</sup>

Die Einschaltung von Hauptleihinstituten findet ihre Ursache in dem sog. Substanzerhaltungsgrundsatz, der für das ERP-Sondervermögen in § 5 des ERP-Verwaltungsgesetzes<sup>2)</sup> normiert ist.

Förderungen werden deshalb regelmäßig nur in der Form von Krediten durchgeführt.<sup>3)</sup> Diese werden nur dann bewilligt, wenn ein Rückfluß der ausgereichten Mittel sichergestellt ist. Um dieses zu gewährleisten, treten die Hauptleihinstitute gegenüber dem Sondervermögen als Darlehensnehmer auf und übernehmen die Primärhaftung für die ihnen vom Sonderfonds zur Verfügung gestellten Mittel.<sup>4)</sup>

ausgleichsbank (Bank für Vertriebene und Geschädigte)" v.28.10.1954 i.d.F. v.18.8.1969 (BGBl I, S.1232).

1) Vgl. Schlaowitz, Finanzier S.201.

2) vom 31.8.1953 (BGBl I, S.1312).

3) § 5 Abs.2 S.2 dieses Gesetzes bestimmt: "In besonderen Fällen können auch unverzinsliche Darlehen und verlorene Zuschüsse gewährt werden".

4) Vgl. Schlaowitz, Finanzier S.202.

Unterschiede bestehen im einzelnen jedoch hinsichtlich des Umfangs der den Hauptleihinstituten übertragenen subventionsbewilligenden Funktionen.

Während die Kreditanstalt für Wiederaufbau und die Lastenausgleichsbank im Rahmen der von den Förderungsprogrammen selbst bestimmten Kredithöchstgrenzen nach Maßgabe von Richtlinien des für die Verwaltung des ERP-Vermögens zuständigen Bundesministers<sup>1)</sup> selbständig zu entscheiden haben, bestimmt die "Verfahrensregelung für die Durchführung der Berliner ERP-Finanzierungsprogramme"<sup>2)</sup>, daß die Berliner Industriekreditbank AG nur bis zu einer Höchstgrenze von DM 150.000.- für den einzelnen Kredit über die Gewährung von Investitionskrediten entscheiden kann. In anderen Fällen ist zur Entscheidung über die Bewilligung der Berliner Investitionsausschuß (BIA), zur Festsetzung der Konditionen und der Sicherheiten ein bei dem Kreditinstitut gebildeter allgemeiner Kredit-Ausschuß (AKA) berufen.

## 2. Einschaltung subventionsmittelnder Kreditinstitute (Hausbanken)

Während die Berliner Industriekreditbank AG die ERP-Kredite dem Kreditnehmer unmittelbar zur Verfügung stellen kann - von dieser Möglichkeit macht

1) Vgl. dazu Schlaowitz, Finanzier S.201.

2) In der Fassung vom 28.7.1964, abgedruckt bei Schlaowitz, Finanzier S.152 f. Wie die Berliner Industriekreditbank AG auf Anfrage vom 5.2.1970 mitteilte, wird diese Verfahrensregelung zum Teil überarbeitet werden.

sie regelmäßig Gebrauch<sup>1)</sup> - , sind die Kreditanstalt und die Lastenausgleichsbank gesetzlich verpflichtet, die Kredite grundsätzlich nur über andere Kreditinstitute auszureichen.<sup>2)</sup>

Dieses hat dazu geführt, daß direkte Beziehungen zwischen Hauptleihinstitut und Letztkreditnehmer weder in der Phase der Kreditbewilligung noch in der Phase der Kreditausreichung aufgenommen werden. Der Gesamtvorgang der Kreditgewährung vollzieht sich vielmehr nur über die vom Kreditbewerber gewählte Hausbank, die hierbei die Funktionen eines subventionsmittelnden Kreditinstituts übernimmt.<sup>3)</sup> Dieses bedingt im einzelnen folgende Verfahrensgestaltung: Die Mittler stellen im eigenen Namen bei den Hauptleihinstituten den Antrag auf Gewährung des öffentlichen Kredits. Die Hauptleihinstitute treffen ihre Entscheidung - ausschlaggebend für deren Gestaltung ist neben dem Vorhandensein der Förderungsvoraussetzungen auch die Stellungnahme des Mittlers - unmittelbar und nur gegenüber dem Mittler.

Im Falle der Kreditbewilligung entstehen - das läßt sich in einem Vorgriff auf die späteren Untersuchungsergebnisse<sup>4)</sup> bereits jetzt sagen - ver-

- 1) Vgl. Schlauwitz, Finanzier S.200.
- 2) Für die KfW § 3 Abs.1 "Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau". Direkt können Kredite nur in Ausnahmefällen mit entsprechender Zustimmung des Verwaltungsrates gewährt werden. - Für die Lastenausgleichsbank findet sich eine entsprechende Bestimmung in § 4 Abs.3 "Gesetz über die Lastenausgleichsbank". Zur Bedeutung dieser Ausnahmeregelung vgl. Menzel, Hausbanken S.42,48; v.Wysocki, Finanzhilfen S.44.
- 3) Zum Begriff vgl. oben S.17.
- 4) Vgl. dazu unten S.142 f.

tragliche Beziehungen nur zwischen Hauptleihinstitut und Mittler einerseits sowie zwischen Mittler und Letztkreditnehmer andererseits.

Das subventionsmittelnde Kreditinstitut - es nimmt späterhin auch die Verwaltung, Überwachung und Abwicklung des Kredites wahr - reicht den bewilligten Kredit in eigenem Namen und für eigene Rechnung an den Letztkreditnehmer aus und trägt daher gegenüber dem Hauptleihinstitut als dessen Darlehensnehmer die Haftung für die Kreditmittel, die ihm im Wege der "Refinanzierung"<sup>1)</sup> vom Hauptleihinstitut zur Verfügung gestellt worden sind.<sup>2)</sup>

Die Höhe der Risikobeteiligung des Mittlers kann freilich unterschiedlich gestaltet sein. Regelmäßig werden die Hauptleihinstitute, die ja dem ERP-Sondervermögen selbst als Darlehensnehmer haften, von dem Mittler ihrerseits die volle Haftungsübernahme verlangen. Im Einzelfall kann es jedoch zu einer abweichenden Verteilung des Kreditrisikos kommen.

- 1) In der Bankbetriebslehre wird darunter eine Kreditgewährung verstanden, die nicht aus eigenen Mitteln des Kreditgebers erfolgt, sondern aus Mitteln, die sich dieser erst beschaffen muß. Vgl. Müller-Löffelholz, Banklexikon Sp.1012. Kritisch zur Verwendung dieses Begriffs bei Beteiligung von Kreditinstituten an zentralen Kreditaktionen: Menzel, Hausbanken S.101.
- 2) Von dieser Refinanzierungspraxis sind die Formen des "Auftragskredits" streng zu trennen. Zwar gewährt die Bank auch hier Kredit in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Anders als bei der Refinanzierungspraxis gehen Kreditausfälle jedoch ins Obligo des Auftraggebers, der dem Beauftragten wie ein Bürge (§ 778 BGB) haftet. Vgl.dazu Menzel, Hausbanken S.33 f; Müller-Löffelholz, Banklexikon Sp.763.

Möglich ist einmal, daß die Hauptleihinstitute dann, wenn sie im Einzelfall von ihrer Haftung gegenüber dem ERP-Sondervermögen freigestellt und daher nur als dessen Treuhänder tätig werden <sup>1)</sup>, die Mittler ihrerseits aus einer Haftungsbeteiligung entlassen. Freilich wird dieser Weg nur dann eröffnet sein, wenn eine aus übergeordneten Interventions- und Lenkungsinteressen als notwendig anzusehende Kreditgewährung nicht wegen eines unzureichenden Sicherungsangebotes seitens des Bewerbers scheitern soll.

Möglich ist weiterhin, daß einzelne ERP-Förderungsprogramme Raum für eine flexible Verteilung des Kreditrisikos lassen. Als Beispiel hierfür kann das Verfahren genannt werden, das bei der Gewährung von ERP-Investitionskrediten durch die Lastenausgleichsbank Anwendung findet. <sup>2)</sup>

Im allgemeinen wird sich freilich für den Fall, daß der Bewerber den Kredit nicht in banküblichem Umfang sichern kann, eine Hausbank zur Übernahme der Mittlerfunktion nicht bereitfinden. Zu einer

- 1) Vgl. Schlauwitz, Finanzier S.202; v.Wysocki, Finanzhilfen S.48; Breckner, ERP-Finanzierung Sp.1674 ff(1678).
- 2) "Richtlinien der Lastenausgleichsbank für die Gewährung von Investitionskrediten an Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegssachgeschädigte aus Mitteln des ERP-Sondervermögens" vom 25.4.1969. Hier kann, sofern die Hausbank nicht bereit ist, einen Risikoanteil von mindestens 50 % zu übernehmen, eine Reduzierung der Haftung bis auf 10 % unter der Voraussetzung erfolgen, daß eine Landesbürgschaft erteilt wird. Vgl. Dittes, Finanzierungshilfen S.6 f; Menzel, Hausbanken S.31.

Gewährung des ERP-Kredits wird es, wenn die bereits aufgezeigten Wege wegen der ablehnenden Haltung der Mittler <sup>1)</sup> nicht realisierbar sind, nur noch dann kommen können, wenn dritte öffentliche Stellen <sup>2)</sup> oder besondere Kreditgarantiegemeinschaften <sup>3)</sup> für die Mittel eine Bürgschaft in Form der sog. modifizierten Ausfallbürgschaft zu übernehmen bereit sind. <sup>4)</sup>

## II. Vergabeverfahren bei Kreditgewährung aus öffentlichen Haushalten

Die Verfahrensgestaltungen, die bei der indirekten Vergabe von öffentlichen Krediten aus Haushaltsmitteln des Bundes <sup>5)</sup> und der Länder <sup>6)</sup> Anwendung finden, weisen eine weitgehende Homogenität auf.

### 1. Regelmäßige Verfahrensgestaltung

Regelmäßig sind bei diesen Programmen Kredit-

- 1) In diesem Fall ist wegen der Haltung der Mittler der Zugang zum öffentlichen Kredit regelmäßig verschlossen, vgl. dazu Schneider-Gädicke, Kredit S.45; Zacher, VVDStRL 25,379.
- 2) Vgl. v.Wysocki, Finanzhilfen S.49; vgl. auch die Aufstellung bei Dittes, Finanzierungshilfen, über das Programm der Staatsbürgschaften für die gewerbliche Wirtschaft und die Industrie.
- 3) Diese sind Gemeinschaftseinrichtungen der Wirtschaft. Sie übernehmen Ausfallbürgschaften für Betriebe, die nicht über ausreichende Kredit-sicherheiten verfügen, und geben eine 80 %ige Bürgschaft, von der wiederum 4/5 durch Bürgschaft des Bundes oder eines Landes gedeckt sind. Vgl. dazu Müller-Löffelholz, Banklexikon Sp.765 ff; Schlauwitz, Finanzier, Sachverzeichnis S.275 unter diesem Stichwort.
- 4) Siehe v.Wysocki, Finanzhilfen S.72 f; Menzel, Hausbanken S.141 f. Es handelt sich um eine Form der selbstschuldnerischen Bürgschaft, bei der sich die Verpflichtung auf den tatsächlich beim Hauptschuldner eingetretenen Ausfall beschränkt.

institute mit lediglich subventionsmittelnden Funktionen betraut.

Die Kreditanträge sind vom Mittler bei der unmittelbar subventionsträgerschaftlichen Verwaltung einzureichen. Die von dieser bewilligten öffentlichen Kredite - im Bewilligungsverfahren kann es zu einer Anhörung dritter öffentlicher Stellen kommen - werden dem Kreditbegünstigten über den Mittler ausgereicht. Der Mittler schließt mit diesem einen Kreditvertrag in eigenem Namen ab. Er reicht die Kreditmittel aber - insoweit also abweichend von der ERP-Verfahrenspraxis - für Rechnung des Subventionsträgers aus und übernimmt im weiteren die treuhänderische Überwachung und Abwicklung des Kredits.

## 2. Abweichende Verfahrensgestaltungen

In Abweichung von der beschriebenen Verfahrensgestaltung kann es auch bei diesen Kreditprogrammen zu einer Haftungsbeteiligung der subventionsmittelnden Kreditinstitute kommen. Diese Aussage gilt für das gegenwärtig in Nordrhein-Westfalen laufende Landeskreditprogramm <sup>1)</sup>, sowie für das "Bayerische Refinanzierungsprogramm für die Förderung des ge-

Forts. von S.25

Auf Bundesebene erfolgen die Förderungen hauptsächlich aus Mitteln der Sondervermögen, vgl. dazu oben S.4.

- 6) Vgl. Dittes, Finanzierungshilfen. Von den dort genannten 24 öffentlichen Kreditprogrammen, die aus Haushaltsmitteln der Bundesländer finanziert werden, weisen 17 den indirekten Vergabeweg auf.
- 1) "Gemeinsame Richtlinien des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr, des Finanzministers und des Arbeits- und Sozialministers des Landes Nordrhein-Westfalen für die Gewährung von Krediten an Wirtschaftsunternehmen und freiberuflich Tätige (Landeskreditprogramm)" vom 1.2.1962 i.d.F. vom 31.7.1967, 1.Ergänzung der Richtlinien vom 1.2.1968.

werblichen Mittelstandes" <sup>1)</sup>.

Während beim letzteren Kreditprogramm über die von den Mittelern eingereichten Anträge die "Bayerische Landesanstalt für Aufbaufinanzierung" entscheidet, kann es in dem für das Landeskreditprogramm in Nordrhein-Westfalen geltenden Bewilligungsverfahren zu einer Einschaltung eines subventionsbewilligenden Kreditinstituts kommen. So ist die Westdeutsche Landesbank-Girozentrale zur selbständigen Bewilligung von Krediten befugt, sofern sie eine Höchstgrenze von DM 100.000.- nicht überschreiten. <sup>2)</sup>

## III. Vergabeverfahren bei gemischten Kredit-subventionen (Mittelstandsförderungsprogramm des Saarlandes)

Das Vergabeverfahren, das bei Gewährung von öffentlichen Krediten aus Mitteln des "Mittelstandsförderungsprogramms Saarland" praktiziert wird <sup>3)</sup>, orientiert sich weitgehend an den bereits erörterten Formen des indirekten Vergabeverfahrens. Es trägt allerdings in besonderem Maße der Tatsache Rechnung, daß die öffentlichen Kredite den Charakter

- 1) Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr v.28.3.1969 über die Richtlinien zur Durchführung des Bayerischen Refinanzierungsprogramms 1969 für die Förderung des gewerblichen Mittelstandes (WVMBL 1969 Nr.4 v.2.4.1969).
- 2) Bestimmung 8.1 der Richtlinien, vgl. oben S.26 Anm. 1).
- 3) Vgl. Dittes, Finanzierungshilfen S.58.

von gemischten Kreditsubventionen <sup>1)</sup> aufweisen.

So sind der Saarländischen Investitionskreditbank AG - diese bringt einen Teil der benötigten Mittel auf - alle subventionsbewilligenden Funktionen übertragen worden. Sie entscheidet selbständig über Kreditanträge <sup>2)</sup>, die nur über subventionsmittelnde und haftungsbeteiligte Hausbanken bei ihr eingereicht werden können.

Eine Bewilligung erfolgt auch hier nur gegenüber der mittelnden Hausbank. Diese schließt mit dem Kreditbegünstigten in eigenem Namen einen Kreditvertrag ab und stellt ihm die Kreditmittel auf eigene Rechnung zur Verfügung. Hierfür wird der Mittler von der Saarländischen Investitionskreditbank AG refinanziert.

Im übrigen weist dieses Vergabeverfahren keine abweichenden Gestaltungen auf. Daraus folgt, daß auch hier die mittelnden Hausbanken die Führung, Überwachung und Abwicklung der Kredite übernehmen.

### III. Vergabeverfahren bei Eingliederungsdarlehen

Bei der Vergabe von Eingliederungsdarlehen - §§ 253 ff LAG - erfolgt die Auswahl der Kreditbegünstigten in einem Verwaltungsverfahren, das sich außerhalb des Bankenzuges vollzieht und bei dem mithin den Kreditinstituten keine Entscheidungskompetenzen hinsichtlich der Kreditbewilligung

1) Siehe oben S.11 ff.

2) Den Entscheidungen sind die unveröffentlichten Richtlinien der Regierung des Saarlandes zugrunde zu legen, vgl. dazu oben S.11.

eingerräumt sind. <sup>1)</sup> Zur Entscheidung über die Kreditgewährung sind die Ausgleichsbehörden der Länder berufen, die die Durchführung der Lastenausgleichsgesetzgebung als Auftragsverwaltung wahrnehmen. <sup>2)</sup>

In einem Antrag, der direkt bei der zuständigen Ausgleichsbehörde zu stellen ist, hat der Kreditbewerber ein Kreditinstitut zu bezeichnen, das sich für den Fall der Darlehensgewährung mit einer treuhänderischen Verwaltung des Kredites einverstanden zu erklären hat. Das Kreditinstitut hat seine Bereitschaft auf einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck zum Ausdruck zu bringen und sich dabei Konditionen zu unterwerfen, die je nachdem, ob das Eingliederungsdarlehen als Aufbau- oder als Arbeitsplatzdarlehen gewährt werden soll, entweder in den "Bestimmungen für die Einschaltung der Kreditinstitute bei Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe" <sup>3)</sup> bzw. in den "Bestimmungen für die Einschaltung der Kreditinstitute bei Arbeitsplatzdarlehen" <sup>4)</sup> enthalten sind.

In ihrem Bewilligungsbescheid verweist die Ausgleichsbehörde den Kreditbegünstigten sowohl hin-

1) Vgl. v.Wysocki, Finanzhilfen S.47; Spahn, Kreditinstitute S.9 f; Menzel, Hausbanken S.48 f.

2) § 305 Lastenausgleichsgesetz.

3) AGew-Einschaltungsbestimmungen, Anlage 2 zu den Durchführungsbestimmungen des Bundesausgleichsamtes zur Weisung über Aufbaudarlehen für die gew.Wirtschaft und die freien Berufe i.d. F. vom 7.5.1968 (MtBl BAA 1968,82); abgedruckt bei Harmening, Lastenausgleich, Bd.III B 1 § 254 Anlage 1 d.

4) AP-Einschaltungsbestimmungen/LAG i.d.F. vom 16.8.1956, MtBl BAA 1956,474, abgedruckt bei Harmening, Lastenausgleich, Bd.III B 1 Anlage 5 § 259.



sichtlich des Abschlusses des Darlehensvertrages als auch hinsichtlich der Auszahlung der Darlehensvaluta an das von ihm genannte Kreditinstitut.

Dieses Kreditinstitut (Hausbank) schließt zu den von der Bewilligungsbehörde genannten Konditionen mit dem Kreditbegünstigten einen Darlehensvertrag ab und handelt dabei in eigenem Namen, aber für Rechnung des Ausgleichsfonds. Es nimmt sodann die festgesetzten Sicherheiten herein, legt den Darlehensvertrag bei der Bewilligungsbehörde vor und ruft die Kreditmittel bei der Lastenausgleichsbank ab, der hierbei lediglich die "Übernahme von bankmäßigen Aufgaben im Rahmen der Durchführung der Lastenausgleichsgesetzgebung" obliegt.<sup>1)</sup>

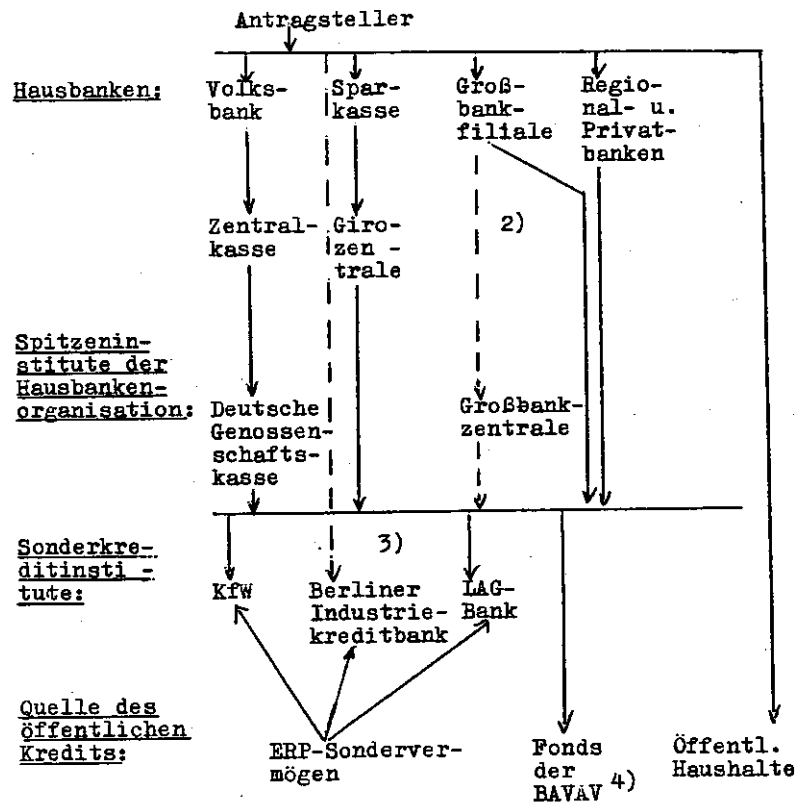
Die Hausbank hat bis zur endgültigen Rückzahlung die bankmäßige Führung des Kredites sowie die Überwachung der Sicherheiten zu übernehmen.

Dieser Funktionsträgertyp des eingeschalteten Kreditinstitutes wurde, da von ihm lediglich verwaltende Aufgaben wahrgenommen werden, bereits mit dem Begriff "subventionsmittelndes Kreditinstitut" belegt.<sup>2)</sup>

1) § 4 Abs.2 Ziff.3 "Gesetz über die Lastenausgleichsbank (Bank für Vertriebene und Geschädigte)" vom 28.10.1954 i.d.F. vom 18.8.1969 (BGBl I, S.1232).

2) Vgl. dazu bereits oben S.16.

Schaubild: Antragswege zur kreditbewilligenden Stelle <sup>1)</sup>



- 1) Das Schaubild ist in Anlehnung an Schneider-Gädicke, Kredit S.34 entwickelt worden. Es zeigt die Antragswege für ERP-Kredite, für Kredite aus Rücklagenfonds der BAVAV und für Kredite aus den öffentlichen Haushalten der Gebietskörperschaften. Die gestrichelten Linien deuten Ausnahmeregelungen an.
- 2) Die Großbankfilialen leiten Kreditanträge in aller Regel unmittelbar den Bewilligungsstellen zu. Vgl. Schneider-Gädicke, Kredit S.36
- 3) Die Berliner Industriekreditbank AG vergibt, sofern sie als Hauptleihinstitut des ERP-Sondervermögens fungiert, die Kredite ohne Zwischenschaltung weiterer Kreditinstitute. Vgl. Schlawitz, Finanzier S.200
- 4) Jetzt: Bundesanstalt für Arbeit.

## Teil II: Die rechtliche Stellung eingeschalteter Kreditinstitute

Dem Problem der rechtlichen Stellung eingeschalteter Kreditinstitute im Verhältnis zur Staatsorganisation und zum Bürger ist bisher von Rechtsprechung und wissenschaftlichem Schrifttum wenig Beachtung geschenkt worden.<sup>1)</sup>

Die zu den Rechtsfragen der Kreditsubventionierung vorliegenden Untersuchungen kommen in der hier angesprochenen Frage über eine ansatzweise Lösung nicht hinaus. Sie räumen der Klärung des Rechtsverhältnisses zwischen subventionierendem Staat und Bürger den Vorrang ein und konzentrieren sich hierbei auf die rechtliche Qualifizierung des Begründungsstatuts. Soweit die Untersuchungen sich mit dem Problem der Kreditinstituteinschaltung befassen, ist auffällig, daß diese Frage regelmäßig nur als eine Art Annexproblem behandelt wird.<sup>2)</sup>

Hieraus könnte der Schluß gezogen werden, zwischen der rechtlichen Qualifizierung des Subventionsrechtsverhältnisses Staat-Bürger und der Frage der rechtlichen Stellung zwischengeschalteter Kreditinstitute bestehe ein Zusammenhang dergestalt, daß letztere Frage die Beantwortung der ersteren voraussetze.

- 1) Vgl. Zacher, VVDStRL 25,370, der es für die Vernachlässigung dieses Rechtsproblems als symptomatisch ansieht, daß sich Götz in seinem Werk "Recht der Wirtschaftssubventionen" damit an keiner Stelle auseinandersetzt.
- 2) Vgl. Henze, Finanzhilfe S.60-63; Zuleeg, Rechtsformen S.89 ff; Roser, Diss.S.70 ff. Abweichend verfährt Zacher, VVDStRL 25,370-379, der einen selbständigen Problembereich bildet.

Eine derartige Verfahrensweise ist indes kein Postulat logischer Notwendigkeit. Die Frage nach der rechtlichen Natur des Begründungsstatuts eines Subventionsrechtsverhältnisses und die Frage nach der rechtlichen Stellung eingeschalteter Kreditinstitute sind vielmehr gleichrangig. Dieses ergibt sich in Anwendung der seit Ipsens grundlegender Untersuchung "Öffentliche Subventionierung Privater" unbestrittenen Erkenntnis<sup>1)</sup>, daß subventionierende Verwaltungstätigkeit als Ausübung materiell öffentlicher Verwaltung anzusehen ist. Hat dieses notwendig zur Folge, daß eine derartige Verwaltungstätigkeit immer unter der Geltung öffentlicher Handlungsprinzipien und Grundsätze steht - dieses gilt daher auch unabhängig von den im Einzelfall gewählten<sup>2)</sup> Handlungsformen -, so kommt der umstrittenen Frage, ob als Begründungsstatut des Subventionsrechtsverhältnisses der Verwaltungsakt, der verwaltungsrechtliche Vertrag oder der

- 1) Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.19,65; so bereits auch Bachof, DÖV 1953,423; vgl. auch Menger, DVBl 1960,298 und VerwArch 54(1963),99; Roser, Diss. S.34,85; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Abs.III Rd.134,136.
- 2) Bachof, DÖV 1953,423; Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.19 f; H.J.Wolff, VR I § 23 V b; Bullinger, Recht S.87 ff; Roser, Diss. S.85; Pöttgen, Diss. S.143; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Abs.III Rd.134 ff; Brohm, Strukturen S.181 m.w.N.; für die Rechtsprechung: BGH vom 26.10.1961, NJW 1962,196(198). - Zum Wahlrecht der Verwaltung, das die h.M. entgegen Bullinger, Recht S.85 annimmt, vgl. Forsthoff, VR I S.343; Huber, WiVR I S.51; H.J.Wolff, VR I § 23 IV b; Krüger, DVBl 1955,384; H.Klein, Teilnahme S.16; Badura, JuS 1966,17; für die Rechtsprechung: BGH vom 23.3.1953 E 9,145(147); BVerfG vom 28.2.1961, DÖV 1961,504(505); BVerwG vom 31.8.1961, DVBl 1962, 134(136).

unter Geltung eines besonderen "Verwaltungsprivatrechts" <sup>1)</sup> stehende privatrechtliche Vertrag zu berufen ist, jedenfalls für die rechtliche Stellung eingeschalteter Kreditinstitute keine unmittelbare Bedeutung mehr zu. Hierfür ist vielmehr allein entscheidend, ob den Kreditinstituten solche Aufgaben übertragen worden sind, deren Erfüllung sich für den gedachten Fall, daß sie der Subventionsträger nach wie vor durch seine unmittelbar eigene Verwaltung erfüllen ließe, als Ausübung materiell öffentlicher Verwaltungstätigkeit darstellen würde.

Sollten die Untersuchungen zu dem Ergebnis führen, daß die Kreditinstitute mit der Ausübung derartiger "zum Öffentlichen" hin verfremdeter Funktionen betraut sind, dann sind auch sie in paralleler Weise an öffentlich rechtliche Handlungsprinzipien zu binden <sup>2)</sup>, und es bliebe im weiteren dann festzustellen, in welchem Verhältnis die Kreditinstitute auf Grund ihres insoweit öffentlich-rechtlichen

1) Vgl. H.J.Wolff, VR I § 23 II b. Dieser Begriff hat Eingang in die verwaltungsrechtliche Terminologie gefunden; vgl. Haas, DVBl 1960, 303; Wertenbruch, JuS 1961, 106; Zacher, VVDStRL 25, 351; Janknecht, Diss. S.55; Götz, Wirtschaftssubventionen S.57 f; Rübner, Formen S.364, 386 ff; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Abs. III Rd.136; Brohm, Strukturen S.181; Emmerich, JuS 1970, 334.

2) Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der allgemein vertretenen Erkenntnis, daß sich die öffentliche Verwaltung nicht durch bloßen Austausch ihrer Handlungs- und Organisationsformen ihren spezifischen Bindungen entziehen kann; vgl. Forsthoff, VR I S.94 f, 484; Hesse, VerfR S.145; vgl. dazu auch die Nachweise oben auf S.33 Anm.2).

Aufgabengehalts zur Verwaltung des Subventionsträgers stehen.

Die ausschlaggebende Bedeutung dieser Überlegung ist teilweise auch von anderen Autoren erkannt worden. So stellen z.B. Henze <sup>1)</sup>, Zuleeg <sup>2)</sup>, Scholz <sup>3)</sup> und Roser <sup>4)</sup> in der gleichen Weise auf den materiell-öffentlich-rechtlichen Gehalt der von den Kreditinstituten ausgeübten Funktionen ab. Übereinstimmend wird angenommen, daß die Übertragung von Hilfsfunktionen auf Kreditinstitute unbedenklich sei. Soweit Kreditinstitute jedoch über die Gewährung des öffentlichen Kredits entscheiden, wird dieses als Ausübung materiell öffentlicher Verwaltung angesehen.

Unterschiedlich sind indes die Konsequenzen, die für den letzteren Fall gezogen werden. Überwiegend wird angenommen, die Kreditinstitute seien als Beliehene anzusehen. <sup>5)</sup> Eine Mindermeinung will indes diese Kreditinstitute deshalb nicht als Beliehene ansehen, weil sie nicht durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes in eine entsprechende Pflichten-

1) Finanzhilfe, S.61.

2) Rechtsformen S.92,93.

3) Kreditinstitute S.155.

4) Diss. S.78 ff.

5) Hamann, BB 1953, 866; Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.52; Scholz, Kreditinstitute S.154 f; Werner, Auswirkungen S.110; Schmidt-Rimpler, HdwbSW 12, 698; Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd.47; Franz Mayer, VR S.134; unklar: Schüle, VVDStRL 11, 98.

stellung eingewiesen worden seien.<sup>1)</sup>

Ob und inwieweit es erforderlich und möglich ist, eingeschaltete Kreditinstitute als Beliehene anzusehen oder sie jedenfalls Beliehenen gleichzustellen, soll im folgenden untersucht werden. Dazu bedarf es eines näheren Eingehens auf die Begriffsmerkmale und Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts. Es wird daher neben der Frage, was Gegenstand einer Beleihung ist, insbesondere die Frage zu klären sein, wie sich die Beleihung vollzieht.

Im Anschluß daran wird für die unterschiedlichen Funktionsträgertypen eingeschalteter Kreditinstitute die Frage nach ihrer Belieheneneigenschaft zu beantworten sein. Dabei wird Leitgedanke sein müssen, daß die Einschaltung von Kreditinstituten - mögen diese nun eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Rechtspersönlichkeit haben - keine Schmälerung der rechtlichen Position des Bürgers nach sich ziehen darf.<sup>2)</sup>

#### A. Das Rechtsinstitut der Beleihung

Die Erscheinung, daß einem außerhalb der staatlichen Organisation stehenden Rechtssubjekt vom Staat oder einem sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt "bestimmte im öffentlichen Recht wurzelnde Angelegenheiten zur selbständigen Erledigung über-

- 1) Vgl. Henze, Finanzhilfe S.92; Zuleeg, Rechtsformen S.93; Rübner, Formen S.411 Anm.276.
- 2) Vgl. Zacher, VVDStRL 25,372,377; Scholz, Kreditinstitute S.155 ff; Schmidt-Rimpler, HdwBSW 12,698; vgl. dazu auch unten S.34 Anm.2). - Zur rechtlichen Position des Bürgers vgl. unten S.62 Anm.1).

tragen werden"<sup>1)</sup>, ist der Verwaltungsrechtswissenschaft seit der Lehre Otto Mayers von der "Verleihung eines öffentlichen Unternehmens"<sup>2)</sup> bekannt.<sup>3)</sup>

Während der Vorgang als solcher von der verwaltungsrechtlichen Terminologie überwiegend mit dem Begriff "Beleihung" belegt wird<sup>4)</sup>, ist für das derart ausgestattete Rechtssubjekt eine einheitliche Begriffsbildung bisher nicht gelungen. Es ist vielmehr eine Fülle von Begriffen<sup>5)</sup> anzutreffen, die infolge ihrer unterschiedlichen Akzentuierung teilweise zu Mißdeutungen Anlaß geben können.<sup>6)</sup>

Wenn in den neueren Untersuchungen im Anschluß an Menger<sup>7)</sup> an dieser uneinheitlichen Begriffsbildung zunehmend Kritik geübt und die Forderung erhoben wird<sup>8)</sup>, das beliehene Rechtssubjekt schlechthin

- 1) Mennacher, Diss. S.4.
- 2) Otto Mayer, VR II S.95 ff,243 ff.
- 3) Vgl. dazu die ausführlichen Nachweise bei Michaelis, Diss. S.6.
- 4) Menger, AöR 78(1952/53),160; H.J.Wolff, VR II § 104; Brand, Diss.S.6; Terrahe, Diss.S.7; Mennacher, Diss. S.4; Michaelis, Diss. S.4; Brohm, Strukturen S.203.
- 5) Vgl. dazu Michaelis, Diss. S.6.
- 6) So weisen Menger, AöR 78(1952/53),160 und H.J.Wolff, VR II § 104 I b mit Recht darauf hin, die Begriffe "Verleihung eines öffentlichen Unternehmens" bzw. "beliehener öffentlicher Unternehmer" könnten den Eindruck erwecken, das Beleihungssubjekt erfahre seine Kennzeichnung von einer primär wirtschaftlichen Betätigung her.
- 7) AöR 78(1952/53),160.
- 8) H.J.Wolff, VR II § 104 I b; Brohm, Strukturen S.203.

nur mit dem Begriff "Beliehener" zu belegen, so kann dem nur zugestimmt werden. In Übereinstimmung mit der heute herrschenden Terminologie soll darüber hinaus dieser Begriff nur für entsprechend ausgestattete natürliche oder juristische Personen des Privatrechts Anwendung finden.<sup>1)</sup>

### I. Beleihungsgegenstand

Gemeinsam ist den zum Beliehenenbegriff vertretenen Ansichten die Grunderkenntnis, Beleihungsgegenstand könne nur das sein, was dem Privatrechtssubjekt bis zur Beleihung vorenthalten war.<sup>2)</sup>

Trotz dieses einheitlichen Ausgangspunktes bestehen in der konkreten Bestimmung des Beleihungsgegenstandes grundlegende Unterschiede. So wird - um nur einige Beispiele zu nennen - die Beleihung verstanden als Übertragung eines "Stückes öffentlicher Verwaltung"<sup>3)</sup>, als Übertragung öffentlicher Gewalt im Sinne der Fähigkeit zu einseitig-verbind-

1) Vgl. Menger, AÖR 78(1952/53), 160 Anm. 58; H. J. Wolff, VR II § 104 I b; Obermayer, Verwaltungsakt S. 61; Terrane, Diss. S. 82; Michaelis, Diss. S. 13. Im Gegensatz dazu kannte die früher h.L. auch eine Beleihung juristischer Personen des öffentlichen Rechts; vgl. dazu Otto Mayer, VR II S. 243; W. Jellinek, VR S. 526 f; Nebinger, VR S. 15. Ein vergleichbares Phänomen existiert heute etwa darin, daß der Reg. Präsident Sozialversicherungsbeiträge für seine Angestellten und Arbeiter einbezieht und abführt. - Die heutige, insoweit einheitliche Terminologie macht es überflüssig, auf Hubers, WiVR I S. 121 "Anstalten in privater Rechtsform" einzugehen, worunter dieser eine vom Staat gegründete Gesellschaft des Handelsrechts versteht, der hoheitliche Funktionen anvertraut sind. Vgl. dazu auch Steiner, JuS 1969, 71 f.

2) Vgl. Fleiner, Institutionen S. 321; Michaelis, Diss. S. 28; Mennacher, Diss. S. 19, 32.

3) Otto Mayer, VR II S. 95, 244; List, Betriebe, S. 60, 80; Richter, VVDStRL 6, 89.

lichem Handeln<sup>1)</sup>, als Übertragung "staatlicher Funktionen"<sup>2)</sup> sowie schließlich als Übertragung "öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten"<sup>3)</sup> bzw. "hoheitlicher Kompetenzen"<sup>4)</sup>.

Läge die Bedeutung dieser abweichenden Begriffsbildungen lediglich im terminologischen Bereich, dann bedürfte es im Rahmen dieser Untersuchung keines vertiefenden Eingehens auf die Frage nach dem Gegenstand einer Beleihung. Es wird sich jedoch herausstellen, daß sich mit den Unterschieden in der Begriffsbildung auch unterschiedliche dogmatische Vorstellungen von diesem Rechtsinstitut verbinden. Diese zeigen ihre Tragweite gerade in dem hier angesprochenen Bereich einer Verwaltungstätigkeit, die - unter Verzicht auf obrigkeitliche Handlungsformen - ihre Ziele zunehmend unter Verwendung kooperativer Formen verfolgt und dabei Privatrechtssubjekte einschaltet.

Gegen eine zu strenge Kategorisierung der Ansichten sind - darin muß Michaelis<sup>5)</sup> zugestimmt werden - sicherlich Bedenken anzumelden. Dennoch lassen sich die unterschiedlichen Ansichten bestimmten Theorien- gruppen zuordnen. Das entspricht einer in dem wissenschaftlichen Schrifttum weithin verbreiteten Verfahrensweise, die zwischen der "Befugnis- und Rechts-

1) Vgl. Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 81; Mennacher, Diss. S. 32.

2) Jerusalem, Grundriß S. 81, 92; Rupp, Privateigentum S. 5, 18.

3) Menger, AÖR 78(1952/53), 160.

4) H. J. Wolff, VR II § 104.

5) Diss. S. 11 Anm. 41.

stellungstheorie" und der "Aufgabentheorie" unterscheidet.<sup>1)</sup> Zur Kennzeichnung einer neueren, weitgehend homogenen Ansichtengruppe wird der Begriff "Zuständigkeitstheorie" in die Untersuchung eingeführt.

### 1. Befugnis- und Rechtsstellungstheorie

#### a) Herkömmliche Auffassung

Für die herkömmliche Befugnis- und Rechtsstellungstheorie liegt das Wesen der Beleihung in der Übertragung hoheitlich-obrigkeitlicher Befugnisse.

Als Anhänger dieser Theorie sind - bei aller Unterschiedlichkeit im Terminologischen - neben v.Köhler<sup>2)</sup> auch Köttgen<sup>3)</sup>, Arendt<sup>4)</sup>, Laforet<sup>5)</sup> und Vogel<sup>6)</sup> zu nennen.

Diese Betrachtungsweise ist im wissenschaftlichen Schrifttum wegen der von ihr vorgenommenen Beschränkung auf die Übertragung hoheitlich-obrigkeitlicher Anordnungs- und Zwangsbefugnisse mit Recht als zu eng konzipiert bezeichnet worden.<sup>7)</sup>

- 1) Vogel, Wirtschaftseinheiten S.60; Haselau, Freiheit S.170; Mennacher, Diss. S.18; Brohm, Strukturen S.205; Herzog, Ev.StLK Sp.146.
- 2) Grundlehren S.144,147.
- 3) Verwaltung S.140; Köttgen spricht davon, das Privatrechtssubjekt werde mit öffentlicher Gewalt ausgestattet.
- 4) DV 1949,149; Arendt spricht von einer Übertragung von Verwaltungsbefugnissen,
- 5) Verwaltungsrecht S.62; Laforet will auf die Gewährung öffentlich-rechtlicher Verfügungsmacht abstellen.
- 6) Wirtschaftseinheiten S.81; Vogel spricht von

Zustimmung verdient sie zwar insofern, als die Ausübung hoheitlich-obrigkeitlicher Befugnisse durch Privatrechtssubjekte unzweifelhaft ein Fall der Beleihung ist.<sup>1)</sup> Dieses räumt jedoch die Bedenken, die zu einer Ablehnung dieser Theorie führen müssen, nicht aus. Zunächst ist die in der Befugnistheorie enthaltene Behauptung, die Ausübung einseitiger Anordnungs- und Zwangsbefugnisse sei wesensmäßig dem Staat vorbehalten, nicht zweifelsfrei.<sup>2)</sup> Darüber hinaus wird sie dadurch, daß sie als Beleihungsgegenstand nur diese Anordnungsbefugnisse ansehen will, der Ausweitung der Staatsfunktionen in Richtung auf die Erfüllung von Leistungsaufgaben mit betreuendem, fürsorgendem und wirtschaftslenkendem Charakter nicht gerecht.<sup>3)</sup>

Zur Verwirklichung derartiger Leistungs- und Lenkungsaktivitäten werden regelmäßig Handlungs-

---

Forts.von S.40  
einer Verleihung echter Hoheitsbefugnisse und versteht darunter die dem Staat vorbehaltene Macht, Rechtsverhältnisse des öffentlichen und des privaten Rechts - über die im allgemeinen Recht vorgesehenen Möglichkeiten hinaus - zu begründen, zu ändern und aufzuheben.

- 7) Brohm, Strukturen S.210; Steiner, JuS 1969,71; Herzog, Ev.StLK Sp.146; im Ergebnis auch H.J. Wolff, VR II § 104 II b, der es nicht für erforderlich hält, daß der Beliehene Zwangsgewalt habe oder zum Setzen von Verwaltungsakten befugt sei.
- 1) Vgl. Steiner, JuS 1969,70.
- 2) So Brohm, Strukturen S.210 m.w.N. unter Hinweis auf zivilrechtliche Befehls- und Zwangsrechte, wie z.B. elterliche Gewalt, sachenrechtliches Hausrecht u.ä.
- 3) Vgl.dazu Brohm, Strukturen S.210.

formen gewählt, denen es trotz Fehlens eines hoheitlich-obrigkeitlichen Gepräges nicht am öffentlich rechtlichen Gehalt mangelt und die aus diesem Grunde nicht an den Maßstäben gemessen werden können, die für eine fiskalische Staatsbetätigung <sup>1)</sup> Geltung haben. Kann eine derartige Leistungs- und Lenkungsstätigkeit aber nicht frei von öffentlich-rechtlichen Bindungen - insbesondere nicht grundrechtsfrei <sup>2)</sup> - vollzogen werden, dann muß in gleicher Weise auch ein Handeln solcher Privatrechtssubjekte in diesem Sinne öffentlich-rechtlich gebunden sein, denen vom Staat insoweit eine entsprechende Berechtigung eingeräumt und eine entsprechende Verpflichtung zum Tätigwerden auferlegt worden ist. <sup>3)</sup>

Diese so berechtigten, aber auch verpflichteten Privatrechtssubjekte können für die Befugnis- und Rechtsstellungstheorie nie Beliehene sein, und würden, da grundrechtliche Bindungen nicht jedermann, sondern - jedenfalls als unmittelbar geltendes Recht <sup>4)</sup> - nur Trägern öffentlicher Verwaltung

- 1) Vgl. Ipsen, Öfftl.Subv.Priv., der in Übereinstimmung mit der heute allgemein vertretenen Ansicht unter fiskalischer Staatstätigkeit die Verfolgung primär erwerbswirtschaftlicher Ziele sowie die Geschäfte der Bedarfsdeckung versteht.
- 2) Vgl. Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.20 sowie die oben auf S.33 unter Anm.2) Genannten.
- 3) Vgl. Brohm, Strukturen S.183.
- 4) Zum Problem der sog. Drittwirkung der Grundrechte, Hesse, VerfR S.145 ff m.w.N.

adäquat sind, grundrechtsfrei agieren können.

#### b) Ansicht Mennachers

Die zur Ablehnung der herkömmlichen Befugnis- und Rechtsstellungstheorie nötigen Bedenken gelten in wenig veränderter Form auch für die von Mennacher entwickelte Konzeption.

Dieser unternimmt den Versuch, die herkömmliche Befugnis- und Rechtsstellungstheorie zu modifizieren und sie so dem Wandel und der Erweiterung des staatlichen Tätigkeitsbereiches anzupassen. Als Ausgangspunkt dient ihm dabei eine von der herrschenden Meinung abweichende Systematisierung der Formen des Verwaltungshandelns. Mennacher unterscheidet hinsichtlich der Handlungsformen, die der öffentlichen Verwaltung zur Erfüllung unmittelbar öffentlicher Ziele zur Verfügung stehen, nicht zwischen solchen hoheitlich-obrigkeitlichen und schlichthoheitlichen Charakters <sup>1)</sup>, sondern will nur einen einheitlichen Bereich "hoheitlichen Handelns" bilden, dem er den Bereich des fiskalischen und des "rechtlich neutralen Realakthandelns" gegenüberstellt. <sup>2)</sup>

Da für Mennacher "hoheitliches Handeln" allein dann vorliegt, wenn der Staat von der ihm gegebenen Fähigkeit Gebrauch mache, seine überlegene zwingende Gewalt "in Wirkung zu setzen" <sup>3)</sup>, enthält diese modifizierte Befugnistheorie nicht nur wie die herkömmliche eine Beschränkung des Belei-

- 1) Vgl. dazu Schack, DÖV 1970,40 ff m.w.N.; Brohm, Strukturen S.179 f, sowie H.J.Wolff, VR I § 23 III.
- 2) Mennacher, Diss. S.50,51.
- 3) Mennacher, Diss. S.52.

hungsgegenstandes auf hoheitlich-übergeordnete Gewalt, sondern führt zu der weiteren, nicht zu billigenden Konsequenz, daß ein Staatshandeln, das sich unter Verzicht auf Überordnung der Handlungsformen der Gleichordnung bedient, nicht an öffentlich-rechtlichen Prinzipien gemessen werden kann.<sup>1)</sup>

## 2. Aufgabentheorie

Für die Gruppe von Meinungen, die hier mit dem Begriff Aufgabentheorie charakterisiert werden soll, liegt das Wesen der Beleihung in der Übertragung "öffentlicher Verwaltung" <sup>2)</sup>, eines "Stückes öffentlicher Verwaltung" <sup>3)</sup>, öffentlicher Aufgaben <sup>4)</sup> und Befugnisse <sup>5)</sup>, "hoheitlicher Funktionen" <sup>6)</sup> oder "öffentlicher Verwaltungsaufgaben" <sup>7)</sup>.

Da auch die Aufgabentheorie davon ausgeht, daß Beleihungsgegenstand nur das sein kann, was dem

- 1) Eine Bindung an die Grundrechte fordern Krüger, DVBl 1955, 384 und Löw, DÖV 1957, 880 auch für die fiskalische Verwaltung. Dieses wird von der h.M. mit dem berechtigten Hinweis darauf abgelehnt, es handele sich hierbei nicht um "vollziehende Gewalt" i.S. des Art. 1 Abs. III GG, vgl. H.J. Wolff, VR I § 23 II a 1; Torz, DÖV 1957, 209; Brohm, Strukturen S. 183. Zu diesem Problem siehe auch Emmerich, JuS 1970, 332 ff m.w.N. sowie Pöttgen, Diss. S. 140 f.
- 2) W. Jellinek, VR S. 526; Haselau, Freiheit, S. 173; Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd. 43.
- 3) O. Mayer, VR II S. 95; Nebinger, VR S. 15.
- 4) W. Köhler, BB 1952, 149; Scheuner, VVDStRL 11, 31; Lücke, DÖV 1955, 433.
- 5) Huber, WiVR I S. 533; Obermayer, Verwaltungsakt S. 61; Stern, AöR 84 (1959), 155.
- 6) Bachof, AöR 83 (1958), 213, 230; BVerwG vom 21.12.1954 E 1, 303 (304).
- 7) Hamann, Wirtschaftslenkung S. 150; Reuß, GR III/1 S. 111.

Privatrechtssubjekt bisher vorenthalten war, beinhaltet sie die Prämisse, es gebe bestimmte Aufgaben, deren Erfüllung allein dem Staat vorbehalten sei.<sup>1)</sup> Diese Prämisse von einem gewissermaßen natürlichen Aufgabenvorbehalt zugunsten des Staates <sup>2)</sup> hält einer näheren Überprüfung indes nicht stand. Ihr liegt eine etatistische Denkweise zugrunde, die zu Unrecht von der öffentlichen Natur einer Aufgabe darauf schließt, ihre Erfüllung sei allein dem Staat vorbehalten. Indes handelt es sich bei der öffentlichen Aufgabe lediglich um einen Begriff, der nichts weiter als die Aussage beinhaltet, daß die Allgemeinheit an einem bestimmten Verhalten ein besonderes Interesse hat.<sup>3)</sup> Allein dieses Interesse der Allgemeinheit erhebt eine Aufgabe zur öffentlichen Aufgabe, ohne daß es hierzu irgendeiner staatlichen Mitwirkung bedürfte.<sup>4)</sup>

1) Vgl. Mennacher, Diss. S. 19.

2) Als öffentliche Aufgabe in diesem Vorbehaltssinn sind z.B. verstanden worden: Eisenbahnverkehr (Schelcher, FischersZ 20, 34 f), Stromversorgung (List, Energierecht S. 44); am weitesten geht Balser, Festschr. f. List S. 177 f, der alle lebenswichtigen und gemeinnützigen Aufgaben als dem Staat vorbehalten ansehen will.

3) Vgl. Leisner, Werbefernsehen S. 26; Martens, Rechtsbegriff S. 99; H. Peters, Festschr. f. Nipperdey S. 878; Brohm, Strukturen S. 156; Michaelis, Diss. S. 27; so auch Emmerich, JuS 1970, 335, der ausführt, der Begriff der öffentlichen Aufgabe sei kein Rechtsbegriff, so daß Rechtsfolgen irgendwelcher Art an ihn nicht geknüpft werden könnten.

4) Michaelis, Diss. S. 27; H. J. Wolff, VR I § 2 II 2, der allerdings von öffentlichen Angelegenheiten spricht; Mennacher, Diss. S. 23. - A.M.: Zeidler, AöR 86 (1961), 398.



Daraus folgt einerseits, daß es einen festen Katalog öffentlicher Aufgaben nicht geben kann <sup>1)</sup>, andererseits, daß es zu ihrer Erfüllung keiner besonderen Rechtsmacht bedarf. <sup>2)</sup> Jedes Verhalten, das öffentlichen Zwecken und damit dem Gemeinwohl dient, ist in diesem Sinne Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Ist damit nicht eine besondere rechtliche Macht Voraussetzung für eine öffentliche Aufgabenerfüllung, so kann die Erfüllung dieser Aufgaben nicht dem Staat vorbehalten sein. Vielmehr ist dieses auch jedem Privatrechtssubjekt, ohne daß es einer Beleihung bedürfte, möglich. <sup>3)</sup>

### 3. Ansicht Steiners

Weder der Aufgabentheorie noch der Befugnis- und Rechtsstellungstheorie kann die von Steiner entwickelte Konzeption zugeordnet werden. <sup>4)</sup>

Wenn Steiner ausführt, die Grundproblematik der genannten Theorien liege darin, daß sie in unzulässiger Weise Elemente voneinander isolierten, die notwendig erst in einer Kombination das Wesen der Beleihung ausmachen könnten <sup>5)</sup>, so kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, Steiner begnüge sich mit einer bloßen Vereinigungsformel. Vielmehr

- 1) H.J.Wolff, VR I § 2 II; Mennacher, Diss. S.23; vgl. auch Brohm, Strukturen S.156 f.
- 2) Michaelis, Diss. S.27.
- 3) Michaelis, Diss. S.28; so im Ergebnis auch H.J.Wolff, VR I § 2 II c, wenn er ausführt, daß öffentliche Angelegenheiten auch von Privaten besorgt werden können; so auch Terrahe, Diss. S.64; Steiner, JuS 1969,371 Anm.21.
- 4) Steiner, JuS 1969,69 ff.
- 5) ders., a.a.O. S.70.

dienen Steiner beide Theorien nur als Basis einer erweiterten Konzeption, mit der er den gegen die Aufgabentheorie und gegen die Befugnis- und Rechtsstellungstheorie vorgetragenen Bedenken Rechnung tragen will.

Den gegen die Aufgabentheorie bestehenden Bedenken versucht Steiner, durch eine Differenzierung zwischen "öffentlichen" und "staatlichen" Aufgaben gerecht zu werden. Nur die letzteren will er seinem Beliehenenbegriff inkorporieren. Staatlich sollen alle öffentlichen Aufgaben sein, die der Staat in erkennbarer Weise an sich gezogen habe oder die ihm durch die geschichtliche Entwicklung zugewachsen seien. <sup>1)</sup>

Den gegen die Befugnis- und Rechtsstellungstheorie vorgetragenen Bedenken versucht Steiner durch eine extensivere Interpretation des Begriffes "öffentliche Gewalt" gerecht zu werden. Darunter sollen nicht nur die hoheitlich-obrigkeitlichen, sondern auch die Handlungsformen der schlichten Hoheitsverwaltung fallen. <sup>2)</sup>

Dementsprechend sieht Steiner das Wesen der Beleihung in der "selbständigen Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe durch ein mit öffentlicher Gewalt ausgestattetes Privatrechtssubjekt". <sup>3)</sup>

Diese Konzeption muß als Fortschritt angesehen werden. Zustimmung verdient sie, weil sie mit ihrer Fassung des Begriffes "öffentliche Gewalt" dem

- 1) Steiner, JuS 1969,70 u.71.
- 2) ders., a.a.O. S.71.
- 3) ders., a.a.O. S.71.

Wandel der Staatstätigkeiten gerecht zu werden vermag und nicht gehindert ist, die vom Staat mit Leistungs- und Lenkungsaufgaben wirtschaftlichen oder fürsorgenden Charakters betrauten Privatrechtssubjekte als Beliehene anzusehen.

Wenn der Ansicht Steiners hier gleichwohl nicht gefolgt wird, so ist dafür folgende Überlegung maßgeblich.

Unabhängig davon, ob eine Differenzierung zwischen "öffentlichen" und "staatlichen" Aufgaben einer Bestimmung des Beleihungsgegenstandes überhaupt förderlich sein kann, ist festzustellen, daß jedenfalls die von Steiner angeführten Kriterien der sog. Verstaatlichung öffentlicher Aufgaben einer hinlänglich präzisen Handhabung nicht zugänglich sind.

Steiner macht keine näheren Angaben darüber, wann die für ihn maßgeblichen Kriterien des "geschichtlich bedingten Zuwachses" und des "erkennbaren Ansichziens" erfüllt sein sollen. Beim ersten Kriterium scheint unterschwellig die Aufgabentheorie mitzuschwingen, nach der ein Aufgabenbereich kraft Natur der Sache ein solcher des Staates sein kann. Hinsichtlich des Kriteriums des "erkennbaren Ansichziens" können zwar ergänzend die Ausführungen von H.Peters, auf die Steiner Bezug nimmt, herangezogen werden.<sup>1)</sup> Diese Ausführungen vermögen jedoch die Zweifel nicht auszuräumen.

H.Peters - dieser will ähnlich wie Steiner die Über-

1) Steiner, JuS 1969,70 Anm.19.

tragung einer "staatlichen Aufgabe" als ein wesentliches Kriterium der Beleihung ansehen<sup>1)</sup> - nimmt eine Verstaatlichung öffentlicher Aufgaben nur dort an, wo der Staat diese selbst übernehme oder sie in mittelbarer Verwaltung durch eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts oder durch einen ausdrücklich mit der Übernahme beliehenen Unternehmer nach öffentlichem Recht erfüllen lasse.<sup>2)</sup>

Gegen diesen Differenzierungsversuch hat sich insbesondere Michaelis ausgesprochen.<sup>3)</sup> Dieser hat sich gegen die Ansicht von H.Peters unter anderem mit dem hier in der Umkehrung wiedergegebenen Argument gewandt, eine "öffentliche" Aufgabe könne dann nicht durch die Erfüllung seitens eines beliehenen Unternehmers zur "staatlichen" werden, wenn das Wesen der Beleihung seinerseits darin liegen solle, daß einem Privatrechtssubjekt eine "staatliche" Aufgabe zur Erfüllung übertragen sei.<sup>4)</sup>

Dieser Argumentation muß zugestimmt werden. Damit ist auch die von Steiner entworfene Beliehenenkonzeption hinfällig, weil sie als Beleihungsgegenstand die "staatliche" Aufgabe propagiert und dabei die Unterscheidung zwischen "öffentlicher" und "staatlicher" Aufgabe im Sinne von H.Peters zugrunde legt.

1) H.Peters, Festschr.f.Nipperdey S.894.

2) ders., a.a.O. S.880.

3) Michaelis, Diss. S.19 ff; vgl. auch Bacnof, AöR 83(1958),235 f; Brohm, Strukturen S.155 f.

4) Michaelis, Diss. S.19 f.

#### 4. Zuständigkeitstheorie

Abweichend von den bisher untersuchten Theorien versucht eine Gruppe von Autoren, der neben H.J. Wolff und Menger auch Brohm, Martens und Michaelis zugeordnet werden können,<sup>1)</sup> das Wesen der Beleihung zu bestimmen. Da alle Autoren - im definitiven bestehen freilich Unterschiede<sup>2)</sup> - an die dem Privatrechtssubjekt eingeräumte öffentlich rechtliche Zuständigkeit bzw. an die öffentlich-rechtliche Kompetenz anknüpfen, erscheint es gerechtfertigt, von der Entstehung einer einheitlichen Theorie zu sprechen, die hier mit dem Begriff "Zuständigkeitstheorie" belegt werden soll. Diese eröffnet den Weg zum richtigen Verständnis des Rechtsinstituts Beleihung.

Bei der Bestimmung des Beleihungsgegenstandes geht diese Theorie zunächst von der richtigen Erkenntnis aus, daß es in einem Gemeinwesen, dessen Rechtsordnung vom Volke ausgeht, natürliche d.h. nicht aus der Rechtsordnung herleitbare Rechte und Befugnisse des Staates nicht geben kann.<sup>3)</sup> Allein die Rechtsordnung enthält die Bestimmung darüber, welche Aufgaben vom Staat zu erfüllen sind und welche Befugnisse ihm dabei zukommen.<sup>4)</sup> Verfassung und

1) Vgl. H.J. Wolff, VR II § 104 I b; Menger, GR III/2 S.735, sowie AöR 78(1952/53), 160 und DÖV 1955, 590 Anm.31; Brohm, Strukturen S.250 i.V.m. S.157; Martens, Rechtsbegriff S.133 f; Michaelis, Diss. S.67 f.

2) So spricht Menger, AöR 78(1952/53), 160 von der ö-r Zuständigkeit, Wolff, VR II § 104 I b von der hoheitlichen Kompetenz, Brohm, Strukturen S.215 von der Hoheitskompetenz, Martens, Rechtsbegriff S.133 von der ö-r Kompetenz und schließlich Michaelis, Diss. S.69 von der hoheitlichen Verwaltungskompetenz.

3) Brohm, Strukturen S.212; Michaelis, Diss. S.29 f; Martens, Rechtsbegriff S.119 f.

4) Brohm, Strukturen S.212; ähnlich Martens, Rechtsbegriff S.133.

Gesetze begründen die Berechtigung und Verpflichtung des Staates und machen ihn zum verantwortlichen Aufgabenträger<sup>1)</sup> mit der Folge, daß das aufgabenerfüllende Handeln der durch die Rechtsordnung für zuständig erklärten Organe und Glieder des Staates im Verhältnis Staat-Gesellschaft als staatliches Tätigwerden angesehen wird. Geht diese Fähigkeit zu einer in diesem Sinne rechtswirksamen Wahrnehmung der dem Staat durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben dem Privatrechtssubjekt regelmäßig ab, so hat das Rechtsinstitut der Beleihung für die Zuständigkeitstheorie zwei Voraussetzungen.

Erstens muß die Rechtsordnung eine staatliche Aufgabe konstituieren und zweitens muß dem Privatrechtssubjekt von der Rechtsordnung die Zuständigkeit zur Erfüllung dieser staatlichen Aufgabe eingeräumt sein. Das Wesen der Beleihung liegt demnach in der dem Privatrechtssubjekt durch Verfassung, Gesetz oder auf Grund Gesetzes übertragenen Berechtigung und Verpflichtung, eine dem Staat durch die Rechtsordnung übertragene Berechtigung und Verpflichtung in eigenem Namen wahrzunehmen.

#### II. Vollziehung der Beleihung

Mit Rücksicht darauf, daß im wissenschaftlichen Schrifttum eine Belieheneneigenschaft der Kreditinstitute teilweise mit dem Hinweis darauf abgelehnt wird, diese seien nicht durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes in eine entsprechende Pflichtenstellung eingewiesen worden<sup>2)</sup>, erweist sich die

1) Martens, Rechtsbegriff S.131.

2) Vgl. dazu oben S.36 Anm. 1).

Frage als klärungsbedürftig, in welchen Formen sich eine Beleihung vollziehen kann.

### 1. Legislative Kompetenzzuweisung

Daß eine Beleihung im Wege der sog. legislativen Kompetenzzuweisung <sup>1)</sup>, also durch Gesetz selbst, erfolgen kann, ist unbestritten. Hier sind zwei Möglichkeiten denkbar.

Die Beleihung kann zunächst Rechtsfolge der Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes sein und daher immer dann eintreten, wenn in der Person des Normadressaten die Voraussetzungen des gesetzlichen Tatbestandes erfüllt sind. <sup>2)</sup> Zum anderen ist eine Beleihung aber auch in der Weise möglich, daß das Gesetz selbst ein bestimmtes Privatrechtssubjekt zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben berechtigt und verpflichtet. <sup>3)</sup>

### 2. Administrative Kompetenzzuweisung

Darüber hinaus kann sich eine Beleihung - und das werden die häufigeren Fälle sein - auch durch behördlichen Akt vollziehen.

Diese Möglichkeit einer sog. administrativen Kompetenzzuweisung <sup>4)</sup> wirkt im Rahmen der vorliegenden

- 1) Vgl. H.J.Wolff, VR II § 104 II a; Michaelis, Diss. S.136, der allerdings von gesetzlicher Beleihung spricht.
- 2) Siehe H.J.Wolff, VR II § 104 II a; Michaelis, Diss. S.136. Als Beispiel wird der Schiffskapitän (§ 106 SeemG) genannt.
- 3) Dazu Michaelis, Diss. S.136 ff, 167 ff; Steiner, JuS 1969,74.
- 4) Vgl. H.J.Wolff, VR II § 104 II a; in der Terminologie abweichend: Michaelis, Diss. S.136, der von administrativer Beleihung spricht.

Untersuchung zwei Fragen auf. Die erste geht dahin, ob die Verwaltung bei Vornahme einer Beleihung dem Vorbehalt des Gesetzes oder lediglich den Grundsätzen des Organisationsrechts unterliegt. Die weitere Frage geht dahin, ob zum Vollzug der Beleihung nur der Verwaltungsakt oder auch der verwaltungsrechtliche Vertrag berufen sein kann.

#### a) Notwendigkeit gesetzlicher Ermächtigung

Daß die Beleihung im Wege der sog. administrativen Kompetenzzuweisung eine entsprechende gesetzliche Grundlage voraussetzt, ist heute allgemein anerkannt. <sup>1)</sup> Für die Fälle, in denen dem Beliehenen eine Zuständigkeit zu Eingriffen in die Rechtssphäre von Privatrechtssubjekten eingeräumt werden soll, ergibt sich dieses bereits aus dem "rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt". <sup>2)</sup> Ob auch die übrigen Fälle der Beleihung unter demselben Gesetzesvorbehalt stehen, erscheint fraglich. Diese Ansicht wird von Böckenförde <sup>3)</sup> und Michaelis <sup>4)</sup> mit dem Hinweis darauf vertreten, die Beleihung stelle sich gegenüber dem betroffenen Privatrechtssubjekt selbst als belastender Eingriff dar, da sie "neben evtl. Vergünstigungen immer auch besondere öffentlich-rechtliche Pflichten" <sup>5)</sup> konstituiere. Gegen die Richtigkeit einer solchen Ansicht spricht zunächst die Erwägung, daß die Verpflichtungen des Beliehenen von seinen Berechtigungen abhängen und daß sich insbesondere seine "Betriebspflicht" als Kehrseite seines "Betriebsrechts" darstellt. <sup>6)</sup> Des weiteren ver-

- 1) H.J.Wolff, VR II § 104 II a; BVerwG v.14.3.1969, DVBl 1970,735(736); Michaelis, Diss.S.151 f.
- 2) Vgl. H.J.Wolff, VR II § 78 II b 1.
- 3) Organisationsgewalt S.95.
- 4) Diss. S.152.
- 5) Böckenförde, Organisationsgewalt S.95; ähnlich H.J.Wolff, VR II § 78 II b 1.
- 6) Zu den Begriffen: H.J.Wolff, VR II § 104 III a, b.

liert das Argument, die Beleihung habe "Eingriffsqualität", dann an Überzeugungskraft, wenn man berücksichtigt, daß sich eine administrative Beleihung nicht gegen den Willen des betroffenen Privatrechtssubjekts vollziehen kann.<sup>1)</sup> Ein insofern ergehender Verwaltungsakt bedürfte der Zustimmung des Betroffenen<sup>2)</sup> und für eine Beleihung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag<sup>3)</sup> wäre schon begrifflich eine entsprechende Übereinstimmung der Vertragspartner Voraussetzung. Somit ist festzustellen, daß sich die Notwendigkeit eines formellen Gesetzes jedenfalls nicht schlechthin aus dem "rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt" herleiten läßt.

Diese Notwendigkeit könnte sich indes aus dem sog. institutionellen Gesetzesvorbehalt ergeben. Einem solchen Gesetzesvorbehalt unterfallen - wie H.J. Wolff ausführt<sup>4)</sup> - jene organisatorischen Regelungen, "die die durch verfassungsgestaltende Grundentscheidungen konstituierte institutionelle Ordnung des Gemeinwesens berühren". Zu den in diesem Sinne verstandenen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen gehört u.a. auch das Prinzip der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Exekutive. Das bedeutet einmal, daß die Bildung weisungsfreier Organe innerhalb der Staatsverwaltung einem derartigen Gesetzesvorbehalt unterliegt.<sup>5)</sup> Bedeutet dieses darüber hinaus aber auch, daß die Exekutive die ihr obliegenden Aufgaben nicht ohne gesetzliche Ermächtigung an rechtsfähige Verwaltungseinheiten übertragen kann<sup>6)</sup>, so muß, da der Beliehene nur ein Sonderfall eines Trägers mittelbarer Staatsverwal-

1) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S.268 Anm.103.

2) Vgl. dazu unten S. 56.

3) Vgl. dazu unten S. 56 f.

4) VR II § 78 II b.

5) Böckenförde, Organisationsgewalt S.96.

6) Böckenförde, a.a.O., S.96; Ossenbühl, a.a.O., S.270 f.

tung ist<sup>1)</sup>, in Übereinstimmung mit Böckenförde und Ossenbühl<sup>2)</sup> ebenso die Beleihung dem institutionellen Gesetzesvorbehalt unterworfen werden, weil die Exekutive von sich aus nicht befugt ist, durch eine "Privatisierung der Staatsgewalt"<sup>3)</sup> das zwischen ihr und der Legislative "geknüpfte Band parlamentarischer Verantwortlichkeit zu zerschneiden, indem sie die ihr zugedachten Verwaltungsaufträge auf Stellen delegiert, die außerhalb des Bannkreises parlamentarischer Kontrolle und Lenkung stehen".<sup>4)</sup>

Ist daher auch die administrative Beleihung nur auf der Grundlage eines formellen Gesetzes möglich, so ist der in jüngster Zeit vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof geäußerten Ansicht entgegenzutreten, nach der im Subventionsbereich ministerielle Richtlinien eine ausreichende und dem Gesetzmäßigkeitsprinzip entsprechende Grundlage für eine Beleihung sein sollen.<sup>5)</sup> Die Begründung, an die Regelung der Zuständigkeiten könnten keine höheren Voraussetzungen gestellt werden als an die Regelung der Leistungsvergabevoraussetzungen, vermag nicht zu überzeugen. Es handelt sich insofern nämlich - das ist von Ossenbühl nachgewiesen worden<sup>6)</sup> - nicht lediglich um zwei Aspekte eines einheitlichen Problems, sondern um die selbständigen Fragenkreise des Geltungsbereiches des "rechtsstaatlichen" und des "institutionellen Gesetzesvorbehalts". Mag daher auch die materielle Regelung der Subventions-

1) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S.427; Herzog EvStlk Sp. 145 f.; H.J. Wolff, VR II § 104 I d, sofern die hoheitlichen Kompetenzen nicht nur zur transitorischen Wahrnehmung übertragen sind.

2) Böckenförde, Organisationsgewalt S.95; Ossenbühl, a.a.O., S.271.

3) Ossenbühl, a.a.O., S.271.

4) Ders. a.a.O., S.270.

5) BayerVGH v.29.7.1970, BayVBl 1970,408 f.

6) Ossenbühl, a.a.O., S.270 Anm.112; ähnlich Rasch, Verwaltungsorganisation S.147.

programme dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt nicht unterliegen und mögen ministerielle Richtlinien insoweit als "gesetzesgleich" angesehen werden, die verfahrensrechtliche Regelung der Beleihung von Privatrechtssubjekten unterliegt wegen des "institutionellen Aspektes" <sup>1)</sup> dem institutionellen Gesetzesvorbehalt und ist daher nur auf der Grundlage eines formellen Gesetzes möglich. <sup>2)</sup>

#### b) Erscheinungsformen administrativer Beleihung

Umstritten ist, ob es neben einer Beleihung durch zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt <sup>3)</sup> auch eine Beleihung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag geben kann. <sup>4)</sup>

Für diese Möglichkeit haben sich von der Groeben-Knack, Jerusalem, Brand und H.J.Wolff ausgesprochen. <sup>5)</sup> Diese Möglichkeit wird verneint von v.Köhler, Giese, Siebert und in neuester Zeit insbesondere von Mennacher und Michaelis. <sup>6)</sup>

- 1) Böckenförde, Organisationsgewalt S.95.
- 2) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S.428.
- 3) H.J.Wolff, VR II § 104 II 2; Michaelis, Diss. S.137 f.
- 4) F.F.Mayer, Grundsätze S.213 und Jellinek, VR S.527 halten eine Beleihung durch privatrechtlichen Vertrag für möglich. Dieser Meinung kann nicht mehr gefolgt werden. Nach übereinstimmender Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum ist ein Vertrag jedenfalls dann ö-r, wenn sich sein Inhalt auf eine Materie des öffentl.Rechts bezieht. Vgl. Forsthoff, VR I S.268; H.J.Wolff, VR I § 44 II; Salzwedel, Vertrag S.90 ff.; OVG Münster v.20.3.1957, DÖV 1957,374(375); vgl.auch unten S.130 f.
- 5) v.d.Groeben-Knack, Landesverwaltungsgesetz § 24 Rd. 1.4.; Jerusalem, Grundriß S.82; H.J.Wolff, VR II § 104 II a; Brand, Diss. S.63 f.
- 6) v.Köhler, Grundlehren S.145; Giese, VR S.95; Siebert, Rechtsstellung S.26; Mennacher, Diss. S.118 ff.; Michaelis, Diss. S.139 ff.

Die beiden letztgenannten Autoren beziehen sich hierbei <sup>1)</sup> auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts <sup>2)</sup>, in der ausgesprochen ist, der Staat könne hoheitliche Funktionen auf Privatrechtssubjekte nur durch Gesetz oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung, nicht aber durch Vertrag übertragen. Diese Entscheidung kann jedoch eine Ablehnung des öffentlich-rechtlichen Vertrages als Verwirklichungsform administrativer Beleihung nur zum Teil stützen. Sie besagt nämlich nichts mehr, als daß eine Ausscheidung von Hoheitsrechten aus dem Bereich der unmittelbar staatlichen Verwaltung jedenfalls nicht durch ein Selbstorganisationsrecht der Verwaltung gedeckt ist, sondern daß es insofern einer gesetzgeberischen Ermächtigung bedarf. <sup>3)</sup> Liegt diese vor und läßt sie Raum für eine einverständliche Regelung unter den Beteiligten, dann ist der von H.J.Wolff neuerdings wieder vertretenen Ansicht <sup>4)</sup> zuzustimmen, daß eine Beleihung auch als Rechtsfolge eines solchen verwaltungsrechtlichen Vertrages eintreten kann.

Unter Zugrundelegung der zum Rechtsinstitut Beleihung gewonnenen Erkenntnisse ist nunmehr die rechtliche Stellung eingeschalteter Kreditinstitute zu bestimmen.

- 1) Michaelis, Diss. S.141 Anm.44; Mennacher, Diss. S.119 Anm.3.
- 2) BVerwG v.21.12.1954, NJW 1955,1203.
- 3) Vgl. Forsthoff, VR I S.404,405 sowie Steiner, JuS 1969,73, der dieses als allgemeinen Grundsatz bezeichnet. Vgl. auch oben S.53 ff.
- 4) H.J.Wolff, VR II § 104 II a 2; anders hingegen noch in der 2.Aufl., a.a.O.

## B. Rechtliche Stellung subventionsbewilligender Kreditinstitute

Beim Vollzug öffentlicher Kreditprogramme zugunsten der gewerblichen Wirtschaft und der Industrie sind gegenwärtig folgende Kreditinstitute mit subventionsbewilligenden Funktionen betraut: Die Kreditanstalt für Wiederaufbau, die Lastenausgleichsbank, die Berliner Industriekreditbank AG, die Westdeutsche Landesbank-Girozentrale und die Saarländische Investitionskreditbank AG.

Von diesen Kreditinstituten - der Umfang ihrer subventionsbewilligenden Funktionen ist unterschiedlich <sup>1)</sup> - sind nur einige Subjekte des Privatrechts. Bei der Qualifizierung der rechtlichen Stellung subventionsbewilligender Kreditinstitute ist daher - nach der eingangs gegebenen Begriffsbestimmung kommen als Beliehene nur Privatrechtssubjekte in Betracht <sup>2)</sup> - entsprechend zu differenzieren.

### I. Subventionsbewilligende Kreditinstitute mit öffentlich-rechtlicher Rechtspersönlichkeit

Soweit öffentlich-rechtliche Kreditinstitute wie die KfW, die Lastenausgleichsbank und die Westdeutsche Landesbank-Girozentrale in Durchführung öffentlicher Kreditprogramme der sie tragenden juristischen Person des öffentlichen Rechts subventionsbewilligende Funktionen wahrnehmen, bestehen hiergegen keine Bedenken. <sup>3)</sup>

1) Vgl. dazu oben S.21,27 f.

2) Vgl. dazu oben S.38 Anm. 1).

3) Vgl. Zuleeg, Rechtsformen S.91; Zacher, VVDStRL 25,371 f.

Diese Kreditinstitute sind als öffentlich-rechtliche Anstalten <sup>1)</sup> Glieder der sie tragenden juristischen Person des öffentlichen Rechts und sind daher, wenn sie für diese subventionsbewilligende Funktionen ausüben, in gleicher Weise an die öffentlich-rechtlichen Grundsätze und Handlungsprinzipien gebunden, die für die Ausübung subventionierender Verwaltungstätigkeit Geltung beanspruchen. <sup>2)</sup> Dieses muß wegen Art.1 Abs.III GG selbst dann gelten, wenn sich die Kreditinstitute - wie es regelmäßig der Fall ist - privatrechtlicher Handlungsformen bedienen. <sup>3)</sup>

### II. Subventionsbewilligende Kreditinstitute mit privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit

Subventionsbewilligende Kreditinstitute mit privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit sind die Saarländische Investitionskreditbank AG sowie die Berliner Industriekreditbank AG. Den beiden Kreditinstituten sind entsprechende Bewilligungskompetenzen durch Vertrag übertragen worden. Dieses hat - darauf ist bereits eingegangen worden <sup>4)</sup> - seinen Niederschlag in ministeriellen Richtlinien und internen Verfahrensregelungen gefunden.

1) Vgl. für die KfW und die Lastenausgleichsbank oben S.19 Anm.4); für die Westdeutsche Landesbank § 1 Abs.1 "Gesetz über die Zusammenlegung der Girozentralen (Landesbanken) in Nordrhein-Westfalen" vom 12.11.1968 (GVBl 1968,348).

2) Vgl. dazu oben S.33 Anm.2).

3) a.M. anscheinend Huber, WiVR I, S.140, der annimmt, die KfW sei "zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf die Vornahme privatrechtlicher Bank- und Kreditgeschäfte beschränkt". Vgl. dazu auch Scholz, Kreditinstitute S.152,154 sowie Zacher, VVDStRL 25,371 Anm.306a.

4) Vgl. oben S.21,28 Anm.2).

## 1. Belieheneneigenschaft

Aus der Tatsache, daß beiden Kreditinstituten die subventionsbewilligenden Funktionen weder durch Gesetz noch auf Grund Gesetzes übertragen worden sind, ergibt sich, daß die Frage nach ihrer Belieheneneigenschaft zu verneinen ist.<sup>1)</sup> Diese Feststellung ist unabhängig von einer der zum Beliehenenbegriff entwickelten Theorien zu treffen: Wegen des institutionellen Gesetzesvorbehalts kann eine Beleihung nur dort angenommen werden, wo ein entsprechendes Gesetz oder eine gesetzliche Ermächtigung vorhanden ist.<sup>2)</sup>

Hieraus folgt einmal - diese Problematik ist bereits an anderer Stelle berührt worden<sup>3)</sup> -, daß es keines Eingehens auf die vom Bundesverfassungsgericht vertretene Ansicht bedarf, nach der der Gesetzesvorbehalt im Bereich der Leistungsverwaltung auch hinsichtlich der Zuständigkeitsregelungen keine Geltung beanspruchen soll.<sup>4)</sup> Denn selbst für den Fall, daß die Subventionen nicht dem "allgemeinen rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt" unterliegen sollten<sup>5)</sup>, ergibt sich für eine Beleihung von Privatrechtssubjekten mit subventionsbewilligenden Funktionen die Notwendigkeit eines formellen Gesetzes aus dem institutionellen Gesetzesvorbehalt.

- 1) Vgl. Henze, Finanzhilfe S.91; Zuleeg, Rechtsformen S.93 f.; Rübner, Formen S.411; Schmidt-Rimpler, HwbsW 12,698; unklar: Eyer mann-Fröhler, VwGO § 4o Rd.47.
- 2) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S.248; vgl. auch oben S.53 ff.
- 3) Vgl. oben S.55 f.
- 4) BVerfG v.6.5.1958, E 8,155(168).
- 5) Die Ansicht des BVerfG wird heute im wissenschaftlichen Schrifttum überwiegend abgelehnt; vgl. Menger-Erichsen, VerwArch 61(1970),376 sowie Selmer, JuS 1968,492 f. m.w.N.

Daraus folgt weiterhin, daß es an dieser Stelle keiner Auseinandersetzung mit einer im wissenschaftlichen Schrifttum zunehmend vertretenen Ansicht bedarf, nach der Zuständigkeitsregelungen durch die Exekutive wegen einer in ihnen enthaltenen rechtlichen Außenwirkung als Rechtssätze angesehen werden.<sup>1)</sup> Denn unabhängig davon, ob diese "Rechtsetzung" der Exekutive originär<sup>2)</sup> oder nur abgeleitet<sup>3)</sup> ist, ergibt sich, daß dieses "Administrativrecht sui generis"<sup>4)</sup> als Grundlage einer Beleihung jedenfalls nicht in Betracht kommt: Wegen der Geltung des institutionellen Gesetzesvorbehalts ist für eine Beleihung schlechthin ein formelles Gesetz, d.h. ein entsprechender "im verfassungsmäßigen (förmlichen) Gesetzgebungsverfahren zustande gekommener Willensakt der Gesetzgebungsorgane"<sup>5)</sup> erforderlich, so daß Verwaltungsvorschriften bzw. ministerielle Richtlinien allein keine ausreichende Grundlage für die Übertragung von Zuständigkeiten auf Privatrechtssubjekte sein können.

## 2. "Beliehenenähnlichkeit"

Dem Ergebnis, daß die subventionsbewilligenden Kreditinstitute mit privatrechtlicher Rechtspersönlich-

- 1) So, wenn auch teilweise mit unterschiedlicher Begründung: Forsthoff, VR I S.134; Obermayer, JZ 1962,65(Anm.zu BVerwG v.23.2.1962, JZ 1962,62); Brohm, DÖV 1964,247; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S.5o2 f und DVBl 1969,528; Jesch, AöR 84(1959),84; Franz Mayer, EvStlK Sp.1423.
- 2) So Böckenförde, Organisationsgewalt S.79 f; vgl. nunmehr auch Hess.StGH v.3.12.1969, DVBl 1970, 217.
- 3) Vgl. Jesch, AöR 84(1959),74 f, 86 f; Spanner, DÖV 1957,64o f; Obermayer, JZ 1956,626; Rupp, NJW 1970,412 f; Menger-Erichsen, VerwArch 61(1970), 375,378.
- 4) Ossenbühl, DVBl 1969,529.
- 5) H.J.Wolff, VR I § 24 II e.



keit nicht die Rechtssubjektivität von Beliehenen haben, steht die Notwendigkeit gegenüber, sie in der Ausübung der subventionsbewilligenden Funktionen gegenüber dem Kreditbewerber gleichwohl an die Beachtung derjenigen Grundsätze und Handlungsprinzipien zu binden, die für subventionierende Verwaltungstätigkeit Geltung beanspruchen.<sup>1)</sup> Es stellt sich daher die Frage, wie diese Kreditinstitute in der Ausübung ihrer Funktionen an die entsprechenden Grundsätze, von denen insbesondere Gleichheits- und Verhältnismäßigkeitsgebot zu nennen sind, gebunden werden können.

Im wissenschaftlichen Schrifttum ist diese Problematik des subventionsbewilligenden Kreditinstitutes unter dem Gesichtspunkt einer "Beliehenengleichstellung" erörtert worden.<sup>2)</sup> In diesem Sinne ha-

1) Zu den Rechten des Subventionsbewerbers vgl. ausführlich: Götz, Wirtschaftssubventionen S. 32 f. Das subjektiv-öffentliche Recht des Subventionsbewerbers auf Rechtsschutz, vgl. dazu Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 Abs. IV Rd. 2 sowie Menger GR III/2 S. 733, kann auch nicht mit dem Hinweis darauf unterlaufen werden, die Richtlinien schlössen durch den in ihnen enthaltenen Passus "ein Rechtsanspruch besteht nicht" einen Anspruch auf die Leistung ohnehin aus. Die Richtlinien stellen kein objektives Recht dar, vgl. Zacher, VVDStRL 25, 314, und es ist anerkannt, daß die subventionierende Verwaltung zur Beachtung des Gleichheitssatzes, aus dem sich u.U. ein Recht des Subventionsbewerbers auf die Leistung ergeben kann, verpflichtet ist. Vgl. BVerwG v. 23.7.1958, E 7, 180 (185) sowie vom 29.12.1958, DVBl 1959, 573 (575); BGHZ 10, 295 (299); OVG Münster, v. 30.4.1963, DVBl 1963, 860 (861 f); Ipsen, Öfftl. Subv. Priv. S. 78 f; Henze, Finanzhilfe S. 100 ff; Menger, VerwArch 51 (1960), 71; Stern, JZ 1960, 559; v. Münch, AöR 85 (1960), 297 ff; Zacher, VVDStRL 25, 361 Anm. 259.

2) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd. 47; Scholz, Kreditinstitute S. 152, 154; Zacher, VVDStRL 25, 399 Leitsatz D I; Hamann, BB 1953, 866; Schmidt-Rimpler, HdwbSW 12, 698; Schüle, VVDStRL 11, 145; Rübner, Formen S. 410, 411 Anm. 276; vgl. zur Figur "Beliehenengleichstellung" auch Menger, DÖV 1955, 590 Anm. 31.

ben sich Hamann<sup>1)</sup>, Eyermann-Fröhler<sup>2)</sup> und Schmidt-Rimpler<sup>3)</sup> ausgesprochen. Es ist zu untersuchen, ob dieser Weg gangbar ist.

Zunächst kann eine solche "Beliehenengleichstellung" in Anbetracht des Fehlens entsprechender gesetzlicher Grundlagen nur dann gerechtfertigt sein, wenn es diesen Kreditinstituten an der Rechtssubjektivität von Beliehenen "nur" deshalb ermangelt, weil ihre Einschaltung nicht auf formellem Gesetz beruht. Damit kommt nach den Maximen der hier zum Rechtsinstitut Beleihung vertretenen Zuständigkeitstheorie eine Gleichstellung nur unter der Voraussetzung in Betracht, daß beide Kreditinstitute so handeln, als wären ihnen insoweit öffentlich-rechtliche Kompetenzen übertragen worden. Da sich für den Beliehenen aus seiner Zuständigkeit nicht nur ein Betriebsrecht, sondern auch eine Betriebspflicht<sup>4)</sup> herleitet, ist m.a.W. zu untersuchen, ob beide Kreditinstitute durch die ihrer Einschaltung zugrunde liegenden Verträge zur Entscheidung über die Bewilligung subventiver Kredite "berechtigt" und "verpflichtet" worden sind.

Dieses ist sowohl für die Saarländische Investitionskreditbank AG als auch für die Berliner Industriekreditbank AG zu bejahen. Beide Kreditinstitute sind - darauf ist bereits näher eingegangen worden<sup>5)</sup> - von dem Subventionsträger berechtigt und verpflichtet worden, von den ihnen übertragenen Bewilligungskompetenzen nach Maßgabe der Richtlinien des Subventionsträgers Gebrauch zu machen.

1) BB 1953, 865.

2) VwGO § 40 Rd. 47.

3) HdwbSW 12, 698.

4) Zu den Begriffen: H.J. Wolff, VR II § 104 III a b.

5) Vgl. dazu oben S. 21, S. 27 f.

Liegt damit die erste Voraussetzung für eine Beliehenengleichstellung vor, so ist weiterhin zu untersuchen, ob es, um die Beachtung der bei einer Subventionierung geltenden Grundsätze und Handlungsprinzipien zu gewährleisten, notwendig ist, diese Kreditinstitute in der Rechtssubjektivität Beliehenen gleichzustellen und damit in der Konsequenz letztlich ihr Handeln als Beliehenenhandeln anzusehen, obwohl entsprechende gesetzliche Einschaltungsnormen gerade fehlen. Damit ist die Frage danach gestellt, ob die entsprechenden Bindungen subventionierender Verwaltungstätigkeit nur einem Träger öffentlicher Verwaltung adäquat sein können.

Hierzu bedarf zunächst die Frage einer Beantwortung, welcher Natur die Bindungen sind, denen der Subventionsträger unterliegen würde, wenn er die subventionsbewilligenden Funktionen nicht durch die Kreditinstitute, sondern durch seine unmittelbar oder mittelbar eigene Verwaltung ausüben ließe.

In einem Vorgriff auf die späteren Ergebnisse der Untersuchung <sup>1)</sup> kann zunächst festgestellt werden, daß die subventiven Kredite mangels gesetzlicher Normierung der Leistungsvergabevoraussetzungen nicht in öffentlich-rechtlichen, sondern in privatrechtlichen Formen gewährt werden. Bei dieser Subventionierung in privatrechtlichen Handlungsformen ist der Subventionsträger mit Rücksicht darauf, daß er mit der Erbringung der Leistung "unmittelbar öffentliche Verwaltungszwecke" erfüllt, gleichwohl nicht im Vollbesitz der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, sondern er unterliegt den Bindungen eines besonderen "Verwaltungsprivatrechts". <sup>2)</sup>

1) Vgl. unten S.126,136 f.

2) Vgl. H.J.Wolff, VR I § 23 II b.

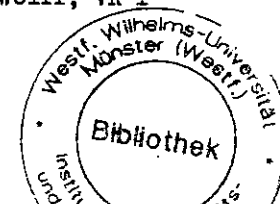
Kann das anstelle der subventionsträgerschaftlichen Verwaltung handelnde Kreditinstitut nicht weiterreichenden, sondern nur inhaltlich und qualitativ gleichen Bindungen unterliegen, dann liegt das Problem des subventionsbewilligenden Kreditinstitutes insoweit auch nur darin, dessen Tätigkeit in gleicher Weise "verwaltungsprivatrechtlich" zu binden. <sup>1)</sup>

Da sich das Verwaltungsprivatrecht lediglich als ein modifiziertes Privatrecht - als das für die Erfüllung unmittelbar öffentlicher Verwaltungszwecke in privatrechtlichen Handlungsformen geltende Privatrecht - darstellt, können Zuordnungssubjekte der verwaltungsprivatrechtlichen Bindungen nicht nur Träger öffentlicher Verwaltung, sondern auch Privatrechtssubjekte unter der Voraussetzung sein, daß sie die der staatlichen Verwaltung übertragenen Aufgaben für diese und nach deren Weisung erfüllen. <sup>2)</sup> Mit Rücksicht darauf erscheint es nicht geboten, die subventionsbewilligenden Kreditinstitute Beliehenen gleichzustellen und damit aus dem "materiell öffentlichen Gehalt" der von ihnen ausgeübten Funktionen Folgerungen auf die Rechtssubjektivität dieser Kreditinstitute zu ziehen.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß diese Kreditinstitute die subventiven Kredite in eigenem Namen in privatrechtlichen Formen für den Sub-

1) Vgl. dazu auch Rißner, Formen S.410,411 Anm.276, der die subventionsbewilligenden Kreditinstitute, die von ihm allerdings als Hausbanken bezeichnet werden, nicht als Beliehene ansehen will, sie aber gleichwohl den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts unterwirft.

2) Vgl. zum Grundproblem: BGH v.10.7.1969; Betrieb 1969,1790(1791) sowie v.23.9.1969, NJW 1969,2195. Vgl. auch die Besprechung bei Menger-Erichsen, VerArch 61(1970),380 ff und die kritische Stellungnahme zur Rechtsprechung bei Emmerich, JuS 1970,332, mit dem sich wiederum H.J.Wolff, VR I § 23 II b kritisch auseinandersetzt.



ventionsträger ausreichen und daß der Subventions-träger seinerseits die Entscheidungen der Kredit-institute durch den Erlaß von Richtlinien "steuert", erscheint zur Lösung der problematischen Figur "subventionsbewilligendes Kreditinstitut" eine Heranziehung der Rechtsinstitute "mittelbare Stellvertretung" und "Treuhand" in besonderem Maße geeignet.<sup>1)2)</sup>

Im Verhältnis zum Kreditbewerber bzw. im Verhältnis zu dessen Mittler treten lediglich die subventionsbewilligenden Kreditinstitute in Erscheinung. Sie handeln dabei in eigenem Namen für den Subventions-träger und fungieren insoweit als dessen mittelbare Stellvertreter.

Im Verhältnis zum Subventionsträger unterliegen diese Kreditinstitute bei der "treuhänderischen" Ausübung ihrer Funktionen einmal etlichen Beschränkungen durch den Subventionsträger. Sie unterliegen darüber hinaus kraft der treuhänderischen Übernahme der Funktionen denselben verwaltungsprivatrechtlichen Bindungen, denen der Subventionsträger unterliegen würde, wenn er die Funktionen durch seine unmittelbar oder mittelbar eigene Verwaltung ausüben ließe. Nur hinsichtlich dieser kraft der Treuhandenschaft begründeten verwaltungsprivatrechtlichen Bindungen sind diese Kreditinstitute im Außenverhältnis einem Beliehenen ähnlich, ohne diesem allerdings in der Rechtssubjektivität gleichzustehen.

Beim gegenwärtigen Stand der Subventions- und Ein-

1) Vgl. zu den Rechtsinstituten "mittelbare Vertretung" und "Treuhandenschaft" im Verwaltungsrecht: H.J.Wolff, VR I § 35 V, VI.

2) Vgl. dazu auch Flessa, DVBl 1957, 118 sowie Zuleeg, Rechtsformen S.89.

schaltungspraxis ist daher weder Raum für die Annahme einer Beliehenenstellung der subventionsbewilligenden Kreditinstitute, noch ist Platz für die Konstruktion der Beliehenengleichstellung. Das Phänomen läßt sich vom Begrifflichen her allenfalls als "Beliehenenähnlichkeit" umschreiben, die aus der Treuhänderstellung dieser Kreditinstitute resultiert. Bei der entwickelten Konzeption soll nicht verkannt werden, daß sich die behandelte Problematik lediglich als ein Sektor der umfassenderen Problematik der Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf den Bereich der Subventionen darstellt. Würde man den subventionsbewilligenden Kreditinstituten die entsprechenden Kompetenzen auf gesetzlicher Grundlage übertragen, so käme man, da diese Einschaltungsnormen notwendig eine Bestimmung des Zuständigkeitsgegenstandes enthalten müßten, zu einer wenigstens teilweisen gesetzlichen Regelung der Subventionsprogramme und damit zu einer Ausdehnung des Umfangs und der Quantität gesetzlicher Regelungen in einem Bereich, dem es an Transparenz und Publizität weitgehend mangelt.<sup>1)</sup>

#### C. Rechtliche Stellung subventionsmittelnder Kreditinstitute

Als kennzeichnendes Merkmal dieses Einschaltungsmodells ist die Mittlerfunktion des Kreditinstitutes zwischen den Bewilligungsstellen des Subventions-trägers und dem betroffenen Bürger herausgearbeitet worden.<sup>2)</sup> Bei dieser Konstellation ist eine "Kontaktnahme" der unmittelbar Subventionsbeteiligten ausgeschlossen. Die Mittlerstellung des Kreditinstitutes reicht vom ersten Antrags- bis zum letzten Abwicklungsakt.

Bei dieser Sachlage drängt sich die

1) Vgl. Zacher, VVDStRL 25, 355 f.

2) Vgl. dazu oben S.22 f, S.26, S.27 f.

Frage auf, wie die Mittlerstellung die Stellung des Kreditinstitutes im Verhältnis zum Bürger und zur Staatsorganisation beeinflusst. Haben diese Kreditinstitute einen Beliehenenstatus oder ist es gerechtfertigt, auch sie als Rechtssubjekte anzusehen, die Beliehenen ähnlich sind?

### I. Belieheneneigenschaft

Da die Mittlerfunktionen den Kreditinstituten weder im Wege der legislativen noch der administrativen Kompetenzzuweisung übertragen sind und da sie mithin keine öffentlich-rechtlichen Kompetenzen haben, ist die Frage ihrer Belieheneneigenschaft zu verneinen.<sup>1)</sup>

### II. "Beliehenenähnlichkeit"

Gemäß den Maximen der hier zum Beleihungsgegenstand vertretenen Zuständigkeitstheorie und im Anschluß an die Untersuchungen zum rechtlichen Status subventionsbewilligender Kreditinstitute kommt die Annahme einer "Beliehenenähnlichkeit" der Mittler nur unter der Voraussetzung in Betracht, daß diese wie durch öffentliches Recht für zuständig erklärte Rechtssubjekte handeln und daß auch sie in der Ausübung ihrer Funktionen verwaltungsprivatrechtlich gebunden werden müssen, weil sie im Verhältnis zum betroffenen Bürger quasi "öffentliche Gewalt"<sup>2)</sup> ausüben.

Die Frage danach stellt sich für alle mittelnden Kreditinstitute in gleichem Umfang und unabhängig

1) Vgl. Henze, Finanzhilfe S.92; Zacher, VVDStRL 25,374 f; Menzel, Hausbanken S.85 f.

2) i.S. des Art. 19 IV GG.

davon, ob sie eine privat- oder eine öffentlich-rechtliche Rechtspersönlichkeit haben. Es ist nicht gerechtfertigt, das Handeln öffentlich-rechtlich organisierter Mittler allein deshalb als Ausübung "öffentlicher Gewalt" anzusehen, weil sie rechtsfähige Verwaltungseinheiten (irgend)einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sind.<sup>1)</sup> Eine solche Verfahrensweise könnte der besonderen Gestaltung des Zusammenspiels zwischen subventionsbewilligenden und subventionsmittelnden Stellen nicht gerecht werden. Hier zeigt sich nämlich, daß die mittelnden Kreditinstitute mit öffentlich-rechtlicher Rechtspersönlichkeit bei der Übernahme ihrer spezifischen Funktionen nicht als Verwaltungseinheiten des Subventionsträgers, sondern als solche einer von diesem personenverschiedenen juristischen Person des öffentlichen Rechts tätig werden.<sup>2)</sup>

Kann an Stelle des öffentlich-rechtlichen Mittlers ebenso ein privates Kreditinstitut als Mittler eingeschaltet sein und ist hierfür allein die bestehende Bankverbindung des Subventionsbewerbers ausschlaggebend, dann wird daraus deutlich, daß sich das Mittlerproblem für alle Arten von Kreditinstituten in gleicher Weise stellt.

Ebenso würde ein sich an Eyer mann-Fröhler anlehnen-

1) Vgl. dazu auch Götz, Wirtschaftssubventionen S.61; Rißner, Formen S.405, der darauf hinweist, daß sich die für die "Daseinsvorsorge" geltenden Grundsätze nicht auf solche öffentlichen Unternehmungen ausdehnen lassen, denen eine Versorgungspflicht nicht obliegt; vgl. auch BVerwG v.23.6.1958, E 7,180(181 f).

2) Als Beispiel sei hier die Bewilligung eines ERP-Kredits durch die KfW unter Einschaltung einer mittelnden Girozentrale genannt.

der Lösungsversuch <sup>1)</sup> dergestalt, mangels unmittelbarer Rechtsbeziehungen zum Subventionsträger müsse dem Bürger die Durchsetzung der öffentlich-rechtlichen Bindungen jedenfalls gegenüber dem insofern einem Beliehenen gleichzustellenden Mittler ermöglicht werden, der Problematik der Subventionsmittlung nicht gerecht. Denn selbst für den Fall, daß unmittelbare Rechtsbeziehungen zum Subventionsträger nicht bestehen sollten <sup>2)</sup>, bliebe der Nachweis zu erbringen, daß die Mittler wie Rechtssubjekte handeln, die durch öffentliches Recht für zuständig erklärt worden sind.

Die Untersuchung hat daher im folgenden von den Verfahrensgestaltungen der öffentlichen Kreditprogramme auszugehen. Dabei ist die Frage zu stellen, ob die Mittler lediglich "Hilfsfunktionen" ausüben oder ob ihnen in bezug auf die Bewilligung des öffentlichen Kredits Entscheidungsbefugnisse zukommen.

#### 1. Entscheidungsbefugnisse des Mittlers

Für alle öffentlichen Kreditprogramme gilt die gemeinsame Feststellung, daß der "Ausspruch" der Be-

1) Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd.47 für die sog. gemischten Kreditsubventionen, bei denen den entsprechenden Kreditinstituten die Entscheidung über die Bewilligung des öffentlichen Kredits zukommt. Anscheinend will Schmidt-Rimpler, HdwbSW 12,698, diese Lösung für die Mittler übernehmen.

2) Vgl. dazu unten S.142 f.

willigung immer den subventionsbewilligenden Stellen vorbehalten ist.

Es bleibt aber zu untersuchen, inwieweit die Entschlußfassung des Mittlers hinsichtlich der Übernahme der Hausbankfunktion die Entscheidung der subventionsbewilligenden Stelle "präjudiziert".

Sollte nämlich der Nachweis gelingen, daß die Entscheidung des Mittlers die Entscheidung der subventionsbewilligenden Stelle in der Weise beeinflusst, daß letztere nur in Übereinstimmung mit der ersteren ergeht, so könnte es gerechtfertigt sein, die Entscheidung der subventionsbewilligenden Stellen lediglich als den formellen Akt, die eigentlichen Entscheidungsbefugnisse jedoch als dem Mittler zukommend anzusehen. Es würde sich hieran die weitere Frage anschließen, inwieweit es wegen dieser Verfahrenspraxis gerechtfertigt sein könnte, schon die Entscheidung des Mittlers als Ausübung "öffentlicher Gewalt" anzusehen.

Insofern würde sich eine Parallele zur rechtlichen Beurteilung der Tätigkeit eines Sachverständigen ergeben, der in ein benördliches Erlaubnisverfahren (§§ 10 Abs.I, 19 Abs.II, 21 S.3, 22 StVZO) eingeschaltet ist. Dessen Tätigkeit wird von der Rechtsprechung <sup>1)</sup> und weitgehend auch im wissenschaftlichen Schrifttum <sup>2)</sup> als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert, obwohl der Ausspruch der Entscheidung der Erlaubnisbehörde vor-

1) Vgl. OLG Celle v.9.2.1953, MDR 1953,676(677); OVG Münster v.22.6.1954, NJW 1954,1663; IG Berlin v.28.4.1967, NJW 1967,1663; BGH v.30.11.1967, JZ 1968,298 mit zust.Anm. v.Rupp.

2) Hellingrath, DAR 1952,30; Bachof, AöR 83(1958), 233 Fußn.32; Rupp, Privateigentum S.19 f; Eyermann-Fröhler, VwGO § 42 Rd.67; Merk, VR S.571; Flögel-Hartung, Straßenverkehrsrecht § 10 StVZO Rd.7; Steiner, JuS 1969,73.A.M. aber

behalten ist. Dem liegt die Erwägung zugrunde, es könne keinen Unterschied machen, ob die Erlaubnisbehörde die Auffassung des Sachverständigen auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung oder in ständiger Praxis zur Grundlage ihrer Entscheidung mache.<sup>1)</sup> Mit der Entschlußfassung des Gutachters sei die Entscheidung über die Erlaubniserteilung praktisch gefallen.<sup>2)</sup> Seine Entscheidung bilde daher geradezu einen Bestandteil der hoheitlichen Erlaubniserteilung<sup>3)</sup>, präjudiziere diese geradezu<sup>4)</sup> und müsse daher selbst als hoheitliche Tätigkeit angesehen werden.

Ob sich aus diesen Grundsätzen Folgerungen für die rechtliche Stellung der Mittler herleiten lassen, hängt damit davon ab, ob der Stellungnahme des Mittlers eine ähnliche Bedeutung zukommt wie der eines Sachverständigen in den genannten behördlichen Erlaubnisverfahren.

Dazu bedürfte es des doppelten Nachweises, daß die positive Stellungnahme des Mittlers die Gewährung des öffentlichen Kredits sichert und daß umgekehrt die negative Stellungnahme des Mittlers

---

Forts. von S.71  
Siebert, Rechtsstellung S.28 ff; Forsthoff,  
VR S.458 Fußn.3; H.J.Wolff, VR III § 134 III  
a 5; Reuß, Wirtschaftsverwaltung S.288.

- 1) Steiner, JuS 1969,73; Brohm, Strukturen S.99 Anm.34.
- 2)3) BGH v.30.11.1967, JZ 1968,298(299).
- 4) Rupp, JZ 1968,300.

eine ablehnende Entscheidung der subventionsbewilligende Stelle nach sich zieht.

#### a) Bedeutung der positiven Beurteilung des Kreditantrages durch den Mittler

Sieht das subventionsmittelnde Kreditinstitut die Förderungsvoraussetzungen des Kreditprogramms für gegeben an und ist es auch bereit, die Hausbankfunktion für den öffentlichen Kredit zu übernehmen, so steht damit zunächst nur fest, daß der Mittler den Kreditantrag an die subventionsbewilligende Stelle weiterleiten wird. Der von Zacher vertretenen Ansicht, in diesem Falle werde der öffentliche Kredit mit einer "gewissen Automatik"<sup>1)</sup> gewährt, kann nicht zugestimmt werden. Sie läßt - wie noch zu zeigen sein wird - wesentliche Gesichtspunkte außer acht.

So wird die subventionsbewilligende Stelle den Kredit dann nicht bewilligen (dürfen), wenn sie - entgegen der Ansicht des Mittlers - die richtlinienmäßigen Voraussetzungen des Förderungsprogramms für nicht gegeben ansieht.

Aber selbst für den Fall, daß die Ansicht des Mittlers und der subventionsbewilligenden Stelle in diesem Punkte deckungsgleich sind, ist die Bewilligung des öffentlichen Kredits keinesfalls sichergestellt. Diese Feststellung beansprucht unabhängig davon Gültigkeit, ob das mittelnde Kreditinstitut sich am Kreditrisiko beteiligen muß oder nicht.

- 
- 1) Zacher, VVDStRL 25,320.

#### aa) Treuhandkredite

Wird der öffentliche Kredit über einen als Treuhänder fungierenden und daher nicht unmittelbar risikobeteiligten Mittler ausgereicht,<sup>1)</sup> so werden die subventionsbewilligenden Stellen eine befürwortende Stellungnahme des Mittlers jedenfalls nicht unbesenen zur Grundlage ihrer eigenen Entscheidung machen. Dieses findet seine Ursache darin, daß die Mittler hier - anders als bei den refinanzierten Krediten - nur im Rahmen ihrer Treuhänderpflichten für die öffentlichen Mittel haften und daher Kreditausfälle regelmäßig ins volle Obligo des Subventionsträgers fallen.

#### bb) Refinanzierte Kredite

Eine grundsätzlich andere Beurteilung ist auch nicht bei den Kreditprogrammen angebracht, die sich des besonderen Verfahrens der Refinanzierung bedienen. Auch hier eröffnet die Erklärung des Mittlers, die Hausbankfunktion zu übernehmen, jedenfalls nicht zwingend den Zugang zum öffentlichen Kredit. Für die Entscheidung der bewilligenden Stellen wird im Einzelfall maßgeblich sein, ob der Mittler sich zur vollen oder nur zu einer partiellen Risikobeteiligung bereiterklärt hat.

#### b) Bedeutung der negativen Beurteilung des Kreditantrages durch den Mittler

Beurteilt der Mittler den Kreditantrag negativ, so braucht damit dem Kreditbewerber der Zugang

1) Vgl. dazu oben S.24,26.

2) Vgl. zum Begriff oben S.23 Anm.1); zu den entsprechenden Kreditprogrammen vgl. oben S.23,26, 28.

zum öffentlichen Kredit noch nicht versperrt zu sein. Ob dieses der Fall ist, wird von der weiteren Haltung des Mittlers bestimmt. Findet sich der Mittler trotz negativer Beurteilung der Bewilligungsaussichten zu einer Weiterleitung des Antrages bereit, so kann es im Einzelfall gleichwohl zu einer Bewilligung des öffentlichen Kredits kommen.

Die Frage nach den bestimmenden Kriterien der Mittlerhaltung kann nicht generell beantwortet werden. Für die Weiterleitung der Kreditanträge - hierzu sind die Mittler weder durch Gesetz noch durch Vertrag verpflichtet<sup>1)</sup> - wird entscheidend sein, welche Gründe die Mittler zu einer negativen Beurteilung der Bewilligungsaussichten veranlaßt haben.

Sieht der Mittler die Förderungsvoraussetzungen des öffentlichen Kreditprogrammes für nicht gegeben an, dann wird es nur in kraß gelagerten Fällen zu einer Nichtweiterleitung des Kreditantrages kommen. Regelmäßig werden die mittelnden Kreditinstitute, die untereinander in einem marktwirtschaftlichen Wettbewerb stehen, für ihre Kunden den Zugang zum öffentlichen Kredit zu sichern versuchen.

Kann der Kreditbewerber die Kreditmittel nicht in banküblichem Umfang sichern, so werden die Mittler eine Weiterleitung der Anträge davon ab-

1) Zu der Frage, ob die Mittler nach den zum "Kontrahierungszwang" entwickelten Grundsätzen zu einer Weiterleitung verpflichtet sind, vgl. unten S.80 f sowie Henze, Finanzhilfe S.92; Zacher, VVDStRL 25,375; Menzel, Hausbanken S.85; zur vertraglichen Verpflichtung vgl. Menzel, Hausbanken S.85 f.

hängig machen, ob sie im Falle der Bewilligung den Kredit für eigene Rechnung oder für Rechnung des Subventionsträgers auszureichen haben.

Ist das mittelnde Kreditinstitut - so bei den refinanzierten Krediten - selbst am Kreditrisiko beteiligt, dann wird es regelmäßig eine Weiterleitung des Antrages ablehnen. Eine Ausnahme - darauf ist bereits hingewiesen worden <sup>1)</sup> - ist bei den refinanzierten Krediten dann möglich, wenn sich dritte öffentliche Stellen oder sog. Kreditgarantiegemeinschaften zu einer Gewährleistung bereitfinden und dieses zu einer Risikominderung auf seiten des Mittlers führt. In diesem Fall wird der Mittler den Kreditantrag unter einem dahingehenden Vorbehalt weiterleiten und sich zur Übernahme der Hausbankfunktion bereiterklären.

Anders hingegen werden sich die Mittler bei den Treuhandkrediten verhalten. Da sie diese im Falle der Bewilligung nicht unter eigener Haftung ausreichen, werden die Mittler regelmäßig auch für solche Bewerber Anträge stellen, die keine banküblichen Sicherheiten stellen können. Dieses erklärt sich daraus, daß bei den Treuhandkrediten der Besicherungskomplex nicht allein entscheidend für die Kreditbewilligung ist. Die Treuhandkreditprogramme haben ihre besondere Gestaltung nämlich gerade für solche Fälle erfahren: Sie sollen eine Angebotslücke der Kreditversorgung für diejenigen schließen, die bankübliche Sicherheiten nicht anbieten können, deren Förderung aber zur Erreichung gesamtwirtschaftlicher Interventions- und

1) Vgl. oben S.24 f.

Lenkungsziele gleichwohl geboten ist. Könnten die Bewerber nämlich entsprechende Sicherheiten stellen, dann wäre ihnen der Zugang zum marktwirtschaftlichen Kredit eröffnet und der öffentliche Lenkungsziele verfolgende Staat wäre nicht gehalten, Kredite unter vollem Risiko selbst auszureichen. Er könnte sich statt dessen auf die Refinanzierungspraxis oder auf Zinsverbilligungsprogramme für marktwirtschaftliche Kredite beschränken. <sup>1)</sup>

Haben daher bei Treuhandkrediten Rentabilitäts- und Risikogesichtspunkte keine Priorität, so werden die subventionsbewilligenden Stellen - auch entgegen der bankgeschäftlich-kommerziellen Kreditbeurteilung durch die Mittler - den öffentlichen Kredit jedenfalls dann gewähren, wenn dieses dem gesamtwirtschaftlichen Lenkungsinteresse dient und eine Tilgung der Mittel mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann.

## 2. Ergebnis

Nach alledem muß die Feststellung getroffen werden, daß die Stellungnahme des Mittlers die Entscheidung der bewilligenden Stellen nicht "präjudiziert". Im Gegensatz zu den Stellungnahmen von Sachverständigen in den genannten behördlichen Erlaubnisverfahren <sup>2)</sup> wird die Stellungnahme der Mittler von den subventionsbewilligenden Stellen nicht in ständiger Praxis zur Grundlage der Entscheidung gemacht. Die Stellungnahme der Mittler

1) Vgl. Zacher, VVDStRL 25,375; Menzel, Hausbanken S.30,89 f.

2) Vgl. dazu oben S.71.



bereitet die Entscheidung der bewilligenden Stellen nur bis zu einem gewissen Grad vor, präjudiziert diese Entscheidung jedoch nicht. Die positive Stellungnahme des Mittlers garantiert ebensowenig die Bewilligung des öffentlichen Kredits, wie ihre negative Stellungnahme eine Nichtgewährung des öffentlichen Kredits zu bedeuten braucht.

Bei einer negativen Beurteilung der Förderungsaussichten kann sich der Mittler zwar im Einzelfall veranlaßt sehen, auf eine Weiterleitung des Antrages zu verzichten. Das bedeutet jedoch nicht ohne weiteres den Ausschluß von den öffentlichen Mitteln. Nur für den gedachten Fall, daß alle potentiellen Mittler in gleicher Weise die Weiterleitung des Antrages ablehnen sollten <sup>1)</sup>, würde die Nichtgewährung des öffentlichen Kredites feststehen. Dieses ergibt sich aber allein daraus,

---

1) Ob diese Konstellation eintreten wird oder nicht, ist jedenfalls für die Beurteilung des Rechtsproblems unerheblich. Dieses kann auch nicht durch den Hinweis darauf gelöst werden, der Bewerber habe in aller Regel die Möglichkeit, auf andere Banken auszuweichen, die gleichfalls in das Subventionsprogramm eingeschaltet sind, so aber RUFNER, Formen S.411. Auch die von Schneider-Gädicke, Kredit S.27, als Ausweg der Praxis genannte Möglichkeit, der Bewerber könne dann, wenn sich private Kreditinstitute nicht bereitfänden, öffentlich-rechtliche Kreditinstitute ansprechen bzw. diese könnten von den Subventionsbehörden auf die Übernahme einer Mittlerfunktion angesprochen werden, mag das Rechtsproblem zwar in der Praxis entschärfen, beseitigt wird es hierdurch jedoch nicht. Vgl. dazu ZACHER, VVDStRL 25,

daß die subventionsbewilligenden Stellen in diesem gedachten Fall gar nicht erst mit einer Entscheidung über die Kreditanträge befaßt werden.

Aus allem ergibt sich, daß es nicht gerechtfertigt ist, die bezüglich der Sachverständigentätigkeit aufgezeigten Grundsätze "analog" auf die Tätigkeit der Mittler anzuwenden. Diese üben keine "öffentliche Gewalt" <sup>1)</sup>, sondern lediglich Hilfsfunktionen vorbereitender Natur aus. Da sie damit zur Bewilligung öffentlicher Kredite weder "betriebsberechtigt" noch "betriebsverpflichtet" sind, ist es insofern auch nicht geboten, diese Kreditinstitute als "Beliehenähnliche" anzusehen.

### 3. Lösungsversuch

Das Problem der Subventionsmittlung - und hier hat die Lösung anzusetzen - liegt damit in folgendem: Dem Bewerber ist der unmittelbare Zugang zu den subventionsbewilligenden Stellen entweder kraft gesetzlicher Bestimmung <sup>2)</sup> oder kraft Verwaltungsrichtlinien <sup>3)</sup> verschlossen und nur mittelbar über Kreditinstitute eröffnet. Durch diesen "Selbstausschluß" subventionsbewilligender Stellen ist den kreditwirtschaftlichen Organisationen in ihrer Gesamtheit ein "Antragsoligopol" zugefallen,

- 1) i.S. des Art.19 Abs.IV GG.
- 2) Vgl. für die KfW § 3 Abs.1 "Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau" vom 5.11.1948 i.d.F. vom 23.6.1969 (BGBl I,74) - für die LAG-Bank: § 4 Abs.3 "Gesetz über die Lastenausgleichsbank" vom 28.10.1954 i.d.F. v.18.8.1969 (BGBl I,1232).
- 3) Vgl. dazu die Antragswege der einzelnen Kreditprogramme bei Dittes, Finanzierungshilfen und bei Schlaowitz, Finanzier.

dem eine entsprechende Pflichtigkeit zur Weiterleitung von Anträgen nicht korrespondiert. Es fehlen nämlich insofern nicht nur gesetzliche Vorschriften, es fehlt auch insoweit an einer vertraglichen Pflicht des mittelnden Kreditinstitutes gegenüber dem Subventionsträger.<sup>1)</sup>

Eine entsprechende Pflichtigkeit des Mittlers zur Weiterleitung von Kreditanträgen kann im Verhältnis zum Bewerber auch nicht mit einer Modifizierung der Grundsätze begründet werden, die bezüglich des "Kontrahierungszwanges" gelten. Anerkannt ist, daß der Kontrahierungszwang einer normativen Grundlage bedarf.<sup>2)</sup> Diese Grundlage kann - spezielle gesetzliche Vorschriften fehlen ohnehin - weder in den Generalklauseln des privaten Rechts gesehen werden, noch kann sie aus den Grundsätzen entnommen werden, die für die Abschlußpflicht öffentlicher Versorgungsträger gelten.

Zum einen dürfte es nicht die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen, wenn ein Kreditinstitut aus Rentabilitäts- und Risikogründen die Übernahme der Mittlerfunktion ablehnt.<sup>3)</sup> Zum anderen ist, selbst dann, wenn im Einzelfall die Teilhabe am

- 1) Vgl. Zacher, VVDStRL 25,377 f und Zuleeg, Rechtsformen S.94.
- 2) Vgl. dazu m.w.N. Zacher, VVDStRL 25,377 f; Zuleeg, Rechtsformen S.67.
- 3) In derselben Richtung: Zacher, VVDStRL 25,378 Anm.337.

Kredit für den Bewerber unmittelbar existenz erheblich sein mag<sup>1)</sup>, ein Kontrahierungszwang nur für diejenigen öffentlichen Versorgungsträger begründet, die als einziges Unternehmen für ein bestimmtes Gebiet ein dahingehendes Monopol innehaben.<sup>2)</sup> Diese Voraussetzungen können jedoch hinsichtlich der Mittler nicht als gegeben angesehen werden. Mittlerfunktionen kann jedes Kreditinstitut im Bundesgebiet übernehmen und es ist Zacher darin zuzustimmen, daß ein derartig "breit gestreutes Gruppenmonopol" nicht zu einem Kontrahierungszwang führen kann.<sup>3)</sup>

Das berechtigte Streben der Subventionsträger nach Verwaltungsvereinfachung und Effizienz kreditgewährender Entscheidungen hat mit dieser Verfahrensgestaltung einen Zustand entstehen lassen, der als rechtswidrig bezeichnet werden muß<sup>4)</sup>:

Das Antragsverfahren mit seinem nachstufigen Zusammenwirken von mittelnden Kreditinstituten und subventionsträgerschaftlicher Verwaltung führt dazu, daß dem Bewerber dann, wenn keines der angesprochenen Kreditinstitute die Mittlerfunktion übernehmen will, das Recht auf Entscheidung der zur Bewilligung

- 1) So anscheinend Roser, Diss. S.48.
- 2) Larenz, Schuldrecht I, S.47 f m.w.N.
- 3) Zacher, VVDStRL 25,378; dazu auch Rübner, Formen S.384, der darauf hinweist, daß sich ein Kontrahierungszwang außerhalb der massentypischen Daseinsvorsorge nur selten begründen lasse und daß mit Hilfe dieses Rechtsinstituts das wirtschaftliche Intervenieren durch Subventionen nicht erfaßt werden könne, vgl. S.368.
- 4) Vgl. Zacher, VVDStRL 25,379. Abzulehnen ist Rübner, Formen, S.411 Anm.278, der diesen Zustand zwar nicht als rechtsstaatlich ansieht, hieraus

berechtigten und verpflichteten Stellen entzogen wird.<sup>1)</sup> Die Stellen nämlich, die infolge der Nichtweiterleitung des Antrages den Zugang zum öffentlichen Kredit blockieren, sind dem Antragsteller gegenüber zu einer Weiterleitung des Antrages nicht verpflichtet. Die Stellen, die hingegen zur Entscheidung berufen sind, werden infolge der Unterbrechung des Antragsweges gar nicht erst mit einer Entscheidung befaßt. Selbst für den Fall, daß die Versagung des öffentlichen Kredits materiell gerechtfertigt sein sollte - sei es wegen Nichtvorliegens der Förderungsvoraussetzungen, sei es wegen eines unvertretbaren Kreditrisikos, sei es wegen der bereits erfolgten Ausschöpfung des Kreditvolumens -, führt diese Verfahrensgestaltung jedenfalls in einer Hinsicht zu einem untragbaren Zustand: Dem Kreditbewerber wird die Möglichkeit genommen, die Rechtmäßigkeit seines Ausschlusses von den öffentlichen Mitteln auf dem Rechtswege nachprüfen zu lassen, der speziell zur Nachprüfung von Akten öffentlicher Gewaltausübung geschaffen worden ist. Würden nämlich die subventionsbewilligenden Stellen mit der Entscheidung befaßt, so

Forts.v.S.81  
aber gleichwohl keine Konsequenzen ziehen will. Er führt dazu aus: "Wollte man eine eigene Entscheidung der Hausbanken in jedem Fall vermeiden, so könnte es in Zukunft weder Zinssubventionen noch öffentliche Darlehen mit (teilweiser) Eigenhaftung der Bank geben. Wir müßten also auf die wahrscheinlich sinnvollsten Formen der Subventionierung zugunsten rechtsstaatlicher Perfektion verzichten, deren praktische Auswirkung zugunsten des Bürgers kaum einen nennenswerten Vorteil brächten." Diese Argumentation trifft - wie noch gezeigt wird - nicht zu.

- 1) Ein Recht des Subventionsbewerbers folgt aus der Zuständigkeitsordnung selbst, vgl. H.J.Wolff, VR II § 72 IV a; Rasch, Verwaltungsorganisation S.132 m.w.N.; VGH Bad.-Württ. v.1.7.1960, JZ 1960,667; Scholz, Kreditinstitute S.156; Huber, WiVR I,691.

stünde dem abgewiesenen Bewerber mit Rücksicht darauf, daß sich die ablehnende Entscheidung als Ausübung öffentlicher Gewalt i.S. des Art.19 Abs.IV GG darstellt<sup>1)</sup>, der Verwaltungsrechtsweg offen. Bei der jetzigen Gestaltung wird dem Bewerber diese Möglichkeit genommen, obwohl im Einzelfall infolge der Unterbrechung des Antragsweges die Nichtgewährung des öffentlichen Kredits feststehen kann.

Zur Lösung der Mittlerproblematik bieten sich zwei Wege an, die beide dem berechtigten Streben des Subventionsträgers nach Verwaltungseffizienz Rechnung tragen.

Die erste Möglichkeit besteht in einer normativen Bindung subventionsbewilligender Kreditinstitute dahingehend<sup>2)</sup>, Anträge des Kreditbewerbers unter Beifügung eigener Stellungnahme an die Stelle weiterzuleiten, die zur Entscheidung über die Gewährung des öffentlichen Kredites berufen ist. Durch diese "gesetzliche Indienstnahme"<sup>3)</sup> der Mittler würde eine dem Antragsmonopol korrespondierende Pflichtigkeit zur Weiterleitung von Anträgen geschaffen. Damit wäre gewährleistet, daß die Kreditanträge zur Kenntnis der subventionsbewilligenden Stellen gelangen, daß diese entschei-

- 1) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art.19 Abs.IV Rd.19; Schmidt-Bleibtreu in Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art.19 Rd.24.  
2) Dazu Zacher, VVDStRL 25,379.  
3) Zu diesem Rechtsinstitut siehe E.Kaufmann, WBStVR III S.712; Ipsen, Festschr.f.E.Kaufmann, S.141; Michaelis, Diss. S.78 ff. Der Unterschied zur Beleihung besteht darin, daß der Indienstgenommene keine öffentlich-rechtliche Berechtigung, sondern nur eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung hat, vgl. Ipsen, Festschr.f. E.Kaufmann, S.151; Michaelis, Diss. S.83.

den müssen und daß ihre Entscheidung an den Maßstäben gemessen werden kann, die für die Tätigkeit der Subventionsträger Geltung beanspruchen.

Die zweite Möglichkeit besteht in der Beseitigung des Antragsmonopols kreditwirtschaftlicher Organisationen. Dieses braucht nicht in der Weise zu geschehen, daß Anträge unmittelbar an die subventionsbewilligenden Stellen - also unter Übergangung der Mittler - zu richten sind. Die Möglichkeit der unmittelbaren Antragstellung könnte vielmehr zusätzlich für den Fall eröffnet werden, daß die Mittler die Weiterleitung der bei ihnen eingereichten Anträge ablehnen.

Vor eine Entscheidung gestellt, welche der beiden Möglichkeiten als die praktikablere anzusehen ist, wird man dem ersteren Weg den Vorzug einräumen müssen. Dieser erfordert nur geringe Modifizierungen des bisher praktizierten Antragsverfahrens, das sich bei einer Vielzahl öffentlicher Kreditprogramme wegen seiner nachstufigen Prüfung einzel- und gesamtwirtschaftlicher Aspekte bewährt hat.<sup>1)</sup>

#### D. Rechtliche Stellung subventionsverwaltender Kreditinstitute

Mit der Bezeichnung "subventionsverwaltende Kreditinstitute" sind diejenigen kreditwirtschaftlichen Organisationen erfaßt worden, die den vom Kreditbewerber unmittelbar beim Subventionsträger bzw. dessen Verwaltung beantragten und von ihm unmittelbar bewilligten Kredit lediglich verwalten.

1) Zur Erweiterung des Lösungsvorschlags vgl. unten S.146 ff.

Der Verdeutlichung halber sei hinzugefügt, daß sich diese Kreditinstitute von den subventionsgewährenden Kreditinstituten durch das Fehlen selbständiger Bewilligungsbefugnisse und von den subventionsmittelnden Kreditinstituten durch das Fehlen des "Antragsoligopols" unterscheiden. - Bereits aus den Ausführungen zu den vorher behandelten Funktionsträgertypen eingeschalteter Kreditinstitute ergibt sich, daß der Einschaltung subventionsverwaltender Kreditinstitute keine Bedenken entgegenstehen. Ihre Tätigkeit weist gegenüber der üblichen Bankentätigkeit lediglich darin eine Besonderheit auf, daß sie den öffentlichen Kredit verwalten und daß sie die Einhaltung der Zweckbindungen im Auftrage des Subventionsträgers und nach dessen Maßgabe überwachen.<sup>1)</sup> Hinsichtlich dieser Teilaufgaben sind sie allerdings als Treuhänder des Subventionsträgers anzusehen und sie fungieren, da sie gegenüber dem Kreditnehmer in eigenem Namen tätig werden, auch als dessen mittelbare Stellvertreter. Die Frage einer "Beliehenengleichstellung" ergibt sich bei der Einschaltung dieser Kreditinstitute nicht.<sup>2)</sup> Den subventionsverwaltenden Kreditinstituten sind nicht solche Funktionen zur Wahrnehmung übertragen, zu deren Ausübung es einer öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit bedürfte. Selbständige Anordnungs- und Entscheidungsbefugnisse sind ihnen im Verhältnis zum Subventionsbegünstigten nicht eingeräumt. Sie beschränken sich vielmehr auf die Verwaltung und Überwachung des öffentlichen Kredits,

1) Vgl. insoweit die Einschaltungsbestimmungen, deren Fundstelle oben S.29 Anm.3),4) angegeben ist.

2) Siehe auch Michaelis, Diss. S.84 f Anm.73; a.M. Spahn, Kreditinstitute S.19. Dieser will das Rechtsinstitut Beleihung auch auf jene Kreditinstitute anwenden, die lediglich schlicht verwaltende Tätigkeit i.S. von Hilfsfunktionen ausüben. Zur "Beliehenenähnlichkeit" oben S.61 ff.

üben lediglich Hilfsfunktionen aus und fungieren damit - wie Roser zutreffend formuliert <sup>1)</sup> - als technische Ergänzung des Verwaltungsapparats. Diese Form der Einschaltung auf lediglich vertraglichem Wege ist unbedenklich. <sup>2)</sup> Die subventionsträgerschaftliche Verwaltung begibt sich mit ihr keines Teiles materieller Hoheitsrechte. <sup>3)</sup> Es bleibt sichergestellt, daß die Rechtsstellung des Subventionsbegünstigten durch die Einschaltung dieser Kreditinstitute nicht geschmälert wird. <sup>4)</sup>

### Teil III: Rechtsverhältnisse unter den Beteiligten bei der Einschaltung von Kreditinstituten

Im Anschluß an die Feststellungen zur rechtlichen Stellung eingeschalteter Kreditinstitute ist nunmehr die Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse zu bestimmen, die sich bei deren Einschaltung unter den Beteiligten ergeben.

Diesem muß freilich eine Stellungnahme zu der unstrittenen Frage der rechtlichen Qualifizierung des Subventionsverhältnisses vorangestellt werden.

1) Roser, Diss. S.80.

2) Vgl. Roser, Diss. S.80; Zuleeg, Rechtsformen S.92, der allerdings irreführend von einer "Beleihung" mit schlicht verwaltenden Aufgaben spricht - so auch Huber, WiVR I, S.539; Ipsen, Konstruktionsfragen S.614; Henze, Finanzhilfe S.61.

3) Forsthoff, VR I, S.405; H.J. Wolff, VR II § 104 I b.

4) Henze, Finanzhilfe S.94,96.

Mit Rücksicht darauf, daß bereits das Rechtsverhältnis Subventionsgeber-Subventionsempfänger teils der Geltung privaten Rechts, teils der Geltung öffentlichen Rechts und teils der Geltung beider Teilrechtsgebiete unterstellt wird, kann diese Frage nicht offen bleiben. Erst im Anschluß daran wird eine Stellungnahme dazu möglich sein, ob und wie das Rechtsverhältnis eine Modifizierung erfährt, wenn zusätzlich noch Kreditinstitute in den Gesamtvorgang der öffentlichen Kreditgewährung eingeschaltet werden.

### A. Rechtsnatur des Subventionsverhältnisses

Die Diskussionen um die Rechtsnatur des Subventionsverhältnisses sind bis heute nicht abgeschlossen. Nachdem die zunächst herrschende rein privatrechtliche Betrachtungsweise <sup>1)</sup> durch eine gemischt öffentlichrechtliche-privatrechtliche Betrachtungsweise abgelöst wurde und damit eine gewisse Beruhigung des Meinungsstreites eintrat, sind späterhin andere Betrachtungsweisen entwickelt worden, die sich entweder für eine rein öffentlichrechtliche oder eine verwaltungsprivatrechtliche Beurteilung des Subventionsrechtsverhältnisses einsetzten.

Diese Vielzahl unterschiedlicher Theorien ist Resultat des wiederholt unternommenen Versuchs,

1) Fleiner, Institutionen S.126 ff; Kegel, JZ 1951,385; Römer, BB 1950,97; Huber, WiVR II,200; vgl. weiterhin Flessa, NJW 1954,539.

den Ordnungsbedürfnissen der dynamischen Leistungsverwaltung mit dem herkömmlichen Instrumentarium der Ordnungsverwaltung gerecht zu werden bzw. neue, dieser Verwaltungstätigkeit angemessene Ordnungsinstrumente zu schaffen.<sup>1)</sup>

### I. Derzeitiger Meinungsstand

Bis zur grundlegenden Untersuchung Ipsens "Öffentliche Subventionierung Privater" wurde allgemein die Meinung vertreten, der subventionierende Staat handle in den Formen des privaten Rechts und sein Tätigwerden könne, da der Staat mit der Gewährung von Leistungen nur das tue, wozu auch jeder Privatmann berechtigt sei, lediglich an den für jedermanns Tätigkeit geltenden Regeln des privaten Rechts gemessen werden.<sup>2)</sup>

Diese Ansicht wird heute nicht mehr vertreten. Es hat sich vielmehr die Erkenntnis Bahn gebrochen, daß der subventionierende Staat nicht ohne weiteres an den auf die Bürger-Bürger-Dimension zugeschnittenen Normen gemessen werden könne, sondern daß es

1) Vgl. dazu Rupp, JuS 1961, 60 f.

2) So Fleiner, Institutionen S.126 f; Jellinek, VR S.25; Römer, BB 1950, 97; siehe dazu insbes. Flessa, NJW 1954, 538 f, DVBl 1957, 81 ff, 118 ff. Dieser will die subventionsbewilligende Entscheidung nicht als grundrechtsgebundenen, sondern als einen in Verwaltung des Finanzvermögens ergehenden "Fiskalakt" ansehen, NJW 1954, 540. Eine Pflicht zur Ausreichung der Subvention will Flessa nur dann annehmen, wenn der Gesetzgeber der Exekutive die Kreditgewährung nicht nur erlaubt, sondern auch befohlen habe, vgl. DVBl 1957, 84. Kritisch und ablehnend dazu Janknecht, Diss. S.50 ff; Roser, Diss. S.64 f; Seiler, DVBl 1966, 293 ff; Scholz, Kreditinstitute S.139; Zacher, VVDStRL 25, 335 f; Rübner, Formen S.362.

insoweit zusätzlicher und weiterreichender Bindungen des Staatshandelns bedürfe.<sup>1)</sup> Gestützt wird diese Erkenntnis darauf, der Staat werde in diesem Bereich nicht zur Erfüllung unmittelbar eigenmütiger<sup>2)</sup>, sondern zur Erfüllung der Interessen tätig, um deretwegen er da sei.<sup>3)</sup> Subventionierung sei Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Verfolgung originär öffentlicher Zwecke und Ausübung materiell öffentlicher Verwaltung.<sup>4)</sup>

Diese Erkenntnis zwang zunächst dazu, die subventionierende Verwaltungstätigkeit - unabhängig von den konkret gewählten Formen ihrer Verwirklichung - als Ausübung "vollziehender Gewalt" im Sinne des Art. 1 Abs.III GG zu qualifizieren.<sup>5)</sup> Dieses führte zu der weiteren Konsequenz, daß das herkömmliche System des Verwaltungshandelns - es unterschied zwischen dem in hoheitlich-obrigkeitlichen Formen handelnden Staat als Hoheitsträger und dem als Fiskus in privatrechtlichen Formen am Privatrechtsverkehr teilnehmenden Staat<sup>6)</sup> - in dieser Form den Gegebenheiten nicht mehr entsprach. Für die Art der Staatstätigkeit waren die Handlungsformen nur noch von relativem Aussage-

1) Zacher, VVDStRL 25, 336 m.w.N. und S.340.

2) Schack, DÖV 1970, 43.

3) H.J.Wolff, VR I § 23 IV.

4) Ipsen, VVDStRL 25, 287; Flessa, DVBl 1957, 120; H.J.Wolff, VR III § 154 I c; Huber, WiVR II S.54; Menger, VerwArch 54(1963), 99; Schlotke, Diss. S.38; Roser, Diss. S.34 ff.

5) Bachof, DÖV 1953, 423; Dürig, Nawiasky-Festschrift S.186 f sowie in Maunz-Dürig-Herzog, Art.1 Abs.III Rd.134, 136.

6) Bazu Bullinger, Vertrag S.201; Forsthoff, VR I S.107; Gygi, Journal S.11; Herzog, Ev.StLK Sp. 528 f; Rübner, Formen S.123 f.

wert. Darüber hinaus resultierte aus der Anerkennung dieser Staatstätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt ihre Grundrechtsbindung und führte somit zu der Konsequenz, daß dem Bürger ein Recht auf Teilhabe an den staatlichen Leistungen nicht ohne weiteres verweigert werden konnte. Das wiederum machte es notwendig, die Entscheidungen der subventionierenden Verwaltung gerichtlich überprüfbar zu machen.

Vor diesem Hintergrund muß die vielfältige Theoriebildung gesehen werden. Die Theorien versuchen, den aufgezeigten Notwendigkeiten in unterschiedlicher Weise gerecht zu werden.

### 1. Gemischte Theorien

Als gemischte Theorien werden diejenigen Ansichten bezeichnet, die das Subventionsverhältnis sowohl der Geltung öffentlichen wie privaten Rechtes unterstellen wollen. Zu dieser Theoriengruppe zählen neben der sog. Zweistufenlehre Ipsens auch die einstufig-gemischten Betrachtungsweisen.<sup>1)</sup> Eine Zusammenfassung dieser auf den ersten Blick unterschiedlichen Konzeptionen ist deshalb gerechtfertigt, weil die einstufigen Betrachtungsweisen die wesentlichen Elemente der Zweistufentheorie weitgehend übernehmen und sich vielfach nur als deren Modifizierung darstellen.

Der Kern der gemischten Theorien ist darin zu sehen, daß der im übrigen privatrechtlichen Beziehung Subventionsgeber-Subventionsempfänger eine öffentlich-rechtliche Beziehung vorgeschaltet bzw. inkor-

1) Diese Bezeichnung wird im Anschluß an Zuleeg, Rechtsformen S.9, verwandt.

poriert wird. Das Grundverhältnis - nämlich die Entscheidung über Bewilligung und Entzug der Subvention - soll danach durch Verwaltungsakt, das Abwicklungsverhältnis durch privatrechtlichen Vertrag begründet werden.

Dieser Konzeption liegt das erklärte Ziel zugrunde, dem betroffenen Bürger einen wenigstens teilweisen Rechtsschutz gegen die Akte der subventionierenden Verwaltung einzuräumen.<sup>1)</sup> Die in Ausübung des Kompetenzzentrums ergehenden Entscheidungen werden als Verwaltungsakte qualifiziert, eine Konsequenz, die - das wird insbesondere bei Krüger<sup>2)</sup> deutlich - deshalb als notwendig angesehen wurde, weil die Eröffnung des Verwaltungswegs ein Verwaltungsaktahandeln voraussetze.<sup>3)</sup>

#### a) Zweistufenlehre Ipsens

Die unter der Bezeichnung Zweistufenlehre bekanntgewordene und lange Zeit absolut dominierende Kon-

1) Vgl. Krüger, BB 1953,1567.

2) Ders., a.a.O., unter Hinweis auf OVG Lüneburg vom 28.2.1952, DÖV 1953,220, wonach die Entscheidung über die Ausübung eines Vorkaufsrechts nach den Reichssiedlungsgesetzen kein Verwaltungsakt, sondern eine privatrechtliche Willenserklärung sein soll; vgl. dazu kritisch zum allgemeinen Problem Henze, Finanzhilfe S.54; Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.16,67,92 ff, der sich dieser Argumentation zwar nicht expressis verbis zu eigen macht, bei dem jedoch - das muß dem Gesamtzusammenhang entnommen werden - dieselbe Motivation zugrunde liegen dürfte.

3) Dagegen hat sich schon frühzeitig Menger, VerwArch 48(1957),178 gewandt, der die Annahme, nur Verwaltungsakte seien Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, als irrtümlich bezeichnet und eine Notwendigkeit, allenthalben "Verwaltungsakte zu suchen oder zu konstruieren", bestreitet. Vgl. dazu auch Imboden, Vertrag S.159 ff; Götzg Wirtschaftssubventionen S.56 f sowie Renck, JuS 1965,130 f und Brohm, Strukturen S.182 Anm.32.

struktions Ipsens zergliedert das Subventionsverhältnis in "zwei gesonderte, innerlich aber verknüpfte Rechtsbeziehungen" <sup>1)</sup>, die teils dem öffentlichen, teils dem privaten Recht zugeordnet werden.

Bei der positiven Entscheidung über das "Ob" der beantragten Subvention entstehe als Vorstufe eine öffentlich-rechtliche Beziehung. <sup>2)</sup> Für die Sekundärbeziehung, innerhalb deren sich die Subventionierung vollziehe, sei diese erststufige Beziehung Voraussetzung. <sup>3)</sup> Als öffentlich-rechtlich qualifiziert Ipsen diese Beziehung mit dem Hinweis darauf, der Staat verfolge mit der Subventionierung originär öffentliche Zwecke und erfülle primär öffentliche Aufgaben. Die typische Handlungsform bei derartiger Zweckverfolgung sei der Verwaltungsakt. Mit dessen Ergenzen müsse, da der Staat durch den Einsatz dieses Mittels dem Privaten mit hoheitlicher Überlegenheit gegenüber trete, eine öffentlich-rechtliche Beziehung entstehen. <sup>4)</sup>

Der positiven Entscheidung über das "Ob" schließe sich auf der zweiten Stufe eine selbständige, vertraglich begründete Rechtsbeziehung an, die sich als Vollzug und Erfüllungsgeschäft der erststufigen

1) Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.62.

2) ders., a.a.O. S.62,65.

3) ders., a.a.O. S.62.

4) ders., a.a.O. S.65; dagegen Siebert, Festschr. für Niedermeyer S.224 sowie BGH vom 16.2.1956, NJW 1956,670 mit der Begründung, ein Rechtsverhältnis könne nicht schon deshalb öffentlich-rechtlich sein, weil es durch Verwaltungsakt begründet werde, es komme vielmehr auf den Inhalt des begründeten Rechtsverhältnisses an.

Rechtsbeziehung darstelle. <sup>1)</sup> Diese sei jedenfalls dort der Geltung des Zivilrechts zu unterstellen, wo dieses geeignete Vertragstypen zur Verfügung stelle. <sup>2)</sup> Während das bei der Gewährung von Darlehen und der Übernahme von Bürgschaften durch die subventionierende Verwaltung der Fall sei, sei bei der Gewährung von Zuschüssen eine andere Betrachtung notwendig. Hier verbiete sich der Rückgriff auf die zivilrechtliche Schenkung gem. §§ 516 ff BGB, weil der Subvention jedenfalls auf seiten des Staates die Absicht und Funktion einer unentgeltlichen Zuwendung abgese. <sup>3)</sup> Das bei der Gewährung von verlorene Zuschüssen entstehende Vertragsverhältnis müsse daher als ein solches des öffentlichen Rechts angesehen werden. <sup>4)</sup>

Die Zweistufentheorie hat im wissenschaftlichen Schrifttum <sup>5)</sup> und in der Rechtsprechung <sup>6)</sup> ein

1) Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.66 f; dagegen Schauermann, JuS 1961,112.

2) Ipsen, a.a.O., S.70.

3) Ipsen, a.a.O., S.70.

4) Ipsen, a.a.O., S.71. Daß Ipsen auch hier an einer zweistufigen Konstruktion Verwaltungsakt-öffentlich-rechtlicher Vertrag festhält, wird häufig übersehen, so bei Zuleeg, Rechtsformen S.51 und vom BVerwG v.28.6.1968, NJW 1969,809.

5) Hamann, BB 1953,865; Schüle, VVDStRL 11,98; Henze, Finanzhilfe S.43 ff; Scholz, Kreditinstitute S.150; Stern, JZ 1960,560; Bellstedt, DÖV 1961,168; Werner, Auswirkungen S.107; Reuß, Wirtschaftsverwaltung S.290 f; Forsthoff, VR I S.190; Puppe, DVBl 1965,68; Brohm, Strukturen S.181, der allerdings keinen wesentlichen Unterschied zu den Lehren des schlichten Hoheitshandelns und des Verwaltungsprivatrechts annehmen will. Einschränkend H.J.Wolff, VR III § 154 VI a, der diese Theorie nur dort anwenden will, wo sich aus dem Gesetz eine zweistufige Abwicklung ergebe.

6) Für die umfangreiche Rechtsprechung: BVerwG vom 12.1.1955 E 1,308(310); OVG Münster v.27.3.1953, DVBl 1953,578; BGH v.7.11.1963, NJW 1964,197.



lebhaftes und überwiegend zustimmendes Echo gefunden und muß auch heute noch als die wohl herrschende Meinung angesehen werden.<sup>1)</sup>

Es muß aber auch darauf hingewiesen werden, daß die Zahl derer, die die Zweistufentheorie in der von Ipsen vertretenen Form teilweise oder gänzlich ablehnen, im Laufe der Diskussionen um das Phänomen "Subvention" ständig zugenommen hat.<sup>2)</sup> Dabei sind eine Fülle von Argumenten ins Feld geführt worden. Es sind neue Konzeptionen entstanden, die im folgenden näher dargestellt werden. Erst im Anschluß daran wird eine Stellungnahme daningehend möglich sein, ob die Zweistufenlehre in ihrem Kern als widerlegt angesehen werden kann bzw. welche Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit gegeben sein müssen.

#### b) Theorie des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts

Im Anschluß an Siebert<sup>3)</sup> ist die Meinung vertreten worden, das Subventionsverhältnis sei ein einheitliches Rechtsverhältnis vertraglicher Natur,

1) Vgl. Brohm, Strukturen S.181; Franz Mayer, Verwaltungsrecht S.132 f.

2) Flessa, DVBl 1957,84,121; Eyermann-Frönler, VwGO § 40 Rd.46; Haas, DVBl 1960,307; Maunz, Bay.VBl 1962,3; Imboden, Vertrag S.162 f; Jan-knecht, Diss. S.35 ff; Zuleeg, Rechtsformen S.64 ff; Roser, Diss. S.51 ff; Zacher, VVDStRL 25,347 f; Schlotke, Diss. S.41 f; Götz, Wirtschaftssubventionen S.56 ff; Rüfner, Formen S.372 ff. Für die Rechtsprechung: Bay.VGH vom 28.9.1960, Bay.VBl 1961,19. - Zweifelnd: Menger, DÖV 1955,590 und VerwArch 53(1962),278.

3) Festschrift für Niedermeyer S.222,224.

das unmittelbar durch Verwaltungsakt begründet werde.<sup>1)</sup> Die Entscheidung über das "Ob" der Subventionsgewährung sei nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen, im übrigen fänden - darin besteht eine Übereinstimmung mit der Zweistufenlehre - privatrechtliche Grundsätze Anwendung.<sup>2)</sup> Zur Begründung dieser Konzeption ist angeführt worden, man habe es hier mit einer ähnlichen Situation zu tun, wie sie vom Abschluß der sog. Zwangsmietverträge<sup>3)</sup> durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt<sup>4)</sup> her bekannt sei.<sup>5)</sup>

Die Unterschiede dieser Konstruktion zur Zweistufentheorie sind trotz der genannten Gemeinsamkeiten offensichtlich. Anders als diese zergliedert sie das Subventionsverhältnis nicht in zwei selbständige Rechtsbeziehungen, sondern propagiert eine einheitliche Vertragsbeziehung, deren Begründungsstatut der Verwaltungsakt sein soll. Bei dieser einstufigen Konzeption kommt dem Verwaltungsakt damit folgende Funktion zu: Er soll kraft seines einseitig-anordnenden Ausspruches unmittelbar ein privat-

1) Vgl. Menger, DÖV 1955,591, anders hingegen später in VerwArch 53(1962),278; vgl. auch BGH v.16.2.1956, NJW 1956,670 zum Verhältnis zwischen Importeur und Einfuhr- und Vorratsstelle. Hier wurde angenommen, die Rechtsbeziehung werde zwar durch Verwaltungsakt begründet, sei aber gleichwohl als Kaufvertrag anzusehen; dagegen Huber, DÖV 1956,355; Flessa, DVBl 1957,82; BVerwG vom 7.3.1958 E 6,244(246).

2) Vgl. Menger, DÖV 1955,591.

3) § 16 Wohnraumbewirtschaftungsgesetz i.d.F. vom 31.3./13.8.1953 (BGBl I S.97/915).

4) Zum Begriff: vgl. H.J.Wolff, VR I § 47 a 2; Zuleeg, Rechtsformen S.49 m.w.N.

5) Vgl. Menger, DÖV 1955,591.

1)  
rechtliches Vertragsverhältnis zum Bürger begründen und dabei gleichzeitig die zum Vertragsschluß notwendigen beiderseitigen Willenserklärungen ersetzen.<sup>2)</sup>

Auch diese Konzeption - sie erscheint auf den ersten Blick zweckmäßig und sachgerecht - hat ihre entscheidende Schwäche darin, daß sie unbesehen davon ausgeht, das Begründungsstatut des Subventionsverhältnisses müsse der Verwaltungsakt sein. Um den Nachweis, aus welchem Grunde eine vertragliche Begründung auszuschneiden habe, bemüht sie sich nicht. Gerade hier vollzieht sich aber die maßgebliche Weichenstellung. Wenn verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz nicht mehr notwendig ein Verwaltungsaktshandeln voraussetzt, dann besteht kein Bedürfnis, einen Verwaltungsakt zu konstruieren und damit den Anwendungsbereich des Vertrages als Gestaltungsmittel öffentlicher Verwaltungstätigkeit zu beschneiden. Darüber hinaus ist der Hinweis auf die "Zwangsmietverträge" nicht unproblematisch. Denn anders als beim Subventionsverhältnis bringt hier der Verwaltungsakt ein Vertragsverhältnis zwischen außerhalb der Verwaltung stehenden Rechtssubjekten zustande.<sup>3)</sup> Des weiteren besteht ein wesentlicher Unterschied - und dieser ist, wie noch gezeigt werden wird, entscheidend - darin, daß beim Zwangsmietvertrag eine detaillierte gesetzliche Regelung

1) Kritisch dazu Zuleeg, Rechtsformen S.49 f mit dem Hinweis darauf, ein Verwaltungsakt könne seinem Wesen als Hoheitsakt nach unmittelbar nur ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründen.

2) Vgl. Menger, DÖV 1955,591.

3) Vgl. Huber, DÖV 1956,356 sowie mit weiteren Argumenten Zuleeg, Schuldverhältnisse S.49 f.

ninsichtlich eines einseitigen, gleichwohl vertragsbegründenden Handelns der Verwaltungsbehörde vorliegt.

### c) Ansicht Obermeyers

Zu den Verfechtern einer einstufig gemischten Betrachtungsweise ist auch Obermayer zu rechnen. Dieser entwickelt am Beispiel der öffentlichen Darlehensgewährung nach Maßgabe der Wohnungsbaugesetze eine Konzeption<sup>1)</sup>, die bisher keine Anhänger finden konnte.

Danach soll der Bewilligungsbescheid der Subventionsbehörde weder eine Maßnahme mit Doppelaktscharakter<sup>2)</sup> in dem Sinne sein, daß er Verwaltungsakt und Willenserklärung zugleich sei, noch soll er als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt anzusehen sein. Der Bewilligungsbescheid sei vielmehr nur Verwaltungsakt. Er ersetze aber - und hierin liegt die Besonderheit der Ansicht Obermeyers - das Vertragsangebot des Staates an den Subventionsoewerber.<sup>3)</sup> Mit Annahme dieses Verwaltungsakts durch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung seitens des Bewerbers komme unter den Beteiligten eine entsprechende privatrechtliche Rechtsbeziehung zustande.

1) Obermayer, JZ 1962,376 ff. Obermayer meint allerdings, diese Konzeption entspreche der Zweistufentheorie, vgl. a.a.O., S.379.

2) So aber Krüger, BB 1953,567; ähnlich BVerwG v. 12.1.1955 E 1,308(309 f) und BVerwG v.6.6.1958, DÖV 1958,667 (für die Vergabe öffentlicher Aufträge). Dagegen Zuleeg, Schuldverhältnisse S.70 sowie NJW 1962,2232; Flessa, DÖV 1959,106; BGHZ 6,304(314); VGH Kassel v.15.5.1956, NJW 1956,1653.

3) Obermayer, JZ 1962,378.

Damit kommt Obermayer zu dem ungewöhnlichen Ergebnis, daß ein privatrechtliches Vertragsverhältnis Resultat des Verwaltungsakts einer Behörde und einer mit ihm übereinstimmenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Bürgers ist. Die Bedenken, die sich hiergegen notwendig ergeben müssen, glaubt Obermayer mit dem Hinweis darauf ausräumen zu können, die entsprechenden Vorschriften der Wohnungsbaugesetze besäßen einen das allgemeine Privatrecht ändernden Charakter.<sup>1)</sup> Wäre dem tatsächlich so, dann stellt sich die Frage, ob dieses durch Verwaltungsakt und korrespondierende Willenserklärung begründete Rechtsverhältnis die Bezeichnung "Vertrag" überhaupt verdient.<sup>2)</sup> Dieses ist zu verneinen: Der Vertrag setzt notwendig die Existenz zweier gleichwertiger, übereinstimmender, auf die Herbeiführung eines Rechtserfolges gerichteter Willenserklärungen voraus.<sup>3)</sup> Er kann dieses Kriterium

1) Obermayer, JZ 1962, 378.

2) Obermayer begibt sich mit seiner Konzeption in die Nähe des sog. "zweiseitigen Verwaltungsakts", den es nach der h.M. nicht geben kann, vgl. OVG Münster vom 20.4.1966, DÖV 1967, 271 und insbes. auch H.J. Wolff, VR I § 48 IV, der ausführt: "Stehen einander zwei Willenserklärungen gegenüber, deren Übereinstimmung erst die Rechtmäßigkeit und die Wirksamkeit des 'Verwaltungsaktes' bedingt, so hat die andere Willenserklärung Einfluß nicht nur auf den Bestand, sondern auch auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses. Dieses ist dann ein Vertrag und der angebliche Verwaltungsakt etwa ein Vertragsangebot oder eine Vertragsannahme, nicht aber eine Art des Verwaltungsaktes."

3) Vgl. Lehmann-Hübner, § 33 I; Palandt-Danckelmann, Einf. vor § 145 Anm. 1; Erman-Hefermehl, Anm. 1 vor § 145.

riums nicht entkleidet werden, ohne seine Eigenschaft als Vertrag einzubüßen.

Beim gegenwärtigen Verfahren einer Regelung von Subventionsprogrammen lediglich durch Verwaltungsrichtlinien bzw. ministerielle Erlasse müßten der Anwendbarkeit dieser Konzeption ohnehin enge Grenzen deshalb gezogen sein, weil diese Regelungen nicht als "das allgemeine Privatrecht modifizierende Vorschriften" angesehen werden können.

## 2. Rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweisen

Die schweizerische Verwaltungsrechtslehre hat sich schon frühzeitig für eine rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise ausgesprochen. Als Begründungsstatut des Subventionsverhältnisses beruft sie teilweise den Verwaltungsakt<sup>1)</sup>, teilweise den öffentlich-rechtlichen Vertrag.<sup>2)</sup>

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, die schweizerische Konzeption nach hierhin zu übernehmen. Dieses ist u.a. mit dem Hinweis auf die weitgehende Strukturgleichheit der deutschen und der schweizerischen Verwaltungsrechtslehre gerechtfertigt worden.<sup>3)</sup> Dabei wurde aber teilweise einem wesentlichen Unterschied nicht Rechnung getragen, der darin besteht, daß die schweizerischen Subventionsprogramme und -leistungen eine weitgehende Normierung durch

1) Vgl. Osterwalder, Diss. S. 66 ff; Schindler, Diss. S. 32 f; Kistler, Diss. S. 32 f.

2) Imboden, Vertrag S. 158.

3) So Zuleeg, Rechtsformen S. 9 f, 58; a.M.: Ipsen, Öfftl. Subv. Priv. S. 67 Anm. 103.

den dortigen Gesetzgeber erfahren haben.<sup>1)</sup>

#### a) Verwaltungsaktslösung

Einen Vorstoß in Richtung auf die Übernahme der reinen Verwaltungsaktslösung haben Roser und Zuleeg unternommen.

#### aa) Ansicht Rosers

Ausgangspunkt der von Roser entwickelten Konzeption ist die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht auf der Grundlage der Subjektionstheorie.

Das danach für die Annahme öffentlichen Rechts notwendige Kriterium der Subordination des Privaten unter den Hoheitsträger glaubt Roser durch ein Abstellen auf die reale Angewiesenheit des Bürgers auf die staatlichen Leistungen feststellen zu können.<sup>2)</sup> Aus der Zielsetzung staatlicher Kredite ergebe sich ihre überragende Bedeutung für die wirtschaftliche Existenz des Einzelnen. Dieser könne solche Kredite nur vom Staat erhalten, der damit auf diesem Gebiet eine faktische, aus der Steuerkraft des Volkes resultierende Monopolstellung innehat, die er kraft seiner Rechtsetzungsmacht in eine rechtliche verwandeln könne.<sup>3)</sup>

Gegenüber der spezifisch staatlichen Machtausübung durch Betätigung dieses Monopols befindet sich der Einzelne in einem Status der Unterlegenheit und Abhängigkeit. Die Realisierung der Monopolstellung

1) Vgl. Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.67 Anm.103; dazu auch Imboden, Vertrag S.159 f sowie Scholz, Kreditinstitute S.141.

2) Roser, Diss. S.48 ff.

3) Ders., a.a.O., S.48.

sei daher Ausübung öffentlicher Gewalt und erfolge in den Formen des öffentlichen Rechts.<sup>1)</sup>

Das Rechtsverhältnis werde dabei durch einen einseitigen hoheitlichen Akt der Verwaltung begründet.<sup>2)</sup> Für die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Begründung sieht Roser hingegen keinen Raum. Es könne weder von einer Freiheit der Partnerwahl noch von einer Freiheit hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses gesprochen werden. Die Gestaltungsfreiheit werde vielmehr durch eine Unterwerfung des Privaten unter die "Vollzugsform"<sup>3)</sup> ersetzt, da die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses vom Staat unter Berufung auf die bestehenden allgemeinen Regeln einseitig vorgenommen werde.<sup>4)</sup> Es bestehe daher eine durch objektives Verhaltensrecht geordnete Beziehung,<sup>5)</sup> die eine vertragliche Einigung auf diesem Gebiet ausschließe.<sup>6)</sup> Hieran ändere auch die Tatsache nichts, daß die Kreditbewilligung nur auf Antrag des Privaten erfolge. Nicht die Willensübereinstimmung zwischen Antrag und Bewilligung, sondern der unmittelbar rechtliche Wirkung zeitigende Ausspruch der Verwaltung sei Geltungsgrund des Rechtsverhältnisses.<sup>7)</sup>

1) Roser, Diss. S.49.

2) Ders., a.a.O., S.69.

3) Ders., a.a.O., S.68, im Anschluß an Bellstedt, DÖV 1961,168.

4) Roser, Diss. S.68.

5) Ders., a.a.O., S.69.

6) Ders., a.a.O., S.31.

7) Ders., a.a.O., S.69.

bb) Ansicht Zuleegs

Grundlage der von Zuleeg entwickelten reinen Verwaltungsaktslösung ist die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht auf dem Boden der von ihm entwickelten modifizierten Subjektionstheorie.<sup>1)</sup>

2)  
Dem von H.J.Wolff gegen die herkömmliche Subjektionstheorie vorgetragenen Bedenken, Sub- bzw. Koordination könne deshalb nicht das alleinige Abgrenzungskriterium zwischen öffentlichem und privatem Recht sein, weil das Privatrecht Subordinations- und das öffentliche Recht Koordinationsverhältnisse kenne, versucht Zuleeg, durch entsprechende Modifizierungen der zugrunde gelegten Subjektionstheorie Rechnung zu tragen.<sup>3)</sup>

So sei bei feststellbarer Subordination eines Rechtsträgers ein Rechtsverhältnis nur dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die übergeordnete Stellung einem Hoheitsträger oder doch zumindest einem beliebigen Unternehmer zukomme.<sup>4)</sup>

Bei feststellbarer Koordination der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Subjekte sei dieses hingegen gleichwohl öffentlich-rechtlicher Natur und als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren, wenn die im Vertrag geregelte Materie eine

1) Vgl. Zuleeg, Rechtsformen S.37 ff.

2) VR I § 22 a.

3) Zuleeg, Rechtsformen S.35 f, 38 f.

4) Ders., a.a.O., S.38.

enge Verknüpfung mit der überlicherweise im Wege der Subordination geregelten Materie aufweise. Ähnlich wie Salzwedel<sup>1)</sup> - dieser will einen öffentlich-rechtlichen Vertrag bei hoheitlichem bzw. hoheitsbezogenem Inhalt annehmen - sieht Zuleeg diese enge Verknüpfung dann als gegeben an, wenn der Vertrag die Ausübung von Hoheitsrechten oder die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten betreffe.<sup>2)</sup>

Hiervon ausgehend begründet Zuleeg<sup>3)</sup> seine Verwaltungsaktslösung wie folgt: Bei der Vergabe von Subventionen werde der Hoheitsträger unmittelbar im öffentlichen Interesse tätig. Der Sinn der Vorteilsgewährung liege in der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und damit spreche eine Vermutung dafür, daß das Subventionsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur sei. Es müßten schon gewichtige Gründe dafür vorhanden sein, daß sich die Verwaltung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtlicher Formen bediene. Solche Gesichtspunkte ließen sich jedoch im Regelfall nicht finden. Im Gegenteil: Die Subventionsverhältnisse wiesen Merkmale auf, welche ihre Zuordnung zum öffentlichen Recht noch unterstreichen. So sei zwar dem Bürger durch das Antragsersfordernis eine gewisse Mitwirkung beim Eingehensprozeß eingeräumt. Diese Mitwirkung an einem Verwaltungsakt komme aber häufig vor und ändere nichts an dem hoheitlichen Charakter des Subventionierungs-

1) Vertrag S.90 ff.

2) Zuleeg, Rechtsformen S.37.

3) Ders., a.a.O., S.55 f.

aktes. Die Voraussetzungen für die Gewährung einer Subvention würden stets durch die Subventionsverwaltung einseitig festgelegt, und zwar in der Regel nicht von Fall zu Fall, sondern durch allgemeine Richtlinien und Verwaltungsanordnungen für alle Fälle einheitlich. Da somit von einer Koordination der Partner nicht gesprochen werden könne, sei für die Annahme eines verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnisses kein Raum.<sup>1)</sup>

#### cc) Kritik

Die von Roser angeführten Argumente vermögen die Richtigkeit seiner Verwaltungsaktskonzeption nicht zu stützen.

Schon die ein wenig dramatisierende Ansicht von der existenzentscheidenden Funktion der Subvention - dieses Element benötigt Roser, um das Subordinationsverhältnis nachzuweisen - kann in dieser Form nicht kritiklos hingenommen werden. Zwar mögen solche Konstellationen häufig sein. Es sind aber genausogut Fälle denkbar - und hier müßte in konsequenter Fortsetzung der Argumentation Rosers dann privates Recht gelten -, in denen die Subventionsverwaltung an der Mitwirkung "real unangewiesener", weil kapitalkräftiger Programmbegünstigter interessiert ist, um sie durch mit der Leistungsvergabe verbundene Auflagen zu einem gesamtwirtschaftlich förderungserneblichen Verhalten zu veranlassen.

Aber selbst dann, wenn man die Meinung Rosers insoweit teilt, bleiben rechtliche Zweifel von

---

1) Zuleeg, Rechtsformen S.59 f.

erheblichem Gewicht bestehen. Zwar ist Roser zunächst darin zu folgen, daß staatliche Subventionierung Ausübung öffentlicher Gewalt ist. Dieses ergibt sich bereits aus der unbestrittenen Erkenntnis, daß Subventionierung nicht fiskalisch-erwerbswirtschaftliche, sondern materiell öffentliche Verwaltung ist. Die hier anschließende Folgerung Rosers, Ausübung öffentlicher Gewalt sei notwendig an öffentlich-rechtliche Handlungsformen gebunden, widerspricht allgemeinen Erkenntnissen der Verwaltungsrechtslehre. Danach besteht - bei gleichbleibender Beschränkung der vollziehenden Gewalt durch öffentlich-rechtliche Bindungen - die Wahlmöglichkeit zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Handlungsformen, von denen wiederum der Verwaltungsakt oder der öffentlich-rechtliche Vertrag berufen sein können. Ist daher bereits aus diesem Grunde die Beschränkung, die Roser zugunsten der öffentlich-rechtlichen Handlungsformen annimmt, als zweifelhaft anzusehen, so vermag darüber hinaus die Begründung, die Roser für ein Verwaltungsaktshandeln gibt, nicht zu überzeugen. So reicht allein der Hinweis auf eine fehlende Freiheit der Partnerwahl sowie darauf, mangelnde Abschluß- und Gestaltungsfreiheit ließen keinen Raum für eine rechtsgeschäftliche Begründung des Subventionsverhältnisses, zur Annahme eines Verwaltungsaktshandelns nicht aus. Es soll hier nicht bestritten werden, daß bei der gegenwärtigen Subventionspraxis dem Bewerber regelmäßig keine Möglichkeit mitwirkender Gestaltung des Rechtsverhältnisses eingeräumt wird. Dieses steht jedoch der Annahme einer vertraglichen Begründung des Subventionsverhältnisses nicht entgegen. Zunächst ist - wie in der Dimension Bürger-Bürger-

davon auszugehen, daß eine aus rein tatsächlichen Machtverhältnissen resultierende Bestimmungsmacht eines Partners kein Kriterium gegen die Annahme eines vertraglich begründeten Rechtsverhältnisses ist.<sup>1)</sup> Ebenso kann in der Dimension Verwaltung-Bürger der bloße Wille der Subventionsbehörde, durch einseitige Anordnung ein Rechtsverhältnis zu begründen, nicht rechtsfolgebegründend sein. Vielmehr bedürfte es dann der Existenz entsprechender außerprivatrechtlicher Normen, die nur vom Gesetzgeber selbst oder von einer insoweit ermächtigten Exekutive geschaffen werden können, nicht aber - wie Roser zu meinen scheint<sup>2)</sup> - auf Grund einer originären Rechtsetzungsmacht der Exekutive.

Diese Bedenken, die zur Ablehnung der Verwaltungsaktslösung im Sinne Rosers führen, gelten in wenig veränderter Form auch bezüglich der Konzeption Zuleegs. Dieser berührt mit dem Hinweis auf die gesetzliche Normierung der Subvention und die quasi-normative Kraft der Richtlinien zwar einen entscheidenden Gesichtspunkt. Wenn er aus der Existenz der Richtlinien jedoch den Schluß zieht, es sei kein

1) Vgl. H.J.Wolff, VR III § 154 IV; Henze, Finanzhilfe S.74; Götz, Wirtschaftssubventionen S.61; Bisek, Diss. S.14 f; vgl. dazu auch unten S.126.

2) Roser führt nämlich aus: "Der Einzelne kann derartige Kredite nur vom Staat erhalten, der hierfür eine praktische Monopolstellung hat, die er unter Ausnutzung seiner Rechtsetzungsmacht in eine rechtliche verwandeln kann." Vgl. Diss. S.48.

Raum für ein rechtsgeschäftliches Handeln mehr vorhanden, dann legt er diesen damit die Qualität objektiven Rechts bei. Indes binden die Subventionsrichtlinien regelmäßig<sup>1)</sup> nur ihre Adressaten innerhalb der Verwaltungsorganisation, nicht aber ein außerhalb der Verwaltungsorganisation stehendes Privatrechtssubjekt, und sie können mithin den diesem Rechtssubjekt zur Disposition stehenden Raum vertraglichen Handelns nicht beschränken. Ein einseitig verbindliches Handeln in Form des Verwaltungsaktes könnte - und hier kehrt das Argument wieder, das zur Ablehnung der Konzeption Rosers führte - nur dann unmittelbar rechtswirksam<sup>2)</sup> das Rechtsverhältnis zum Subventionsbewerber begründen, wenn entsprechende sonderrechtliche Normen feststellbar wären. Dieses ist indes regelmäßig nicht der Fall.<sup>3)</sup>

#### b) Das Subventionsverhältnis als verwaltungsrechtliches Vertragsverhältnis

Als letzte der rein öffentlich-rechtlichen Konzeptionen ist die Betrachtungsweise zu nennen, die den verwaltungsrechtlichen Vertrag<sup>4)</sup> als Begründungsstatut des Subventionsverhältnisses berufen will.<sup>5)</sup> Gemeinsam ist den Vertretern dieser Ansicht

1) Etwas anderes wird nur dann gelten, wenn es sich um veröffentlichte Richtlinien solcher Qualität handelt, die "nach Funktion und Inhalt sonstige Rechtsquellen ergänzen", so nunmehr H.J.Wolff, VR I § 24 II c 2; vgl. dazu auch oben S.56.

2) Vgl. dazu unten S.124 Anm.2).

3) Vgl. dazu unten S.126 und oben Anm.1).

4) Zum Begriff vgl. Janknecht, Diss. S.69 f sowie H.J.Wolff, VR I § 44 II. Danach sind nur solche Verträge verwaltungsrechtlicher Natur, die Träger öffentlicher Verwaltung untereinander bzw. mit einem Privatrechtssubjekt schließen.

5) So: Imboden, Vertrag, S.56 f; Menger, VerwArch 53(1962),278; Rübner, Formen S.344; Möller, Gemeindl.Subv. S.149, der allerdings die Ablehnung des Subventionsantrages als Verwaltungsakt ansehen will.

allerdings nur die Forderung nach Verwendung dieses Rechtsinstituts. Eine darüber hinausgehende Gemeinsamkeit im Sinne einer homogenen Theoriebildung kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht festgestellt werden. Dieses findet seine Ursache in der anhaltenden Diskussion um die dogmatischen Konturen und damit um den Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages.<sup>1)</sup> Die Hauptschwierigkeit liegt dabei in der Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrages zum privatrechtlichen Vertrag und zum mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt.<sup>2)</sup> Das Verhältnis dieser Rechtsinstitute zueinander und ihre Abgrenzung voneinander ist nach wie vor umstritten.<sup>3)</sup> Eine Komplizierung wird zusätzlich insbesondere für diejenigen, die

Forts. von S. 107

Differenzierend H.J. Wolff, VR III § 154 VI; Janknecht, Diss. S. 96; Beinhardt, VerwArch. 55 (1964), 234; Götz, Wirtsch. Subv. S. 44, die alle auf das Ausmaß gesetzlicher Normierung der Subvention abstellen. Ablehnend: Zacher, VVDStRL 25, 325 mit dem Hinweis, es fehle an der Herausbildung konkreter Vertragstypen, und das Subventionsverhältnis könne dem verwaltungsrechtlichen Vertrag noch nicht überantwortet werden, dagegen Riefner, Formen S. 370; Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd. 46; Schmidt-Rimpler, HdwbSW 12, 698.

- 1) Dazu Rupp, JuS 1961, 59 ff; Götz, JuS 1970, 1 ff.
- 2) Versuche in dieser Richtung sind u.a. unternommen worden von Salzwedel, Vertrag S. 43 f, 90 ff; Imboden, Vertrag S. 44 f; Rupp, DVBl 1959, 86; Bisek, Diss. S. 10, 17 ff.
- 3) Vgl. dazu neuerdings mit extremer Ansicht Schmidt-Salzer, NJW 1971, 9 f, der den Vertrag als Handlungsform der Verwaltung völlig ablehnt und eine allseitige Verwendung des "zweiseitigen Verwaltungsakts" wegen der Elastizität und der vielfältigen Verwendbarkeit dieses Instituts propagiert; gegen diese zweiseitigen Vae Wolff, VR I § 48 IV; vgl. dazu auch oben S. 98 Anm. 2).

öffentliches und privates Recht vom Boden einer modifizierten Subjektionstheorie her abgrenzen wollen<sup>1)</sup>, dadurch bewirkt, daß mit der Anerkennung des Verwaltungsprivatrechts eine zusätzliche Handlungsform in die Verwaltungsrechtslehre Eingang gefunden hat, die ebenfalls zur Realisierung unmittelbar öffentlicher Ziele dienen soll.

Trotz aller Unterschiede im einzelnen kann festgestellt werden, daß unter den Autoren, die dem verwaltungsrechtlichen Vertrag auch in diesem Bereich einen größeren Raum einräumen wollen, jedenfalls in einem Punkte Einigkeit besteht. Dort, wo die Subventionsleistungen hinsichtlich ihrer Zuteilung und Abwicklung durch Gesetz zwingend festgelegt sind, wird daran festgehalten, daß die Gewährung durch Verwaltungsakt erfolgt.<sup>2)</sup> Im übrigen soll jedoch das Subventionsverhältnis vertraglicher Begründung zugänglich sein. Während hier einige Autoren den verwaltungsrechtlichen Vertrag propagieren<sup>3)</sup>, wollen andere in diesem Falle zwischen einer Begründung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag und durch einen unter der Geltung des Verwaltungsprivatrechts stehenden privatrechtlichen Vertrag differenzieren.<sup>4)</sup>

- 1) Siehe oben S. 102 f.
- 2) Vgl. H.J. Wolff, VR III § 154 VI a 3; Janknecht, Diss. S. 96; Beinhardt, VerwArch 55(1964), 210 ff; Ipsen, VVDStRL 25, 299.
- 3) Vgl. Menger, VerwArch 53(1962), 278; Ipsen, VVDStRL 25, 299; Janknecht, Diss. S. 96; Beinhardt, VerwArch 55(1964), 234.
- 4) Vgl. H.J. Wolff, VR III § 154 VI, bei dem sich aus dem Zusammenhang ergibt, daß er dort, wo es an einem Sonderrecht der öffentlichen Subjekte fehlt, eine Begründung durch verwaltungsprivatrechtlichen Vertrag annehmen will; ebenso Götz, Wirtschaftssubventionen S. 44 f.



### g) Verwaltungsprivatrechtliche Betrachtungsweise

In neuerer Zeit ist verschiedentlich eine Konzeption vertreten worden, die das Subventionsverhältnis der Geltung des Verwaltungsprivatrechts<sup>1)</sup> unterstellt.<sup>2)</sup>

Die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht, auf der diese Betrachtungsweise basiert, stellt sich als Synthese zweier, inzwischen unbestrittener Erkenntnisse dar. Sie verbindet die Erkenntnis, daß die leistende Verwaltung hinsichtlich ihrer Handlungsformen ein Wanrecht habe<sup>3)</sup>, mit der weiteren Erkenntnis, daß sich die Verwaltung durch die Entscheidung für die privatrechtliche Handlungsform nicht den Bindungen entziehen könne, die ihr mit<sup>4)</sup> Rücksicht auf den verfolgten Zweck auferlegt seien. Nach dieser Lehre befindet sich der Verwaltungsträger, der "unmittelbar öffentliche Zwecke"<sup>5)</sup> in privatrechtlichen Formen verfolgt, "nicht im Vollbesitz der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie"<sup>6)</sup>, sondern unterliegt "etlichen öffentlich-

- 1) Der Begriff ist von H.J.Wolff geprägt worden, vgl. VR I § 23 II b; grundlegend zur Konzeption: Siebert, Festschr.f.Niedermeier S.220 ff; Bachof, DÖV 1953,423.
- 2) So insbes. Götz, Wirtsch.Subv. S.57 ff; Bitter, Bay.VBl 1965,49; Seiler, Bay.VBl 1966,296 f; Rübner, Formen S.411, bei Gewährung öffentlicher Kredite durch Kreditinstitute, sofern diese im eigenen Namen handeln und die Entscheidung selbst treffen; differenzierend H.J.Wolff, VR I § 23 II b und VR III § 154 VI.
- 3) Vgl.dazu oben S.33 Anm.2).
- 4) Vgl.dazu H.J.Wolff, VR I § 23 II b; Bachof, DÖV 1953,423; Wertensbruch, JuS 1961,109; Forsthoff, VR I S.343; vgl.auch oben S.33 Anm.2).
- 5) H.J.Wolff, VR I § 23 II b.
- 6) H.J.Wolff, VR I § 23 II b.

rechtlichen Bindungen", von denen insbesondere die Grundrechte zu nennen sind.<sup>1)</sup>

Unterschiedlich sind indes die Folgerungen, die aus diesem inzwischen weithin anerkannten Institut<sup>2)</sup> für die rechtliche Qualifizierung des Subventionsverhältnisses gezogen werden.

Wertensbruch und Schaumann gehen von einer zweistufigen Betrachtung aus und wollen die Rechtsbeziehung der zweiten Stufe unter die Geltung des Verwaltungsprivatrechts stellen.<sup>3)</sup>

Im Gegensatz dazu geht die hier als verwaltungsprivatrechtliche Betrachtungsweise bezeichnete Konzeption davon aus, das Subventionsverhältnis werde durch privatrechtlichen Vertrag begründet, wobei die Verwaltung durch die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts hinsichtlich ihrer Privatautonomie entsprechend beschnitten sei.<sup>4)</sup> Als Wegbereiter dieser Betrachtungsweise ist Siebert anzusehen. Dieser versucht, am Beispiel des öffentlichen Kreditprogramms "Gewährung öffentlicher Dar-

- 1) H.J.Wolff, VR I § 23 II b.
- 2) Forsthoff, VR I S.189; Haas, DVBl 1960,303 f; Wertensbruch, JuS 1961,105 ff; Zacher, VVDStRL 25,351; Badura, JuS 1966,20; Rübner, Formen S.393 ff; Götz, Wirtsch.Subv. S.57 f; Brohm, Strukturen S.157 Anm.99, 159, 181; für die Rechtsprechung: BGH v.10.12.1958, NJW 1959, 431(432); BGH v.26.10.1961 E 36,91. Im Gegensatz dazu will Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art.1 III Rd.134 ff, eine Grundrechtsbindung nur mittelbar über die Generalklauseln des Privatrechts annehmen.
- 3) Wertensbruch, JuS 1961,110; Schaumann, JuS 1961, 111 f.
- 4) Siebert, Festschr.f.Niedermeier S.237; Götz, Wirtsch.Subv. S.57 f, 60 f; Seiler, Bay.VBl 1966,296 f.

lehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen" 1) den Nachweis zu führen, der privatrechtliche Gehalt des Subventionsverhältnisses bleibe auch dann bestehen, wenn die Subventionierung gesetzlich geregelt sei. Mit der genauen Regelung gebe der Gesetzgeber nur Weisungen zur Ausgestaltung des Darlehensvertrages, 2) eine Festlegung der Verpflichtungen des Darlehensnehmers mit Gesetzeskraft sei damit nicht gewollt. 3) Die Realisierung der Subvention lasse ein privatrechtliches Rechtsverhältnis entstehen. 4) Der publizistische Gehalt trete lediglich in der Bindung der öffentlichen Verwaltung an die Grundrechte hervor. 5)

In dieser absoluten Form wird die verwaltungsprivatrechtliche Betrachtungsweise heute nicht mehr vertreten. Im Gegensatz zu Siebert messen H.J. Wolff 6) und Götz 7) dem Kriterium gesetzlicher Normierung entscheidende Bedeutung bei, indem sie Verwaltungsprivatrecht nur dort annehmen, wo

- 1) Erste Durchführungsverordnung zum Gesetz über Darlehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen v. 22.12.1950, BGBl 1951, 69.
- 2) Siebert, Festschr. f. Niedermeyer S. 238.
- 3) Ders., a. a. O., S. 238.
- 4) Ders., a. a. O., S. 238 f.
- 5) Ders., a. a. O., S. 240, insoweit im Anschluß an Köttgen, DVBl 1953, 487 f, 490.
- 6) Dieses ergibt sich aus dem Zusammenhang: Eine verwaltungsprivatrechtliche Betrachtungsweise soll nur dort gelten, wo mangels gesetzlicher Regelung der Subvention weder der Verwaltungsakt noch der verwaltungsrechtliche Vertrag Anwendung findet, vgl. VR III § 154 VI a 3, b, c.
- 7) Wirtsch. Subv. S. 59, 61.

eine solche nicht vorhanden ist. Dieses wird insbesondere bei Götz deutlich, der ausführt, beim gegenwärtigen Stand der Subventionspraxis sei mangels gesetzlicher Normierung für eine öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise kein Raum. 1) Die Vergabevoraussetzungen öffentlicher Kredite seien lediglich durch Verwaltungsvorschriften geregelt. 2) Diese führten zwar zu einer durch den Gleichheitssatz vermittelten Bindung der Verwaltung gegenüber den Begünstigten und würden dadurch im Ergebnis zwar "verrechtlicht", Rechtsnormcharakter könnten sie hierdurch jedoch nicht gewinnen. 3) Bei dieser Sachlage könne weder die Tatsache, daß der Einsatz öffentlicher Mittel sozialstaatlichen Zwecken dienen solle 4), noch die Tatsache, daß die Subventionsverwaltung einseitig über den Kreditantrag entscheide 5), einen Schluß auf die öffentlich-rechtliche Natur der Rechtsbeziehung rechtfertigen.

- 1) Götz, Wirtsch. Subv. S. 61.
- 2) Ders., a. a. O., S. 60.
- 3) Ders., a. a. O., S. 60. Dieses entspricht der h. M., die den Verwaltungsvorschriften keinen Rechtssatzcharakter beimißt, vgl. Bettermann, DVBl 1958, 867 sowie die ausführlichen Nachweise bei Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S. 135 Anm. 149 und Selmer, VerwArch 59 (1968), 122 Anm. 58. - Eine andere Frage ist demgegenüber, ob die Regelung eines bestimmten Sachverhaltes durch Verwaltungsvorschriften bereits mit Erlaß oder erst bei ständiger Übung eine "Selbstbindung" der Verwaltung bewirkt. Im ersteren Sinn Menger, VerwArch 51 (1960), 71; OVG Koblenz v. 21.3.1962, DVBl 1962, 757; OVG Münster v. 8.9.1966, NJW 1967, 949 (952). Im letzteren Sinn Wallerath, Selbstbindung S. 105 f m. w. N.
- 4) Götz, Wirtsch. Subv. S. 59 sowie Rißner, Formen S. 352; so aber BVerwG v. 12.1.1955 E 1, 308 (310); Ipsen, Öfftl. Subv. Priv. S. 65; Zuleeg, Rechtsformen S. 55.

## II. Stellungnahme

Die heute vertretenen Meinungen stimmen - das hat die Darstellung des Meinungsstandes ergeben - in dem wesentlichen Punkt überein, daß der subventionierende Staat grundrechtlichen Bindungen zu unterwerfen ist. Damit ist das Problem "Subvention" jedenfalls in seiner praktischen Auswirkung auf den Bürger in erheblichem Umfange entschärft.<sup>1)</sup> Was bleibt, ist das Problem der rechtlichen Konstruktion des Subventionsverhältnisses. Hier sind die Meinungen nach wie vor kontrovers.

Die vorliegende Untersuchung, die sich in diesem Abschnitt mit der Qualifizierung der unter den mittelbar und unmittelbar Subventionsbeteiligten entstehenden Rechtsverhältnisse beschäftigt, kann insoweit die Frage nicht offen lassen, ob der Staat sich öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Handlungsformen bedient. Wenn gerade hierin die Meinungsunterschiede bestehen und wenn sich die Meinungen zur Stützung ihrer Konzeption auf die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht berufen, dann bleibt zu untersuchen, wie diese Abgrenzung zu erfolgen hat und welche Konsequenzen sich aus ihr für die Konstruktion des Subventionsverhältnisses ergeben.

5) v.S.113  
Götz, Wirtsch.Subv. S.61. So aber Zuleeg, Rechtsformen S.55; Roser, Diss. S.68 f.

1) Vgl.dazu auch Zacher, VVDStRL 25,350 f, der der Diskussion um das Begründungsstatut des Subventionsverhältnisses nur sekundäre Bedeutung beimißt, in dessen Binnenstruktur aber die Hauptschwierigkeiten sieht.

## 1. Abgrenzung privates Recht - öffentliches Recht

Der Frage nach dem Abgrenzungskriterium zwischen öffentlichem und privatem Recht ist die Frage, ob es zwei Teilrechtsgebiete überhaupt gibt, logisch vorrangig. Wenn die Existenz dieser beiden Teilrechtsgebiete heute nicht mehr bestritten wird<sup>1)</sup>, so wird damit der Tatsache Rechnung getragen, daß unsere Rechtsordnung die dualistische Struktur zweier positivrechtlich verschieden gestalteter Rechtsgebiete aufweist. Hieran wird einmal in Verfassung und Gesetz angeknüpft.<sup>2)</sup> Darüber hinaus wird die Unterscheidung auch zum Anknüpfungspunkt unterschiedlicher Handlungsformen und -prinzipien gemacht.<sup>3)</sup> Ob diese Trennung hingegen a priori vorgegeben<sup>4)</sup>, lediglich Folge historischer Bedingungen<sup>5)</sup>, logisch notwendig und gerechtfertigt<sup>6)</sup> ist, muß und kann im Rahmen dieser Untersuchung ebenso daningestellt bleiben wie die weitere Frage, ob der Abgrenzung nicht aus dem Grunde, weil "öffentliches und privates Recht weder praktisch noch theoretisch als streng voneinander abgegrenzte Rechtsbereiche verstanden werden" könnten, nur noch funktionale Bedeutung zukomme.<sup>7)</sup>

1) Vgl. H.J.Wolff, VR I § 22 II b m.w.N.; Bullinger, Recht S.10 f, S.12 Anm.20 m.w.N.; Brohm, Strukturen S.39; Rübner, Formen S.349 ff; Martens, Rechtsbegriff S.92.

2) Vgl.dazu Bydlinski, Erneuerung S.29.

3) Vgl. Brohm, Strukturen S.39, 41; H.J.Wolff, VR I § 22 II.

4) Vgl. Rübner, Formen S.351; a.M.:Stern, AöR 84 (1959),314.

5) Molitor, Recht S.48 f;

6) Vgl. Siebert, Festschr.f.Niedermeier S.216 Anm.4 m.w.N.

7) So Brohm, Strukturen S.41. Dagegen u.a. H.J. Wolff, VR I § 22 II sowie die von Bullinger,

### a) Herkömmliche Abgrenzungstheorien

Die Suche nach einem Abgrenzungskriterium zwischen öffentlichem und privatem Recht ist von der Rechtswissenschaft lange Zeit als eine der Grundnotwendigkeiten angesehen worden.<sup>1)</sup> Symptomatisch dafür ist - darauf weist Zuleeg<sup>2)</sup> hin -, daß Holliger<sup>3)</sup> bereits im Jahre 1904 von der Existenz 17 verschiedener Abgrenzungstheorien ausging. Freilich sind diese Theorien, von denen insbesondere die Fiskus-<sup>4)</sup> und die Rechtsformtheorie<sup>5)</sup> zu nennen sind, heute überholt und werden nicht mehr vertreten. Wenn hier weder auf diese noch auf die Interessen-<sup>6)</sup>, die Subjektionstheorie und ihre entsprechenden

Forts. von S. 115

Recht S. 12 unter Anm. 20 Genannten. Hinzuweisen ist darauf, daß die Tendenz zu einem "Gemeinrechtsbereich" in letzter Zeit zunimmt, vgl. Bullinger, Recht S. 75 ff; Rupp, JuS 1961, 60 f; Martens, Rechtsbegriff S. 75 ff.

- 1) Vgl. H.J. Wolff, AöR 76(1950/51), 207.
- 2) Rechtsformen S. 26.
- 3) Diss. S. 11.
- 4) Vgl. dazu Zuleeg, Rechtsformen S. 27 m.w.N. sowie Forsthoff, VR I S. 106 f und H.J. Wolff, VR I § 22 II a 3.
- 5) Vgl. dazu Zuleeg, Rechtsformen S. 27 sowie Molitor, Recht S. 34.
- 6) Nach dieser Theorie, die von einer Ulpian-Stelle (Dig. I. 1. § 2) ausgeht, sollen Rechtsverhältnisse, die überwiegend den Interessen der Einzelnen dienen, privatrechtlich, jene, die überwiegend die Öffentlichkeit angehen, öffentlich-rechtlich sein. Dazu Zuleeg, Rechtsformen S. 29; Bisek, Diss. S. 19 ff. Die Interessentheorie will Menger, VerwArch 54(1963), 397 f als Ergänzung der Zuordnungstheorie von H.J. Wolff im nicht gesetzessakzessorischen Bereich angewandt wissen.

Modifizierungen<sup>1)</sup> eingegangen wird, so geschieht dieses hauptsächlich mit Rücksicht darauf, daß die genannten Theorien bereits wiederholt Gegenstand anderweitiger Untersuchungen geworden sind<sup>2)</sup> und daß sie somit hinsichtlich ihres Gehalts, ihrer Vorzüge und Schwächen als bekannt vorausgesetzt werden können. Statt dessen wird nur die Zuordnungstheorie H.J. Wolffs<sup>3)</sup> dargelegt und im Anschluß daran die Frage gestellt werden, ob sie eine sichere Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht ermöglicht.

### b) Zuordnungstheorie

Nach der von H.J. Wolff entwickelten Zuordnungstheorie<sup>4)</sup> ist bei der Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete auf die Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte der die Rechtsordnung bildenden Rechtsätze abzustellen. Während Zuordnungssubjekte des privaten Rechts beliebige Personen seien, sei öffentliches Recht der Inbegriff derjenigen Rechtsätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheit-

- 1) Die Subjektionstheorie nimmt bei Gleichordnung der an einem Rechtsverhältnis Beteiligten privates Recht, bei Überordnung eines Beteiligten öffentliches Recht an. Vgl. H.J. Wolff, VR I § 22 II a 7; Forsthoff, VR I S. 107 f; Bisek, Diss. S. 23 f. Auf die Modifizierungen dieser Theorie durch Zuleeg, Rechtsformen S. 34 ff, und Salzwedel, Vertrag S. 97 ff, ist bereits oben auf S. 102 f näher eingegangen worden.
- 2) Vgl. u.a. Zuleeg, Rechtsformen S. 29, 34 ff; Salzwedel, Vertrag S. 82 ff; Terrahe, Diss. S. 26 ff.
- 3) Grundlegend in AöR 76(1950/51), 208 f. Die Bezeichnung Zuordnungstheorie wird im Anschluß an Bachof, AöR 83(1958), 228 verwandt.
- 4) Vgl. oben Anm. 3).

licher Gewalt sei.<sup>1)</sup> Da Träger hoheitlicher Gewalt durch Rechtssatz, Verwaltungs- oder Organisationsakt - also rechtens - konstituiert würden, seien sie rechtlich notwendig und mithin sei das öffentliche Recht das Recht der rechtlich notwendigen Subjekte.<sup>2)</sup>

Diese Abgrenzungstheorie hat in Rechtsprechung<sup>3)</sup> und im wissenschaftlichen Schrifttum<sup>4)</sup> ein überwiegend zustimmendes Echo gefunden. Es muß jedoch auch darauf hingewiesen werden, daß eine Anzahl von Autoren Bedenken gegen diese Theorie angemeldet hat. Es soll im folgenden überprüft werden, ob diese Bedenken geeignet sind, eine allseitige Verwendung der Zuordnungstheorie in Frage zu stellen.

#### aa) Die Bedenken Zuleegs

Das von Zuleeg geäußerte Bedenken<sup>5)</sup>, die Qualifi-

- 1) H.J.Wolff, VR I § 22 c.
- 2) H.J.Wolff, VR I § 22 c.
- 3) BVerwG v.23.7.1958, NJW 1958,2128(2129); BVerwG v.18.10.1960, DVBl 1961,207(208) mit zustimmender Anmerkung H.J.Wolff, ebenda S.209; BGH vom 27.10.1960, MDR 1961,35; BGH vom 27.3.1961, MDR 1961,580; OVG Münster vom 14.5.1958, DVBl 1953, 103; VG Neustadt vom 7.8.1962, DVBl 1962,761(762).
- 4) Menger, System S.27 sowie VerwArch 49(1958),276, VerwArch 50(1959),198, zweifelnd allerdings: Menger, VerwArch 54(1963),397 sowie Menger-Erichsen, VerwArch 59(1968),378; Schoen, DÖV 1955,137; Jentsch, DÖV 1956,299 f; Rupp, DVBl 1958,114 f, allerdings zweifelnd in JuS 1961,60; Stern, AöR 84(1959),317, JuS 1961,141, Ev.StLK Sp.1388 f; Ule, VwGO Anm.II zu § 40; Terrane, Diss. S.31 f; Janknecht, Diss. S.76 f; Götz, Wirtsch.Subv. S.57; Bisek, Diss. S.27 f; Michaelis, Diss. S.67; Simons, Leistungsstörungen S.30 ff.
- 5) Zuleeg, Rechtsformen S.33.

zierung solcher Rechtsnormen, die sowohl im Privatrecht wie im öffentlichen Recht Anwendung fänden<sup>1)</sup>, bereite der Zuordnungstheorie Schwierigkeiten, vermag eine Ablehnung der Theorie nicht zu tragen. Es ist anerkannt, daß bei der analogen Anwendung von Vorschriften eines Rechtsteilgebiets in einem anderen neue Rechtssätze entstehen und damit die Übernahme von Privatrechtssätzen ins öffentliche Recht Sonderrechtssätze entstehen läßt.<sup>2)</sup>

#### bb) Die Bedenken von F.Mayer, Beinhardt und Menger-Erichsen

Weiterhin soll die Zuordnungstheorie aus folgendem Grunde problematisch sein: Sie setze zur Feststellung des öffentlich-rechtlichen Charakters eines Rechtssatzes notwendig die Existenz eines Trägers öffentlicher Gewalt voraus und könne mithin jene Rechtssätze nicht als öffentlich-rechtlich qualifizieren, die das Zuordnungsobjekt erst zum Träger öffentlicher Gewalt machen würden.<sup>3)</sup>

Dieses Bedenken ist indes nicht stichhaltig. Geht man davon aus, daß Recht einen Rechtsträger erfordert und muß insoweit das öffentliche Recht als

- 1) Zu nennen sind hier z.B. die Vorschriften über die Verwahrung (§§ 688 ff BGB) sowie die Vorschriften über eine "Geschäftsführung ohne Auftrag" (§§ 677 ff BGB).
- 2) Vgl. H.J.Wolff, VR I § 22 II c; Janknecht, Diss. S.79; Simons, Leistungsstörungen S.33; Kreischulte, Diss. S.81; Bisek, Diss. S.29.
- 3) So Franz Mayer, VR S.12; ähnlich Beinhardt, VerwArch 55(1964),243 sowie Menger-Erichsen, VerwArch 59(1968),379.

das "Recht der rechtlich notwendigen Subjekte"<sup>1)</sup> definiert werden, so bestimmt sich die Eigenschaft eines Subjekts als Träger hoheitlicher Gewalt aus der Rechtsordnung und der Rechtssatz, der ein solches Subjekt errichtet, muß deshalb selbst öffentlich-rechtlich sein, weil dem Rechts-subjekt notwendig "bestimmte eigentümliche Verpflichtungen und Berechtigungen" <sup>2)</sup> zugeordnet werden. Die Zuordnungstheorie vermag daher auch solche Rechtssätze als öffentlich-rechtlich zu erfassen, die das Bestimmungskriterium "Träger hoheitlicher Gewalt" erst schaffen.

#### cc) Die Bedenken Bettermanns

Ausgehend von der Prämisse, der Staat habe auch Sonderrechte privatrechtlicher Natur, wie z.B. das Erbrecht (§ 1936 BGB) und die Aneignungsrechte (§ 928 BGB; § 7 SchiffsrechteG), hat Bettermann gegen die Zuordnungstheorie vorgebracht, sie zeige bei der Erfassung dieser "Sonderrechte" ihre Schwäche.<sup>3)</sup> Wäre nämlich jede speziell den Staat oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts berechtigende und verpflichtende Norm Bestandteil des öffentlichen Rechts, dann müßten es auch diese Normen sein. Diese bezögen sich indes nicht auf den Staat in seiner Eigenschaft als "Träger hoheitlicher Gewalt", sondern auf ihn als Fiskus und seien mithin privatrechtlicher Natur.

Diesem Gedankengang folgend hat sich H.J.Wolff zu-

1) Vgl. H.J.Wolff, VR I § 22 II c.

2) Vgl. ders., a.a.O.

3) Bettermann, DVBl 1958, 867.

nächst veranlaßt gesehen, zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Sonderrechten des Staates zu unterscheiden. Den von Bettermann angeführten Normen wurde der öffentlich-rechtliche Charakter mit der Begründung abgesprochen, sie stellten sich nicht als "Amtsrecht" des Staates dar, sondern bezögen sich eindeutig auf den Staat als Fiskus.<sup>1)</sup>

Diese Erweiterung ist indes einer sicheren Handhabung der Zuordnungstheorie nicht dienlich gewesen. Denn ob einem Staat Sonderrechte einräumende Norm sich als "Amtsrecht" darstellt, läßt sich aus dem zu kategorisierenden Rechtssatz selbst nicht entnehmen, sondern kann mangels anderer Anknüpfungspunkte nur dadurch beantwortet werden, ob die Sonderrechte einräumende Norm der Erfüllung und Verwirklichung von Amtsinteressen - Interessen, um deretwegen der Staat da ist <sup>2)</sup> - dienen soll. Damit wird aber deutlich, daß die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht nicht mehr allein unter Zugrundelegung der Zuordnungstheorie möglich war, sondern daß es - wie Menger zutreffend ausgeführt hat <sup>3)</sup> - einer Hinzunahme von Elementen der Interessentheorie bedurfte.

Wenn H.J.Wolff nunmehr die Unterscheidung zwischen Sonderrechten fiskalischer und öffentlich-rechtli-

1) H.J.Wolff noch in der 7.Aufl., VR I § 22 II c; dazu auch Menger, VerwArch 50(1959), 198 f. sowie Franz Mayer, VR S.12 Anm.49; Bullinger, Vertrag S.38 Anm.45; Bisek, Diss. S.29.

2) Schack, DÖV 1970, 43.

3) Menger, VerwArch 54(1963), 397, ähnlich bereits in VerwArch 53(1962), 394 Anm.19; vgl. auch Menger-Erichsen, VerwArch 59(1968), 379.

cher Natur aufgegeben hat und jede Norm, die ausschließlich den Staat oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts berechtigt und (oder) verpflichtet, als öffentlich-rechtlich qualifiziert, so ist die ursprüngliche Einheitlichkeit der Zuordnungstheorie wiederhergestellt. Die damit von H.J. Wolff gezogene Konsequenz ist auch gerechtfertigt, denn bei den von Bettermann genannten Rechten handelt es sich nicht um "jeder-manns Recht", sondern um Rechte, die durch die Rechtsordnung allein dem Staat zugeordnet sind und die daher als Bestandteil des öffentlichen Rechts angesehen werden müssen.

#### dd) Die Bedenken Rupp

Rupp ist der Meinung, die Zuordnungstheorie versage dort, wo der maßgebliche Anknüpfungspunkt der Rechtsnorm "überhaupt" fehle.<sup>2)</sup> Wegen der nur historisch erklärbaren Beschränkung des Gesetzesvorbehalts auf Eingriffe in "Freiheit und Eigentum" sei dieses im Bereich der sog. Leistungsverwaltung weitgehend der Fall.<sup>3)</sup>

Wenn dieses Argument die Richtigkeit der Zuordnungstheorie widerlegen soll, so bedarf zunächst die Prämisse Rupp von der Geltung öffentlichen Rechts im Bereich nicht normierter Leistungsver-

1) H.J. Wolff jetzt in der 8. Aufl., VR I § 22 II c.

2) Rupp, JuS 1961, 60.

3) Ähnlich Beinhardt, VerwArch 55(1964), 244; Martens, Rechtsbegriff S. 85; Bullinger, Recht S. 38 f. Vgl. dazu auch H.J. Wolff, DVBl 1961, 207, der aus der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit eine Vermutung für ein öffentlich-rechtliches Handeln herleiten will.

tung der Überprüfung. Es ist zu fragen, wie das dort geltende öffentliche Recht aussieht und ob es mit der Zuordnungstheorie nicht festgestellt werden kann.

Dieses muß - wie die folgende Überlegung zeigen soll - verneint werden. Das "öffentliche Recht", von dessen Geltung Rupp im Bereich nicht normierter Leistungsverwaltung ausgeht, kann wegen fehlender spezialgesetzlicher Normierung aus nichts anderem bestehen als den Grundsätzen, die bei Ausübung "öffentlicher Gewalt" schlechthin zu beachten sind. Diese einzelnen Grundsätze sind wie z.B. das Willkür- und Übermaßverbot jedoch nichts anderes als die Kehrseite der Grundrechte<sup>1)</sup>, deren Anspruchsgegner der Staat ist und die den Staat zu einem grundrechtsgemäßen Verhalten verpflichten.<sup>2)</sup> Dieses aus der Grundrechtsbindung des Staates resultierende öffentliche Recht kann die Zuordnungstheorie nachweisen. Die Grundrechte verpflichten - jedenfalls unmittelbar<sup>3)</sup> - ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt und sind damit Sonderrechtssätze im Sinne der Zuordnungstheorie.

#### ee) Ergebnis

Insgesamt ist daher festzustellen, daß die gegen die Zuordnungstheorie vorgetragene Bedenken die Ablehnung dieser Theorie nicht zu tragen vermögen. Da diese Theorie eine Feststellung öffentlichen Rechts überall dort ermöglicht, wo es vorhanden ist, wird im folgenden von ihr ausgegangen werden.

1) Siehe dazu Rübner, Formen S. 390 ff.

2) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 III Rd. 96.

3) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 III Rd. 127 m.w.N.; BVerfG v. 15.1.1958 E 7, 198(204); Hesse, VerfR S. 145 ff.

## 2. Bestimmung der Rechtsnatur des Subventionsverhältnisses unter Zugrundelegung der Zuordnungstheorie

Im folgenden wird nunmehr die Frage zu untersuchen sein, welche Konsequenzen sich aus der Zuordnungstheorie für die Anwendungsvoraussetzungen und den Anwendungsbereich der aufgezeigten Betrachtungsweisen ergeben.

### a) Gemischte sowie rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweisen

Wenn nach der Zuordnungstheorie die rechtliche Überordnung eines Trägers öffentlicher Gewalt immer nur Resultat öffentlich-rechtlicher Rechtssätze sein kann <sup>1)</sup>, dann ergibt sich, daß die Handlungsformen, in denen sich eine rechtliche Überordnung dokumentiert, dort zur Begründung des Subventionsverhältnisses berufen sein können, wo entsprechende Sonderrechtssätze dem Träger öffentlicher Gewalt die Fähigkeit zu einer derartigen Begründung eines Rechtsverhältnisses eingeräumt haben. Nach der Zuordnungstheorie schafft nämlich der Verwaltungsakt nicht öffentliches Recht <sup>2)</sup>, sondern setzt dieses voraus und ist da-

- 1) Vgl. H.J. Wolff, VR I § 22 II a 7; vgl. auch unten S. 125 Anm. 1).
- 2) Zwar ist auch der rechtswidrige VA ein Verwaltungsakt und daher nicht a priori unverbindlich. Diese Verwaltungsakte, die entweder einen nicht existenten Sonderrechtssatz vollziehen sollen bzw. einen existenten Sonderrechtssatz falsch vollziehen, erfahren ihre Rechtserheblichkeit jedoch lediglich durch die Form, in die sie gekleidet sind. Zur rechtsbeständigen Begründung eines Rechtsverhältnisses sind sie "aus sich heraus" jedoch nicht geeignet, da sie der Rechtsordnung zuwiderlaufen. Rechtliche

her als bloße Maßnahme des Normenvollzuges zu qualifizieren. <sup>1)</sup>

Durch einen auf Antrag des Subventionsbewerbers ergehenden Verwaltungsakt vermag daher das Subventionsverhältnis in seiner Gesamtheit nur dort begründet zu werden, wo die Subventionierung nicht nur hinsichtlich der Zuteilungs-, sondern auch der Abwicklungskonditionen rechtssätzlich normiert und festgelegt ist. Da hier für vertragliche Vereinbarungen kein Raum bleibt, ist in diesem Falle eine rein öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise im Sinne Zuleegs und Rosers angebracht.

Erstreckt sich die rechtssätzliche Normierung hingegen nur auf die Zuteilungskonditionen, so kann die Bewilligung der Leistung zwar durch Verwaltungsakt erfolgen. Im übrigen, also hinsichtlich

---

Forts. von S. 124

Verbindlichkeit kommt ihnen im Verhältnis zum Betroffenen vielmehr erst mit Ablauf der vom Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit bestimmten Fristen zu. Vgl. dazu Menger, VerwArch 52(1961), 200 f, sowie VerwArch 54(1963), 398 f; H.J. Wolff, VR I § 46 III; Bettermann, Verwaltungsakt S. 378; Rupp, DVBl 1963, 578 f.

- 1) So Menger, VerwArch 52(1961), 208 und bereits in: System S. 112 f; H.J. Wolff, VR I § 46 III; Martens, AöR 89(1964), 430; Bettermann, Verwaltungsakt S. 365; Renck, JuS 1965, 132; Rupp, DVBl 1963, 578; Pieper, DVBl 1967, 12. A.M.: BVerwG v. 28.9.1967 E 28, 1(2 f), wo ausgeführt wird, die Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsakten brauche sich nicht aus besonderen Rechtssätzen zu ergeben, sondern leite sich allein aus der "Überordnung der hoheitlichen Verwaltung, aus der rechtlich überwiegenden Kraft des namens des Gemeinwesens geäußerten Willens" her.



der Gestaltung der "Binnenstruktur" des Rechtsverhältnisses, bedarf es der vertraglichen Vereinbarung.<sup>1)</sup> In diesem Fall findet eine zweistufige Konstruktion Anwendung.

Wird damit der Anwendungsbereich der den Verwaltungsakt berufenden Betrachtungsweisen von dem Vorhandensein rechtssätzlicher Normierung bestimmt, so ergibt sich, daß zum gegenwärtigen Zeitpunkt für diese Betrachtungsweisen nur wenig Raum ist. Die Beschränkung des Gesetzesvorbehalts auf Eingriffe in "Freiheit und Eigentum" des Bürgers<sup>2)</sup> hat dazu geführt, daß dem unabweisbaren Bedürfnis der Subventionspraxis nach subsuntionsfähigen abstrakt-generellen Zuteilungsregeln<sup>3)</sup> lediglich durch den Erlaß von Verwaltungsvorschriften und ähnlichem Rechnung getragen wird.

- 1) Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Subventionsträger räume dem Bewerber keinen Einfluß auf die inhaltliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses ein, so daß für die Annahme eines Vertrages kein Platz sei, so aber: Zuleeg, Rechtsformen S.55 und Roser, Diss. S.69. Diese Tatsache steht, wie der ähnlich gelagerte Fall der AGB im Zivilrecht zeigt, der Annahme eines Vertrages nicht entgegen, vgl. Henze, Finanzhilfe S.74; Götz, Wirtsch.Subv. S.61; Bisek, Diss. S.14. Der Vertragsbegriff fordert nur, daß die Beteiligten die "Möglichkeit der Einflußnahme" haben, vgl. H.J.Wolff, VR III § 154 VI b sowie unten S.129. Diese besteht solange, wie nicht der Inhalt des Rechtsverhältnisses durch Gesetz zwingend festgelegt ist, vgl. Henze, Finanzhilfe S.84.
- 2) Zum gesamten Problem vgl. Selmer, JuS 1968, 488 ff.
- 3) Götz, Wirtsch.Subv. S.286.

Gegenwärtig ist eine gesetzliche Normierung bei den hier zur Untersuchung stehenden, sich unter Kreditinstitutseinschaltung vollziehenden öffentlichen Kreditprogrammen nur bei der Gewährung von Eingliederungsdarlehen nach Maßgabe der §§ 253 ff LAG<sup>1)</sup> festzustellen. Bei diesem Kreditprogramm hat der Gesetzgeber - dieses ergibt sich aus den §§ 332,333 LAG - der Entscheidung der Ausgleichsbehörden über die Bewilligung der öffentlichen Mittel Verwaltungsaktscharakter beigegeben und hat insoweit denselben Weg beschritten wie bei der Entscheidung staatlicher Stellen über die Gewährung öffentlicher Baudarlehen nach den Bestimmungen des "Zweiten Wohnungsbaugesetzes"<sup>2)</sup>. Bei letzterem Kreditprogramm hat der Gesetzgeber darüber hinaus die Abwicklungsstufe der Geltung bürgerlichen Rechts unterstellt<sup>3)</sup> und hat damit das Subventionsverhältnis insgesamt zweistufig gestaltet. In Anbetracht dieser Tatsache ist hier die Geltung der Zweistufentheorie überwiegend anerkannt.<sup>4)</sup> Wenn eine parallele Regelung hinsichtlich der LAG-Kredite auch fehlt, so muß dennoch auch hier der Zweistufentheorie der Vorrang vor der öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise im Sinne Zuleegs und Rosers eingeräumt werden. Im Anschluß an Rübner<sup>5)</sup> rechtfertigt sich dieses nicht nur allein aus der

- 1) "Gesetz über den Lastenausgleich" vom 14.8.1952 i.d.F. vom 1.12.1965 (BGBl I, S.1945).
- 2) § 102 "Zweites Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz)" i.d.F. vom 1.9.1965 (BGBl I, S.2065).
- 3) § 102 Abs.2.
- 4) Flessa, NJW 1959,403; Janknecht, Diss. S.49; H.J.Wolff, VR III § 154 VI a 3; Werner, Auswirkungen S.110; Götz, Wirtsch.Subv. S.62; Rübner, Formen S.376 Anm.126. A.M.: Zuleeg, Rechtsformen S.23; Roser, Diss. S.59.
- 5) Formen S.376.

Erwägung heraus, daß das hier praktizierte Verfahren erkennbar zweistufig gestaltet ist <sup>1)</sup>, sondern insbesondere aus folgender Überlegung: Die Rechte und Pflichten der Subventionsbeteiligten sind, was die Abwicklung der Subvention anbetrifft, im Gesetz nicht geregelt und bedürfen, um Inhalt des Rechtsverhältnisses zu werden, einer rechtsgeschäftlichen Begründung. <sup>2)</sup>

#### b) Vertragliche Betrachtungsweisen

Die Betrachtungsweisen, die den verwaltungsrechtlichen bzw. den verwaltungsprivatrechtlichen Vertrag als Begründungsstatut des Subventionsverhältnisses berufen wollen, haben den gemeinsamen Nachweis dahingehend zu erbringen, daß für ein vertragliches Handeln Raum ist.

Ist der Vertrag als die "erklärte Willensübereinstimmung sich gegenüberstehender Parteien über die Herbeiführung eines einheitlichen Rechtserfolges" zu definieren <sup>3)</sup>, und ist es weiternin erforderlich, daß der "Inhalt der Regelung gleichermaßen von ihrem Willen abhängig ist" <sup>4)</sup>, so ergibt sich für die vertraglichen Betrachtungsweisen

1) Dieses läßt sich auch aus den oben S.29 Anm.3) und 4) angeführten Einschaltungsbestimmungen des Bundesausgleichsamtes entnehmen. Zu der Frage, ob § 346 IAG den Präsidenten des Ausgleichsamtes zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt und ob die von ihm erlassenen Verfahrensbestimmungen Rechtssätze im materiellen Sinne sind, vgl. ablehnend BVerfG v.6.5.1958 E 8,155(163,170); a.M. Ossenbühl, DVBl 1969,528, der diese als Rechtsvorschriften i.S. des § 47 VwGO ansehen will, ders., a.a.O. S.527 Anm.8-10 mit ausführlichem Nachweis der Meinungen.

2) Vgl.dazu oben S.106 Anm.1), S.126 Anm.1).

3) Bisek, Diss. S.15; H.J.Wolff, VR I § 44 II b 2.

4) Bisek, Diss. S.15; vgl.dazu auch oben S.106 Anm.1).

die gemeinsame Konsequenz dahingehend, daß der Vertrag als Begründungsstatut dort ausscheidet, wo der Inhalt des Rechtsverhältnisses durch gesetzliche Normierung zwingend festgelegt ist. <sup>1)</sup> In diesem Fall wird das Subventionsverhältnis durch einen Akt des Gesetzesvollzuges begründet <sup>2)</sup>, und als Begründungsstatut kann nur der Verwaltungsakt berufen sein. <sup>3)</sup> Zwar ist dem Bewerber dadurch, daß die Gewährung der Subvention seinen Antrag voraussetzt, eine Mitwirkung am Zustandekommen des Subventionsverhältnisses eingeräumt. <sup>4)</sup> Diese ist jedoch nur Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit bzw. Wirksamkeit des Verwaltungsaktes. <sup>5)</sup> Für die Annahme eines Vertrages ist jedoch kein Raum, weil die am Rechtsverhältnis Beteiligten nicht einmal die Möglichkeit der Einflußnahme auf die inhaltliche Gestaltung der Beziehung haben und es somit am konstituierenden Element des Vertrages fehlt. <sup>6)</sup>

Durch Vertrag kann daher nur dort das Subventionsverhältnis begründet werden, wo entweder die gesetzliche Regelung den Beteiligten Raum für eine

1) So Janknecht, Diss. S.96; H.J.Wolff, VR III § 154 VI; anscheinend auch Zacher, VVDStRL 25, 347.

2) Vgl. Bullinger, Vertrag S.46 sowie Menger, VerwArch 52(1962),210.

3) Janknecht, Diss. S.98.

4) Siehe dazu Ipsen, Öfftl.Subv.Priv. S.61 f.

5) Peters, Lehrbuch S.154; H.J.Wolff, VR I § 44 II b 2; Bisek, Diss. S.15.

6) Siehe H.J.Wolff, VR III § 154 VI b und VR I § 44 II b 2; Janknecht, Diss. S.72,97; Menger, VerwArch 52(1961),201; Bisek, Diss. S.14.

individuelle Gestaltung läßt oder wo eine rechts-sätzliche Normierung der Subvention überhaupt fehlt.

Für den ersteren Fall stellt sich die Notwendigkeit einer Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem und verwaltungsprivatrechtlichem Verträge nicht. Eröffnet die gesetzliche Normierung den Beteiligten Raum für eine zumindest teilweise individuelle Gestaltung, so ist unabhängig davon, nach welchem Kriterium die beiden Verträge voneinander abgegrenzt werden <sup>1)</sup>, festzustellen, daß der zur Begründung des Subventionsverhältnisses berufene Vertrag verwaltungsrechtlicher Natur ist. <sup>2)</sup>

Für den Bereich der lediglich durch Verwaltungsrichtlinien bzw. ministerielle Erlasse geregelten Subventionsprogramme und -leistungen wird hingegen die Frage nach dem Abgrenzungskriterium zwischen

- 1) Für Salzwedel und Zuleeg, beide wollen öffentliches und privates Recht vom Boden einer modifizierten Subjektionstheorie her abgrenzen (siehe oben S.102 f), ergäbe sich der verwaltungsrechtliche Charakter aus dem hoheitsbezogenen Vertragsinhalt, vgl. Salzwedel, Vertrag S.100; Zuleeg, Rechtsformen S.36 f. Für diejenigen, die bei der Abgrenzung von der Zuordnungstheorie ausgehen, ergäbe sich dieses aus dem Vorhandensein einer der das Vertragsverhältnis vorordnenden bzw. stützenden Sonderrechtsnorm, vgl. Stern, AöR 84(1959), 320 f; Janknecht, Diss. S.97; Götz, Wirtsch.Subv. S.44 f; H.J.Wolff, VR III § 154 VI b; Bisek, Diss. S.33.
- 2) Vgl.dazu Menger-Erichsen, VerwArch 56(1965), 280; BGH v.21.12.1964, DVBl 1965,276(277).

verwaltungsrechtlichem und verwaltungsprivatrechtlichem Vertrag relevant.<sup>1)</sup> Da diese Unterscheidung sich notwendig an der umfassenderen Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht orientieren muß <sup>2)</sup>, ist im folgenden zu untersuchen, welche Konsequenzen sich aus der Zuordnungstheorie für das Wesen und den Anwendungsbereich dieser in einem Alternativitätsverhältnis stehenden vertraglichen Rechtsinstitute ergeben. Da sich aus der Bestimmung des Anwendungsbereiches des verwaltungsrechtlichen Vertrages notwendig der Anwendungsbereich des verwaltungsprivatrechtlichen Vertrages ergibt, ist es ausreichend, insoweit nur auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag einzugehen.

- 1) Der für den Bereich der Eingriffs- und Ordnungsverwaltung unstrittenen Frage nach der Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages als Handlungsform sowie der Frage nach seinem zulässigen Inhalt - siehe dazu Menger, VerwArch 52(1961), 206 ff; H.J.Wolff, VR I § 44 II b; Bisek, Diss. S.38 ff; Götz, JuS 1970,1 ff; - braucht hier nicht nachgegangen zu werden. Im Bereich der leistenden Verwaltung wird diese Diskussion durch die Frage überlagert, inwieweit es zur Subventionierung einer formell-gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Ermächtigung bedarf. Wird hier das Haushaltsgesetz i.w.S. als hinreichende Ermächtigung anerkannt - vgl. H.J.Wolff, VR I § 30 II b 1; BVerwG v.21.3.1958 E 6,282(287); Bay.VGH v.29.7.1970, Bay.VBl 1970,408; kritisch: Menger, DVBl 1960,302; ablehnend: Bellstedt, DÖV 1961,171 - und der Verwaltung, sofern nicht eine bestimmte Handlungsform gesetzlich vorgeschrieben ist, ein Wahlrecht zwischen ö-r und privatrechtlichen Formen eingeräumt - vgl.dazu oben S.33 Anm.2) -, dann ist ein Handeln durch verwaltungsrechtlichen Vertrag an keine weiteren Voraussetzungen gebunden als ein Handeln durch privatrechtlichen Vertrag, vgl. Janknecht, Diss. S.92; Rössler, VP 1956,276; Franz Mayer, VR S.95; BVerwG v.19.12.1958, DVBl 1959,573(575).
- 2) Apelt, Vertrag S.120; Forsthoff, VR I S.268; H.J.Wolff, VR I § 44 II i.V.mit § 22 II c; Janknecht, Diss. S.76; Kottke, Diss. S.10; Bettermann, JZ 1966,445; Salzwedel, Vertrag S.81; Bisek, Diss. S.19.

aa) Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages im Bereich nicht gesetzlich normierter Subventionsprogramme

Janknecht und Bisek haben unter Zugrundelegung der Zuordnungstheorie versucht, die Kriterien des verwaltungsrechtlichen Vertrages zu bestimmen und sind hier zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen. Es bleibt zu untersuchen, ob sich aus den Bestimmungsmethoden der beiden Autoren Erkenntnisse hinsichtlich des Anwendungsbereiches des verwaltungsrechtlichen Vertrages in dem hier angesprochenen Bereich entnehmen lassen.

(1) Bestimmungsmethode Janknechts

Nach Janknecht soll ein Vertrag zwischen einem Subjekt öffentlicher Verwaltung und einem Privatrechtssubjekt dann verwaltungsrechtlicher Natur sein, wenn der den Vertrag "stützende Rechtssatz" notwendig nur einen Träger öffentlicher Verwaltung berechtige und (oder) verpflichte.<sup>1)</sup> Als stützende Rechtssätze will Janknecht zwar nicht die im Haushaltsplan enthaltenen Rechtssätze werten, da die Einsetzung eines etatmäßigen Ausgabetitels seine Realisierung in privatrechtlicher Form nicht ausschließe.<sup>2)</sup> Stützende Rechtssätze seien jedoch in Regierungs- und Verwaltungsmaßnahmen, also in Verwaltungsverordnungen, Erlassen und allgemeinen Richtlinien enthalten.<sup>3)</sup>

Dieser Versuch Janknechts, durch eine extensive Interpretation des Rechtssatzbegriffes die Ver-

1) Janknecht, Diss. S.97.

2) Ders., a.a.O., S.97 f.

3) Ders., a.a.O., S.97.

waltungsvorschriften und ministeriellen Erlasse zu "verrechtlichen" und auf diese Weise den für die Zuordnungstheorie relevanten Anknüpfungspunkt des Sonderrechtssatzes zu konstruieren, muß auf Bedenken stoßen.

Einmal entfernt sich Janknecht von der zum Ausgangspunkt genommenen Zuordnungstheorie. Nach H.J.Wolff sind unter den "die Rechtsordnung bildenden Rechtssätzen" einmal Gesetze im materiellen und formellen Sinn und weiterhin ministerielle Richtlinien unter der Voraussetzung zu verstehen, daß sie veröffentlicht sind und nach "Funktion und Inhalt sonstige Rechtsquellen ergänzen"<sup>1)</sup>. Darüber hinaus muß diese Bestimmungsmethode aus folgendem Grunde für bedenklich angesehen werden. Wenn Janknecht den Verwaltungsvorschriften Sonderrechtscharakter i.S. der Zuordnungstheorie beimißt, dann stellt sich die weitere Frage, ob dann, wenn diese "Sonderrechtssätze" die Zuteilungs- und Abwicklungskonditionen zwingend festlegen, überhaupt noch Raum für eine vertragliche Begründung des Rechtsverhältnisses bleibt. Wenn dieses verneint werden muß<sup>2)</sup>, so wird deutlich, daß das von Janknecht eingeführte Bestimmungskriterium "stützender Rechtssatz" nur von relativer Eignung sein kann.

(2) Bestimmungsmethode Biseks

Als Fortschritt darf die von Bisek im Anschluß an Bettermann<sup>3)</sup> entwickelte Bestimmungsmethode

1) H.J.Wolff, VR I § 24 II i.V.mit § 22 II c.

2) So will selbst Janknecht eine vertragliche Begründung dort nicht annehmen, wo die Förderungsmaßnahme durch Rechtsnorm zwingend festgelegt ist; vgl. Diss. S.96 f,99.

3) Bettermann, JZ 1966,445: "Ein Vertrag oder eine Vereinba-

angesehen werden. Sie orientiert sich unmittelbar an der Zuordnungstheorie und läßt daher für die Qualifizierung der verwaltungsrechtlichen Natur eines Vertrages folgendes Merkmal entscheidend sein: Ein Vertrag sei dann verwaltungsrechtlicher Natur, wenn die in ihm begründeten Rechte und Pflichten als Norm gedacht <sup>1)</sup> Sonderrechtssätze wären, d.h. notwendig nur einen Staat oder ein Subjekt verpflichten oder berechtigen könnten, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über die individuellen Beziehungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet ist. <sup>2)</sup>

Diese Bestimmungsmethode muß freilich dort ihre Grenzen haben, wo der Vertragsgegenstand überhaupt keine sonderrechtssätzliche Vorordnung erfahren hat. Wenn man sich nämlich der Erkenntnis anschließt, daß es in unserem, unter der Geltung

Forts. von S. 133

zung ist dann öffentlich-rechtlich, wenn die darin getroffene Regelung, wäre sie normativ erfolgt, eine Norm des öffentlichen Rechts wäre."

- 1) Sind diese als Norm gedachten Rechte und Pflichten teils Sonderrechtssätze, teils jedermanns Recht, so ist, soweit zwischen ihnen ein genitives oder funktionelles Synallagma besteht, das gesamte Vertragsverhältnis öffentlich-rechtlich. Dieses ergibt sich aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses, vgl. Jellinek, VR S. 50; H.J. Wolff, VR I § 22 III a; Bötticher, MDR 1961, 755; Bisek, Diss. S. 33 m.w.N.
- 2) Vgl. Bisek, Diss. S. 34.

des Grundgesetzes stehenden Gemeinwesen. keine kraft Natur der Sache allein dem Staat vorbehaltenen Aufgaben geben kann, sondern daß es insoweit ausschließlich darauf ankommt, ob die Rechtsordnung den Staat durch Sonderrechtssätze zum berechtigten und (oder) verpflichteten Aufgabenträger gemacht hat <sup>1)</sup>, dann läßt sich eine Aussage dahingehend, eine Vertragsregelung als Norm gedacht weise Sonderrechtscharakter auf, nur dann machen, wenn bereits "anknüpfungsfähige" Sonderrechtssätze vorliegen. Dieses bedeutet damit nichts anderes, als daß der verwaltungsrechtliche Vertrag nicht potentiell Sonderrecht schaffen kann, sondern daß er immer nur Maßnahme des Normenvollzugs ist <sup>2)</sup> und daher nur dort zur Anwendung gelangen kann, wo bereits vollzugsfähige Sonderrechtssätze gegeben sind.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß dort, wo die Subventionsprogramme nicht gesetzlich normiert sind, für den verwaltungsrechtlichen Vertrag als Begründungsstatut des Subventionsverhältnisses kein Raum ist.

bb) Anwendungsbereich des verwaltungsprivatrechtlichen Vertrages im Bereich nicht gesetzlich normierter Subventionsprogramme

Hat sich unter Zugrundelegung der Zuordnungstheorie ergeben, daß im Bereich nicht gesetzlich normierter

- 1) Vgl. Brohm, Strukturen S. 212 f, 214 sowie oben S. 50 f.
- 2) So Menger, VerwArch 52(1961), 208, 210; E. Stein, AöR 86(1961), 326; Martens, AöR 89(1961), 429 f sowie H.J. Wolff, VR I § 44 II, der einen verwaltungsrechtlichen Vertrag nur annimmt, wenn eine ö-r Verpflichtung oder Berechtigung durch den Vertrag erfüllt oder abgelöst wird.

ter Subventionsprogramme die öffentlich-rechtlichen Handlungsformen wie Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag ausscheiden müssen, dann steht damit fest, daß hier der Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages zu sehen ist. Mag dessen maßgeblicher Anknüpfungspunkt "Verfolgung unmittelbar öffentlicher Verwaltungszwecke" <sup>1)</sup> einer im abstrakt-theoretischen Bereich schlechthin sicheren Handhabung auch nur schwer zugänglich sein <sup>2)</sup>, so gilt dieses jedenfalls nicht für die hier zur Untersuchung stehende kreditgewährende Verwaltungstätigkeit. Daß "unmittelbar öffentliche Verwaltungszwecke" verfolgt werden, ergibt sich aus der Nennung entsprechender Ausgabetitel im Haushaltsplan sowie aus den die Konditionen des Kreditprogramms konstituierenden Verwaltungsvorschriften. <sup>3)</sup>

### 3. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat ergeben, daß keine der genannten Betrachtungsweisen eine absolute Geltung beanspruchen kann. Unter Zugrundelegung der Zuordnungstheorie bestimmt sich der Anwendungsbereich der gemischten, der rein öffentlich-rechtlichen und der verwaltungsprivatrechtlichen Betrachtungsweisen nach dem Vorhandensein und dem Ausmaß

1) H.J.Wolff, VR I § 23 II b. Wenn RUFNER, Formen S.399 Verwaltungsprivatrecht dort annehmen will, wo eine staatliche Maßnahme ihrem Endzweck nach den Bürger begünstigen und ihn in seiner Eigenschaft als Mitglied der staatlichen Gemeinschaft ansprechen soll, dann dürfte sich dieses von dem für H.J.Wolff maßgeblichen Kriterium allenfalls durch die Länge der Definition unterscheiden.

2) So aber Emmerich, JuS 1970, 332 ff, insbes. 335 m.w.N. A.M. für das bei der Zweistufentheorie in ähnlicher Weise auftauchende Problem, Brohm, Strukturen S.181.

3) Vgl. H.J.Wolff, VR I § 23 II b sowie Götz, Wirtschaftl.Subv. S.300 f.

gesetzlicher Normierung der Subventionsprogramme, wobei es insbesondere von Bedeutung ist, in welchem Umfang die Zuteilungs- und Abwicklungskonditionen festgelegt sind.

Prüft man anhand dieser Kriterien den gegenwärtigen Anwendungsbereich der unterschiedlichen Betrachtungsweisen, so muß der verwaltungsprivatrechtlichen Betrachtungsweise regelmäßig der Vorrang eingeräumt werden. Die Nichterstreckung des Gesetzesvorbehalts auf die Tätigkeit der Leistungsgewährenden Verwaltung hat dazu geführt, daß eine gesetzliche Normierung der Subventionsprogramme der Ausnahmefall ist.

### B. Rechtsverhältnisse bei Einschaltung der unterschiedlichen Funktionsträgertypen

Unter Zugrundelegung der zur rechtlichen Natur des Subventionsverhältnisses gewonnenen Erkenntnisse wird es nunmehr möglich sein, die Rechtsverhältnisse zu qualifizieren, die sich unter den Beteiligten ergeben, wenn Kreditinstitute in den Gesamtvorgang der öffentlichen Kreditgewährung eingeschaltet sind.

### I. Rechtsverhältnisse bei Einschaltung subventionsverwaltender Kreditinstitute

Der Funktionsträgertyp "subventionsverwaltendes Kreditinstitut" <sup>1)</sup> findet sich gegenwärtig nur bei Gewährung von Eingliederungsdarlehen nach Maßgabe der §§ 253 ff LAG. Da hier - darauf ist bereits hingewiesen worden <sup>2)</sup> - die Zweistufentheorie

1) Vgl.dazu oben S.15 f, 28 f.

2) Vgl.dazu oben S.127 f.

Anwendung findet, ist die Rechtsnatur der unter den Beteiligten entstehenden Beziehungen unter Zugrundelegung dieser Theorie zu bestimmen.

### 1. Rechtsverhältnis Lastenausgleichsbehörde-Kreditbegünstigter

Die Entscheidung der Lastenausgleichsbehörde über die Bewilligung des unmittelbar bei ihr beantragten Kredits erfolgt durch Verwaltungsakt. Zwischen Lastenausgleichsbehörde und Kreditempfänger kommt mit der Bewilligung ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zustande.

### 2. Rechtsverhältnis Kreditinstitut-Kreditbegünstigter

Wird der öffentliche Kredit bewilligt, so schließt sich der öffentlich-rechtlichen Primärbeziehung eine privatrechtliche Sekundärbeziehung an, innerhalb derer die Subventionierung vollzogen wird.<sup>1)</sup> Auf Grund der Bereitwilligkeitserklärung des Kreditinstituts gegenüber der Lastenausgleichsbehörde obliegt dem Kreditinstitut die Ausführung des privatrechtlichen Vollzugsgeschäftes. Die Rechtsbeziehung zwischen dem insoweit im eigenen Namen handelnden Kreditinstitut und dem Kreditempfänger ist gleichwohl nicht uneingeschränkt privatrechtlich<sup>2)</sup>, sondern eine dem Verwaltungsprivatrecht unterliegende Rechtsbeziehung, weil die als Treuhänder fungierenden Kreditinstitute bei der Ausübung ihrer Funktionen an die Beachtung des Gleichheits- und Verhältnismäßigkeitsgebots gebunden sind.<sup>3)</sup>

1) Vgl. Ipsen, Öfftl. Subv. Priv. S. 63.

2) So aber die h.M.: vgl. Ipsen, a. a. O., S. 86 Anm. 129; Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd. 46; f. d. Rspr.: BVerwG, E 13, 307 (310); a. M.: anscheinend Roser, S. 74.

3) Vgl. insoweit BVerwG, E 35, 170 (171 f) zur Rechtsnatur der Mithaftung und Bürgschaft Dritter bei Aufbaudarlehen. Danach sollen die Rechtsbeziehungen des Kreditnehmers zur bewilligenden Behörde einerseits und zu dem die Kreditierung ausführenden Kreditinstitut andererseits nicht mehr - wie im herkömmlichen Sinne - in einen ö.-r. und einen privatrechtl. Bereich aufzuteilen sein. Dem die

### 3. Rechtsbeziehung Lastenausgleichsbehörde-Kreditinstitut

Aus der Tatsache, daß der Einschaltung von Kreditinstituten bei der Gewährung von Eingliederungsdarlehen keine gesetzlichen Regelungen zugrunde liegen, folgt, daß das Rechtsverhältnis zur Lastenausgleichsbehörde der Begründung durch Vertrag bedarf.<sup>1)</sup> Vertragsinhalt wird die jeweilige LAG-Einschaltungsregelung.<sup>2)</sup> Dieses Vertragsverhältnis ist nicht verwaltungsprivatrechtlicher Natur: Werden nämlich durch die Begründung dieses Rechtsverhältnisses die unmittelbar öffentlichen Subventionszwecke noch nicht erfüllt, sondern werden insoweit dem Kreditinstitut die zu einer späteren Erfüllung der Subventionszwecke erforderlichen Kompetenzen erst eingeräumt, so ist der Vertrag zwischen Lastenausgleichsbehörde und Kreditinstitut lediglich privatrechtlicher Natur.<sup>3)</sup>

### II. Rechtsverhältnisse bei Einschaltung der anderen Funktionsträgertypen

Vollzöge sich die öffentliche Kreditgewährung dort, wo subventionsbewilligende Kreditinstitute eingeschaltet sind, im direkten Verhältnis zwischen

Forts. v. S. 138  
Lebenswirklichkeit erfassenden Rechtsverhältnis könne nur eine solche Rechtsfigur entsprechen, die sich in (zeitweise) parallelgeschalteten ö.-r. und bürgerlichrechtlichen Beziehungen mit quasi osmotischen Eigenschaften manifestiere. Nach dieser Entscheidung ist also auch das Rechtsverhältnis zum Kreditinstitut nicht uneingeschränkt privatrechtl. Natur, sondern i. S. der dem Verwaltungsprivatrecht immanenten ö.-r. Bindungen zumindest ö.-r. geprägt. Vgl. zur Geltung d. Verwaltungsprivatrechts auf der "Vollzugsstufe" H. J. Wolff, VR III § 154 VI a 2 sowie Schaumann, JuS 1961, 115.

1) Vgl. u. a. Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd. 46; unklar Zuleeg, Rechtsformen S. 92, der von einer Einschaltung durch Verwaltungsanordnungen spricht.

2) Vgl. dazu oben S. 29 Anm. 3) 4).

3) Vgl. Spahn, Kreditinstitute S. 42, 47, 50, 68; Fiessa, DVBl 1957, 119; Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd. 46.

ihnen und dem Kreditbegünstigten<sup>1)</sup>, dann würden hinsichtlich der Qualifizierung der unter den Beteiligten entstehenden Rechtsverhältnisse dieselben Grundsätze Anwendung finden, die für den Fall entwickelt worden sind, in dem der Subventionsträger den Kredit durch seine unmittelbar eigene Verwaltung an den Kreditbegünstigten ausreichen läßt.<sup>2)</sup> Auch bei dem Tätigwerden der subventionsbewilligenden Kreditinstitute wäre das Verhältnis zum Kreditbegünstigten öffentlich-rechtlich geprägt und das Rechtsverhältnis würde - je nach Vorhandensein und Intensität gesetzlicher Normierung der Kreditprogramme - entweder durch Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlichen Vertrag oder durch einen unter der Geltung der verwaltungsprivatrechtlichen Grundsätze stehenden privatrechtlichen Vertrag begründet.

Diese Konstellation ist aber, wie bereits dargelegt wurde, der Ausnahmefall. In aller Regel sind dort, wo subventionsbewilligende Kreditinstitute berufen sind, auch subventionsmittelnde Kreditinstitute in den Gesamtvorgang der öffentlichen Kreditgewährung eingeschaltet. Deren Einschaltung führt dazu, daß es in keiner Phase des Verfahrens zu einem unmittelbaren "Kontakt" zwischen subventionsbewilligenden Stellen und dem Bürger kommt. Die mittelnden Kreditinstitute beantragen den Kredit im eigenen Namen und für sich. Nur ihnen gegenüber werden die subventionsbewilligenden Stellen bei der Entscheidung über die Bewilli-

1) Dieses ist beim Tätigwerden der Berliner Industriekreditbank AG der Fall, vgl. oben S.21 f.

2) Vgl. dazu die vorstehenden Untersuchungen auf S.88-137.

gung tätig. Kommt es dazu, dann werden entsprechende Kreditverträge lediglich zwischen Empfänger-Mittler und Bewilligungsstelle-Mittler geschlossen, wobei sich die subventionsbewilligenden Stellen einen massiven Einfluß auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Mittler und Bürger dadurch sichern, daß sie den Mittelern nur dann die öffentlichen Mittel zur Verfügung stellen, wenn diese das Rechtsverhältnis zum Bürger nach ihrer Maßgabe gestaltet haben.

Aus diesen verfahrenstechnischen Besonderheiten resultieren die komplexen Probleme der Mitteleinschaltung. Diese sind bereits unter dem Teilaspekt der "Beliehenenähnlichkeit" der Mittler behandelt worden.<sup>1)</sup> Hier bleibt ein weiterer Teilaspekt dieser Problematik zu untersuchen, der dann auftaucht, wenn sich der Bürger gegen ein ihm lediglich durch den Mittler inzidenter kundgetanes Angebot der Bewilligungsstelle zur Wehr setzen will, weil dieses hinsichtlich der Leistungs- und Abwicklungskonditionen in ungerechtfertigter Weise von der Praxis der subventionsbewilligenden Stellen abweicht.

Ist von dem Grundsatz auszugehen, daß es dem Subventionsträger nicht ermöglicht werden darf, sich durch Einschaltung von mittelnden Kreditinstituten seinen öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entziehen<sup>2)</sup>, so muß dann, wenn ein für diese öffentlich-rechtlichen Bindungen aufnahmefähiges Rechtsverhältnis weder im Verhältnis subventionsbewilligende Stelle-Bürger noch im Verhältnis Mittler-Bürger

1) Siehe oben S.68 ff.

2) Siehe oben S.34 Anm.2).



feststellbar ist, die gegenwärtige Verfahrensgestaltung auch in diesem Punkte rechtswidrig sein und es bliebe zu untersuchen, welche Modifizierung diese Verfahrensgestaltung zusätzlich zu den bereits vorgeschlagenen Änderungen <sup>1)</sup> erfahren müßte.

### 1. Rechtsbeziehung subventionsbewilligende Stelle-Bürger

Das Mittlermodell in der jetzt praktizierten Form schließt es aus, daß die subventionsbewilligende Stelle selbst das Rechtsverhältnis zum Bürger begründet. Geht man von der verwaltungsprivatrechtlichen Betrachtungsweise des Subventionsverhältnisses aus <sup>2)</sup>, dann setzt die Annahme von Rechtsbeziehungen zwischen diesen Beteiligten den Nachweis voraus, daß die mittelnden Kreditinstitute als Vertreter <sup>3)</sup> bzw. Boten entweder auf seiten der subventionsbewilligenden Stelle oder auf seiten des Bürgers fungieren. - Um diesen Nachweis bemühen sich weder Zuleeg <sup>4)</sup> noch Janknecht <sup>5)</sup>, die - soweit ersichtlich - als einzige von der Existenz unmittelbarer Rechtsbeziehungen ausgehen wollen. Während Janknecht seine Auffassung nicht erläutert, will Zuleeg seine Ansicht mit dem -unzutreffenden - Hinweis darauf stützen, der Bürger könne unmittelbare Rechtsbeziehungen zum subventionierenden Hoheitsträger jederzeit durch die Stellung eines Antrages anknüpfen. Daß diese Möglichkeit beim gegenwärtigen Mittlermodell gerade nicht ge-

1) Siehe oben S.79 ff.

2) Vgl. oben S.132 ff.

3) Notwendig wäre insoweit der Nachweis, daß sie als unmittelbare Vertreter handeln. Die Stellung eines mittelbaren Vertreters bzw. Treuhänders würde nicht ausreichen, da bei deren Handeln das Rechtsverhältnis nicht unmittelbar zwischen Bürger und subventionsbewilligender Stelle zustande käme.

4) Rechtsformen S.94.

5) Diss. S.13 unter Hinweis auf Flessa, DVBl 1957, 119, der aber die Existenz solcher Rechtsbeziehungen als Ausnahmefall ansieht, vgl. a.a.O., S.121 Anm.3; siehe auch unten S.143 Anm.2).

geben ist, wurde bereits mehrfach ausgeführt. <sup>1)</sup>

Wenn daher überwiegend die Existenz von Rechtsbeziehungen zwischen subventionsbewilligender Stelle und Bürger verneint wird <sup>2)</sup>, so wird damit der Tatsache Rechnung getragen, daß die Mittler sowohl gegenüber der Bewilligungsstelle wie gegenüber dem Bürger in eigenem Namen handeln und dabei eigene Willenserklärungen abgeben. <sup>3)</sup> Für die Annahme einer Vertreter- oder Boteneigenschaft der Mittler ist daher kein Raum.

### 2. Rechtsbeziehung subventionsmittelndes Kreditinstitut-Bürger

Von den Autoren, die Rechtsbeziehungen zwischen der subventionsbewilligenden Stelle und dem Bürger nicht annehmen wollen, sehen sich einige veranlaßt, die Rechtsbeziehung zwischen Mittler und Bürger der Geltung des Verwaltungsprivatrechts

1) Vgl.dazu oben S.22,79 ff.

2) Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rd.47; Schmidt-Rimpler, HdwbSW 12,698; Zacher, VVDStRL 25, 379; Rübner, Formen S.410 sowie Flessa, DVBl 1957,119, der unmittelbare Rechtsbeziehungen nur dann annehmen will, wenn entweder der Staat selbst als Kreditgeber auftritt, sich durch eine bevollmächtigte Bank vertreten läßt oder dann, wenn ein zusätzlicher "Direktvertrag" zwischen subventionierendem Hoheitsträger und Bürger geschlossen wird.

3) Einer Auseinandersetzung mit der vom Bundesverwaltungsgericht vom 28.6.1968, JZ 1969,69 (70) hinsichtlich der Mittlereinschaltung bei Dünge-mittelsubventionen entwickelten Konzeption "VA, den es angeht" bedarf es an dieser Stelle nicht, weil dort die Mittler - so das BVerwG - die VAe der subventionsbewilligenden Stellen lediglich als deren Boten weiterreichen. Kritisch dazu Menger-Erichsen, VerwArch 61(1970), 174 ff sowie Weber, JuS 1969,191.

zu unterstellen<sup>1)</sup>. Diesem liegt teilweise das erklärte Ziel zugrunde, dem Bürger die Durchsetzung der Bindungen subventionierender Verwaltungstätigkeit jedenfalls mittelbar über diejenigen Rechtssubjekte zu ermöglichen, die als einzige ihm gegenüber tätig werden.<sup>2)</sup> - Dieser Weg ist indessen nicht gangbar. Siedelt man nämlich öffentlich-rechtliche Bindungen allein in diesem Verhältnis an, dann macht man mit Rücksicht darauf, daß die entsprechenden Bindungen nur Trägern subventionsbewilligender Kompetenzen adäquat sind, auf einem Umweg auch die Mittler zu Rechtssubjekten, die den Status eines "Beliehenenähnlichen" haben. Eine solche rechtliche Stellung haben die Mittler - das haben die Untersuchungen ergeben<sup>3)</sup> - jedoch nicht, weil ihnen keine verwaltungsprivatrechtlich zu bindenden Funktionen übertragen sind. Das Rechtsverhältnis, das zwischen ihnen und dem Bürger besteht, kann daher nicht der Geltung des Verwaltungsprivatrechts unterstellt werden und muß - darin ist Flessa und Zuleeg zuzustimmen<sup>4)</sup> - privatrechtlicher Natur sein.

### 3. Rechtsbeziehung subventionsmittelndes Kreditinstitut-Subventionsträger

Die Frage danach, ob die Rechtsbeziehung zwischen Mittler und Subventionsträger öffentlich-rechtlich

- 1) So RUFNER, Formen S.411; Schmidt-Rimpler, HdwbSW 12,698.
- 2) RUFNER, Formen S.411.
- 3) Vgl. dazu oben S.68 ff.
- 4) Flessa, DVBl 1957,119; Zuleeg, Rechtsformen S.94.

geprägt oder ob sie lediglich privatrechtlicher Natur ist, muß im letzteren Sinne beantwortet werden. Da ein verwaltungsrechtliches Vertragsverhältnis wegen fehlender rechtssätzlicher Vorordnung des Vertragsgegenstandes<sup>1)</sup> ohnehin ausscheiden muß, wäre für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Prägung des Vertragsverhältnisses nur dann Raum, wenn insoweit die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts Geltung beanspruchen könnten. Dieses kann indes nicht angenommen werden. Durch die Begründung des Rechtsverhältnisses zwischen Subventionsträger und Mittler werden noch nicht die "unmittelbar öffentlichen Subventionszwecke" erfüllt, sondern es wird hierdurch lediglich die Erfüllung der Subventionszwecke "verwaltungstechnisch" vorbereitet. Nur die Erbringung der Subventionsleistung selbst ist Erfüllung des unmittelbar öffentlichen Zwecks und diese Leistung soll nicht dem Kreditinstitut, sondern lediglich dem Bürger zugute kommen.<sup>2)</sup> Das Rechtsverhältnis zwischen Subventionsträger und dem Mittler kann daher - auch in Anbetracht der weiteren Tatsache, daß dem Mittler keine Funktionen mit öffentlich-rechtlichem Gehalt übertragen sind - ebenfalls nur privatrechtlicher Natur sein.<sup>3)</sup>

### 4. Erweiterung des Vorschlages zur Lösung der Mittlerproblematik

Die Mittlerproblematik, die bereits unter einem Teilaspekt im zweiten Teil der Untersuchung herausgestellt worden ist<sup>4)</sup>, hat sich bei der Qualifizie-

- 1) Vgl. zu den Bestimmungskriterien des verwaltungsrechtlichen Vertrages oben S.132 ff.
- 2) So auch EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rd.46.
- 3) Vgl. ebenso Zuleeg, Rechtsformen S.94; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rd.46; BVerwG v.23.1.1962, E 13,307(310).
- 4) Vgl. dazu oben S.79 ff.

zung der unter den Beteiligten entstehenden Rechtsverhältnisse fortgesetzt. Die Problematik, die hier offensichtlich ist, dokumentiert sich darin, daß es mit den Mitteln der Dogmatik und der rechtlichen Konstruktion nicht möglich ist, die bei staatlicher Subventionierung zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Bindungen den Stellen zuzuordnen, die kraft ihrer Bewilligungskompetenz insoweit Anspruchsgegner des Bürgers zu sein hätten. Dieser mit Art.1 Abs.III und Art.19 Abs.IV GG unvereinbare Zustand <sup>1)</sup> wird sich in seinen realen Auswirkungen ohne Beeinträchtigung der rechtlichen Positionen des Bürgers dadurch beheben lassen, daß man - ungeachtet der im einzelnen latent weiterbestehenden Schwierigkeiten rechtlicher Konstruktion - ihm Rechtsschutz gegenüber den Stellen eröffnet, die, für ihn "verdeckt", über die Bewilligung und die Gestaltung des Rechtsverhältnisses entscheiden.<sup>2)</sup>

Ungelöst bliebe bei einer solchen Verfahrensweise das abstrakte Rechtsproblem. Dieses läßt sich nur durch eine zusätzliche Modifizierung des Mittlermodells dahingehend lösen, daß die Entscheidung un-

1) Siehe auch Zacher, VVDStRL 25,379.

2) Bei einer ersten Betrachtung bietet es sich an, hier den Lösungsvorschlag Mengers zur Problematik der Anfechtbarkeit mehrstufiger Verwaltungsakte fruchtbar zu machen, vgl. VerwArch 55(1964), 175 ff., und entsprechend die Entscheidung der Bewilligungsbehörde mit der Folge als "Zwischenentscheidung" zu qualifizieren, daß diese Verwaltungsaktscharakter erhält. Zur dortigen Konstellation besteht jedoch ein Unterschied: Während dort zwei Verwaltungsbehörden von ihren jeweils selbständigen ö.-r. Kompetenzen Gebrauch machen, im Außenverhältnis aber nur eine Behörde den Verwaltungsakt "erläßt", ist hier die Bewilligungskompetenz in ihrer Gesamtheit der Bewilligungsbehörde vorbehalten und im Außenverhältnis wird überhaupt keine Verwaltungsbehörde, sondern nur der Mittler in eigenem Namen tätig, ohne hierbei als unmittelbarer Stellvertreter oder Bote zu fungieren. Vgl. oben S.142.

mittelbarer, insoweit die öffentlich-rechtlichen Bindungen aufnehmender und tragender Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und subventionsbewilligenden Stellen nicht ausgeschlossen wird. Dazu wäre es nicht notwendig, daß diese Stellen selbst das Rechtsverhältnis zum Bürger begründen, ausreichen würde es auch, daß die Mittler als Stellvertreter oder Boten dieser Stellen fungieren. Dieser Weg hätte den Vorteil, daß das bisher praktizierte Verfahren hinsichtlich Antragsweg- und Ausreichungsweggestaltung in seiner Grundkonzeption beibehalten werden könnte und es wäre nicht - wie Rüfner meint <sup>1)</sup> - notwendig, aus Gründen "rechtsstaatlicher Perfektion" auf die sinnvollsten Formen der Subventionierung zu verzichten.

Das Risikostimulans, das insbesondere bei den refinanzierten Krediten offensichtlich ist und das die Mittler zu einem "fremdverantwortlichen" Agieren zwingt, könnte auch bei den notwendigen Modifizierungen des Mittlermodells aufrechterhalten bleiben. Allerdings würde die Refinanzierungspraxis bei der Verwirklichung der Forderung nach Herstellung unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen subventionsbewilligenden Stellen und Bürger entfallen müssen. Ein ähnlicher Effekt wäre aber dadurch zu erreichen, daß die Mittler eine Bürgerschaft für die über sie ausgereichten und von ihnen verwalteten öffentlichen Kredite zu übernehmen hätten. Dieses würde gewährleisten, daß die bankwirtschaftlich-kommerzielle Kreditpraxis den subventionsbewilligenden Stellen im gleichen Umfang verfügbar wäre wie bisher.

1) Rüfner, Formen S.411 Anm.278.

### Ergebnis der Untersuchung

Gegenstand der Untersuchung war die Frage, ob die Einhaltung der bei staatlicher Subventionierung zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Bindungen auch dann gewährleistet ist, wenn in den Vorgang der Gewährung öffentlicher Kredite Kreditinstitute eingeschaltet sind.

Die Beantwortung dieser Frage, die am Beispiel der öffentlichen Kreditgewährungen zugunsten der gewerblichen Wirtschaft und der Industrie geprüft wurde, machte zunächst eine Klärung der praktizierten Vergabeverfahren und der Einschaltungsmodelle notwendig. Dabei kam es zur Herausbildung bestimmter Funktionsträgertypen eingeschalteter Kreditinstitute, die mit den Begriffen subventionsverwaltende, subventionsbewilligende und subventionsmittelnde Kreditinstitute belegt wurden.

Die Grundfrage der Untersuchung bedurfte der Behandlung unter zwei verschiedenen, gleichwohl zusammenhängenden Aspekten.

Zunächst war die Frage nach der rechtlichen Stellung eingeschalteter Kreditinstitute im Verhältnis zur Organisation des Subventionsträgers zu stellen. Da diese Kreditinstitute - mit Ausnahme bestimmter Organisationen, die Anstaltscharakter aufweisen - Rechtssubjekte des privaten Rechts sind, war zu untersuchen, ob sie als "Beliehene" der Organisation des Subventionsträgers angegliedert sind bzw. ob eine solche Angliederung im Hinblick auf die von ihnen ausgeübten Funktionen geboten ist. Dieses mußte für die subventionsmittelnden und die subventionsverwaltenden Kreditinstitute verneint werden. Dieses Ergebnis gilt auch für die subventionsbewilligenden Kreditinstitute, wobei diese aller-

dings insoweit eine Besonderheit aufweisen, daß sie in der Ausübung ihrer Funktionen verwaltungsprivatrechtlich gebunden sind, wodurch sie den Status eines "Beliehenenähnlichen" erlangen.

Im Anschluß daran waren die bei der Kreditinstituts-einschaltung entstehenden Rechtsverhältnisse zu qualifizieren. Hier blieb festzustellen, ob es bei der Einschaltung der unterschiedlichen Funktionsträgertypen zur Entstehung der die öffentlich-rechtlichen Bindungen aufnehmender und tragender Rechtsbeziehungen kommt. Dieses mußte bei Einschaltung der subventionsmittelnden Kreditinstitute verneint werden.

Es hat sich herausgestellt, daß eine Problematik im Sinne der Ausgangsfragestellung insbesondere im gegenwärtig praktizierten Mittlermodell begründet ist. Es wurden insoweit Lösungsvorschläge erarbeitet, die - unter Beibehaltung der bewährten Grundformen - das Verfahren der Mittlereinschaltung modifizieren.

## Lebenslauf

Am 11. April 1943 wurde ich als viertes Kind des Leitenden Oberstaatsanwaltes Dr. Alfred Huismans und seiner Ehefrau Margherita, geb. Hansen, in Hildesheim geboren.

In Aurich besuchte ich von 1949 bis 1953 die Volksschule und von 1953 an das dortige Gymnasium Ulricianum, wo ich im Februar 1962 die Reifeprüfung ablegte.

Im Anschluß daran absolvierte ich eine Banklehre bei dem Hamburger Privatbankhaus Schröder Gebr. & Co. und bei der Deutschen Bank AG in Leer, die ich 1964 mit der Ablegung der Kaufmannsgehilfenprüfung vor der Industrie- und Handelskammer Emden beendete.

Im Sommersemester 1964 begann ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg Br. Zum Sommersemester 1965 wechselte ich zur Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster über.

Am 23. Januar 1969 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1. März 1969 befinde ich mich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen.

